Universidade de Brasília

Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares
Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania

Fernando Nascimento dos Santos

REGIME DE VERDADE JUDICIAL SOBRE OS CORPOS NEGROS

Brasília
2023

Fernando Nascimento dos Santos

REGIME DE VERDADE JUDICIAL SOBRE OS CORPOS NEGROS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direitos Humanos e Cidadania.

Linha 2: Políticas Públicas, Movimentos Sociais, Diversidade Sexual e de Gênero, Raça e Etnia

Orientador:
Prof. Dr. Evandro Charles Piza Duarte

Brasília
2023

REGIME DE VERDADE JUDICIAL SOBRE OS CORPOS NEGROS

Fernando Nascimento dos Santos

FICHA DE AVALIAÇÃO

_____
Prof. Dr. Evandro Charles Piza Duarte
Orientador – Faculdade de Direito/UnB

_____
Prof. Dr. Ulisses Pereira Terto Neto
Membro Externo – Universidade Estadual de Goiás (UEG)

_____
Prof. Dr. Marcos Vinícius Lustosa Queiroz
Membro Externo – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

_____
Profa. Dra. Vanessa Maria de Castro
Membro Interno – Ceam/UnB

_____
Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto
Suplente – Faculdade de Direito/UnB

AGRADECIMENTOS

O processo de escrita acadêmica é sempre coletivo e, por conseguinte, a conclusão do ciclo de doutoramento, especialmente para as pessoas pretas, pobres e nordestinas, não deixa de ser, inevitavelmente, fruto da luta, da resistência e do trabalho de várias mãos: das mãos fraternas e familiares que nos carregaram desde a infância e daquelas mãos amigas que são estendidas na longa estrada da vida.

Aos meus pais (*in memoriam*), que, na minha infância, e mesmo sem saber o real significado da titulação acadêmica, já diziam: "meu filho vai ser doutor". Eis-me aqui, honrando suas palavras, e por eles, minha eterna gratidão.

À minha irmã Edna (*in memoriam*), que, como uma mãe dos irmãos mais novos, assumiu a responsabilidade de nos impulsionar e nos guiar no caminho do amor e da luta, e hoje, deve estar transbordando de alegria por me ver trilhando mais um importante passo nessa jornada.

Aos meus irmãos e irmãs da grande família Nascimento, que, seguindo os passos de pai e mãe, nunca deixaram de torcer, de colaborar nos meus projetos de vida, me apoiando nas dificuldades e comemorando cada conquista, por mais simples que fosse, como um projeto de todos.

Às minhas filhas Maria Luiza e Sophia Lara, por darem sentido à minha existência e pelas quais luto. Estiveram pertinho de mim, me apoiaram e tiveram toda paciência comigo, apesar das horas intermináveis de leitura e escrita acadêmica.

Aos professores da Faculdade de Direito e do Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares da Universidade de Brasília, especialmente o Prof. Menelick, a Profa. Beatriz Vargas, a Profa. Camila Prando, a Profa. Cristina Zackseski, a Profa. Ela Wiecko, a Profa. Vanessa Castro e o Prof. Pedro Demo, os quais, não apenas contribuíram para minha formação com um saber crítico, mas, sobretudo, me acolheram de forma tão fraternal.

Aos colegas do PPGD/Unb e do PPGDH/Unb, especialmente o grupo de orientados do Prof. Evandro Piza Duarte, os quais muito contribuíram para o desenvolvimento desta tese nas discussões conjuntas dos projetos de pesquisa, especialmente os colegas Cinthia Catoia e Samuel Vida;

Ao meu orientador, Prof. Evandro Piza Duarte, que tem lutado incessantemente pelo reconhecimento dos intelectuais negros em todos os espaços acadêmicos e, com isso, ao exercer o papel de orientador, nos carrega, nos empurra, abre caminhos, nos aplaude e nos faz acreditar que nosso lugar é onde a gente quiser que ele seja. Assim, entre aulas, conversas,

encontros e desencontros, promoveu uma orientação emancipadora que aguçou minha consciência crítica sobre a sociedade, o Direito e a Justiça.

Aos colegas de cátedra no IESB que, também como colegas no doutoramento da Universidade de Brasília, me acompanharam desde o início: Prof. Eduardo Xavier e a Profa. Áurea Bezerra.

Ao prof. Ulisses Terto Neto, acadêmico e amigo de primeira linha, que me auxiliou desde a fase do projeto de tese, apontando caminhos e corrigindo rumos.

Aos grandes causídicos Ivarleno José Teles Leandro e Renato Horta Rezende, eternos amigos, parceiros e sócios, que, desde a graduação, na Universidade de Itaúna, são minhas referências de ser humano e de profissional do Direito.

Não poderia deixar de agradecer aos ouvidos que mais incomodei ao longo de todo esse percurso, que tiveram de ouvir pacientemente minhas angústias e descobertas, mesmo quando não lhes faziam tanto sentido: João de Carvalho, Demétrio Ferronato, Polyana Motta, Igor Tadeu Garcia, Kenia Vieira, Talita Machado, Luis Fernando Lucato, Alexandre Borsato, Antonio Rodrigo Machado e tantos outros.

Mas, entre tantos ouvidos, o que mais usei e abusei foi o de Carolina Beatriz Policarpo. De aluna e orientanda no UNIEURO, ela passou a ser a amiga de todas as horas, que dividiu comigo cada passo desses últimos quatro anos de estudo e angústias. Esteve e está comigo, acreditando - até mais que eu - no meu potencial, e sempre torcendo pelo meu sucesso. Ah, como lhe falei por horas a fio sobre Perdigão Malheiros, André Rebouças e Teixeiras de Freitas!

A todas e todos, meu muito obrigado!

“O homem branco faz todas as leis, nos arrasta perante suas cortes e nos acusa. Depois se senta para julgar.”
Nelson Mandela

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURAS

Figura 1 - Propostas de sursis processual……..……...……366
Figura 2 - Propostas de sursis processual e reparação dos danos...…….……..……366
Figura 3 - Sursis processual realizado……...……..367
Figura 4 - Situação dos recursos contra sentenças absolutórias……..……373
Figura 5 - Situação dos recursos contra sentenças condenatórias……...……...….373

GRÁFICOS

Gráfico 1 - Natureza dos crimes raciais…….…….364
Gráfico 2 - Valor mínimo para a reparação na denúncia…….……...…371
Gráfico 3 - Resultados das ações penais …….……...…372
Gráfico 4 - Evolução dos valores segundo a fase da ação penal……...……..426
Gráfico 5 - Resultado das ações cíveis de danos morais…….……...427
Gráfico 6 - Evolução dos valores segundo a fase da ação cível…….……....429
Gráfico 7 - Resultado reclamatórias trabalhistas de danos morais…….…….....451
Gráfico 8 - Evolução dos valores do dano moral segundo a fase da recl. trabalhista…….452
Gráfico 9 - Comparativo dos valores médios de danos morais entre as esferas judiciais.....453

TABELAS

Tabela 1 - Recursos reparação de danos - penal…….……...420
Tabela 2 - Recursos reparação de danos - cíveis…….……...428
Tabela 3 - Comparativo valor médio - cível e penal…….……..…430
Tabela 4 - Recursos reparação de danos - trabalhista……...……...……451

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNDH	Coordenação dos Núcleos de Direitos Humanos
CONARQ	Coordenação Nacional das Comunidades Rurais Quilombolas
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
EUA	Estados Unidos da América
MPDFT	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
NED	Núcleo de Enfrentamento à Discriminação
PGR	Procuradoria-Geral da República
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRT10	Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região

RESUMO

Essa tese investiga como se constituiu e como se operam os regimes de verdade aplicáveis aos corpos negros independentemente das diversas posições que eles ocupam nas práticas judiciais de veridição, partindo de duas constatações: o corpo negro como uma exceção ao regime de aplicação concreta dos Direitos Humanos, de sua desumanização, e o reconhecimento no cotidiano de que o corpo negro recebe um tratamento diferenciado quando está diante da porta da Justiça, o que se assemelha ao tratamento recebido durante a escravidão pela maioria negra. Aprofunda-se esse debate observando as lógicas de produção das provas, ou os regimes de verdade, tema presente em diversos ramos do Direito, mas especialmente no pensamento foucaultiano. A hipótese central dessa investigação é de que os regimes racializados de produção da verdade sobre os corpos negros reatualizam a colonialidade do direito e dos sistemas de justiça. Nos capítulos iniciais serão apresentadas as categorias conceituais fundamentais para o desenrolar da pesquisa. Para tanto, serão articuladas as principais categorias foucaultianas, quais sejam: a relação "poder-saber", o "discurso", a "subjetividade", "dispositivo de poder" e "regimes de verdade/jogos de verdade". Tais noções serão revisadas sob a perspectiva dos estudos raciais, com destaque para Sueli Carneiro, a qual inscreveu a problemática racial no campo analítico dos conceitos de "dispositivo" e do "biopoder", apresentando o "dispositivo de racialidade". Essa perspectiva crítico-racial prossegue no terceiro capítulo, que situa a "branquidade do poder" e o "véu da branquidade" no contexto dos regimes de verdade judicial. No quarto capítulo o "regime de verdade judicial" é pensado a partir de uma crítica à "tradição dogmático-formalista", traçando-se as especificidades da prática discursiva dos juristas, os marcos referenciais da produção da verdade judicial e as condições de possibilidades do dizer verdadeiro no campo jurídico. A partir das noções gerais e da compreensão do papel da dogmática na racialização dos regimes de verdade, o capítulo cinco apresenta a emergência da legislação antiescravista, as características do Poder Judicial no período oitocentista e o funcionamento da justiça de conveniência no julgamento dos corpos negros, abordando os dilemas em torno da prova da posse da liberdade vivenciados pelo "negro-autor" de ações cíveis de liberdade e de escravidão, pelo "negro-vítima" nas ações de crimes de redução de pessoa livre à escravidão, e pelo "negro-réu" nas ações penais de crime praticados pelos escravos, que caracterizou um "Direito Penal de Exceção". Prossegue-se ainda com a apresentação da legislação antirracista no século XX, bem como a práxis judicial e as imunidades dos ofensores. Por fim, o último capítulo aborda como, apesar de todo refinamento teórico dos juristas dogmáticos acerca da verdade judicial, da produção da prova e dos marcos referenciais que garantiriam um processo "justo", as práticas judiciais reatualizam a colonialidade do direito e dos sistemas de justiça. Para entender os traços dessa racialidade, o "negro-réu" será analisado sob a ótica da seletividade racial. A parte final desse capítulo se dedica à apresentação dos resultados da pesquisa exploratória e ao estudo de casos das práticas judiciais do Distrito Federal que têm em comum o julgamento de corpos negros. Para tanto, investiga-se as ações de crime de racismo e injúria racial em que o "negro-vítima", representado pelo Ministério Público, busca a responsabilização penal do ofensor e a indenização pelos danos morais e, numa análise transversal, apresenta-se as dinâmicas das ações cíveis e trabalhistas autônomas de reparação de danos morais ajuizadas pelas próprias vítimas.

Palavras-chave: Direitos humanos - racismo - verdade judicial - regimes de verdade - dispositivo de racialidade - branquidade do poder - véu da branquidade - colonialidade do poder - acesso à justiça - racialidade do regime de verdade

ABSTRACT

This thesis investigates how truth regimes are constituted and operate on Black bodies, regardless of their diverse positions within judicial veridiction practices. It consists in two observations: the Black body as an exception to the concrete application of Human Rights, leading to its dehumanization, and the recognition that Black bodies receive distinctive treatment when facing the doors of courts of justice, reminiscent of the treatment experienced by the Black majority during slavery. This debate is further deepened by examining the logics of evidence production or truth regimes, a topic present in various branches of the law, particularly in the foucauldian thought. The central hypothesis of this research is that the "raciality of truth regime" about Black bodies revive the coloniality of law and justice systems. The initial chapters will introduce the fundamental conceptual categories for the progression of the research. Therefore, the primary foucauldian categories will be articulated, namely: the "power-knowledge" relationship, "discourse", "subjectivity", "dispositif" and "truth regimes/truth games". These concepts will be reviewed from the perspective of racial studies, especially in Sueli Carneiro, who incorporated racial issues into the analytical field of the concepts of "dispositif" and "biopower", presenting the "dispositif of raciality." This critical-racial perspective continues in the third chapter, which situates the "whiteness of power" and the "whiteness veil" within the context of judicial truth regimes. In the fourth chapter, the "judicial truth regime" is examined critically in contrast to the "dogmatic-formalistic tradition". Then, the specificities of the discursive practice of jurists will be presented, such as the referential frameworks for producing judicial truth and the conditions of possibilities for true saying in the legal field. Being built on the general notions and the understanding of the role of dogmatics in the racialization of truth regimes, the fifth chapter discusses the emergence of anti-slavery legislation, the characteristics of the Judiciary in the nineteenth century, and the operation of convenience justice in the judgment of Black bodies. It addresses the dilemmas surrounding the proof of possession of freedom experienced by the "Black plaintiff" in civil lawsuits related freedom and slavery, by the "Black victim" in criminal lawsuits related to "reducing a free person to slavery" crimes and by the "Black defendant" in criminal lawsuits related to the crimes committed by slaves which was characterized as an "Exceptional Criminal Law." It also continues with the presentation of anti-racist legislation in the 20th century, judicial practices and the immunities of offenders. Finally, the last chapter delves into how, - despite the theoretical refinement of dogmatic jurists regarding judicial truth, evidence production, and reference points that would ensure a "fair" trial-, judicial practices revive the coloniality of law and justice systems. To understand the features of this raciality, the "Black defendant" will be analyzed from the perspective of racial selectivity. The final part of this chapter is dedicated to presenting the results of exploratory research and case studies of judicial practices in the Federal District about the judgment of "Black bodies". Therefore, it presents the criminal lawsuits about racism and racial insult in which the "black victim", represented by the Public Prosecutor's Office, seeks criminal liability for the offender and compensation for moral damages and, in a cross-sectional analysis, presents the dynamics of the autonomous lawsuits related to civil and labor proceedings for compensation for moral damages filed by the victims themselves.

Keywords: Human rights - racism - judicial truth - truth regimes - dispositif of raciality - whiteness of power - whiteness veil - coloniality of power - access to justice - raciality of truth regime.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 5
1.1 Estratégias metodológicas 17

2 REGIMES DE VERDADE: UMA RELEITURA DE FOUCAULT E O DISPOSITIVO DE RACIALIDADE DE SUELI CARNEIRO 22
2.1 Relação poder-saber 24
2.2 Discurso 31
2.3 Regimes de verdade e jogos de verdade 33
2.4 Subjetividade, poder e verdade 41
2.5 Dispositivo de racialidade-biopoder 48

3 O VÉU DA BRANQUIDADE 67
3.1 Fundamentos teóricos da branquidade 67
3.2 Posição original ou privilégio racial? O véu da branquidade e usos estratégicos 77

4 REGIME DE VERDADE JUDICIAL NA TRADIÇÃO DOGMÁTICO-FORMALISTA 85
4.1 O paradigma da dogmática jurídica e suas funções 86
4.2 O papel da dogmática jurídica na justificação da escravidão no século XIX 98
4.2.1 Pioneirismo de Perdigão Malheiro: incursões dogmáticas sobre a escravidão 118
4.2.2 Teixeira de Freitas: omissão sobre a escravidão na legislação civil……..138
4.2.3 Antonio Pereira Rebouças: o jurista "mulato" do Império 149
4.3 Papel da dogmática jurídica na (re) produção do racismo no século XX 157
4.4 Aspectos do regime de verdade na dogmática jurídico-processual contemporânea…….173
4.4.1 A verdade judicial 174
4.4.2 A prova na obtenção da verdade judicial 191
4.4.3 Marcos referenciais do regime de verdade judicial 196

5 RACIALIDADE DO REGIME DE VERDADE JUDICIAL 208
5.1 A emergência da legislação "antiescravista" 209
5.2 O Poder Judicial no período oitocentista e a justiça de conveniência 221
5.2.1 O "negro-autor" e os dilemas da prova da posse da liberdade nas ações cíveis de liberdade 240
5.2.2 O "negro-vítima" e os dilemas da prova da posse da liberdade nos crimes de redução de pessoa livre à escravidão 266
5.2.3 O "negro-réu" no Império e o Direito Penal de Exceção 281
5.3 A emergência da legislação "antirracista" no século XX 299
5.3.1 A tipificação das ofensas raciais na lei Afonso Arinos 307
5.3.2 A constitucionalização do racismo e a tipificação dos crimes raciais após a Constituição de 1988 316
5.4 A práxis judicial e as imunidades dos ofensores no século XX 327

6 ALÉM DA DOGMÁTICA JURÍDICA: O CORPO NEGRO NOS PROCESSOS JUDICIAS NA ATUALIDADE 337
6.1 Considerações iniciais 337
6.2 O "negro-réu" e a seletividade racial 344
6.3 O "negro-vítima" no julgamento dos crimes de racismo e injúria racial 351

6.3.1 A Justiça Penal brasiliense nas sentenças absolutórias 374
6.3.2 A Justiça Penal brasiliense nas sentenças condenatórias 384
6.3.3 A Justiça Penal brasiliense e a reparação de danos 414
6.4 O "negro-vítima" nas ações de reparação cível 427
6.5 O "negro-vítima" nas reclamatórias trabalhistas de assédio moral 450

CONSIDERAÇÕES FINAIS 467

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 479

ANEXOS 496

1 INTRODUÇÃO

No plano normativo (considerando os direitos humanos consagrados no âmbito internacional, constitucional e infraconstitucional), percebe-se que o "corpo negro" sai, paulatinamente e por influência de resistências e lutas do movimento negro, da condição de "escravo", de "coisa" e de "invisibilidade", para a condição de "humano", de "igual", de "sujeito de direitos".

Entretanto, o corpo negro segue sendo desumanizado. O "peso da maldição corporal" de que falava Franz Fanon (2008) está no cotidiano da população negra e o trauma colonial pode ser facilmente sentido na atualidade. A percepção do psiquiatra e filósofo martinicano sobre a condição do negro no "mundo branco" é bastante atual, pois, de um "homem" ainda se exige uma postura de "homem", ao passo que dos negros se exige uma "conduta de negro", ou, pelo menos, uma "conduta de preto".

No Brasil, para além de uma percepção que pode ser captada pelo sistema sensorial ou pelas mentes e corações de pessoas negras vítimas cotidianas de preconceito e discriminação racial, diversos estudos demonstram que essa desumanização integra um projeto de controle e dominação que está em curso desde o período colonial, que não parou de cessar mesmo com a abolição da escravidão e em relação ao qual o Estado e o Direito exercem papel determinante.

O negro é um "cidadão invisível", conforme assinalou Evandro Piza Duarte (2004), para quem nossa cultura escravista ainda vive nas instituições sociais que segregam e perseguem os corpos negros, sem que isso cause nenhum espanto. Na visão de Thula Pires (2013) os negros foram historicamente definidos como uma raça inferior tanto intelectual quanto moralmente, selvagem, preguiçosa e predisposta à execução de atos ilícitos. Esse ponto de partida é importante, pois, como argumenta a autora, já que os escravos eram encarados socialmente como "coisas", "bens", qualquer forma autônoma de reconhecimento, independente da vontade do senhor, lhes estava vedada, sendo que o mesmo se observa em relação aos seus descendentes, sobre os quais repousa a mesma imagem e a afirmação formal da condição de sujeito parece escapar a uma observação mais acurada da realidade.

Faz parte dessa desumanização o extermínio e o apagamento de "corpos" e "mentes" negras, tendo Abdias do Nascimento (1978) nos alertado para um fato concreto, que nenhuma retórica acadêmica pode apagar: o negro no Brasil está sendo rapidamente liquidado nas malhas difusas, dissimuladas, sutis e paternalistas do genocídio mais cruel dos nossos tempos. Nessa ordem de ideais, Sueli Carneiro (2005) e Ana Flauzina (2008) também entendem que

está em curso no Brasil um projeto de genocídio da população negra, que, operado pelo dispositivo do biopoder, tem inscrito a negritude sob o signo da morte, e chamam a atenção, como também Silvia Ramos (2004), para a indiferença do Estado em relação a essa mortandade de negros, em contraponto à indignação geral quando as vítimas são pessoas não-negras e os obstáculos que o sofrimento negro enfrenta para ser incorporado à gramática dos direitos humanos.

Uma hipótese central dos pensadores negros tem sido a natureza colonial e racista do presente. Pensar a partir da hipótese colonial é questionar e reescrever o mundo colonial sob outros olhares. É trazer para o centro do debate novas perspectivas de análise, fazendo uma releitura de categorias fundamentais, como a "modernidade", a "igualdade" e a "liberdade" que leve em consideração, por exemplo, o pensamento decolonial e o pensamento negro (Duarte *et al*, 2016).

Em uma perspectiva insurgente, como em Eduardo Xavier Lemos, é necessário romper com o colonialismo:

> Quanto ao necessário rompimento com o colonialismo, ressaltemos que o processo colonial e seus efeitos não foram rompidos com a independência dos países latino-americanos (africanos e asiáticos); os efeitos de quatro séculos de violência cultural não cessaram em um curto espaço de tempo, portanto, o resgate dos conhecimentos soterrados, das culturas omitidas, das lutas e insurgências negligenciadas das narrativas se fazem urgentes. (Lemos, 2023, p. 261)

Nesse contexto, entender como o racismo estrutura essas práticas e como a noção de humanidade tem sido articulada nas narrativas oficiais e não oficiais é uma preocupação constante dos pensadores negros, pois, como afirma Felipe Freitas (2016), não é só a bala da arma que mata, mas uma série de dispositivos físicos e simbólicos que vão impedindo a possibilidade de afirmação da humanidade negra em nossa sociedade. Na visão afrocentrada de Lélia Gonzalez (1988), o racismo, como experiência histórica, é compreendido como um sistema de dominação de elaboração fria e extrema de modelo ariano, cuja presença é uma constante em todos os níveis de pensamento e em parcela das mais diferentes instituições da nossa sociedade. Além disso, Beatriz Nascimento (2006) destaca que as manifestações preconceituosas ainda são tão fortes que, por parte de nossa intelectualidade, dos nossos literatos, dos nossos poetas, da consciência nacional, somos tratados como se vivêssemos ainda sob o escravismo. Por isso a questão racial está no centro das reflexões da historiadora, que critica o silenciamento acadêmico sobre o assunto:

> O branco brasileiro de um modo geral, e o intelectual em particular, recusam-se a abordar as discussões sobre o negro do ponto de vista da raça. Abominam a realidade racial por comodismo, medo, ou mesmo racismo. Assim perpetuam teorias sem nenhuma ligação com nossa realidade racial. Mais grave ainda, criam novas teorias mistificadoras, distanciadas desta mesma realidade. (Nascimento, 2006, p. 95).

Na mesma linha de raciocínio, Clovis Moura (1988) chamou a atenção para a tendência dos estudos sociológicos sobre o "problema do negro" no Brasil, que seguiam duas tendências. A primeira era a visão etnográfica, focada no contato entre culturas, no choque entre as mesmas, nas reminiscências religiosas, de cozinha, linguística e outras. A segunda, por sua vez, seria caracterizada pelo indiferentismo diante da situação social do negro, pela imparcialidade científica do pesquisador "em face dos problemas raciais e sociais da comunidade negra. O absenteísmo científico transforma-se em indiferença pelos valores humanos em conflito. E com isto o negro está se transformando em simples objeto de laboratório"(Moura, 1968, p. 11).

A indiferença diante da questão racial é uma constante no estudo e no ensino jurídico brasileiros. Assim, o caminho aberto por Dora Lúcia de Lima Bertúlio (1989) para o estudo do Direito e das relações raciais é urgente e necessário, pois possibilita compreender a utilização do Direito, das leis e da dogmática jurídica na legitimação e na manutenção desse estado de coisas, já que, segundo afirmou a autora, o treze de maio de 1888 abriu para a população negra brasileira um novo período de discriminação e desrespeito humano em que o Estado e o Direito parecem ter papel preponderante.

Essa incursão teórica contribui para romper o silenciamento acadêmico, sobretudo no campo do Direito, cuja dogmática é indiferente à realidade social. Os efeitos concretos dessa forma racializada de se "fazer", de se "pensar" e de se "estudar" o Direito são evidentes: submeteu a população negra a um arcabouço legal cheio de promessas de igualdade e de segurança jurídica, mas, na prática, inviabilizou o efetivo acesso à justiça, promoveu a desigualdade de tratamento jurídico nas demandas que envolvem o corpo negro e legitimou a violência institucional praticada no cotidiano das ruas e das instâncias do sistema judicial.

Nesta perspectiva, como um advogado, pesquisador e jurista negro, venho somar aos esforços de vários intelectuais negros que, como Marcos Queiroz[1], vem tentando decifrar o enigma da vida póstuma da Casa-Grande e como essa sobrevida está atrelada ao mundo dos

[1] A quem agradeço pelas contribuições na minha Banca de doutorado, que me permitiu ampliar o olhar sobre esse silêncio dos juristas e a suposta desconexão entre "Constituição de 1824 e escravidão", ainda me disponibilizou seu mais recente livro, ainda no prelo: QUEIROZ, Marcos. Assombros da Casa-Grande: Constituição de 1824 e as vidas póstumas da escravidão. (no prelo)

juristas. Soma-se ainda a um grupo heterogêneo de defensoras e defensores de direitos humanos que, na perspectiva de Ulisses Pereira Terto Neto (2016), são agentes que atuam não somente na defesa e promoção dos direitos humanos, mas sobretudo na construção de uma nova sensibilidade na qual todos possam exercer plenamente seus direitos fundamentais (formalmente) garantidos na Constituição de 1988.

A tese parte dessas duas constatações: o corpo negro como uma exceção ao regime de aplicação concreta dos Direitos Humanos, de sua desumanização, e o reconhecimento no cotidiano de que o corpo negro recebe um tratamento diferenciado quando está diante da porta da Justiça, o que se assemelha ao tratamento recebido durante a escravidão pela maioria negra.

Buscamos aprofundar esse debate observando as lógicas de produção das provas, ou os regimes de verdade, tema presente em diversos ramos do Direito, mas especialmente no pensamento de Michel Foucault e sua compreensão dos processos de transformação do saber, dos sistemas de justiça e, especialmente, do surgimento das ciências humanas.

Nosso argumento central, é, portanto, que, nas práticas judiciárias, a assunção de direitos humanos não implicou, necessariamente, em alteração das lógicas de produção das provas e da verdade nos processos judiciais sobre os "corpos negros", mantendo presentes as dimensões coloniais, ou seja, reconhecemos a colonialidade racial do direito.

No período da escravidão negra em nosso país, havia um conjunto de presunções sobre os corpos negros que foram construídas historicamente, a de que, por exemplo, todo "negro" era "escravo", e, portanto, coisa a ser incorporada ao patrimônio de um senhor de escravos que o reivindicasse, embora, contraditoriamente, pudesse ser objeto-sujeito de penas criminais em procedimentos inquisitoriais, sumários e senhoriais, em que a produção da prova e a busca pela verdade integravam as práticas coloniais de dominação sobre a população escrava (Malheiro, 1866; Cunha, 1983; Machado, 1987; Chalhoub, 1990; Grinberg, 1994; Pirola, 2015; Sá, 2019).

Após a abolição da escravidão, a lógica e os métodos de produção da prova e da verdade, construídas no intercâmbio de dominação inquisitorial/escravista/senhorial/colonial, deveriam ter se alterado. Porém, elas pouco ou nada mudaram quando o negro era objeto ou sujeito das demandas. Revisitar essas práticas e, de certa maneira, olhar para esse passado, pode auxiliar a compreender, no presente, as diversas estratégias utilizadas para a produção da verdade judicial sobre o "corpo negro", independentemente da posição que este ocupa no processo. Do passado ao presente, é possível perceber que lógicas (des) semelhantes são acionadas e produzem efeitos racializados de verdade quando o negro está em cena.

Os historiadores têm produzido evidências locais para que possamos compreender o modo como a relação entre sujeito, verdade e raça foi pensada.

Na época do movimento abolicionista até o pós-abolição (séculos XVIII e XIX), a luta da população negra para a comprovação da condição de libertos nas ações cíveis liberdade e de escravidão, muitas delas embasadas no tráfico ilegal de escravos, é crucial para se entender as relações de poder imbricadas na produção da prova da liberdade e da condição de libertos (Cunha, 1983; Chalhoub, 1990; Grinberg, 1994; Carvalho, 2017; Sá, 2019).

Na esfera penal, por sua vez, quando se buscava a responsabilização dos senhores de escravos acusados pela prática do crime de redução pessoa livre à escravidão, havia vários obstáculos para se chegar à punição, embora a escravização ilegal de pessoas livres e a reescravização ilegal de libertos tenham sido práticas recorrentes ao longo do período escravista em uma sociedade na qual, segundo constatou Joaquim Nabuco (2000), a maior parte dos escravos eram homens livres criminosamente escravizados. Apesar disso, as práticas jurídicas coloniais minaram as possibilidades de responsabilização penal dos senhores de escravos, o que demonstra, na visão Gabriela Barreto de Sá (2020) a "impossibilidade da estrutura judicial em fiscalizar a tênue fronteira entre escravidão e liberdade e, consequentemente, garantir a efetividade da legislação surgida com o intuito de disciplinar juridicamente a propriedade escrava" (Sá, 2020, p.163).

As condições para os negros libertos serem portadores da verdade e provarem suas alegações eram precarizadas também nas demandas por reparação civil (indenização). A tentativa de apagamento da população negra, muito marcante no episódio da "Queima de arquivos da escravidão por Ruy Barbosa", é acompanhada da narrativa de "garantir, com a queima das matrículas dos escravos, a não indenização dos senhores de escravo" (Duarte, *et al*, 2015, p. 30). Entre as disputas de narrativas, não é difícil supor a relação entre a queima dos arquivos da escravidão e a precarização da prova da condição de escravo para inviabilizar demandas reparatórias e a responsabilização civil e penal dos senhores de escravo, incorporando-se às estratégias de poder que permeavam a produção da verdade quando estava em jogo um "corpo negro". Fato é que, embora as reivindicações de indenização das vítimas da escravidão remontem ao fim do século XIX, a discussão no Brasil não avançou muito, limitando-se a algumas políticas de cotas nas últimas décadas, pouco se falando em compensação financeira. Essa, inclusive, foi a opção do Brasil na Conferência de Durban, onde defendeu a reparação na forma de políticas públicas concretas de combate à desigualdade racial em detrimento de indenizações financeiras individuais (Döpcke, 2001).

Enquanto o debate pela reparação das vítimas da escravidão por parte do Governo brasileiro não avança, os corpos negros continuam enfrentando dificuldades para a defesa de seus direitos quando são acusados de crimes e também para responsabilizar penal e civilmente aqueles que praticam ofensas raciais nas relações cotidianas.

De modo geral, a interdição ou a negação da palavra do negro é uma constante nas diversas práticas judiciais. Se tomarmos por base o funcionamento do sistema de justiça criminal, há um sem-número de estudos críticos que, há décadas, denunciam a seletividade racial, a racialidade da definição de quem é o suspeito, o recorte racial da população prisional, etc (Alves, 2015; Avelar, 2016; Duarte *et al*, 2014; Silva, 2009b; Santos, 2021b, Wanderley, 2017). Basta se debruçar sobre os processos criminais em que o negro aparece como "réu" que não será difícil perceber que ele historicamente ocupou uma posição de inferioridade no jogo de produção da verdade judicial, situação que pode ser uma chave explicativa para a histórica preponderância dos negros na população carcerária brasileira.[2] Dados oficiais, estudos e pesquisas empíricas evidenciam que o racismo é elemento estruturante do sistema penal e constituidor da seletividade penal, em que os negros são duplamente incluídos no sistema penal como objeto da criminalização e como vítima da violência,[3]reforçando a tese de que está em curso um verdadeiro genocídio da população negra.

Por outro lado, se mudarmos o pólo da relação processual (nas ações penais), com foco nos processos em que os negros buscam acesso à justiça, por serem vítimas de ofensas raciais, nos deparamos com a baixa resolutividade das ações que visavam a condenação dos ofensores pela contravenção penal prevista na Lei Afonso Arinos, como constatado por Dora Lúcia de Lima Bertúlio (1989) na sua pesquisa sobre Direito e relações raciais.

E essa inefetividade do combate ao racismo não parou por aí! Mesmo no período pós-Constituição de 1988, em que o racismo passou a ser considerado crime inafiançável e imprescritível, os resultados são desalentadores quando analisamos os julgamentos de crimes

---

[2] Segundo os dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais, em dezembro de 2022, a população prisional era composta, na sua maioria, por pretos (16,71%) e pardos (50,51%). BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Políticas Penais - SENAPPEN. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário nacional. População por cor/raça no sistema prisional. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNTFkZDA5MDEtZmJjNi00YjRhLTlkOTUtYWUxZjE3NWE3NDU5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSectionf330443a7e0c245a2804. Acesso em 31.08.2023.

[3] De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, edição de 2022, em relação ao perfil étnico-racial das vítimas, 76,5% dos mortos eram negros, reafirmando dados já apresentados neste Anuário e/ou no Atlas da Violência. Negros são o principal grupo vitimado pela violência independente da ocorrência registrada, mas chegam a 83,1% das vítimas de intervenções policiais. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 31.08.2023).

de racismo previstos na Lei Caó[4] ou o crime de injúria racial introduzido em 1997[5] no Código Penal brasileiro (Pires, 2013; Santos, 2015).

Tais contradições têm provocado reflexões acerca da própria viabilidade/eficiência de se apostar na criminalização do desrespeito como forma de proteção de identidades, que foi o fio condutor dos estudos de Thula Pires (2013). A autora partiu da constatação de que, por um lado, o movimento social aposta na criminalização como política de reconhecimento e, por outro, representantes da Criminologia Crítica alertam para o fato de que sua a utilização com esse intuito pode gerar exatamente o efeito inverso, na medida em que o sistema de justiça criminal foi pensado como um instrumento oficial de dominação e opressão dos grupos sociais não reconhecidos (Pires, 2013, p. 11).

Para além de questionar a efetividade da criminalização do racismo e em que medida devemos apostar nos seus efeitos simbólicos, que, segundo Thula Pires, por si só, já representa uma conquista bastante significativa, esse estudo pretende abrir outros caminhos para entender a racialização dos regimes de verdade, pois, o reconhecimento formal de direitos da população negra não implicou, necessariamente, em alteração das lógicas de produção das provas e da verdade nos processos judiciais sobre os "corpos negros".

Por outro lado, a relação entre os privilégios penais e processuais existentes neste tipo de criminalização e o uso da ação penal como forma alternativa de reparação civil dos danos causados à vítima de ofensa racial não têm merecido atenção dos estudiosos. Da mesma forma, não há estudos críticos sobre as ações cíveis e reclamatórias trabalhistas autônomas de danos morais por ofensas raciais ajuizadas pelas vítimas. Ampliar os horizontes de análise sobre essas práticas pode contribuir para a compreensão dos mecanismos que são acionados quando o corpo negro faz parte da relação processual.

Há décadas a realidade estatística contrasta com o silenciamento acadêmico e estatal sobre o problema do racismo e da desigualdade racial no Brasil. Normalmente os estudos jurídicos – e os juristas dogmáticos sabem muito bem disso – se ocupam da análise das regras jurídicas, das mudanças legislativas, da interpretação e dos critérios de aplicação das leis.

Todavia, a investigação das condições efetivas de atuação, no processo de veridição, do "negro-autor", do "negro-réu", do "negro-vítima", do "negro-testemunha" e, talvez até mesmo daqueles que ocupam posições autorizadas a "falar" nos processos (como o "negro-juiz", o "negro-promotor" e o "negro-advogado") pode revelar muitas nuances da produção da verdade judicial. Esse deslocamento do olhar do investigador é urgente e

[4] Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989.
[5] Por meio da Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997.

imprescindível, para entender o apagamento da voz e a interdição da verdade do corpo negro nessas práticas, não a partir de dogmas processuais e aspectos estritamente jurídicos, mas evidenciando o "corpo" que "fala", que "quer falar" e sobre o qual "se fala" no processo judicial: o "corpo negro".

Numa perspectiva genealógica foucaultiana, várias dessas práticas judiciais podem ser produtivas para desvelar as relações de poder subjacentes a esses processos de veridição. Por isso, partiremos dos diversos estudos já realizados sobre o dilema da prova da escravidão e da prova liberdade no pós-abolição para compreender o regime de verdade acionado naquele momento.

Em relação ao período mais recente, diversos estudos críticos sobre a seletividade racial do sistema de justiça criminal também serão mobilizados para entender como o "verdadeiro" é definido, quase sempre no momento da abordagem policial e é transmitido nas outras instâncias (passa pelo auto de prisão em flagrante, pelo inquérito policial, pela denúncia e pela sentença) até chegar na verdade judicial, e ainda prossegue carregando o estereótipo de criminoso, com a noção de "reincidente" e de "maus antecedentes", que é reatualizado no cotidiano das diversas interações sociais do condenado.

Em todas essas práticas, percebe-se algo em comum: a verdade é produzida a partir da branquidade, que detém o privilégio do "dizer verdadeiro", da "definição", da "enunciação", da criação das "condições jurídicas da verdade judicial", que são validados no curso do processo judicial e por ele legitimada.

Sueli Carneiro (2011) alerta-nos para a necessidade de novas perguntas, estudos e respostas que sejam capazes de fazer com que os negros deixem de ser apenas uma realidade estatística nesse país. É preciso superar perguntas que se ocupam de saber "se" e "por quê" o sistema é racista. Por isso, essa investigação científica não adota uma postura "denuncista" (denunciar que o sistema é racista) e nem se ocupa de perguntas sobre as quais, ou já se sabe a resposta (o racismo cotidiano e a realidade estatística falam por sí), ou cujas respostas se esbarram nos "não-ditos" das decisões judiciais, dificultando a investigação teórica, e mesmo empírica, das intencionalidades dos "ditos" nas sentenças.

Deseja-se avançar, deslocando-se os "porquês" do racismo para o "como" ele é operado nas práticas judiciais. Assim, enquanto **problema da pesquisa**, busca-se saber como se constituiu e como se operam os regimes de verdade aplicáveis aos corpos negros, independentemente das diversas posições que eles ocupam nas práticas judiciais de veridição.

A questão será enfrentada dialogando com os estudos supramencionados e por meio de uma abordagem das práticas judiciárias do passado e do presente para demonstrar como

esse regime de verdade racializado é acionado nos processos reivindicatórios da população negra, nos quais o "corpo" negro assume uma posição de vítima de agressão racial e busca reparação, especialmente nas ações de injúria racial (ação penal), de responsabilidade civil (ação civil) e de danos morais nas relações de trabalho (reclamatória trabalhista).

Nossa **hipótese,** portanto, é de que os regimes racializados de produção da verdade sobre os corpos negros reatualizam a colonialidade do direito e dos sistemas de justiça. O modo de pensar a verdade nos processos judiciais quando o corpo negro entra em cena, permite compreender o que carregamos como não-dito de nossa memória colonial e reproduzimos dentro do Direito, aparentemente igualitário e protetor dos Direitos Humanos, um sistema de justiça desigual e desumanizador para a maior parte da população brasileira. Assim, independentemente da posição ocupada pelo negro no processo judicial e da natureza da ação judicial (penal, cível ou trabalhista), o critério "raça" é elemento decisivo nos regimes de verdade judicial, contribuindo para a manutenção e reprodução do racismo nas práticas judiciais de veridição, de tradição dogmático-formalista.

Sobressai-se dessa formulação o **objetivo geral** da pesquisa, que é compreender as práticas de construção da verdade judicial nas demandas que envolvem a população negra, de forma a contribuir para a percepção da racialização dos regimes de verdade e seu atravessamento nos diversos ramos do direito.

Para tanto, foram estabelecidos os seguintes **objetivos específicos**: a) Investigar a racialização dos regimes de produção da verdade a partir da noção foucaultiana de "regimes de verdade" e das categorias "dispositivo de racialidade", "branquidade" e "colonialidade do poder"; b) Analisar o papel da dogmática jurídica, de tradição formalista, na legitimação, da escravidão, no período oitocentista, e na produção e reprodução do racismo, no pós-abolição; c) Entender a emergência da legislação antiescravista no período oitocentista e da legislação antirracista do pós-abolição; d) Investigar as práticas judicias de veridição do periodo oitocentista e da atualidade, de forma a compreender as excepcionalidades dos regimes de verdade quando se está diante do "negro-autor", do "negro-réu" e do "negro-vítima", os obstáculos para o reconhecimento judicial da existência de ofensa racial e eventual responsabilização penal, civil ou trabalhista dos agressores, bem como a "contínuo" das bases senhoriais, e portanto, racistas do periodo colonial no presente, que se manifesta nas práticas jurídicas do presente.

Para tanto, foram definidas como **objeto da pesquisa** as práticas judiciárias que envolviam a população escrava no período oitocentista (ações cíveis de liberdade e de escravidão, ações penais de redução de pessoa livre à escravidão e ações penais de crimes

praticados por escravos) e as práticas judiciárias do pós-abolição e da atualidade (ações de contravenção penal da Lei Afonso Arinos, ações penais dos crimes de racismo e injúria racial, ações cíveis e reclamatórias trabalhistas de reparação de danos morais por ofensas raciais). A análise de tais práticas, ao lado das leis e dos discursos dogmáticos que deram sustentação à aplicação do Direito sobre a questão racial possibilitará a compreensão da persistência das dimensões coloniais do Direito na atualidade e a racialidade do regime de verdade judicial.

A tese foi estruturada de forma a apresentar, primeiramente, o referencial teórico e as categorias epistemológicas mobilizadas na pesquisa, o que foi feito nos dois capítulos que seguem a esta introdução, para, na sequência, demonstrar a racialização dos regimes de verdade a partir da legislação, do pensamento dogmático e, principalmente, nas práticas judiciais de veridição.

Assim, no **Capítulo II**, serão apresentadas as categorias conceituais fundamentais para o desenrolar da pesquisa, de forma a delimitar a noção de regime de verdade que será utilizada na compreensão das práticas de veridição no âmbito judicial. Para tanto, serão articuladas as principais categorias foucaultianas, quais sejam: a relação poder-saber, o discurso, regimes de verdade/jogos de verdade, e por fim, as noções de subjetividade e dispositivo de poder.

De toda forma, será necessário ir além de Foucault para entender que o racismo é elemento central dos jogos de verdade e dos processos de subjetivação da modernidade. Muito embora a escravidão africana e o racismo sejam indissociáveis ao colonialismo, ao capitalismo e à modernidade, tais temas não ganharam o devido espaço na obra foucaultiana. Assim, apropriando-se da caixa de ferramenta deixada pelo filósofo francês e dando um passo adiante,[6] pretendemos lançar luzes sobre a relação do racismo com o regime de verdade judicial, dialogando com Sueli Carneiro (2005), a qual inscreveu a problemática racial no campo analítico dos conceitos de dispositivo e de biopoder, apresentando o "dispositivo de racialidade".

Essas categorias serão importantes para o **Capítulo III,** que se ocupa dos estudos críticos da raça e da branquidade, apropriando-se da noção de dispositivo de racialidade-biopoder em Sueli Carneiro, num esforço para situar os regimes de verdade judicial sob a ótica da branquidade do poder, e explicitar as funções estratégias do véu da

[6] Sobre o caráter instrumental da teoria, como o próprio Foucault concebia, afirma Deleuze em conversa com o autor: "Uma teoria é como uma caixa de ferramentas. Nada tem a ver com o significante... É preciso que sirva, é preciso que funcione. E não para si mesma. Se não há pessoas para utilizá-la, a começar pelo próprio teórico que deixa então de ser teórico, é que ela não vale nada ou que o momento ainda não chegou. Não se refaz uma teoria, fazem-se outras; há outras a serem feitas." (Foucault, 2005, p. 71).

branquidade na perpetuação das desigualdades raciais. Esta parte representa uma mudança de foco - da negritude para a branquidade - e passa a fixar atentamente no opressor, pois os dispositivos da racialidade e da branquidade se reforçam, ressignificam e se instrumentalizam mutuamente.

Com esse intento, serão apresentados os fundamentos teóricos da branquidade, a partir dos estudos críticos realizados nos Estados Unidos da América e das formulações teóricas que vêm sendo feitas no Brasil sob a terminologia "branquitude", como nos estudos de Maria Aparecida Bento (2002), Lourenço Cardoso (2008; 2014) e Lia Schucman (2020), e "branquidade", como em Lia Sovik (2004) e Evandro Piza Duarte (2022). A reflexão sobre a branquidade será uma forma de pensar o passado escravista não apenas sob a ótica da situação dos negros naquele momento, mas também seus impactos na formação da cidadania na sociedade brasileira e a persistência do privilégio do branco na atualidade.

O **Capítulo IV** aborda o regime de verdade judicial na tradição dogmático-formalista, traçando-se as especificidades da prática discursiva dos juristas, os marcos referenciais da produção da verdade judicial e as condições de possibilidades do dizer verdadeiro no campo jurídico. Parte-se do paradigma da dogmática jurídica, que oferece o ferramental teórico e prático para a administração dos conflitos nas sociedades modernas. Essa dogmática jurídica, enquanto método técnico-jurídico ou lógico-abstrato, está presente na cultura jurídica ocidental e se mantém forte na prática do Direito, o que permitirá compreender a forma específica de verdade objeto dessa pesquisa.

Nesse capítulo, será apresentado o papel da dogmática jurídica na justificação da escravidão no século XIX, a partir do estudo de três juristas que tiveram participação relevante sobre a questão da escravidão: Perdigão Malheiro, primeiro jurista que se propôs a estudar a questão da escravidão sob a ótica do Direito; Teixeira de Freitas, notório civilista do Império, a quem foi incumbida a tarefa de consolidar a legislação civil e elaborar o esboço do primeiro Código Civil brasileiro, com destaque para a polêmica em torno da sua omissão sobre a escravidão; e, por fim, Antonio Rebouças, o jurista mulato do Império, que transitou entre a política e o Direito, com posições dúbias sobre a questão da escravidão.

O capítulo prossegue abordando o papel da dogmática jurídica na (re) produção do racismo no século XX, quando será estudada a tradição manualesca do ensino jurídico, o apego às fórmulas dogmáticas e a dissociação com a realidade, finalizando com a apresentação das características do regime de verdade à luz dessa dogmática jurídico-processual, a função da prova no processo de investigação da verdade e as premissas

básicas desse regime nos processos judiciais em geral. Até aqui, porém, detém-se no aspecto teórico da racialidade do regime de verdade judicial.

Nos capítulos seguintes, demonstrar-se-á as elaborações legislativas e o funcionamento das práticas judiciais que envolvem o corpo negro. Procura-se explicar como o poder se manifesta (os efeitos do poder) sobre os corpos negros no sistema de justiça, o que implica uma análise crítica do funcionamento da maquinaria judicial e das agências oficiais relacionadas à atividade jurisdicional (Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia, entre outros) e os aspectos extraprocessuais que configuram as condições de possibilidade do dizer verdadeiro.

Inicialmente, no **Capítulo V**, apresenta-se a emergência da legislação antiescravista, as características do Poder Judicial no período oitocentista e o funcionamento da justiça no julgamento dos corpos negros, abordando os dilemas em torno da prova da posse da liberdade vivenciados pelo "negro-autor" nas ações cíveis de liberdade e de escravidão, pelo “negro-vítima” nas ações de crimes de redução de pessoa livre à escravidão.

O texto prossegue apresentado o Direito Penal de Exceção que era aplicado ao “negro-réu” nas ações penais de crime praticados pelos escravos. Na sequência, o capítulo trata da persistência da racialização nas práticas judiciais do século XX, apresentando a emergência da legislação antirracista, com destaque para tipificação das ofensas raciais na Lei Afonso Arinos, a constitucionalização do racismo da Constituição de 1988 e a legislação penal superveniente que tipificou os crimes de racismo e injúria racial, expondo, ainda, o funcionamento das práticas judiciais relacionada a essa legislação, que leva à imunização dos ofensores.

Por fim, o **Capítulo VI** apresenta como, apesar de todo refinamento teórico dos juristas dogmáticos acerca da verdade judicial, da produção da prova e dos marcos referenciais que garantiriam um processo “justo”, as práticas judiciais reatualizam a colonialidade do direito e dos sistemas de justiça. Para entender os traços dessa racialidade em relação ao “negro-réu”, será abordado o pensamento da Criminologia Crítica sobre a seletividade penal, além dos estudos críticos de um conjunto de autores que gravitam em torno de um referencial teórico que aproxima a Criminologia de uma leitura crítica da modernidade/colonialidade para se entender os sistemas punitivos das regiões marginais que sofreram com o processo de colonização europeu, trazendo o racismo para o centro do debate.

A parte final desse capítulo se dedica à apresentação dos resultados da pesquisa exploratória e ao estudo de casos das práticas judiciais do Distrito Federal que têm em comum o julgamento de corpos negros. Para tanto, será realizada a análise das ações de crime de

racismo e injúria racial em que o "negro-vítima", representado pelo Ministério Público, busca a responsabilização penal do ofensor e a indenização pelos danos morais e, numa análise transversal, apresenta-se as dinâmicas das ações cíveis e trabalhistas autônomas de reparação de danos morais ajuizadas pelas próprias vítimas.

Uma demarcação semântica é importante fazer, desde já! Há autores que utilizam as expressões verdade jurídica, verdade processual[7] e verdade judicial, ora se referindo à mesma coisa, ora com sentidos diversos. O sentido de verdade judicial adotado neste trabalho se refere à verdade produzida em procedimento cognitivo judicial (processo) manifestada por meio de uma decisão judicial na qual o julgador enuncia a veracidade ou falsidade dos fatos (verdade factual) e das questões de direito (verdade normativa) submetidas a julgamento, segundo as regras de produção da verdade inerentes ao procedimento judicial. Nesse sentido, não há problema em utilizar "verdade jurídica" ou "verdade processual" como sinônimos de "verdade judicial". Por razões metodológicas e "afetivas",[8] será utilizada, ao longo do texto, a expressão "verdade judicial" por ser mais abrangente e possibilitar uma referibilidade imediata entre o meio onde essa verdade é produzida (no processo judicial) e o poder estatal que a enuncia (a jurisdição).

1.1 Estratégias metodológicas

Na linha adotada nessa investigação científica, a compreensão da racialidade envolve três eixos de análise: lei, dogmática jurídica e práticas judiciais de veridição. Para tanto, adotou-se as seguintes estratégias metodológicas, que envolvem abordagens qualitativa e quantitativa:

Numa perspectiva explicativa, serão analisadas as leis antiescravistas do século XIX e a legislação antirracista do século XX, com destaque para a Lei Afonso Arinos, a constitucionalização do racismo na Constituição de 1988 e a legislação penal superveniente, contextualizando com as relações de poder subjacentes que culminaram com a abolição formal da escravidão e deram suporte às demandas judiciais atinentes à população negra.

Sobre o pensamento dogmático**,** a pesquisa bibliográfica consiste no estudo e demonstração do surgimento e consolidação de uma tradição dogmático-formalista que, sob bases positivistas, fornece os substratos teóricos e práticos para a aplicação racializada do

[7] Luigi Ferrajoli (2010), por exemplo, utiliza a expressão verdade processual no mesmo sentido que aqui utilizo como verdade judicial, e "verdade jurídica", com uma dimensão da verdade processual, ou seja, aquela relativa à interpretação dos enunciados normativos em contraposição à "verdade fática" relativa à interpretação dos fatos.
[8] O fazer ciência também envolve opções afetivas.

Direito. Em relação às práticas judiciais de veridição, adota-se três estratégias distintas. Para o período oitocentista, aposta-se numa análise interdisciplinar, por meio de pesquisa bibliográfica, dialogando sobretudo com a historiografia da escravidão para explicar as dinâmicas das ações cíveis de liberdade e de escravidão, as ações de crimes de redução de pessoa livre à escravidão e as ações penais de crimes praticados por escravos.

Para explicar o funcionamento do regime de verdade judicial no século XX, a pesquisa bibliográfica se valerá de estudos críticos realizados no âmbito do Direito sobre a contravenção penal da Lei Afonso Arinos, que serão contextualizados com a noção de seletividade racial e suspeição policial presentes nos estudos criminológicos para estabelecer um contraponto entre as três posições do negro nos processos judiciais ("negro-autor", "negro-réu" e "negro-vítima".

Por fim, e para compreender a racialização do regime de verdade judicial na atualidade, esse estudo se dedica à experiência do Distrito Federal. A escolha se deu diante do fato de que, a partir de 2009,[9]o crime de injúria racial passou a ser de ação pública condicionada à representação,[10]ou seja, cabe ao Ministério Público, mediante provocação da vítima, buscar a responsabilização penal do agressor. Além disso, desde o ano de 2005, o Ministério Público do Distrito Federal - MPDFT criou o Núcleo de Enfrentamento à Discriminação - NED, vinculado à Coordenação dos Núcleos de Direitos Humanos - CNDH e, desde 2006, esse núcleo especializado possui atribuição de se manifestar nas inquéritos e ações penais relacionadas aos crimes raciais.[11] Na visão dos promotores de justiça do NED/CNDH, a especialização da unidade, aliada à concentração da ação penal no Ministério Público, foi um dos fatores responsáveis pelo aumento do número de denúncias no Distrito Federal (Ávila, 2017, p. 78).

Além de reformular as estratégias jurídicas para o oferecimento das denúncias, o NED/CNDH adotou diversas medidas visando o aprimoramento da persecução penal dos

---

[9] Em razão da Lei nº 12.033, de 29 de setembro de 2009.

[10] A partir de 11 de janeiro de 2023 não há mais necessidade de representação da vítima devido à alteração promovida pela Lei nº 14.532/2023.

[11] A Portaria Normativa nº 515, de 15 de dezembro de 2017, do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT define as atribuições e a estrutura dos Núcleos de Direitos Humanos no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Em 2021 o instrumento foi atualizado para, além da recebimento de representações, notificações e outros expedientes relacionados aos crimes raciais, estabelecer que o NED/CNDH também poderá promover e acompanhar, conjuntamente com o promotor natural ou exclusivamente, se houver declínio de atribuição, a ação penal pública nos crimes de racismo e nos crimes previstos no § 3º do art. 140 do Código Penal, inclusive quando perpetrados contra membro da comunidade LGBTQIA+, praticados isoladamente ou em conexão com outros delitos, ainda que de maior gravidade, até o oferecimento da denúncia, salvo nos casos cuja complexidade ou especificidades demandarem a sua atuação nas demais fases do processo, conforme avaliação do Núcleo." (BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT. Portaria Normativa nº 515, de 15 de dezembro de 2017. Disponível em: /https://www.mpdft.mp.br/portal/images/pdf/nucleos/Portaria2017_0515atualizada.pdf. Acesso em 09.07.2023).

crimes raciais, que incluiu a sensibilização sobre o racismo por meio de ações de comunicação social e o diálogo institucional com as polícias do Distrito Federal. Em 2014, foi expedida a Recomendação Conjunta nº 002/2014,[12] do NED/CNDH e da Promotoria de Justiça Militar, endereçada à Polícia Militar e à Polícia Cível do Distrito Federal, orientando os órgãos policiais sobre a relevância de se reconhecer os crimes de racismo e injúria racial, bem como de instaurar os inquéritos policiais e efetuar a prisão em flagrante. Outra medida foi o aumento da transparência na atuação do NED/CNDH, que passou a disponibilizar dados relacionados às ações de crimes raciais no site oficial da MPDFT[13]e, no ano de 2017, publicou a Obra comemorativa dos 10 anos de atividade do NED/CNDH, sob a coordenação do promotor de justiça Thiago André Pierobom de Ávila (2017), na qual foram apresentados os resultados das ações de combate ao racismo no Distrito Federal entre os anos de 2006 a 2016.

Inicialmente, pretendíamos analisar os documentos judiciais (sentenças, acórdãos, petições dos advogados, defensores públicos e promotores, depoimento de testemunhas e das vítimas, interrogatórios, e outros documentos processuais) que tramitam perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT, para entender a racialização do regime de verdade judicial na Capital da República. Entretanto, o levantamento feito pelo NED/CNDH, na referida obra comemorativa, demonstrou que, apesar do esforço do núcleo especializado, a persecução penal no combate ao racismo ainda se esbarrava na racialidade do regime de verdade, com características semelhantes às constatações das pesquisas realizadas nas últimas décadas sobre o tema. Ademais, o MPDFT adotou, como estratégia de combate ao racismo, a realização de acordos de sursis processual (suspensão condicional do processo) e a busca de reparação do dano moral causado à vítima por meio do sursis processual ou da reparação do dano quando do julgamento da ação penal.

Dessa forma, foi necessário deslocar o foco da investigação, agregando outro elemento que não tem chamado a atenção dos pesquisadores, que são os usos e os sentidos da reparação

---

[12] Entre as recomendações formuladas, cita-se a constante no item 7: "Sempre que houver prática de injúria com utilização de elementos relativos à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (art. 140, § 3º, do CP), ou ainda ato de racismo (Lei n. 7.716/1989), em situação de flagrante delito, o policial militar deverá dar voz de prisão em flagrante e conduzir os envolvidos à Delegacia de Polícia, abstendo-se de realizar qualquer forma de mediação entre os envolvidos ou de dissuasão do registro de ocorrência policial". (BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT. Recomendação Conjunta nº 2, de 28 de novembro de 2014. Disponível em: [http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/nucleos/ned/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_Conjunta_2.2014_CNDH-PJM_-_Racismo_PMDF.pdf. Acesso em: 09.07.2023.

[13] BRASIL, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT. Disponível em: [https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/nucleos-e-grupos/nucleo-de-enfrentamento-discriminao-ned] Acesso em 09.07.2023.

dos danos nas ações penais relacionadas a crimes raciais e seus reflexos na responsabilização civil, que tem pressupostos distintos.

Para melhor entender essa estratégia oficial de combate ao racismo no Distrito Federal na perspectiva desta investigação científica, foram analisadas um conjunto de ações penais ajuizadas a partir de 29 de setembro de 2009[14] até o ano de 2019. Este recorte temporal foi necessário para se ter uma visão mais estrutural do uso dessa estratégia e, levando em consideração o tempo médio de tramitação das ações e a produção desta tese, aumentava-se a chance de se trabalhar com processos iniciados até 2019, mas que tivessem sido concluídos nos anos seguintes (2020 a 2023), o que possibilitaria maior precisão nas análises.

Para selecionar os casos de uma forma mais objetiva, solicitei ao NED/CNDH a relação dos processos criminais de racismo e injúria racial e a cópia das respectivas denúncias oferecidas no período de 2009 a 2019. No final de 2019, fui atendido pela coordenadora do NED/CNDH, a promotora de justiça Mariana Silva Nunes, a qual, por meio da equipe técnica, disponibilizou, nos meses seguintes, as relações de "Feitos de Racismo" e de "Feitos de Injúria Racial" e a cópia digital (no formato "pdf") de 643 peças de "denúncia" e respectivas "propostas de sursis processual" do período solicitado.

A partir dessas peças, cujos arquivos estavam nominados pelo número do processo judicial, selecionei uma amostra de 220 casos, adotando o seguinte critério: seleção aleatória pelo número do processo; identificação de processos comuns à amostra contida na Obra comemorativa dos 10 anos de atividade do NED/CNDH em relação à qual exclui os processos não relacionados à injúria racial;[15]ampliação da amostra com denúncias oferecidas nos anos de 2016 a 2019; e exclusão de processos que ainda estavam em tramitação. Uma vez identificados os processos que atendiam a esses critérios, foram extraídas as peças dos processos físicos que estavam disponíveis para consulta pública no site do TJDFT, e, quando havia processo digital, foi feito o *download* da íntegra dos autos eletrônicos para o acervo da pesquisa. Com isso, foram reunidos termos de audiência, sentenças, acórdãos e, quando disponível, cópia integral dos 220 processos da amostra, os quais estão relacionados no Anexo I.

Visando uma análise transversal que permitisse identificar a racialização do regime de verdade judicial nos diversos ramos do Direito, tendo como ponto de partida a estratégia jurídica adotada pelo MPDFT de optar pela solução negociada dos crimes raciais por meio do

[14] Data a partir da qual o crime de injúria racial passou a ser de ação penal pública condicionada à representação da vítima.
[15] Como os casos de preconceito relacionados à condição sexual, de pessoa idosa ou deficiente, etc.

sursis processual e da reparação dos danos, ampliei a pesquisa para as ações cíveis de reparação de danos no âmbito do TJDFT e da Justiça Trabalho em Brasília, para entender como as Justiças Cível e Trabalhista tratam a reparação do dano moral de ofensas raciais.

Para selecionar os casos na Justiça Cível observou-se o seguinte: pesquisa processual no site do TJDFT,[16]por meio dos nomes e CPF das partes, número de processo, conforme a disponibilidade das informações, para identificar casos em que apareciam as mesmas partes e vítimas das ações penais selecionadas anteriormente; pesquisa no *link* de jurisprudência do TJDFT, por meio das palavras-chave "racismo", "injúria racial", "injúria preconceituosa", "ofensa racial", "ofensa preconceituosa", "preconceito de raça", "preconceito de cor"; e exclusão dos processos que ainda estavam em tramitação, resultando 64 processos que estão relacionados no Anexo II, cujas peças processuais (petição inicial, contestação, decisões judiciais e termos de depoimentos) foram extraídos do site do Tribunal na opção de "consulta pública" ou de "processo judicial eletrônico", quando disponível. Na seleção das reclamatórias trabalhistas, a pesquisa foi realizada no site do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região - TRT10,[17] adotando-se os mesmos critérios utilizados nas ações cíveis para encontrar reclamatórias trabalhistas sobre a mesma temática, que tramitaram nas Varas do Trabalho do Distrito Federal, resultando em 7 processos que estão relacionados no Anexo III.

Assim, partindo de uma abordagem qualitativa e quantitativa, de cunho exploratório, o *corpus* documental desta investigação consiste em peças de autos judiciais de 220 ações penais, 71 ações cíveis e 7 reclamatórias trabalhistas, que tramitaram no Distrito Federal e têm, em comum, a busca da responsabilização do agressor por ofensas raciais. Entre os processos da amostra, alguns serão objeto de estudo de caso, para entender o funcionamento do regime de verdade nos processos e a forma como os discursos jurídicos são manipulados para a (desc) caracterização da ofensa e a (não) responsabilização do ofensor. Com isso, pretende-se esclarecer como essas práticas judiciais de veridição, apesar das diferenças dos subsistemas processuais, da natureza do direito e da posição do corpo negro no processo, tende a ser racializado.

[16] A pesquisa no site do TJDFT foi realizada entre os meses de setembro de 2022 a agosto de 2023.
[17] A pesquisa no site do TRT10 foi realizada entre os meses de abril e maio de 2023.

2 REGIMES DE VERDADE: UMA RELEITURA DE FOUCAULT E O DISPOSITIVO DE RACIALIDADE DE SUELI CARNEIRO

Falar sobre verdade em tempos de pós-verdade,[18] de discursos negacionistas e de notícias falsas é, sem dúvida, uma árdua tarefa. Vivemos em um período no qual o "dizer verdadeiro" parece se desprender cada dia mais de qualquer compromisso com a "verdade" ou com o que se poderia aceitar como verdadeiro em determinados momentos históricos.

Se entendermos por verdade o consenso que se constrói em torno de algo, ainda que provisório e sujeito a refutação, então a sociedade contemporânea abre um campo enorme de possibilidades de investigação acerca do tema. Isto porque as supostas "verdades" têm se sustentado cada vez mais no engodo, na trama, nas notícias falsas, na desordem informacional, numa rede complexa de informações que circulam instantaneamente na internet sob novas condições de possibilidades do "dizer verdadeiro"[19] e de estratégias para definição de quem tem "credibilidade" para "dizer a verdade" e formar consenso público.

Cientistas, professores, pesquisadores e a realidade fática são desacreditados num passe de mágica. Basta uma busca rápida nas redes sociais e ferramentas de busca na internet que encontraremos uma variedade de conteúdos e notícias que não resistiria a um debate crítico ou seria facilmente refutada por meio de procedimentos básicos de verificação, seja por estar completamente dissociada dos fatos ou por já ter sido cientificamente superada.

É inegável que essa forma de discursividade digital recolocou o tema da verdade na ordem do dia e aumentou a tensão sobre a disputa pela verdade no campo da ciência, da religião, do Direito e em outros âmbitos. De toda forma, não podemos olvidar que a busca da verdade e seus regimes de produção continuam sendo uma questão filosófica relevante e é a partir dela que pretendo avançar na compreensão dos procedimentos de veridição no âmbito judicial e suas nuances quando envolve o julgamento de corpos negros.

---

[18] Há um intenso debate acadêmico e nos meios de comunicação sobre a questão da "pós-verdade", que não é objeto deste estudo. Aqui, me atenho ao conceito incluído no Dicionário Oxford, o qual, em 2016, chegou a eleger a "pós-verdade" como a palavra do ano: "*relating to circumstances in which people respond more to feelings and beliefs than to facts*". (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2021) Oxford Learner's Dictionaries. Disponível em: https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/post-truth?q=post+truth. Acesso em: 17.10.2021.

[19] Atualmente, ganha espaço na sociedade globalizada uma espécie um tanto quanto anacrónica de "donos da verdade" ou aqueles que são capazes de formar um consenso social sobre determinados assuntos, produzindo efeitos concretos de verdade. A era da informação tem o grande mérito de nos proporcionar essa nova categoria de formadores de consenso em torno da verdade: os influenciadores digitais. E não apenas isso! O jogo da verdade agora vem apimentado por uma tal de monetização. Quanto mais seguidores o influenciador digital conseguir, maior será a capacidade de lucro da rede social com a venda de espaço para propagandas e outros mecanismos de capitalização. Por trás disso tudo está a lógica do mercado, do qual não se espera o compromisso ético com a verdade, mas sim com o lucro.

Para tanto, um diálogo com Michel Foucault (1926-1984) auxiliará nessa caminhada por duas razões que merecem destaque.

Primeiramente, porque o tema da verdade sempre esteve presente nas suas investigações filosóficas. Em "As palavras e as coisas" (Foucault, 1999), ainda na fase chamada arqueológica, e mais adiante, já no chamado período genealógico[20], com destaque para "Vigiar e Punir" (Foucault, 1987) e para o volume I da "História da Sexualidade" (Foucault, 2018), nas quais é abordada a relação indissociável entre poder e saber, o autor desenvolve as categorias analíticas "regimes de verdade" e "relações de poder". Na fase final da sua vida,[21]notadamente nos cursos sobre subjetividade e verdade,[22] Foucault deslocou seu problema fundamental para a relação "sujeito/subjetividade" e "jogos de verdade",[23]mas a tese de que existem regimes históricos de produção da verdade permaneceu em pleno vigor durante toda a sua obra. Concordemos ou não com seus pressupostos, depois dessas contribuições é difícil falar em produção da verdade dissociada da noção de relações de poder.

É preciso considerar que a passagem do período arqueológico para os estudos da genealogia do poder se deu num intervalo de tempo relativamente longo, sem nenhum livro publicado pelo autor. De "A Arqueologia do Saber" (Foucault, 2010a), em 1969, até a publicação de "Vigiar e Punir" (Foucault, 1987), em 1975, se passaram mais de cinco anos. Nesse período, as fontes de seu pensamento são os cursos anuais ministrados no *Collége de France*, onde assumiu a cátedra deixada pelo falecimento de Jean Hyppolite.[24] O conteúdo de tais cursos foi organizado e publicado posteriormente à sua morte.

Dois textos desse período são importantes para entender os caminhos percorridos nas suas investigações sobre a temática do poder, do saber e da verdade. O primeiro texto se

---

[20] Acerca dessas fases: "Enquanto a arqueologia é o método próprio à análise da discursividade local, a genealogia é a tática que, a partir da discursividade local assim descrita, ativa os saberes libertos da sujeição que emergem desta discursividade" (Foucault, 1998, p. 172).

[21] Essa seria uma terceira fase dos estudos de Foucault, que seus intérpretes denominam de "fase da ética".

[22] Sobretudo a partir dos cursos do *Collège de France* de 1979-1980, intitulado "Do governo dos vivos" (Foucault, 2014) e de 1981-1982 sobre a "Hermenêutica do Sujeito" (Foucault, 2010b).

[23] Sobre esse deslocamento, em entrevista concedida em 20 de janeiro de 1984, que integra a Coleção Ditos e Escritos, ao ser questionado sobre se seu pensamento filosófico estava, naquele período, determinado pelo polo subjetividade e verdade, o próprio Foucault explica: "Esse sempre foi, na realidade, o meu problema, embora eu tenha formulado o plano dessa reflexão de uma maneira um pouco diferente. Procurei saber como o sujeito humano entrava nos jogos de verdade, tivessem estes a forma de uma ciência ou se referissem a um modelo científico, ou fossem como os encontrados nas instituições ou nas práticas de controle." (Foucault, 2004, p.265). Mais adiante, na mesma entrevista, ao ser indagado sobre a mudança de tema nos cursos ministrados no *Collège de France*, que inicialmente estaria centrado nas relações de poder e posteriormente teria migrado para a relação entre sujeito e verdade, Foucault novamente enfatiza seu problema fundamental, afirmando o seguinte: "Assim fui levado a colocar o problema saber/poder, que é para mim não o problema fundamental, mas um instrumento que permite analisar, da maneira que me parece mais exata, o problema das relações entre sujeito e jogos de verdade. (Foucault, 2004, p. 274).

[24] Jean Hyppolite (1907-1968) foi um filósofo francês que ganhou destaque pelos estudos sobre a obra de Hegel, tendo sido professor de notáveis filósofos como Gilles Deleuze e o próprio Foucault.

refere à sua aula inaugural no *Collége de France* pronunciada em 02 de dezembro de 1970 sob o nome "A Ordem do Discurso" (Foucault, 1996a), que veio a ser publicada em 1971, onde encontraremos as linhas gerais de seu pensamento sobre os discursos e os jogos de verdade que vão nortear seus trabalhos posteriores. O segundo texto se trata das cinco conferências pronunciadas na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC Rio), entre 21 e 25 de maio de 1973, que foram publicadas no mesmo ano sob o título "A verdade e as formas jurídicas" (Foucault, 1996b).

Em "A Ordem do Discurso", o filósofo francês esclarece que as condições de possibilidade do dizer verdadeiro passam por procedimentos de exclusão como, por exemplo, as interdições, que limitam quem pode falar e o que pode ser dito.

Nessa perspectiva, a "verdade", em termos Foucaultianos, passa por algumas noções fundamentais, entre as quais destaco: a relação poder-saber, o discurso, as categorias regimes de verdade/jogos de verdade, e por fim, as noções de subjetividade e dispositivo de poder.

Adiante serão abordadas cada uma dessas categorias, sem perder de vista, entretanto, que tais noções estão imbricadas e que falar sobre discurso e relações poder-saber são passos necessários para enfrentar a questão das relações entre os sujeitos e os jogos de verdade, bem como as condições de produção da verdade.

Por isso, neste capítulo, serão articuladas as principais categorias foucaultianas, quais sejam: a relação poder-saber, o discurso, regimes de verdade/jogos de verdade, e por fim, as noções de subjetividade e dispositivo de poder.

De toda forma, será necessário ir além de Foucault para entender que o racismo é elemento central dos jogos de verdade e dos processos de subjetivação da modernidade. Muito embora a escravidão africana e o racismo sejam indissociáveis ao colonialismo, ao capitalismo e à modernidade, tais temas não ganharam o devido espaço na obra foucaultiana. Assim, apropriando-se da caixa de ferramenta deixada pelo filósofo francês e dando um passo adiante, pretendemos lançar luzes sobre a relação do racismo com o regime de verdade judicial, dialogando com Sueli Carneiro (2005), a qual inscreveu a problemática racial no campo analítico dos conceitos de dispositivo e de biopoder, apresentando o "dispositivo de racialidade".

2.1 Relações poder-saber

Para estudar as relações de poder em Foucault é preciso estabelecer, desde já, três marcadores importantes. Primeiro, se distanciar da abordagem clássica de poder enquanto um

atributo estatal ou de poder soberano. Segundo, não imaginar o poder como uma substância, uma propriedade ou uma coisa que se possua, como um privilégio, mas sim como algo que se exerce. Por fim, não enxergar o poder como algo sempre negativo, pois o poder também é produtivo.

Em 1973, nas suas conferências publicadas sob o título "A verdade e as formas jurídicas (Foucault, 1996b), antes mesmo de estabelecer, de forma mais articulada, sua concepção de poder, Foucault (1996b, p. 154-155) alerta que precisamos nos afastar de qualquer noção simplista que considerasse o poder como uma coisa só ou apenas o seu aspecto estritamente político (de poder político, estatal e soberano).

Longe disso! Suas investigações filosóficas concebiam o poder na sociedade como uma multiplicidade de correlações de forças, sutis, que acontecem em diferentes níveis, umas se apoiando nas outras e se contestando mutuamente, que estão presentes no interior de uma instituição pública ou privada, em qualquer manifestação de poder estatal, ou mesmo nas relações sociais mais diversas e microscópicas que se possa imaginar, como, por exemplo, nas relações de classe, nas relações sexuais, nas relações familiares, etc. Por isso o poder não poderia ser visto como uma substância ou uma propriedade, ou algo singular (não daria para falar em "um poder", por exemplo), mas sim algo mais disperso que pode ser exercido por indivíduos ou grupo de indivíduos que não o detém, mas simplesmente o exerce em uma rede complexa de correlações de força.

Na ocasião, Foucault procurou se afastar também de uma noção negativa do poder, pois acreditava que o poder era intrínseco às múltiplas relações sociais, as quais não poderiam ser definidas simplesmente como opressão ou por meio da frase "O poder oprime". Seu argumento era de que o poder também dava prazer,[25]pelo menos para algumas pessoas, o que provaria que não era essencialmente opressivo e negativo.

Essa concepção, ainda embrionária nas suas obras, o fazia crer que a analítica do poder[26] era uma tarefa árdua, que não deveria se restringir a tentar compreender um "poder", mas sim descrever suas múltiplas relações e efeitos concretos sobre as pessoas e a sociedade.

Foi exatamente o que pretendeu fazer durante as conferências realizadas na PUC Rio ao analisar as relações de poder subjacentes às práticas penais da sociedade moderna, que foi

[25] Daí se falar em uma "economia libidinal do prazer" ou uma "erótica do poder".

[26] É importante advertir que Foucault sempre preferiu fazer o que chamava de analítica do poder ao invés de uma teoria do poder. Em várias manifestações chegou a deixar isso muito claro, como no volume I da "História da Sexualidade": "O que está em jogo nas investigações que virão a seguir é dirigirmo-nos menos para uma 'teoria' do que para uma 'analítica' do poder: para uma definição do domínio específico formado pelas relações de poder e a determinação dos instrumentos que permitem analisá-lo. Ora, parece-me que essa analítica só pode ser constituída fazendo tábula rasa e liberando-se de uma certa representação do poder, que eu chamaria – veremos adiante por quê – de 'jurídico-discursiva'". (Foucault, 2018, p. 90).

denominada de sociedade disciplinar.[27] Dessa análise, pôde-se perceber a face criativa do poder, o qual produz saber, produz uma série de conhecimentos, a exemplo do saber "que nasce da observação dos indivíduos, da sua classificação, do registro e da análise dos seus comportamentos, da sua comparação, etc" (Foucault, 1996b, p. 121). Trata-se do saber tecnológico, de observação, de vigilância e do exame, que permitirão novas formas de controle sobre os indivíduos.

Mas é apenas com "Vigiar e Punir" (Foucault, 1987), em 1975, que a noção de poder é apresentada de forma um pouco mais organizada.[28] Ao anunciar seu objetivo, o autor direciona o olhar para uma economia do corpo. Entretanto, ao mesmo tempo em que o investimento político sobre o corpo toma um lugar central na obra, é sobre as relações de poder que centram suas investigações, pois estas têm alcance imediato sobre o corpo na medida em que o investem, o marcam, o dirigem, o suplicam, sujeitam-no a trabalhos, obrigam-no a cerimônias, exigem-lhe sinais.

O olhar atento sobre essas redes complexas de relações de poder possibilitará a compreensão dos sistemas de sujeição dos corpos na sociedade, que não se daria apenas por meio da violência e da ideologia, como a princípio se poderia supor, ou se residiria numa manifestação institucional de poder estatal como alertara em "A verdade e as Formas Jurídicas."

O esforço agora se dirige em demonstrar sua tese de que o poder não é uma singularidade ou uma propriedade e nem emana do Estado, mas se exerce em múltiplas e complexas relações que se alimentam reciprocamente. Tratava-se de uma tentativa de identificar as relações de poder que se situa não apenas nos níveis macro (como o poder estatal), mas também no nível micro das múltiplas relações sociais. E assim, caminhou para sua noção de microfísica do poder "posta em jogo pelos aparelhos e instituições, mas cujo campo de validação se coloca de algum modo entre esses grandes funcionamentos e os próprios corpos com sua materialidade e suas forças" (Foucault, 1987, p. 25-26).

Com essa noção de microfísica do poder, Foucault define inicialmente o poder como o conjunto de estratégias e de seus efeitos concretos sobre o indivíduo e o corpo social inteiro, que, muitas vezes – mas nem sempre – pode produzir relações rígidas de dominação. De qualquer maneira, as relações de poder seriam sempre tensas, pois são fruto das correlações de força entre pessoas no exercício da liberdade, ainda que limitada, em determinados

[27] Que será objeto da obra "Vigiar e Punir", publicada dois anos mais tarde.
[28] Embora sua escrita seja sempre circular, com idas e vindas, e sem pretensão de sistematizar uma teoria. Talvez por isso não seja tão fácil falar em uma "teoria do poder" de Foucault, até porque ele próprio rejeitava essa pretensão de fazer teoria.

contextos. Por isso, afirma:

> Temos em suma que admitir que esse poder se exerce mais que se possui, que não é o "privilégio" adquirido ou conservado da classe dominante, mas o efeito e conjunto de suas posições estratégicas – efeito manifestado e às vezes reconduzido pela posição dos que são dominados. Este poder, por um lado, não se aplica pura e simplesmente como uma obrigação ou uma proibição, aos que "não têm"; ele os investe, passa por eles e através deles; apoia-se por sua vez nos pontos em que ele os alcança. O que significa que essas relações aprofundam-se dentro da sociedade, que não se localizam nas relações do Estado com os cidadãos ou na fronteira das classes e que não se contentam em reproduzir ao nível dos indivíduos, dos corpos, dos gestos e dos comportamentos, a forma geral da lei ou do governo; que se há continuidade (realmente elas se articulam bem, nessa forma, de acordo com toda uma série de complexas engrenagens), não há analogia nem homologia, mas especificidade do mecanismo e de modalidade. (Foucault, 1987, p. 26-27).

Se, por um lado, a partir dessa concepção, somos levados à tentação de querer encontrar o "poder" em todas as práticas e relações sociais (públicas ou privadas, formais ou informais), por outro não podemos afirmar que Foucault quis reduzir tudo à relação de poder ou que as posições estratégicas de poder, mesmo aquelas mais engessadas como as relações de dominação, seriam insuscetíveis a mudanças. Não nos esqueçamos de que ele próprio afirmou que as relações de poder não são unívocas, havendo, portanto, espaço para resistências e inversão, ainda que transitória, dos polos da relação de força, aspecto que será mais bem articulado nas suas obras posteriores.

Nessa perspectiva, as relações de dominação (entre as quais cito as experiências brasileiras como o genocídio indígena, a escravidão negra, a Ditadura Militar de 1964 ou ainda as estruturas sociais que produzem relações de dominação na atualidade, como o racismo, o sexismo, o patriarcalismo, a lgbtfobia, entre outras) seriam formas distorcidas de relações de poder baseadas em artifícios, disposições, manobras, táticas, técnicas articuladas para produzir efeito de dominação. Em todo caso, há espaços para resistências, lutas, instabilidades, que podem mudar essas relações.

Há ainda três noções fundamentais a destacar, que são o caráter criativo e produtivo do poder, a relação poder-saber e o efeito do poder, esclarecido com precisão na seguinte passagem:

> Temos que admitir que o poder produz saber (e não simplesmente favorecendo-o porque o serve aplicando-o porque é útil); que poder e saber estão diretamente implicados; que não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder. Essas relações de "poder-saber" não

> devem então ser analisadas a partir de um sujeito do conhecimento que seria ou não livre em relação ao sistema de poder; mas é preciso considerar ao contrário que o sujeito que conhece, os objetos a conhecer e as modalidades de conhecimento são outros tantos efeitos dessas implicações fundamentais do poder-saber e de suas transformações históricas. Resumindo, não é a atividade do sujeito de conhecimento que produziria um saber, útil ou arredio ao poder, mas o poder-saber, os processos e as lutas que o atravessam e que o constituem, que determinam as formas e os campos possíveis do conhecimento. (Foucault, 1987, p.27).

Com isso, Foucault deixa evidente uma noção que vai permear toda sua obra, que é a relação indissociável entre poder e saber. O poder produz saber! Essa dimensão epistemológica do poder foi exemplificada na análise das instituições de controle da sociedade disciplinar, as quais extraem um saber dos indivíduos submetidos à sua observação e vigilância e já controlados por outros tipos de poderes (econômico, político e judiciário).

É o que acontece com o saber sobre o trabalho operário e o saber do operário exercido pelas fábricas por intermédio da vigilância e controle e que vai forjando um certo saber da produtividade ou um certo saber técnico da produção que vai permitir um reforço do controle. O mesmo ocorre com o saber tecnológico de observação próprio das instituições de sequestro,[29]como as prisões, que nasce da observação dos indivíduos, da sua classificação, do registro e da análise dos seus comportamentos, da sua comparação, etc., e possibilitará novas formas de controle (Foucault, 1996b, p.121-122).

Essa relação poder-saber e seus efeitos sobre os corpos submetidos ao controle nos auxiliará na compreensão do tema da "verdade" e da "subjetividade", uma vez que o "poder produz; ele produz realidade, produz campos de objetos e rituais da verdade. O indivíduo e o conhecimento que dele se pode ter se originam nessa produção (Foucault, 1987, p.161).

Um ano após "Vigiar e Punir" (Foucault, 1987), em 1976, o tema do poder é retomado no volume I da "História da Sexualidade" (Foucault, 2018), quando é posto em evidência o regime de poder-saber-prazer que sustentava o discurso sobre a sexualidade humana. Para tanto, o autor se debruçou sobre as técnicas polimorfas do poder que colocaram o sexo em discurso, não para "determinar se essas produções discursivas e esses efeitos de

[29] Sobre o jogo de poder e saber das instituições de sequestro, Foucault destaca que: "Nesta terceira função das instituições de sequestro através destes jogos do poder e do saber, poder múltiplo e saber que interfere e se exerce simultaneamente nestas instituições, temos a transformação da força do tempo e da força de trabalho e sua integração na produção. Que o tempo da vida se torne tempo de trabalho, que o tempo de trabalho se torne força de trabalho, que a força de trabalho se torne força produtiva; tudo isto é possível pelo jogo de uma série de instituições que esquematicamente, globalmente, as define como instituições do sequestro. Parece-me que, quando interrogamos de perto estas instituições de sequestro encontramos sempre, qualquer que seja seu ponto de inserção, seu ponto de aplicação particular, um tipo de invólucro geral, um grande mecanismo de transformação: como fazer do tempo e do corpo dos homens, da vida dos homens, algo que seja força produtiva. É este conjunto de mecanismo que é assegurado pelo sequestro." (Foucault, 1996b, p.122).

poder levam a formular a verdade do sexo ou, ao contrário, mentiras destinadas a ocultá-lo, mas revelar a 'vontade de saber' que lhe serve ao mesmo tempo de suporte e instrumento" (Foucault, 2018, p.17).

No capítulo IV desta obra, que trata do "dispositivo da sexualidade", encontraremos, agora de modo mais consistente e sistematizado, a concepção de poder que começou a ser gestada nos textos citados precedentemente. Neste capítulo, os leitores são advertidos sobre a existência de vários mal-entendidos que o termo "poder" induz.

Por isso Foucault reafirma que não entende por poder: o conjunto de instituições e aparelhos garantidores da sujeição dos cidadãos em um Estado determinado; o modo de sujeição que, por oposição à violência, tenha a forma da regra; um sistema geral de dominação exercida por um elemento ou grupo sobre outro e cujos efeitos, por derivações sucessivas, atravessam o corpo social inteiro; e, tampouco a manifestação de soberania do Estado, a forma da lei ou a unidade global de uma dominação. Essas situações seriam apenas formas terminais de poder; não é, enfim, uma instituição ou uma estrutura, nem uma certa potência de que alguns sejam dotados (Foucault, 2018, p.100-101).

Nessa linha de raciocínio, o autor reforça que o poder deve ser definido como:

> a multiplicidade de correlações de força imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização; o jogo que, através de lutas e afrontamentos incessantes as transforma, reforça, inverte; os apoios que tais correlações de força encontram umas nas outras, formando cadeias ou sistemas ou ao contrário, as defasagens e contradições que as isolam entre si; enfim, as estratégias em que se originam e cujo esboço geral ou cristalização institucional toma corpo nos aparelhos estatais, na formulação da lei, nas hegemonias sociais. (Foucault, 2018, p.100-101).

Sob essa ótica, o poder passa a ser visto como situação estratégica complexa em um dado contexto histórico, que pressupõe uma multiplicidade de correlações de força desiguais, heterogêneas, instáveis e tensas. Nesse modelo estratégico, o privilégio da lei é substituído "pelo ponto de vista do objetivo, o privilégio da interdição pelo ponto de vista da eficácia tática, o privilégio da soberania pela análise de um campo múltiplo e móvel de correlações de força, onde se produzem efeitos globais, mas nunca totalmente estáveis, de dominação" (Foucault, 2018, p.111-112).

Por isso, ao se pretender estudar o poder, deve-se ficar atento aos seus efeitos mais periféricos e concebê-lo como uma chave de compreensão do campo social, já que o "poder está em toda parte; não porque englobe tudo e sim porque provém de todos os lugares" (Foucault, 2018, p.101).

Eis, então, uma contribuição importantíssima para o estudo das ciências sociais, pois a onipresença do poder é um dado que não se pode negligenciar nos estudos dos diversos problemas sociais e dos mecanismos de poder, que, por envolverem correlações de força desiguais, produzem estados de poder e de dominação.

Partindo dessa premissa, Foucault elenca alguns elementos que poderiam muito bem ser apontados como a base da sua teoria do poder:[30]a) o poder se exerce a partir de inúmeros pontos e em meio a correlações de força desiguais e móveis; b) as relações de poder não são externas aos outros tipos de relações sociais,[31]mas lhes são imanentes, se produzem por e nas mesmas e se alimentam reciprocamente; c) as relações de poder não estão em posição de superestrutura[32]exercendo um papel definidor nas múltiplas relações sociais; d) o poder vem de baixo, pois é polimorfo e está disperso no corpo social inteiro, razão pela qual as relações de poder não são necessariamente rígidas e nem pressupõem dualidade entre dominadores e dominados; e) as múltiplas correlações de força da sociedade estão em permanente tensão, trocas, redistribuições e realinhamentos, que sustentam e produzem efeitos de clivagem que atravessam o conjunto do corpo social, dando sustentação às grandes dominações existentes em determinados contextos históricos; f) as relações de poder são**,** ao mesmo tempo, intencionais e não subjetivas; g) diante do seu caráter estritamente relacional, onde há poder há resistência.[33]A resistência então é inerente e interna às correlações de força e é formada a partir de uma multiplicidade de pontos de resistência que representam, nas relações de poder, o papel de adversário, de alvo, de apoio, de saliência que permite apreensão. Esses múltiplos pontos de resistência estão presentes em toda a rede de poder; h) o poder produz, enfim, saber (Foucault, 2018, p.102-105).

Em síntese, segundo o método foucaultiano,[34]o poder deve ser analisado no campo

---

[30] Sempre utilizaremos essa expressão "teoria" com todas as ressalvas que o próprio autor fazia, conforme destacado em outro lugar deste texto.

[31] Tais como as relações de classe, relações de produção, as relações de conhecimentos, as relações sexuais, etc.

[32] Nesse ponto se distancia do marxismo.

[33] A visão de Foucault sobre resistências é crucial para se pensar estratégias de mudança das relações de poder distorcidas que produzem situações de dominação. É também um bom argumento contra muitas críticas que surgem da leitura de sua obra. De fato, bate um certo pessimismo quando investigamos as relações de poder que dão sustentação às profundas desigualdades da sociedade moderna. Mas onde há poder, há espaço para resistências. Nesse sentido, Foucault afirma que: "As resistências não se reduzem a uns poucos princípios heterogêneos; mas não é por isso que sejam ilusão, ou promessa necessariamente desrespeitada. Elas são o outro termo nas relações de poder; inscrevem-se nestas relações como o interlocutor irredutível" (Foucault, 2018, p.103).

[34] Nisso pretende superar as análises tradicionais que se apegaram ao modelo contratualistas do qual Foucault se afastou: "Com isso será possível escapar ao sistema Soberano-Lei que por tanto tempo fascinou o pensamento político. E se é verdade que Maquiavel foi um dos poucos — e nisso estava certamente o escândalo do seu 'cinismo' — a pensar o poder do Príncipe em termos de correlações de força, talvez seja necessário dar um passo a mais, deixar de lado a personagem do Príncipe e decifrar os mecanismos do poder a partir de uma estratégia imanente às correlações de força." (Foucault, 2018, p.105).

das estratégias de correlações de força, no interior das quais pode ser decifrado.

Essa analítica possibilita compreender, por exemplo, não apenas a lei, mas as relações de poder que levaram à sua produção e determinam sua aplicação no cotidiano, ou ainda, na linha da presente investigação científica, olhar a produção da verdade no processo judicial não apenas a partir das leis processuais ou com base no que é dito e declarado nos autos do processo judicial, mas ir além, investigando, desvelando, escarafunchando as relações de desigualdade de uma sociedade racista. Tais aspectos são subjacentes à verdade judicial e produzem efeitos concretos no julgamento de corpos negros no qual a sentença judicial é apenas uma forma terminal de manifestação do poder.

2.2 Discurso

A "Arqueologia do Saber" (Foucault, 2010a), publicada em 1969, contém a base metodológica de Foucault para a análise do discurso, concebido como um acontecimento histórico e descontínuo. Na sua proposta, o discurso deve ser problematizado[35] e orientado para a compreensão do enunciado na estreiteza e singularidade de sua situação.

Com isso, teríamos de nos ocupar das condições de existência dos enunciados, "de fixar seus limites da forma mais justa, de estabelecer suas correlações com os outros enunciados a que pode estar ligado, de mostrar que outras formas de enunciação excluem" (Foucault, 2010a, p. 31).

Ao abordar a formação dos objetos de discurso, o autor direciona o olhar para as condições em que determinado objeto aparece como discurso, ou seja, as condições históricas para que dele se possa dizer alguma coisa, para que dele várias pessoas possam dizer coisas diferentes, para que se inscreva em um domínio de parentesco com outros objetos, que se estabeleçam relações de semelhança, de afastamento, de diferença e de transformação.

De fato, não se pode falar de qualquer coisa em qualquer época, mas a partir de um conjunto complexo de relações. Além das relações propriamente discursivas, há ainda as que se estabelecem entre instituições, processos econômicos e sociais, formas de comportamentos, sistemas de normas, técnicas, tipos de classificação e modo de caracterização, as quais, embora externas ao objeto do discurso, lhe permite aparecer, justapor-se a outros, situar-se em

[35] A preocupação com a problematização marcou toda a obra foucaultiana. Em entrevista, já na fase final de sua vida, deixa claro sua compreensão do termo: "Problematização não quer dizer representação de um objeto preexistente, nem tampouco a criação pelo discurso de um objeto que não existe. É o conjunto das práticas discursivas ou não discursivas que faz alguma coisa entrar no jogo do verdadeiro e do falso e o constitui como objeto para o pensamento (seja sob a forma de reflexão moral, do conhecimento científico, da análise política etc.)" (Foucault, 2004, p. 242).

relação a eles, definir sua diferença, sua irredutibilidade e, eventualmente, sua heterogeneidade (Foucault, 2010a, p. 50-51).

Por isso Foucault não concebe os discursos (que ouvimos ou lemos nas diversas práticas discursivas, faladas ou escritas) como mero entrecruzamento de coisas e palavras ou um conjunto de signos utilizados para designar coisas. Há um conjunto de regras próprias das práticas discursivas[36] que definem o regime dos objetos, como já havia trabalhado em 1966 na obra "As palavras e as coisas" (Foucault, 1999). Assim, os discursos não seriam apenas um conjunto de signos (elementos significantes que remetem a conteúdos ou a representações), mas também práticas que formam sistematicamente os objetos de que falam (Foucault, 2010a, p. 55).

Importa a essa investigação científica a relação entre poder, saber e discurso. Saber entendido como aquilo de que podemos falar em uma prática discursiva,[37]de modo que "não há saber sem uma prática discursiva definida, e toda prática discursiva pode definir-se pelo saber que ela forma" (Foucault, 2010a, p. 205).

Nesse contexto, o discurso produz e regula o saber, textos, categorias de conhecimento, classificações, regras, etc. Regula, enfim, o que pode ser dito e o que não pode ser dito, segundo procedimentos de inclusão e exclusão.

Essa metodologia foi utilizada para analisar o sexo no campo das relações de poder no volume I da "História da Sexualidade" tal a clareza do autor de que "é justamente no discurso que vem a se articular poder e saber" (Foucault, 2018, p. 109).

Compreender o discurso nessa relação poder-saber não significa, todavia, que as práticas discursivas devam ser divididas entre discursos admitido *x* excluído ou dominante *x* dominado. Entrementes, o discurso aparece nessas formulações como multiplicidade de

---

[36] No sentido foucaultiano, prática discursiva é "um conjunto de regras anônimas, históricas, sempre determinadas no tempo e no espaço, que definiram, em uma dada época e para uma determinada área social, econômica, geográfica ou linguística, as condições de exercício da função enunciativa." (Foucault, 2010a, p. 133).

[37] "e que se encontra assim especificada: o domínio constituído pelos diferentes objetos que irão adquirir ou não um status científico (o saber da psiquiatria no Século XIX, não é a soma do que se acreditava fosse verdadeiro; é o conjunto das condutas, das singularidades, dos desvios de que se pode falar no discurso psiquiátrico); um saber é, também, o espaço em que o sujeito pode tomar posição para falar dos objetos de que se ocupa em seu discurso (neste sentido, o saber da medicina clínica é o conjunto das funções de observação, interrogação, decifração, registro, decisão, que podem ser executadas pelo sujeito do discurso médico) um saber é também o campo de coordenação e de subordinação dos enunciados em que os conceitos aparecem, se definem, se aplicam e se transformam (neste nível, o saber da história natural, no século XVIII, não é a soma do que foi dito, mas sim o conjunto dos modos e das posições segundo os quais se pode integrar ao já dito qualquer enunciado novo); finalmente, um saber se define por possibilidades de utilização e de apropriação oferecidas pelo discurso (assim, o saber da economia política, na época clássica, não é a tese das diferentes teses sustentadas, mas o conjunto de seus pontos de articulação com outros discursos ou outras práticas que não são discursivas). Há saberes que são independentes das ciências." (Foucault, 2010a, p. 204-205).

elementos discursivos que podem entrar em estratégias diferentes. A seguinte passagem esclarece esse aspecto:

> É essa distribuição que é preciso recompor, com o que admite em coisas ditas e ocultas, em enunciações exigidas e interditas; com o que supõe de variantes e de efeitos diferentes segundo quem fala, sua posição de poder, o contexto institucional em que se encontra; com o que comporta de deslocamentos e de reutilizações de fórmulas idênticas para objetivos opostos. Os discursos, como os silêncios, nem são submetidos de uma vez por todas ao poder, nem opostos a ele. É preciso admitir um jogo complexo e instável em que o discurso pode ser, ao mesmo tempo, instrumento e efeito de poder, e também obstáculo, escora, ponto de resistência e ponto de partida de uma estratégia oposta. O discurso veicula e produz poder; reforça-o mas também o mina, expõe, debilita e permite barrá-lo. (Foucault, 2018, p. 110).

"O discurso nada mais é do que um jogo!" (Foucault, 1996a, p.49). Essa noção de jogos estratégicos é crucial para se pensar as relações de poder abordadas no tópico anterior. Em "A verdade e as formas jurídicas", Foucault reafirma que é preciso considerar os discursos não apenas nos seus aspectos linguísticos, mas também "como jogos (games), jogos estratégicos, de ação e de reação, de pergunta e de resposta, de dominação e de esquiva, como também de luta." O discurso seria então "esse conjunto regular de fatos lingüísticos em determinado nível, e polêmicos e estratégicos em outro" (Foucault, 1996b, p.9).

Esse jogo complexo do discurso o insere no campo das correlações de força, integrando-se às estratégias de exercício do poder nas diversas relações sociais. Torna-se necessário, então, compreender as práticas discursivas, sua produtividade tática, sua utilização estratégica e os efeitos produzidos nas relações de poder. Um jogo em que os discursos aparecem ora como instrumento, ora como efeito de poder, ora como ambos. Jogo deveras complexo que evidencia o caráter produtivo do poder na medida em que o discurso produz efeitos de poder.

2.3 Regimes de verdade e jogos de verdade

Com essas noções básicas sobre poder, saber e o discurso, é possível avançar no tema da verdade, do discurso de verdade e de seu regime de produção. Devo advertir, porém, que essa investigação científica não tem a pretensão de definir o que é e se existe uma verdade, tampouco como alcançá-la, tema de grande relevância filosófica. Sabe-se que há uma noção de verdade para as ciências (e mesmo nos diversos domínios científicos, há regras próprias para aceitação do "verdadeiro"), que é diferente da verdade revelada das religiões (e mesmo entre as religiões há pressupostos distintos de aceitação do "verdadeiro") e de outras formas

de entendimento sobre o verdadeiro e o falso nas diversas práticas discursivas. É, então, sobre as formas e condições de produção do discurso verdadeiro que direciono o olhar dessa pesquisa.

Na aula inaugural do *Collége de France*, em 1970, Foucault partiu da hipótese de que em toda sociedade a produção de discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade (Foucault, 1996a, p. 9).

Para tanto, se ocupou das condições de produção do discurso da verdade ou "do dizer verdadeiro", dando ênfase aos procedimentos de exclusão existentes nas práticas discursivas, com base nos quais percebe-se que não se pode falar de tudo em qualquer momento, em qualquer circunstância ou em qualquer época, nem todos podem falar de tudo e nem todos têm credibilidade para enunciar a verdade.

Na concepção de verdade estabelecida em "A ordem do discurso" (Foucault, 1996a), foi demarcada a diferença entre o que pode ser verdade, ou seja, a "possibilidade de verdade", e a "verdade" que é aceita em uma sociedade, grupo ou domínios discursivos, que Foucault chama de "no verdadeiro".[38]Para entrar "no verdadeiro" a verdade precisa de aceitação nesses domínios discursivos, pois tem de ser validada por meio de procedimentos específicos de controle e de delimitação do discurso.

Outro aspecto fundamental já assinalado no tópico anterior, é que o discurso, enquanto conjunto de elementos significantes (encadeamento de signos) remete a conteúdos e representações, ou seja, o discurso tem a pretensão de atingir o imaginário das pessoas e, ao fazê-lo, produz, reproduz ou reforça valores e regras que a "verdade" aceita ou validada socialmente carrega, saindo da ordem do significado para a ordem do significante. Por isso, o autor afirma que o discurso põe em jogo os signos e se anula na sua realidade, inscrevendo-se na ordem do significante. (Foucault, 1996a, p.49).

Essa dimensão reforça a interconexão entre discurso de verdade e as relações de poder,[39]tendo em vista que "o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os

[38] Essa concepção de "no verdadeiro" foi apropriada de Georges Canguilhem, conforme esclareceu Foucault (1996a, p. 32-35).

[39] Entretanto, não se pode reduzir a verdade a simples manifestação de poder ou dizer que a verdade não existe ou que não passaria de um jogo de mascaramento da verdade. Isso é veementemente rechaçado por Foucault em entrevista concedia em 1984, quando afirma: "Mas, quando falo de relações de poder e de jogos de verdade, não quero de forma alguma dizer que os jogos de verdade não passem, tanto um quanto o outro, das relações de poder que quero mascarar – esta seria uma caricatura assustadora. Meu problema é, como já disse, saber como os jogos de verdade podem situar e estar ligados a relações de poder..." E mais adiante, reafirma que a verdade não é sempre uma construção, pois, "há jogos de verdade nos quais a verdade é uma construção e outros em que ela não o é. É possível haver, por exemplo, um jogo de verdade que consiste em descrever as coisas dessa ou

sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nós queremos apoderar" (Foucault, 1971, p.10).

Para avançar nessa temática, alguns esclarecimentos terminológicos são necessários. Se observamos os primeiros escritos de Foucault sobre o tema da verdade, notar-se-á que a expressão "regimes de verdade" aparece poucas vezes, como ocorre em "Vigiar e punir" (Foucault, 1987). Com o passar do tempo, a expressão regime de verdade vai sendo substituída por "jogos" e mais precisamente por "jogos de verdade", como já aparecia em "A Ordem do Discurso" (Foucault, 1996a), de 1970, em "A verdade e as formas jurídicas" (Foucault, 1996b.), de 1973 e, se tomarmos por referência os cursos sobre subjetividade e verdade de 1979 a 1982[40] e as entrevistas e textos publicados no ano de seu falecimento, em 1984, que compõe o "Volume V, da Coleção Ditos e Escritos" (Foucault, 2004), fica evidente que Foucault passou a usar com mais frequência a expressão "jogos de verdade".

Talvez a mudança se justifique por sua predileção pela noção de "jogos",[41]inspirado nas pesquisas anglo-americanas,[42]que passou a ser adotada em grande parte das suas obras. Mas não farei aqui nenhuma especulação sobre o "não dito" dessa mudança, bastando, por enquanto, deixar registrada que a expressão "jogos de verdade" entrou em cena paulatinamente nos textos foucaultianos.

Por outro lado, estudiosos que se apropriaram desses conceitos utilizam com frequência as duas expressões, muitas vezes sem ressalvar essa gradual preferência de

---

daquela maneira: aquele que faz uma descrição antropológica de uma sociedade não faz uma construção, mas uma descrição – que tem por sua vez um certo número de regras, historicamente mutantes, de forma que é possível dizer, até certo ponto, que se trata de uma construção em relação a uma outra descrição. Isso não significa que não se está diante de nada e que tudo é fruto da cabeça de alguém. A partir do que se pode dizer, por exemplo, a respeito dessa transformação dos jogos de verdade, alguns concluem que se disse que nada existira – acharam que eu dizia que a loucura não existia –, quando o problema era totalmente inverso: tratava-se de saber como a loucura, nas diferentes definições que lhe foram dadas, em um certo momento, pôde ser integrada em um campo institucional que a constituía como doença mental, ocupando um certo lugar ao lado das outras doenças". (Foucault, 2004, p.283).

[40] "Do governo dos vivos" (Foucault, 2014) e a "Hermenêutica do Sujeito" (Foucault, 2010b).

[41] Outra referência seria o jogo da verdade praticados pelos sofistas, que foi objeto de estudos em cursos e obras de Foucault. A esse respeito, afirma: "Dei, aliás, minha primeira aula no College de France sobre os sofistas. Acho que os sofistas são muito importantes. Porque temos aí uma prática e uma teoria do discurso que é essencialmente estratégica; estabelecemos discursos e discutimos, não para chegar à verdade, mas para vencê-la. É um jogo: quem perderá, quem vencerá? É por causa disso que me parece muito importante a luta entre Sócrates e os sofistas. Para Sócrates não vale a pena falar a não ser que se queira dizer a verdade. Em segundo lugar, se para os sofistas falar, discutir, é procurar conseguir a vitória a qualquer preço, mesmo ao preço das mais grosseiras astúcias, é porque, para eles, a prática do discurso não é dissociável do exercício do poder." (Foucault, 1996b, p.140).

[42] Ele próprio fala dessa inspiração quando vai conceituar discurso: "Teria então chegado o momento de considerar esses fatos de discurso, não mais simplesmente sob seu aspecto lingüístico, mas, de certa forma - e aqui me inspiro nas pesquisas realizadas pelos anglo-americanos - como jogos (games), jogos estratégicos, de ação e de reação, de pergunta e de resposta, de dominação e de esquiva, como também de luta. O discurso é esse conjunto regular de fatos lingüísticos em determinado nível, e polêmicos e estratégicos em outro. Essa análise do discurso como jogo estratégico e polêmico é, a meu ver, um segundo eixo de pesquisa." (Foucault, 1996b, p.9).

Foucault pela expressão "jogos de verdade" em detrimento à "regimes de verdade". É necessário, então, alguns apontamentos sobre a trajetória desses conceitos para caminhar num terreno mais seguro.

Quando a expressão regimes de verdade aparece em "A ordem do Discurso" (Foucault, 1996a) é para se referir a um conjunto de regras, conceitos, técnicas e limites, circunscritos a uma determinada prática discursiva que estabelecem as condições para o dizer verdadeiro, ou seja, um conjunto de regras de produção da verdade que se dá em um jogo discursivo estratégico. Para entender os regimes de verdade, é preciso ter em mente que existem procedimentos da ordem do discurso, que controlam, selecionam, organizam, redistribuem os discursos, ou seja, estabelece os limites de sua produção. Não se pode perder de vista ainda a dimensão histórica das práticas discursivas, pois esses procedimentos se dão no acontecer histórico e são modulados por suas contingências.

Nessa formulação, o autor entende haver procedimentos de exclusão do discurso (que seriam a interdição, a rejeição/separação e a oposição verdadeiro/falso), que são externas ao discurso e funcionam como sistema de exclusão que põem em jogo o poder e o desejo; os procedimentos internos do discurso, que seriam de rarefação (classificação, ordenação e distribuição) e estão na dimensão do acontecimento e do acaso; e, por fim, os procedimentos de sujeição do discurso.

Como a noção de regimes de verdade guarda estrita relação com esses procedimentos da ordem do discurso, é importante revisitá-los, a partir das linhas gerais traçadas na aula inaugural no *Collège de France*.

Em relação aos procedimentos de exclusão, as interdições impõem limitação aos discursos por um jogo complexo que não cessa de se modificar constituído pelo tabu do objeto, pois não se tem o direito de dizer tudo; de ritual da circunstância, pois não se pode falar de tudo em qualquer circunstância; e de direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala, pois qualquer um não pode falar qualquer coisa. (Foucault, 1996a, p. 9). Esse aspecto evidencia a imbricação entre discurso e relações de poder analisada no tópico anterior.

As rejeições, por sua vez, se referem às situações em que determinados sujeitos não são ouvidos ou são desconsiderados no discurso, levando à sua segregação social, como ocorreu em relação ao louco na idade média cujo discurso não podia circular como o dos outros[43]e não era visto como portador da verdade, ainda que, por sua ingenuidade, pudesse ser

[43] "É curioso constatar que durante séculos na Europa a palavra do louco não era ouvida, ou então, se era ouvida, era estudada como uma palavra de verdade. Ou caía no nada – rejeitada tão logo proferida; ou então nela se decifrava uma razão ingênua ou astuciosa, uma razão mais razoável do que das pessoas razoáveis. De qualquer modo, excluída ou secretamente investida pela razão, no sentido restrito, ela não existia. Era através de suas

autêntico, instalando-se, assim, a oposição entre loucura e razão. Por isso o louco não podia, por exemplo, servir como testemunha ou assinar um contrato.

O terceiro tipo de procedimento de exclusão seria a oposição entre o verdadeiro e o falso, orientado por uma vontade de verdade que se apoia sobre um suporte institucional[44]e sobre como o saber é aplicado, valorizado, distribuído, repartido e atribuído em nossa sociedade, exercendo uma espécie de pressão ou poder de coerção sobre os discursos.

Nesse aspecto, tais procedimentos operam a separação entre o verdadeiro e o falso, validando ou não o discurso da verdade. Foucault cita como exemplo o sistema penal que, primeiramente procurou suporte em uma teoria do direito e, depois do século XIX, passou a demandar "um saber sociológico, psicológico, médico, psiquiátrico: como se a própria palavra da lei não pudesse mais ser autorizada, em nossa sociedade, senão por um discurso de verdade" (Foucault, 1996a, p. 19).

Em relação aos procedimentos internos do discurso, está-se referindo às regras internas de seu funcionamento no acontecer histórico e no acaso, que delimitam quem tem acesso ao discurso, exercendo a função de classificação, ordenação e distribuição. Entre esses procedimentos, Foucault cita a repetição (a função dos comentários) que limitaria o acaso do discurso pelo jogo de identidade, como se houvesse um sentido que precisasse ser redescoberto ou uma identidade que precisasse ser repetida. Há ainda a rarefação (a função do autor) que limitaria o acaso do discurso pelo jogo de uma identidade que tem a forma da individualidade e do eu (Foucault, 1996a, p. 29).

Por fim, há a disciplina, que tem por função controlar o discurso a partir do estabelecimento de um domínio de objetos, um conjunto de regras e definições, de técnicas e instrumentos que são permanentemente atualizados e colocados à disposição de quem quer ou possa servir-se dele, sem que seu sentido ou sua validade estejam ligados ao seu inventor. A disciplina define, então, os parâmetros para a construção de novos enunciados, possibilitando que novas proposições possam ser formuladas indefinidamente. Isso não significa que a disciplina, por sua coerência e sistematicidade, seja totalizante, reunindo tudo que pode ser dito e aceito como verdadeiro sobre alguma coisa, pois ela também está suscetível a erros e

---

palavras que se reconhecia a loucura do louco; elas eram o lugar onde se exercia a separação; mas não eram nunca recolhidas nem escutadas. Jamais, antes do fim do século XVIII, um médico teve a idéia de saber o que era dito (como era dito, por que era dito) nessa palavra que, contudo, fazia a diferença. Todo este imenso discurso do louco retornava ao ruído; a palavra só lhe era dada simbolicamente, no teatro onde ele se apresentava, desarmado e reconciliado, visto que representava aí o papel de verdade mascarada." (Foucault, 1996a, p. 9).

[44] "É ao mesmo tempo reforçada e reconduzida por todo um compacto conjunto de práticas como a pedagogia, é claro, como o sistema de livros, da edição, das bibliotecas, como as sociedades de sábios de outrora, os laboratórios de hoje." (Foucault, 1996a, p. 17).

mudanças (Foucault, 1996a, p. 30-36).

As disciplinas científicas poderiam ser entendidas como um domínio de objetos, um conjunto de métodos, um *corpus* de proposições consideradas verdadeiras, um jogo de regras e de definições, de técnicas e de instrumentos, que estabelecem suas regras, conceitos e limites específicos para que, naquele âmbito, o discurso possa ser considerado verdadeiro.[45]

Assim, para que uma proposição pertença a qualquer domínio científico (botânica, patologia, matemática, psiquiatria, direito etc), além de uma pretensão de verdade, é preciso que atenda às condições discursivas desses domínios científicos, circunscritos a um horizonte teórico específico.

Sob essa ótica, cada disciplina possui seu regime de produção da verdade onde se encontram as regras e limites para o reconhecimento de proposições como verdadeiras ou falsas. Por isso o autor, se referindo a Georges Canguilhem, afirmou que uma proposição deve preencher exigências complexas e pesadas para poder pertencer ao conjunto de uma disciplina, mas antes de poder ser declarada verdadeira ou falsa, deve encontrar-se "no verdadeiro", ou seja, obedecer às regras de uma "política discursiva" que devemos reativar em cada um de nossos discursos (Foucault, 1996a, p. 32-35).

Quanto ao terceiro grupo de procedimentos da ordem do discurso, Foucault se refere aos procedimentos de sujeição, que: a) selecionam e distribuem as categorias dos sujeitos que falam nos diferentes tipos de discursos, por meio dos rituais da palavra que definem a qualificação que devem possuir os indivíduos que falam, organizam as propriedades singulares e estabelecem os papéis dos sujeitos que fala, como ocorre nos discursos judiciários e religiosos); b) das sociedades de discurso, que conservam ou produzem discursos que circulam em um espaço determinado, segundo regras próprias; c) das doutrinas, que limitam o número de indivíduos que podem falar, a partir do reconhecimento de verdades e aceitação de determinadas regras, como ocorre nas religiões, realizando uma dupla sujeição, a dos sujeitos que falam aos discursos e dos discursos ao grupo dos indivíduos que falam; d) e das apropriações sociais, relativas às práticas sociais/institucionais de apropriação de discursos, a exemplo do sistema de ensino, sistema judiciário, que não passariam de ritualização da palavra, qualificando e fixando papéis para os sujeitos que falam, constituem grupos doutrinários mais ou menos difusos, distribuem e se apropriam do discurso com os

[45] Há também limites temporais para o "dizer verdadeiro" no interior de uma disciplina, conforme ilustra o autor: "Novo objeto que pede novos instrumentos conceituais e novos fundamentos teóricos. Mendel dizia a verdade, mas não estava 'no verdadeiro' do discurso biológico de sua época: não era segundo tais regras que se constituíam objetos e conceitos biológicos; foi preciso toda uma mudança de escala, o desdobramento de todo um novo plano de objetos na biologia para que Mendel entrasse 'no verdadeiro' e suas proposições aparecessem, então, (em boa parte) exatas." (Foucault, 1996a, p. 34-35).

seus poderes e seus saberes. Não há, entretanto, uma separação estanque dessas formas, que estão ligadas umas às outras nas práticas discursivas (Foucault, 1996a, p. 38-45).

Nesse terceiro grupo, o princípio da rarefação é bastante elucidativo para entender a noção de limites que os regimes de verdade carregam, pois determina:

> as condições de funcionamento dos discursos, de impor aos indivíduos que os pronunciam certo número de regras e assim de não permitir que todo mundo tenha acesso a eles. Rarefação, desta vez, dos sujeitos que falam; ninguém entrará na ordem do discurso se não satisfizer a certas exigências ou se não for, de início, qualificado para fazê-lo. Mais precisamente: nem todas as regiões do discurso são igualmente abertas e penetráveis; algumas são altamente proibidas (diferenciadas e diferenciantes), enquanto outras parecem quase abertas a todos os ventos e postas, sem restrição prévia, à disposição de cada sujeito que fala. (Foucault, 1996a, p. 37).

Há, como visto, uma dimensão ritualista dos regimes de verdade. Cada domínio discursivo possui rituais de produção da verdade. Daí falar-se que a matemática, a medicina, as ciências sociais e os diversos domínios científicos possuem regimes de verdade próprios. No mesmo sentido, pode-se falar que a política, a religião, a economia, as práticas judiciárias, ou mesmo as diversas práticas sociais, são campos em que a verdade está sempre em disputa e no interior dos quais se definem os limites dos jogos de verdade.

Nas conferências realizadas em 1973, na PUC Rio, Foucault volta a abordar os regimes de verdade sempre associando-os à um conjunto de regras de jogo para a produção da verdade, afirmando que em nossas sociedades e nas práticas discursivas onde a verdade se forma, são definidas certo número de regras de jogo "a partir das quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios de objeto, certos tipos de saber - e por conseguinte podemos, a partir daí, fazer uma história externa, exterior, da verdade" (Foucault, 1996b, p.11).

Mas é em "Vigiar e Punir" que aparece, de forma mais explícita, a expressão "regimes de verdade", ao comparar a mudança no saber penal com os sistemas penais dos séculos XVIII e XIX:

> Sob a suavidade ampliada dos castigos, podemos então verificar um deslocamento de seu ponto de aplicação; e através desse deslocamento, todo um campo de objetos recentes, todo um novo regime de verdade e uma quantidade de papéis até então inéditos no exercício da justiça criminal. Um saber, técnicas, discursos "científicos" se formam e se entrelaçam com a prática do poder de punir (Foucault, 1987, p.23).

Em outro momento, na referida obra (Foucault, 1987, p. 185), a expressão "regime comum da verdade" é utilizada para se referir ao ritual judiciário para a produção da verdade judicial.

Por outro lado, a expressão jogos de verdade foi ganhando predominância na obra foucaultiana. Em "A verdade e a forma jurídica" (Foucault, 1996b), a palavra jogo aparece diversas vezes para delimitar o próprio conceito de discurso enquanto jogo estratégico, para se referir às regras do jogo a partir do qual seria possível estudar a verdade ou mesmo a maneira como a verdade seria produzida, como, por exemplo a verdade judicial, uma espécie de jogo da verdade.

Nas entrevistas extraídas do volume V, da Coleção Ditos e Escritos (Foucault, 2004, p. 195), ao falar sobre o "Uso dos prazeres e as técnicas de si",[46] Foucault diz ter estudado os jogos de verdade referidos às relações de poder ao longo de toda sua vida até caminhar para uma hermenêutica de si, destacando que sempre se ocupou de uma história da verdade, quando estudou a loucura, a sociedade disciplinar e a sexualidade, onde, mais uma, vez a expressão jogos de verdade é central:

> Uma história que não seria aquela do que poderia existir de verdadeiro nos conhecimentos, mas sim uma análise dos "jogos de verdade", dos jogos do verdadeiro e do falso através dos quais o ser se constitui historicamente como experiência, ou seja, como podendo e devendo ser pensado. Por meio de quais jogos de verdade o homem se pôs a pensar o seu ser próprio ao se perceber como louco, ao se olhar como doente, ao refletir sobre si mesmo como ser vivo, falante e trabalhador, ao se julgar e se punir como criminoso? Através de quais jogos de verdade o ser humano se reconheceu como homem do desejo? (Foucault, 2004, p. 195).

Em outra entrevista,[47]o autor volta a se referir ao estudo da loucura, da delinquência e da sexualidade a partir de uma análise em que três elementos fundamentais estariam implicados, quais sejam: um jogo de verdade, as relações de poder e as formas de relação consigo mesmo e com os outros (Foucault, 2004, p. 231).

Mas é no texto publicado em 1984, no *Dictionnaire des philosophes,* que o autor deixa claro o que entende por jogos de verdade:

> Essa objetivação e essa subjetivação não são independentes uma da outra; do seu desenvolvimento mútuo e de sua ligação recíproca se originam o que se poderia chamar de "jogos de verdade": ou seja, não a descoberta das coisas verdadeiras, mas as regras segundo as quais, a respeito de certas coisas, aquilo que um sujeito pode dizer decorre da questão do verdadeiro e do falso. Em suma, a história crítica do pensamento não é uma história das aquisições nem

[46] Entrevista publicada originalmente em 1983.
[47] Entrevista publicada originalmente em 1984.

> ocultações da verdade; é a história da emergência dos jogos de verdade; é a história das "veridicções", entendidas como as formas pelas quais se articulam, sobre um campo de coisas, discursos capazes de serem ditos verdadeiros ou falsos: quais foram as condições dessa emergência, o preço com o qual, de qualquer forma, ela foi paga, seus efeitos no real e na maneira pela qual, ligando um certo tipo de objeto a certas modalidades de sujeito, ela constituiu, por um tempo, uma área e determinados indivíduos, o *a priori* histórico de uma experiência possível. (Foucault, 2004, p. 235).

Em outro texto dessa época, o autor alerta para os possíveis mal-entendidos acerca da palavra jogo, que não deveria ser entendido no sentido de imitar ou representar, mas sim como um conjunto de regras de produção da verdade, ou seja, "um conjunto de procedimentos que conduzem a um certo resultado, que pode ser considerado, em função dos seus princípios e das suas regras de procedimento, válido ou não, ganho ou perda" (Foucault, 2004, p. 282).

De qualquer maneira, para o autor não há uma definição rígida de jogos de verdades, pois existe uma multiplicidade de jogos de verdade que funcionaram ou funcionam nas diversas épocas e sociedades segundo regras específicas, que não se excluem uns aos outros, mas sim se modificam e se atualizam.

Com base nas linhas acima, nota-se que as expressões "jogos de verdade" e "regimes de verdade" às vezes se misturam nas próprias explicações de Foucault, dando a entender que são sinônimos. Mas também é possível articular diferenças, pois os jogos de verdade aparecem geralmente associados às disputas pela verdade nas diversas práticas discursivas, que envolvem aspectos extra e intradiscursivos. E, como todo jogo, devem ser observadas um conjunto de regras e condições específicas. A esse conjunto de regras e condições, acredito que a "expressão regime de verdade" seria mais apropriada, sobretudo para o entendimento no campo do direito.

É essa concepção que doravante seguirá ao longo da presente investigação científica, entendendo como regimes de verdade o conjunto de regras e condições que definem os papéis dos sujeitos, os rituais e os procedimentos que devem ser observados nos jogos de disputa pela definição da verdade. Sob essa ótica, tal conjunto de regras e condições possibilitam a validação ou aceitação do discurso e determinará quem ganha ou perde, bem como qual o discurso estará no "verdadeiro" em determinado jogo de verdade e nas diversas práticas discursivas, a exemplo da prática judiciária.

2.4 Subjetividade, poder e verdade

Após essa breve revisão das formulações foucaultianas sobre poder, discurso, regimes

e jogos de verdade é possível perceber suas implicações na construção do sujeito[48] ou, para ser mais fiel ao filósofo, o "*assujettissement*"[49].

Para tanto, retomo algumas lições que estão em "Vigiar e Punir" e no "Volume I da História da Sexualidade", acrescentando as noções elaboradas no curso "Em defesa da sociedade" que ocorreu no intervalo entre as duas obras (1975-1976), onde Foucault argumenta que o poder (e o discurso, na medida que são jogos estratégicos que produzem efeitos de poder) cria o sujeito, o molda, define quem ele é, o que pode ser e o que é capaz de fazer.

Desde que o corpo passou a ser percebido como objeto e alvo do poder[50] e, com maior proeminência, a partir da consolidação de uma sociedade disciplinar na idade moderna, o controle e a manipulação dos indivíduos por aparelhos e instituições têm sido uma constante. Como abordado anteriormente sobre a microfísica do poder, o corpo está imerso numa rede complexa, polimorfa e difusa de relações de poder que estabelecem algumas verdades e saberes sobre o sujeito por meio de jogos de verdade a partir dos quais nascem certas formas de subjetividades. E assim os discursos investem sobre o sujeito e exercem sobre ele um controle, moldando-o, sujeitando-o a trabalhos, rituais e formas de comportamento.

Na fase final da obra de Foucault, quando de suas incursões sobre subjetividade e verdade,[51]o sujeito não será visto apenas como agente passivo no processo de subjetivação, pois também ele produz discursos e pode, a partir de práticas de si, de uma postura crítica e

---

[48] Em "A verdade e as formas jurídicas" Foucault (1996b) ressalta a importância de analisar a subjetividade enquanto construção histórica, de uma história da verdade, por isso tentou demonstrar, na Conferência, como as práticas sociais podem chegar a engendrar novas formas de subjetividade.

[49] A respeito da terminologia adotada por Foucault, Cressilda J. Heyes esclarece o seguinte: "Em francês, o termo-chave que Foucault utiliza para capturar o surgimento de subjetividades (ou posições-sujeito: espaço particulares para ser um sujeito) é assujettissement. Traduzido de modo variado como 'subjetivação', 'sujeição' ou mesmo 'subjugação', as dificuldades dessa tradução para o português refletem as dificuldades filosóficas associadas a seu significado. Descreve um duplo processo das ações de poder em relação aos indivíduos que é, a um só tempo, negativo e positivo. Primeiro, assujettissement capta a ideia de que somos sujeitados ou oprimidos por relações de poder. Quando se nos impõe uma norma (que Foucault entende como um padrão ao qual os indivíduos são presos e pelo qual as populações são definidas) somos pressionados a segui-la. Nesse sentido, assujettissement descreve um processo de constrangimento e limitação. Por exemplo, os homossexuais são constrangidos pelas crenças e práticas opressivas daqueles que os discriminam. Nesses momentos, o poder serve à sua função repressiva mais familiar, retendo as capacidades daqueles indivíduos contra os quais atua. Em muitas teorias políticas da opressão o poder desempenha este papel negativo, e deve ser superado para nos tornarmos livres. Para Foucault, no entanto, o poder sempre também desempenha um papel produtivo: ele permite certas posições-sujeito (ou certas ações ou capacidades para o indivíduo). Assim, ao mesmo tempo em que homossexuais são discriminados, a própria invocação desse rótulo (que Foucault acredita ser uma possibilidade historicamente específica e contingente ao invés de simplesmente a verdade acerca de um grupo preexistente de pessoas) permite, ela mesma, a mobilização, a solidariedade, a identificação mútua, a criação de espaços sociais, e assim por diante. Sem homossexuais não haveria homofobia nem ataque a homossexuais, tampouco haveria bares gays ou marchas do orgulho gay." (Heyes, 2018, p. 204).

[50] Que para Foucault ocorreu no período que ele chama de "época clássica". (Foucault, 1987, p.117).

[51] Sobretudo nos cursos do *Collège de France* de 1979-1980, intitulado "Do governo dos vivos" (Foucault, 2014) e de 1981-1982 sobre a "Hermenêutica do Sujeito" (Foucault, 2010b).

libertadora, resistir aos processos de subjetivação e tentar moldar a si mesmo.

Nesse contexto, além dos padrões de subjetividade preestabelecidos pela sociedade, que moldam o indivíduo, abre-se um campo para pensar como este, a partir do momento em que se dedica a cuidar de si, poderá descobrir a si mesmo, a sua própria verdade e se colocar no mundo.

Esse aspecto, entretanto, não é o foco da presente investigação científica, que está preocupada com os sistemas de sujeição e seus efeitos na construção dos sujeitos – que Foucault denominou de poder disciplinar e de biopoder – para se chegar à relação entre a produção da verdade sobre o corpo negro em um campo específico: o judicial.

Em relação à sociedade disciplinar, que teria emergido a partir do século XVII até meados do século XVIII, desenvolveu-se um poder sobre a vida, uma anátomo-política do corpo humano. Esse poder é representado pelas disciplinas, definidas como métodos de controle minuciosos, sutis e permanentes dos indivíduos, que buscam torná-los corpos dóceis e úteis a serem submetidos, utilizados, transformados e aperfeiçoados pelos aparelhos e instituições da sociedade, caracterizando uma forma específica de poder, que é o poder disciplinar exercido por meio de instrumentos simples: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame.

A vigilância hierárquica é um dispositivo que se caracteriza pela observação permanente dos indivíduos através de técnicas de vigilância baseadas em um "jogo do olhar" que induzem efeitos de uma visibilidade geral sobre os indivíduos. Esses observatórios eram característicos nos acampamentos militares, mas foram se espalhando para o controle da cidade (urbanismos) e instituições como fábricas, hospitais, asilos, escolas, etc, encontrando sua forma ideal no panoptismo[52].

Em todas essas formas o poder disciplinar é ao mesmo tempo indiscreto e discreto. Indiscreto por estar em toda parte e sempre alerta sobre todos os indivíduos objeto do controle, mas também discreto na medida em que funciona silenciosa e permanentemente. Esse controle intenso e contínuo da disciplina faz funcionar um poder relacional que se autossustenta por seus próprios mecanismos e substitui o brilho das manifestações pelo jogo ininterrupto dos olhares calculados (Foucault, 1987, p.147-148).

À vigilância hierárquica soma-se a sanção normalizadora, que são os dispositivos de infrapenalidades presentes em todos os sistemas disciplinares e que se manifestam por meio de leis, sanções e rituais próprios que qualificam e reprimem um conjunto de comportamentos

[52] Para Foucault, o "Panóptico", desenvolvido por Bentham, é a figura arquitetural do poder disciplinar.

alheios aos sistemas oficiais de castigo e punição,[53]exercendo as funções de classificação, comparação, diferenciação, hierarquização, homogeneização, exclusão, enfim, função de normalização de comportamentos.

O exame, por sua vez, vai combinar as técnicas da vigilância hierárquica e da sanção normalizadora, pois qualifica e diferencia os indivíduos que são objeto do controle por meio da produção de um saber técnico que "estabelece uma verdade sobre o sujeito" inscrevendo-o no horizonte do poder disciplinar ao mesmo tempo que o objetifica. E assim, de todo um campo de saber, de um discurso científico sobre o indivíduo[54]e com seus regimes próprios de verdade[55] se exerce um tipo de poder sobre os mesmos. Disso resultam a fabricação de novas formas subjetividades (como a figura do "louco", do "delinquente", do "homossexual") que são sujeitadas ao mecanismo de controle disciplinar em que os indivíduos são constituídos duplamente como efeito e objeto do "saber" e efeito e objeto do "poder" (Foucault, 1987, p.154-160).

Embora não seja exercido por meio de violência ou de apropriação de corpos, como ocorre, por exemplo, na escravidão, esta forma de poder é tão ou mais eficaz quanto na medida em que fabrica corpos submissos por meio de uma manipulação calculada e sutil de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos (Foucault, 1987, p.118-119).

Isso ocorre porque o poder disciplinar em vez de se apropriar e se retirar, tem como função maior o adestramento dos corpos, tomando os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício.

Esse caráter produtivo do poder, já traçado linhas atrás, é imprescindível para entender a construção das formas de subjetividades, pois, como sinalizou Foucault, o poder produz realidade, campos de objetos e rituais da verdade sobre o indivíduo. Então, pode-se afirmar que o sujeito e o saber sobre ele nascem dessa produção. No campo do poder disciplinar produz-se um sujeito calculável e disciplinado, que é capaz, produtivo e altamente dócil.

---

[53] Foucault exemplifica essas infrapenalidades da seguinte forma: "Na oficina, na escola, no exército funcionam como repressora uma micropenalidade do tempo (atrasos, ausências, interrupções das tarefas), da atividade (desatenção, negligência, falta de zelo), da maneira de ser (grosseria, desobediência), dos discursos (tagarelice, insolência), do corpo (atitudes 'incorretas', gestos não conformes, sujeira), da sexualidade (imodéstia, indecência). Ao mesmo tempo é utilizada, a título de punição, toda uma série de processos sutis, que vão do castigo físico leve a privações ligeiras e pequenas de humilhações. Trata-se ao mesmo tempo de tornar penalizáveis as frações mais tênues de conduta, e de dar uma função punitiva aos elementos aparentemente indiferentes do aparelho disciplinar: levando ao extremo, que tudo possa servir para punir a mínima coisa; que cada indivíduo se encontre preso numa universalidade punível-punidora." (Foucault, 1987, p.149).

[54] Como se desenvolve na psiquiatria, na pedagogia, na medicina, na criminologia etc. Nesse sentido, indagou Foucault na aula inaugural do *Collège de France*: "Não constituiriam o sistema judiciário, o sistema institucional da medicina, eles também, sob certos aspectos, ao menos, tais sistemas de sujeição do discurso?" (Foucault, 1996a, p.45).

[55] Rituais, métodos, papéis bem definidos, sistema de classificação e todo um sistema de documentação, registros e arquivos sobre o indivíduo.

É importante destacar que, se, por um lado, os instrumentos do poder disciplinar não se confundem com os ritos e procedimentos típicos das formas estatais de soberania,[56]por outro, essas técnicas simples e sutis da sociedade disciplinar invadiram e remodelaram o próprio exercício do poder estatal,[57]como ocorreu em relação às práticas judiciárias que passaram a demandar todo um saber médico-psiquiátrico sobre o delinquente para o exercício do poder punitivo.

Outra dimensão do poder sobre a vida, segundo Foucault (2018) foi se delineando a partir de meados do século XVIII, caracterizando uma biopolítica da população, em que o controle passa a ser exercício não apenas na dimensão anatômica do poder disciplinar (sobre o corpo do indivíduo).

Nessa formulação, a noção de população é central, uma vez que, tanto na concepção filosófica quanto na teoria do direito, partia-se sempre da noção de indivíduo:

> A teoria do direito, no fundo, só conhecia o indivíduo e a sociedade: o indivíduo contratante e o corpo social que fora constituído pelo contrato voluntário ou implícito dos indivíduos. As disciplinas lidavam praticamente com o indivíduo e com seu corpo. Não é exatamente com a sociedade que se lida nessa nova tecnologia de poder (ou, enfim, com o corpo social tal como o definem os juristas); não é tampouco com o indivíduo-corpo. É um novo corpo: corpo múltiplo, corpo com inúmeras cabeças, se não infinito pelo menos necessariamente numerável. É a noção de "população". A biopolítica lida com a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder, acho que aparece nesse momento. (Foucault, 2005, p. 292-293).

O Estado passou a se ocupar da regulação dos processos biológicos, mediante o uso de diversas estratégias de intervenção no controle populacional, nas taxas de natalidade e mortalidade, no nível de saúde, na expectativa de vida, nas maneiras de se alimentar e de morar, nas condições de vida e todo espaço da existência humana, intervindo, assim, sobre a formação e reprodução de categorias de sujeitos.

Um exemplo clássico é a formação dos sujeitos "normais" e "anormais", segundo os padrões de normalidade (saúde) e anormalidade (doença) constituídos pelas instituições. A

---

[56] Embora não se confunda com a forma tradicional da "soberania", esse poder disciplinar, que exerce coerção sobre os indivíduos, não deixa de estar escondido em formas jurídicas do exercício da soberania. Sobre esse aspecto, aponta Foucault: "De uma forma mais densa, poderíamos dizer o seguinte: uma vez que as coerções disciplinares deviam ao mesmo tempo exercer-se como mecanismos de dominação e ser escondidas como exercício efetivo de poder, era preciso que fosse apresentada no aparelho jurídico e reativada, concluída, pelos códigos judiciários, a teoria da soberania." (Foucault, 2005, p. 43)

[57] "Que, atualmente, o poder se exerça ao mesmo tempo através desse direito e dessas técnicas, que essas técnicas da disciplina, que esses discursos nascidos da disciplina invadem o direito, que os procedimentos da normalização colonizem cada vez mais os procedimentos da lei, é isso, acho eu, que pode explicar o funcionamento global daquilo que eu chamaria uma 'sociedade de normalização'". (Foucault, 2005, p. 46)

esse respeito Dianna Taylor exemplifica:

> Toda uma série de instituições sociais reproduz essas categorias de sujeitos: prisões, escolas, tribunais, hospitais, agências governamentais (ou seja, os Centros de Controle e Prevenção de Doenças), agências de serviços sociais e agências e centros de tratamento de estatais e privados de saúde mental. Porquanto os indivíduos participam ou estão sujeitos ao escrutínio por essas instituições (e todos nós, em maior ou menor medida, participamos e estamos), nós também nos constituímos em e através dessas mesmas categorias de sujeitos: ao fazê-lo, implicamo-nos mais profundamente em relações modernas de poder disciplinar e biopoder. Cumpre esclarecer que, mesmo que não tenhamos sido diagnosticados com, por exemplo, alguma forma de doença física ou mental, nossa constituição de nós mesmos como "saudáveis" ocorre em e através de categorias amplas de normalidade e anormalidade que prevalecem dentro da nossa cultura. (TAYLOR, 2018, p. 226).

Nessa linha de raciocínio, Foucault (2018) formula a noção de biopoder considerando ainda a mudança de concepção entre o direito de vida e morte da época clássica em comparação com a sociedade contemporânea.

Referindo-se a Hobbes e outros teóricos do Estado do século XVII, o autor destaca que, quando a autoridade estatal, personificada pelo Soberano, estivesse ameaçada por inimigos externos, este legitimamente poderia entrar em guerra e convocar seus súditos para a defesa do Estado, expondo-lhes a vida. Era, na verdade, um exercício indireto do poder sobre a vida e a morte dos indivíduos. Por outro lado, quando o próprio súdito representava essa ameaça ao Soberano ou infringia suas leis, seria legítimo o exercício de um poder direto sobre a vida do súdito, podendo o Estado tirar-lhe a vida como forma de castigo. Esse direito de vida e morte seria então o direito de causar a morte ou de deixar viver.

O velho poder de matar que simbolizava o poder soberano ganha contornos de administração dos corpos e gestão calculista da vida na era do biopoder que, ao lado do poder disciplinar, desenvolveram diversas técnicas de sujeição dos corpos e o controle das populações. O saber biológico passou a refletir no campo político de tal maneira que poderíamos chamar esse movimento de uma biopolítica para "designar o que faz com que a vida e seus mecanismos entrem no domínio dos cálculos explícitos, e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana" (Foucault, 2018, p. 154).

Foucault destaca ainda que o biopoder foi "elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento dos fenômenos da população aos processos econômicos" (Foucault, 2018, p. 151-152).

No contexto do sistema jurídico, diferentemente da época clássica de que falavam os

contratualistas, já não se trata do exercício do poder de matar ou de deixar viver, mas de distribuir os vivos em um domínio de valor e utilidade, o que faz do biopoder um poder essencialmente normalizador.

> Ora, durante a segunda metade do século XVIII, eu creio que se vê aparecer algo de novo, que é uma outra tecnologia de poder, não disciplinar dessa feita. Uma tecnologia de poder que não exclui a primeira, que não exclui a técnica disciplinar, mas que a embute, que a integra, que a modifica parcialmente e que, sobretudo, vai utilizá-la implantando-se de certo modo nela, e incrustando-se efetivamente graças à essa técnica disciplinar prévia. Essa nova técnica não suprime a técnica disciplinar simplesmente porque é de outro nível, está noutra escala, tem outra superfície de suporte e é auxiliada por instrumentos totalmente diferentes. (Foucault, 2005, p.289).

De um lado as disciplinas do corpo (poder disciplinar) e de outro a regulação das populações (biopoder); de um lado o aspecto "individualizante", do outro a "massificação"; de um lado o "homem-corpo", de outro o "homem-espécie"; enfim, de um lado o "indivíduo", de outro, a população,[58] conforme se depreende da passagem adiante:

> disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos. E, depois, a nova tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que eles se resumem em corpos, mas na medida em que ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença etc. Logo, depois de uma primeira tomada de poder sobre o corpo que se fez consoante o modo da individualização, temos uma segunda tomada de poder que, por sua vez, não é individualizante mas que é massificante, se vocês quiserem, que se faz em direção não do homem-corpo, mas do homem-espécie. (Foucault, 2005, p.289).

Eis as duas formas de poder que, na concepção foucaultiana, contribuíram sobremaneira para a formação das subjetividades na modernidade em um processo de normalização que, conforme destaca Edward McGushin (2018, p. 165-184), vem se disseminado na nossa sociedade e de modo menos óbvio e intrusivo, citando-se como exemplo as novas tecnologias que permitem uma vigilância cada vez mais sutil, como as câmeras de segurança em locais públicos, os *spywares* que nos controlam e nos assistem na

[58] "A teoria do direito, no fundo, só conhecia o indivíduo e a sociedade: o individuo contratante e o corpo social que fora constituído pelo contrato voluntário ou implícito dos indivíduos. As disciplinas lidavam praticamente com o individuo e com seu corpo. Não é exatamente com a sociedade que se lida nessa nova tecnologia de poder (ou, enfim, com o corpo social tal como o definem os juristas); não é tampouco com o individuo-corpo. É um novo corpo: corpo múltiplo, corpo com inúmeras cabeças, se não infinito pelo menos necessariamente numerável. É a noção de "população". A biopolítica lida com a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder, acho que aparece nesse momento." (Foucault, 2005, p. 292-293).

internet, as estratégias de marketing que utilizam os algoritmos para fazer anúncios personalizados, entre outros tantos exemplos da sociedade atual que não são, necessariamente repressivas ou opressoras, na medida em que esse poder disciplinar:

> me torna mais produtivo, me treina e desenvolve as minhas capacidades de viver, tornando muito difícil resistir, uma vez que parece estar do meu lado, provendo recursos para viver minha vida. No entanto, enquanto todas essas coisas me moldam, dão forma e ordem à minha vida e me ajudam a compor uma ideia de quem eu sou e como devo sentir as coisas, e fazer as coisas, eu às vezes tenho a sensação de que este não é realmente quem eu sou. (McGushin, 2018, p. 174).

Esse ferramental teórico, que Foucault utilizou principalmente para fazer a história da loucura, da delinquência, da violência e da sexualidade, pode ser bastante produtivo para investigarmos a construção de outras formas de subjetividades, considerando os dois níveis do processo de subjetivação: do poder disciplinar, que atua sobre um corpo individual, e do biopoder, que regula o corpo social, mediante mecanismos globais, de agir de tal maneira que se obtenham estados globais de equilíbrio, de regularidade, que leva em conta a vida, os processos biológicos do homem-espécie e de assegurar sobre eles não uma disciplina, mas uma regulamentação (Foucault, 2005, p. 293-294).

2.5 Dispositivo de racialidade-biopoder

É importante registrar que Foucault, em relação à questão racial, embora tenha abordado o tema em algumas passagens de sua obra, se manteve alinhado à tradição eurocêntrica em que o racismo é abordado como uma questão secundária ou como problema do passado.

O tema do racismo aparece nos seus cursos sobre a psiquiatria, as punições e os anormais, para a compreensão da teoria médica da degenerescência,[59]da teoria médico-legal do eugenismo do darwinismo social e da teoria penal da defesa social, em torno das quais, no século XIX, se desenvolvem as técnicas de discriminação, de isolamento e de normalização dos indivíduos "perigosos" (Bertani, Fontana, 2005, p.344).

[59] "Vocês estão vendo como, nessas condições, a psiquiatra pode efetivamente, a partir dessa noção de degeneração, a partir dessas análises da hereditariedade, conectar-se, ou antes, dar lugar a um racismo, um racismo que foi nessa época muito diferente do que poderíamos chamar de racismo tradicional, histórico, o 'racismo étnico'. O racismo que nasce na psiquiatria dessa época é o racismo contra o anormal, é o racismo contra os indivíduos, que, sendo portadores seja de um estado, seja de um estigma, seja de um defeito qualquer, podem transmitir a seus herdeiros, da maneira mais aleatória, as consequências imprevisíveis do mal que, trazem em si, ou antes, do não-normal que trazem em si. É, portanto, um racismo que terá por função não tanto a prevenção ou a defesa de um grupo contra outro, quanto a detecção, no interior mesmo de um grupo, de todos os que poderão ser efetivamente portadores do perigo. (Foucault, 2001, p. 403).

Mas, para não ser injusto com o filósofo francês, anoto que o "racismo" aparece como fio condutor de seu curso ministrado no *Collége de France* entre 1975-1976, posteriormente publicado com o título "Em Defesa da Sociedade" (Foucault, 2005).

Todavia, quando se debruçou sobre o "racismo de estado", o filósofo estava preocupado com a questão da raça e do racismo no contexto europeu, buscando respostas para o nazismo e os horrores do holocausto.[60] Embora o autor não tenha reconhecido,[61]percebe-se, da leitura desse curso, que ele se propôs, de alguma maneira, a fazer uma genealogia do racismo, a partir da história da guerra e da luta das raças,[62] que culminou na sua formulação de "racismo de estado".

Os editores da publicação deste curso também acreditavam que se tratava do esboço de um tratado genealógico, para repensar o racismo. (Bertani; Fontana, 2005, p. 348). O tema, entretanto, não aparece como uma categoria central para a compreensão dos problemas da modernidade, sobre os quais Foucault tanto se ocupou ao longo de sua vida.

De qualquer maneira, é possível fazer uma analítica do poder e do racismo em outros contextos, apropriando-se da caixa de ferramenta do pensamento foucaultiano. Nessa perspectiva, acredito que a categoria "dispositivos de poder", pode ajudar a compreender uma forma de racismo muito peculiar no Direito – o racismo judicial – caracterizado por um regime de verdade racializado, mas que produz efeitos concretos na manutenção, reprodução e legitimação de práticas racistas.

---

[60] Era também sobre as formas de racismo que se produziu na Europa que norteava a preocupação de Foucault no curso sobre "Os anormais", conforme se depreende da seguinte passagem: "Racismo interno, racismo que possibilita filtrar todos os indivíduos no interior de uma sociedade dada. Claro, entre esse racismo e o racismo tradicional, que era essencialmente, no Ocidente, o racismo anti-semita, houve logo toda uma série de interferências, mas sem que jamais tenha havido organização efetiva muito coerente dessas duas formas de racismo antes do nazismo, precisamente. Que a psiquiatria alemã tenha funcionado tão espontaneamente no interior do nazismo, não há por que se surpreender. O novo racismo, o neo-racismo, o que é próprio do século XX como meio de defesa interna de uma sociedade contra seus anormais, nasceu da psiquiatria, e o nazismo nada mais fez que conectar esse novo racismo ao racismo étnico que era endêmico ao século XIX. Creio portanto que as novas formas de racismo, que se firmam na Europa no fim do século XIX e inicio do século XX, devem ser historicamente referidas à psiquiatria." (Foucault, 2001, p. 403-404)

[61] Ao responder pergunta de um de seus interlocutores, Foucault afirma: "Para mim não se trata, aqui, de fazer por ora uma história do racismo no sentido geral e tradicional do termo. Não quero fazer a história daquilo que pôde ser, no Ocidente, a consciência de pertencer a uma raça, nem a história dos ritos e mecanismos pelos quais se tentou excluir, desqualificar, destruir fisicamente uma raça. O problema que eu quis colocar é outro, e não diz respeito ao racismo nem, em primeira instância, ao problema das raças. Tratava-se – e continua sempre se tratando para mim – de tentar ver como apareceu, no Ocidente, uma certa análise (crítica, histórica e política) do Estado, de suas instituições e de seus mecanismos de poder." (Foucault, 2005, p. 100).

[62] "Quando o tema da pureza da raça toma o lugar da luta das raças, eu acho que nasce o racismo, ou está se operando a conversão da contra-história em racismo biológico. O racismo não é, pois, vinculado por acidente ao discurso e à política anti-revolucionária do Ocidente; não é simplesmente um edifício ideológico adicional que teria aparecido em dado momento, numa espécie de grande projeto anti-revolucionário. No momento em que o discurso da luta das raças se transformou em discurso revolucionário, o racismo foi o pensamento, o projeto, o profetismo revolucionários virados noutro sentido, a partir da mesma raiz que era o discurso da luta das raças. O racismo é, literalmente, o discurso revolucionário, mas pelo avesso." (Foucault, 2005,, p. 95).

Essa análise só é possível se ampliarmos o déficit analítico de Foucault sobre o racismo e, para tanto, adoto a noção de dispositivo de racialidade/biopoder desenvolvida por Sueli Carneiro (2005), a qual inscreveu a problemática racial no campo analítico dos conceitos de dispositivo e do biopoder.

Bem a seu estilo, Foucault também não deixou claro o que entendia por "dispositivo",[63] mas utilizou com frequência a expressão em diversos textos e nos cursos ministrados no *Collége de France*.

Em "Vigiar e Punir", de 1975, os "dispositivos de disciplina" aparecem como novas tecnologias de punição do poder disciplinar.

No curso ministrado logo depois, entre 1975 e 1976, sob o título "Em Defesa da Sociedade", a expressão "dispositivo" é utilizada em referência às manifestações estratégicas do poder. Então "dispositivo" seria sempre um "dispositivo de poder":

> O que é o poder? Ou melhor – por que a pergunta "O que é o poder?" seria justamente uma questão teórica que coroaria o conjunto, o que eu não quero –, o que está em jogo é determinar quais são, em seus mecanismos, em seus efeitos, em suas relações, esses diferentes dispositivos de poder que se exercem, em níveis diferentes da sociedade, em campos e com extensões tão variadas. (Foucault, 2005, p.19).

Mais adiante, ao resumir suas cinco precauções de método da analítica do poder, a noção de dispositivo é retomada no contexto do binômio "saber-poder", enfatizando o caráter produtivo do poder na produção de discursos de verdade e nas formas de sujeição:

> Para resumir essas cinco precauções de método, eu diria isto: em vez de orientar a pesquisa sobre o poder para o âmbito do edifício jurídico da soberania, para o âmbito dos aparelhos de Estado, para o âmbito das ideologias que o acompanham, creio que se deve orientar a análise do poder para o âmbito da dominação (e não da soberania), para o âmbito dos operadores materiais, para o âmbito das formas de sujeição, para o âmbito, enfim, dos dispositivos de saber. (Foucault, 2005, p. 40).

Mas é no primeiro volume da "História da Sexualidade", de 1976, que a noção de

---

[63] A hipótese levantada por Giorgio Agamben (2005) é que Foucault tenha se baseado no de "positividade" em Hegel, a partir do ensaio na obra de Jean Hyppolite: "Se 'positividade' é o nome que, segundo Hyppolite, o jovem Hegel dá ao elemento histórico, com toda a sua carga de regras, ritos e instituições impostas aos indivíduos por um poder externo, mas que se torna, por assim dizer, interiorizada nos sistemas das crenças e dos sentimentos, então Foucault, tomando emprestado este termo (que se tornara mais tarde 'dispositivo') toma posição em relação a um problema decisivo, que é também o seu problema mais próprio: a relação entre as indivíduos como seres viventes e a elemento histórico, entendendo com este termo o conjunto das instituições, dos processos de subjetivação e das regras em que se concretizam as relações de poder. O objetivo último de Foucault não é, porém, como em Hegel, aquele de reconciliar os dois elementos. E nem mesmo a de enfatizar o conflito entre estes. Trata-se para ele antes de investigar os modos concretos em que as positividades (ou os dispositivos) atuam nas relações, nos mecanismos e nos 'jogos' de poder." (Agamben, 2005, p.10-11).

dispositivo ganha relevância, onde fica claro que os dispositivos não são apenas discursos especulativos (plano discursivo), mas também formas de agenciamentos concretos e constituem tecnologias de poder. Foi assim que, através do "dispositivo da sexualidade", uma das mais importantes tecnologias de poder no século XIX, se produziu discursos verdadeiros sobre o sexo: "um dispositivo que abarca amplamente a história, pois vincula a injunção da confissão aos métodos da escuta clínica. E, através desse dispositivo, pôde aparecer algo como a 'sexualidade' enquanto verdade do sexo e de seus prazeres" (Foucault, 2018, p. 76-77).

Na série de entrevistas e textos reunidos no livro "Microfísica do Poder" (Foucault, 1998b), em um dos textos selecionados para a edição brasileira de 1979, organizada pelo Prof. Roberto Machado, Foucault foi questionado por Alain Grosrichard sobre o sentido e a função metodológica do termo "dispositivo".

Em resposta, Foucault destacou três dimensões do termo. Primeiramente, com o termo dispositivo, pretendia demarcar a rede que se forma entre um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o "dito" e o "não-dito" são os elementos do dispositivo. A segunda dimensão se refere à natureza da relação que pode existir entre estes elementos heterogêneos. No plano discursivo, os dispositivos podem aparecer como programa de uma instituição ou, ao contrário, como elemento que permite justificar e mascarar uma prática que permanece muda; pode ainda funcionar como reinterpretação desta prática, dando-lhe acesso a um novo campo de racionalidade. Entre estes elementos, discursivos ou não, existe um tipo de jogo, ou seja, mudanças de posição, modificações de funções, que também podem ser muito diferentes. Quanto à terceira dimensão do termo, o dispositivo tem uma função estratégica dominante, pois visa responder a uma urgência, a um objetivo, a uma estratégia concreta em determinado momento histórico. Como exemplo, Foucault cita o dispositivo de controle-dominação da loucura, da doença mental, da neurose, que vai atender à necessidade absorção de uma massa de população flutuante que uma economia de tipo essencialmente mercantilista achava incômoda (Foucault, 1998b, p. 244).

Essa dimensão estratégica é reforçada mais adiante quando o autor esclarece que, diferentemente da epistémè,[64]que seria um dispositivo especificamente discursivo, a noção de

[64] "Por episteme entende-se, na verdade, o conjunto das relações que podem unir, em uma dada época, as práticas discursivas que dão lugar a figuras epistemológicas, a ciências, eventualmente a sistemas formalizados; o modo segundo o qual, em cada uma dessas formações discursivas, se situam e se realizam as passagens à epistemologização, à cientificidade, à formalização; a repetição desses limiares que podem coincidir, ser

dispositivo seria mais abrangente, pois é discursivo e não-discursivo, envolvendo, além de enunciados, as instituições, os sistemas de coerção, etc. Com isso, a dimensão estratégica do dispositivo se articula com as noções de jogos estratégicos e de regimes de verdade analisada no tópico 2.3, as quais eu gostaria de enfatizar, pois estão diretamente relacionadas ao argumento central desta pesquisa:

> Disse que o dispositivo era de natureza essencialmente estratégica, o que supõe que trata-se no caso de uma certa manipulação das relações de força, de uma intervenção racional e organizada nestas relações de força, seja para desenvolvê-las em determinada direção, seja para bloqueá-las, para estabilizá-las, utilizá-las, etc... O dispositivo, portanto, está sempre inscrito em um jogo de poder, estando sempre, no entanto, ligado a uma ou a configurações de saber que dele nascem mas que igualmente o condicionam. É isto, o dispositivo: estratégias de relações de força sustentando tipos de saber e sendo sustentadas por eles. (Foucault, 1998b, p. 246).

Essa dimensão estratégica do dispositivo é inerente ao poder, na medida em que o dispositivo constitui formas de manifestação deste e está sempre associado às relações de força. Aqui chamo a atenção para outro aspecto importante: se, por um lado, o dispositivo visa um objetivo estratégico, por outro funciona como "dispositivos de conjunto", pois nem sempre é possível identificar quem o arquitetou, quem o concebeu, quem está por "trás", a quem essas estratégias servem.

Volto a uma passagem do primeiro volume da "História da Sexualidade" para demarcar esse caráter de "conjunto" do dispositivo:

> não há poder que se exerça sem uma série de miras e objetivos. Mas isso não quer dizer que resulte da escolha ou da decisão de um sujeito, individualmente; não busquemos a equipe que preside sua racionalidade; nem a casta que governa, nem os grupos que controlam os aparelhos do Estado, nem aqueles que tomam as decisões econômicas mais importantes, gerem o conjunto da rede de poderes que funciona em uma sociedade (e a faz funcionar); a racionalidade do poder é a das táticas muitas vezes bem explícitas no nível limitado em que se inscrevem — cinismo local do poder — que, encadeando-se entre si, invocando-se e se propagando, encontrando em outra parte apoio e condição, esboçam finalmente dispositivos de conjunto: lá, a lógica ainda é perfeitamente clara, as miras decifráveis e, contudo, acontece não haver mais ninguém para tê-las concebido e poucos para formulá-las: caráter implícito das grandes estratégias anônimas, quase mudas, que coordenam táticas loquazes, cujos "inventores" ou responsáveis quase nunca são hipócritas; (Foucault, 2018, p. 103).

---

subordinados uns aos outros, ou estarem defasados no tempo; as relações laterais que podem existir entre figuras epistemológicas ou ciências, na medida em que se prendam a práticas discursivas vizinhas mais distintas. A episteme não é uma forma de conhecimento, ou um tipo de racionalidade que, atravessando as ciências mais diversas, manifestaria a unidade soberana de um sujeito, de um espírito ou de uma época; é o conjunto das relações que podem ser descobertas para uma época dada, entre as ciências, quando estas são analisadas no nível das regularidades discursivas." (Foucault, 2010a, p. 214).

Na entrevista referida acima, o filósofo, ao ser questionado sobre a noção de "estratégia sem sujeito" que se poderia deduzir do "dispositivo de conjunto", responde exemplificando como diversas práticas sociais foram se desenvolvendo a ponto de se obter uma estratégia global, coerente, racional e generalizante, de tal modo que já não se pode identificar quem o concebeu, mas se sabe bem que atende a objetivos estratégicos (Foucault, 1998b, p. 252).

O dispositivo é, antes de tudo, como salientou Giorgio Agamben (2005), uma máquina que produz subjetivações, e, só enquanto tal é uma máquina de governo, a exemplo do "dispositivo prisional" que produz, como consequência mais ou menos imprevista a constituição de um sujeito e de um milieu delinquente, que transforma novamente o sujeito em técnicas de governo.

Com base nessa noção foucaultiana de dispositivo, Sueli Carneiro (2005), desenvolve o "dispositivo de racialidade", partindo do pressuposto de que a noção de dispositivo oferece recursos teóricos capazes de apreender a heterogeneidade de práticas que o racismo e a discriminação racial engendram na sociedade brasileira, a natureza dessas práticas, a maneira como elas se articulam e se realimentam ou se realinham para cumprir um determinado objetivo estratégico (Carneiro, 2005, p. 39).

Em Foucault, o biopoder, a assunção da vida pelo poder estatal, ou, como afirmou, a "a estatização do biológico", veio reatualizar o velho discurso da guerra das raças, uma vez que, na sua concepção de racismo de estado, uma das funções do racismo é, nesse domínio da vida, fazer o corte entre o que deve viver e o que deve morrer:

> No contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo do biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros. Em resumo, de estabelecer uma censura que será do tipo biológico no interior de um domínio considerado como sendo precisamente um domínio biológico. Isso vai permitir ao poder tratar uma população como uma mistura de raças ou, mais exatamente, tratar a espécie, subdividir a espécie de que ele se incumbiu em subgrupos que serão, precisamente, raças. Essa é a primeira função do racismo: fragmentar, fazer censuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder. (Foucault, 2005, p. 305).

Sob essa ótica, o racismo exerce uma função de censura do tipo biológico, que opera a eliminação dos considerados inferiores, dos impuros, dos anormais, dos diferentes ou qualquer outro eufemismo que se queira utilizar para se referir ao não-branco. A ideia de raça

e o racismo aparece, então, como condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização:

> Quando vocês têm uma sociedade de normalização, quando vocês têm um poder que é, ao menos em toda a sua superfície e em primeira instância, em primeira linha, um biopoder, pois bem, o racismo é indispensável como condição para poder tirar a vida de alguém, para poder tirar a vida dos outros. A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo. (Foucault, 2005, p.306).

Claro que o termo "matar", nessa formulação, não se refere apenas à morte direta. Deve-se entender por matar também o que Foucault chama de assassínio indireto: o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc (Foucault, 2005, p.306).

Para tanto, o papel do Estado seria decisivo, daí falar-se em racismo de estado, pois lhe é intrínseco na medida em que é obrigado a utilizar a raça, a eliminação das raças e a purificação da raça para exercer seu poder soberano. Assim, o velho poder soberano do direito de morte implica o funcionamento, a introdução e a ativação do racismo (Foucault, p. 308-309).

Retomando as estratégias de poder da sociedade disciplinar e essa passagem para o biopoder, Sueli Carneiro, aplicando as formulações de Foucault ao caso brasileiro, entende que se tornou necessária a produção dos corpos dóceis, o seu adestramento, a maximização de sua rentabilidade física, em que o biopoder aciona o dispositivo de racialidade para determinar quem deve morrer e quem deve viver (Carneiro, 2005, p. 76).

Na categoria "dispositivo de racialidade/biopoder" a autora engloba tanto os procedimentos disciplinares do dispositivo que sujeitam às racialidades, quanto os processos de vitalismo e morte, nos quais as racialidades se encontram inseridas. Nessa compreensão, existe um "dispositivo de racialidade/biopoder operando na sociedade brasileira, que, articulando múltiplos elementos, dentre eles o epistemicídio, configura a racialidade como um domínio que produz saberes, poderes e subjetividades com repercussões sobre a educação" (Carneiro, 2005, p. 11).

Interessa a esse estudo a compreensão sobre o "dispositivo de racialidade/biopoder", que possibilita um diálogo com o pensamento foucaultiano acerca do racismo, partindo do pressuposto de que a racialidade vem se constituindo na modernidade ocidental e é produtora de um campo ontológico, um campo epistemológico e um campo de poder conformando,

portanto, saberes, poderes e modos de subjetivação cuja articulação institui um dispositivo de poder (Carneiro, 2005, p. 56).

Aproximando da noção de discurso como prática social no sentido das relações de poder que se constituem discursivamente e cujos discursos formam sujeitos e objetos sobre os quais se produzem discursos verdadeiros,[65]Sueli Carneiro entende que, além do sexo como demarcador da verdade sobre o sujeito que aparece na "História da Sexualidade" (Foucault, 2018), a raça deve ser considerada outro demarcador para a apreensão dessa verdade, pois:

> por meio dela se evidencia o valor de cada agrupamento humano na sua diversidade étnica/racial, a medida de sua humanidade, a normalidade de cada qual. O saber sobre o negro é então aqui considerado como prática discursiva de diferenciação social segundo a racialidade, que permite a distinção social de cada indivíduo por discursos de raça, produzidos no interior de relações de poder. (Carneiro, 2005, p. 51).

Na abordagem do dispositivo da sexualidade, Foucault (2018) investiga o investimento político sobre o corpo burguês, sobre o sexo, suas sensações, seus prazeres, sua saúde, sua sobrevivência.

É a partir dessa concepção sobre a construção do corpo burguês, sobre os efeitos do dispositivo de sexualidade no campo ontológico (de um lado, a produção de sujeitos-forma que encarnarão, vitalismo que irá se manifestar em todas as formas de expressão dessa nova subjetividade; de outro, a produção de outros sujeitos-forma que irão encarnar, como oposto desse vitalismo), que Sueli Carneiro vem agregar a "racialidade", em que a cor da pele irá adquirir um novo estatuto.

Se, por um lado, o investimento sobre o próprio sexo, sobre o próprio corpo, encerrará um novo conjunto de significações culturais, os quais irão constituir o corpo burguês como paradigma da humanidade e ideal de Ser para as demais classes, por outro, essa estratégia de afirmação da burguesia enquanto classe hegemônica passa pela emergência e pela operação do dispositivo de racialidade, que também opera por meio de uma dualidade entre positivo e negativo em que a cor da pele, representada pela brancura, passa a ser fator de identificação com o normal (Carneiro, 2005, p. 42).

Apropriando-se do conceito de brancura[66] em Izildinha Baptista Nogueira (1998), a autora afirma que o dispositivo de racialidade demarcou o estatuto humano como sinônimo da brancura e inscreveu os negros no paradigma da inferioridade. Assim, "negro e branco se

---

[65] Conforme analisado nos tópicos 2.2 e 2.4 deste estudo.

[66] "A 'brancura' passa a ser parâmetro de pureza artística, nobreza estética, majestade moral, sabedoria científica, etc. Assim, o branco encarna todas as virtudes, a manifestação da razão, do espírito e das idéias" (Nogueira, 1998, pp. 89).

constituem como extremos, unidades de representação que correspondem ao distante – objeto de um gesto de afastamento – e ao próximo, objeto de um gesto de adesão" (Nogueira, 1998, p. 46).

Sob essa ótica, o dispositivo de racialidade, ao demarcar o estatuto humano como sinônimo de brancura, irá redefinir todas as demais dimensões humanas e hierarquizá-las de acordo com a sua proximidade ou distanciamento (Carneiro, 2005, p. 43).

Se, para Foucault,[67]tais mecanismos foram utilizados pela classe burguesa a partir da metade do século XVIII para afirmar sua superioridade em relação à monarquia e legitimar sua hegemonia e dominação em relação aos povos não-brancos, Sueli Carneiro propõe que é essa a gênese do senso comum segundo o qual a vida dos brancos vale mais do que a de outros seres humanos:

> o que se depreende, por exemplo, da consternação pública que provoca a violência contra brancos das classes hegemônicas, em oposição à indiferença com que se trata o genocídio dos negros e outros não-brancos em nossa sociedade. Aqui está o princípio da auto-estima e a referência do que é bom e desejável no mundo, estabelecendo o branco burguês como paradigma estético para todos. E está aí o diálogo com as teses racialistas da biologia, sobre o problema da mistura, da mestiçagem como fatores corruptores de povos e nações. (Carneiro, 2005, p. 44).

Para Sueli Carneiro, a construção da racialidade como um dispositivo de poder é anterior ao surgimento da sociedade disciplinar, pois remonta ao conjunto de eventos a partir do final do século XV (refere-se ao processo de conquista/colonialismo e o subsequente imperialismo europeu sobre os povos dominados) que, na concepção de Charles Mills (1997), decorre do Contrato Racial e vai culminar com a consolidação gradual da supremacia branca em nível global.

Sueli Carneiro se baseia em dois argumentos centrais de Mills: primeiro, o de que o chamado "descobrimentos" faz emergir uma nova tríade de poder, saber e subjetividades informadas pela racialidade e conformando novos sujeitos-forma: homens, nativos, brancos, não-brancos. O segundo argumento é de que a supremacia branca foi estruturada por um Contrato Racial (Carneiro, 2005, p. 47).

---

[67] Para Foucault esse processo de valorização do corpo deve mesmo ser ligada ao processo de crescimento e de estabelecimento da hegemonia burguesa que já estava relacionada com um "certo racismo", conforme afirma: "Testemunhos disto são as obras publicadas em número tão grande, no fim do século XVIII, sobre a higiene do corpo, a arte da longevidade, os métodos para ter filhos de boa saúde e para mantê-los em vida durante o maior tempo possível, os processos para melhorar a descendência humana; eles atestam, portanto, a correlação entre essa preocupação com o corpo e o sexo e um certo 'racismo'. Mas este é bem diferente do manifestado pela nobreza, ordenado em função de fins essencialmente conservadores. Trata-se de um Racismo dinâmico, de um racismo da expansão, embora só encontrado ainda em estado embrionário e tendo tido que operar até a segunda metade do século XIX para dar os frutos que acabamos provando." (Foucault, 2018, p. 137).

Em contraponto com a teoria política tradicional que busca no contrato social o fundamento para o Estado e a sociedade moderna partindo do pressuposto de uma igualdade entre os indivíduos, o Contrato Racial surge como verdadeiro elemento de sustentação da metáfora do contrato social, posto que "o Contrato Racial é um contrato firmado entre iguais, no qual os instituídos como desiguais se inserem como objetos de subjugação, daí ser a violência o seu elemento de sustentação" (Carneiro, 2005, p. 48).

Para Mills, em contraponto à suposta neutralidade do contrato social, o Contrato Racial vai estabelecer uma sociedade organizada racialmente, um Estado racial e um sistema jurídico racial, no qual o status de brancos e não-brancos é claramente demarcado, quer pela lei, quer pelo costume, com o objetivo de manter e reproduzir essa ordem racial, assegurando os privilégios e as vantagens de todos os cidadãos brancos e mantendo a subordinação dos não-brancos (Mills, 1997, pp. 13-14).[68]

Na trilha de Mills, Sueli Carneiro (2005, 49) enfatiza a realidade histórica do contrato racial, o qual, além de ser mais abrangente do que o contrato social clássico é datável e localizável nos eventos históricos:

> o Contrato Racial é historicamente datável e localizável nos eventos históricos, tais como o colonialismo e as expedições de conquista do imperialismo europeus, resultando segundo ele, num mundo "moldado fundamentalmente nos últimos quinhentos anos pelas realidades da dominação européia e pela consolidação gradual da supremacia branca global." (Mills, 1997, p. 15). Os desdobramentos desse sistema político não-nomeado constituem-se na hegemonia branca em sociedades fundadas pelo colonialismo e imperialismo branco ocidental. (Carneiro, 2005, p. 49).

Além de "real", o contrato racial é também global, já que "os europeus emergem desse processo como 'os donos da espécie humana', 'os donos do mundo inteiro', com o poder crescente de determinar a posição de todos os não-Europeus que são seus súditos" (Mills, 1997, p. 20).(tradução nossa)[69]

Sueli Carneiro enfatiza a realidade histórica também da supremacia branca que pode ser apreendida por uma série de atos e fatos históricos, ditos e não ditos que sustentaram práticas racistas, identificando, nessa formulação, o funcionamento de uma espécie de dispositivo de poder. Essa realidade histórica é exemplificada por Mills:

---

[68] "In both cases, then, though in different ways, the Racial Contract establishes a racial polity, a racial state, and a racial juridical system, where the status of whites and nonwhites is clearly demarcated, whether by law or custom. And the purpose of this state, by contrast with the neutral state of classic contractarianism, is, inter alia, specifically to maintain and reproduce this racial order, securing the privileges and advantages of the full white citizens and maintaining the subordination of nonwhites." (Mills, 1997, pp. 13-14).

[69] "Europeans thereby emerge as "the lords of human kind, "the " lords of all the world, "with the increasing power to determine the standing of the non-Europeans who are their subjects." (Mills, 1997, p. 20).

> bulas papais e outros pronunciamentos teológicos, discussões européias sobre colonialismo, 'descoberta' e direito internacional, pactos, tratados e decisões jurídicas, debates acadêmicos e populares sobre a humanidade dos não-brancos, a criação de estruturas legais formalizadas de tratamento diferenciado e a rotinização de práticas informais ilegais ou semi-ilegais efetivamente sancionadas pela cumplicidade do silêncio e pela incapacidade do governo de intervir e punir seus perpetradores – que podem ser vistos coletivamente, não apenas de forma metafórica, mas bem próxima da literal, como seu equivalente conceitual, jurídico e normativo. (Mills, 1997, p. 20-21).[70]

Por isso Sueli Carneiro entende que o dispositivo de racialidade se beneficia das representações construídas sobre o negro durante o período colonial no que tange aos discursos e práticas que justificaram a constituição de senhores e escravos, articulando-os e resignificando-os à luz do racialismo vigente no século XIX.

Entendo que essa perspectiva da autora é um giro decolonial sobre o dispositivo de poder, pensando-o a partir do fato colonial e do Contrato Racial, uma vez que as noções de sociedade disciplinar, de dispositivo, de biopoder e mesmo de racismo,[71]passam a ser reinterpretadas, levando em consideração uma hipótese colonial como elemento decisivo para a compreensão das relações de poder. Sob essa ótica, não seria possível compreender a construção da racialidade como um dispositivo de poder, sem passar pela escravidão, pelo tráfico negreiro, pela cidade negra, entre outas categorias decoloniais, enquanto espaços de disputa de poder e de dominação.

É dessa maneira que Sueli Carneiro, com base nos estudos de Gislene Aparecida dos Santos (2002), evidencia como o discurso sobre a inferioridade do negro foi se naturalizando na *intelligensia* brasileira.

Primeiro a escravidão corrompe o valor do trabalho e, após a abolição, vê-se a estigmatização do negro, que não seria capaz para o trabalho livre, assalariado, incorporando o negro na nova ordem disciplinar que se instaura no Brasil, na passagem de uma economia baseada no trabalho escravo para o trabalho livre. É com esse novo status que o dispositivo de racialidade enquanto dispositivo do poder disciplinar emergente "haverá de demarcar em ações teóricas de assujeitamentos" (Carneiro, 2005, p. 57).

---

[70] "papal bulls and other theological pronouncements; European discussions about colonialism, "discovery," and international law; pacts, treaties, and legal decisions; academic and popular debates about the humanity of nonwhites; the establishment of formalized legal structures of differential treatment; and the routinization of informal illegal or quasi-legal practices effectively sanctioned by the complicity of silence and government failure to intervene and punish perpetrators – which collectively can be seen, not just metaphorically but close to literally, as its conceptual, juridical, and normative equivalent." (Mills, 1997, pp. 20-21).

[71] Que, na concepção de Foucault, acaba se restringindo ao racismo de estado.

A passagem da escravidão para a libertação, representou ainda a passagem do negro enquanto objeto de trabalho para objeto de pesquisa, como referiu Silvio Romero (1978) de modo que o negro passa a ser não apenas uma máquina econômica, mas também um objeto de ciência.

Essa objetificação do negro seria, para Sueli Carneiro, mais uma estratégia do dispositivo de racialidade, pois, vencida a etapa de exploração da mão de obra escrava para a acumulação primitiva de riqueza e capital, "a constituição do campo de saber sobre a diversidade instituída pelo racialismo tornava o negro um objeto de ciência, possível fonte de compreensão da evolução humana e de experimentações científicas" (Carneiro, 2005, p. 57).

A produção do saber sobre o negro, entretanto, não acolheu o negro como sujeito político e de conhecimento e desqualificava a resistência negra. Constitui-se um campo de poder, um campo de saber sobre os negros, na acepção de Silvio Romero (1978). Mas esse campo "se constitui em um espaço de disputa de saber e poder para brancos e entre brancos, o que em contrapartida descarta o negro da condição de produtor de saber e detentor de poder" (Carneiro, 2005, p. 59)

Esse aspecto é uma ponte para a articulação entre o dispositivo de racialidade com o dispositivo da sexualidade, já que, segundo Foucault (2018), a produção do saber acerca do domínio da sexualidade estava no campo das disputas de saber-poder nas quais se operavam mecanismos de sujeição/opressão e subordinação.

Para Sueli Carneiro, o mesmo raciocínio pode ser feito sobre o dispositivo de racialidade, que se constituiu como domínio a conhecer a partir das relações de poder que a instituíram como objeto possível:

> Em troca, se o poder pôde tomá-la como alvo, foi porque se tornou possível investir sobre a racialidade por meio de técnicas de saber e de procedimentos discursivos a serviço da colonização, domesticação, eugenia ou repressão, como o fizeram disciplinas científicas tais como a medicina legal psiquiátrica, a antropologia, a criminologia, a craniologia, etc. Cada qual constitui-se como um domínio em que a racialidade foi estudada em desfavor da racialidade negra e de não-brancos em geral. O caso da racialidade negra no Brasil não foi exceção. (Carneiro, 2005, p. 61).

Além do processo de naturalização da inferiorização do negro, durante e após a escravidão, e o processo de objetificação do negro enquanto objeto de saber, Sueli Carneiro acrescenta mais uma característica do dispositivo de racialidade no Brasil: o mito da democracia racial.

O Brasil conviveu, durante séculos, com o mito da benevolência da escravidão, segundo o qual o sistema escravista brasileiro era uma instituição benigna para os escravos e haveria uma suposta brandura nas relações entre senhores e escravos. Era, como denunciava Abdias do Nascimento (1978), um tipo de racionalidade que procurava justificar o impossível: a ausência do racismo na sociedade escravista.

E não tardou para que se consagrasse no Brasil a tese do "branqueamento". Esse discurso conquistou a elite brasileira no período pós-abolição até o início do século XX.

Como assinalou Thomas E. Skidmore (1976), essa teoria se utilizava de eufemismos como raças "mais adiantadas" e "menos adiantadas" para sustentar a presunção da superioridade branca. Isso levava à crença de que a população negra diminuiria progressivamente em relação à branca, por motivos que incluíam a suposta taxa de natalidade mais baixa, a maior incidência de doenças e a desorganização social. Logo, a miscigenação produziria "naturalmente" uma população mais clara, em parte porque o gene branco era mais forte e em parte porque as pessoas procurariam parceiros mais claros do que elas, de modo que a imigração branca reforçaria a resultante predominância branca. Nesse sentido, a miscigenação não levaria à produção de "degenerados", mas sim a uma população mestiça que se embranquecia cada vez mais, tanto cultural quanto fisicamente (Skidmore, 1976, p. 81).

Baseado nessas ideias, a aposta na imigração europeia serviria não apenas para a obtenção de mão de obra, mas também para o gradativo branqueamento da população brasileira, para a purificação dos impuros.

Mas é com a obra "*Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*" de Gilberto Freyre (2006), publicada em 1933 e amplamente aceita e propalada no Brasil e no exterior, nos discursos oficiais e extraoficiais, inclusive na arte e na literatura, que encontramos a sistematização do discurso científico sobre a natureza benevolente da escravidão brasileira, da miscigenação, da influência das diversas culturas na formação nacional e, por conseguinte, da existência de uma suposta democracia racial.

O ideal da democracia racial não se resume à obra freiriana e tampouco se pode afirmar que esse mito nasceu de um momento para outro. Ao contrário, pois, como salientou Florestan Fernandes (1978, p. 309) ele germinou longamente. Porém, com Gilberto Freyre, há uma nova roupagem para a justificação teórica do racismo na sociedade brasileira, em que a mestiçagem ganha definitivamente uma conotação positiva, como sendo a marca do povo brasileiro.

Segundo Abdias do Nascimento, a ideia de democracia racial supostamente refletiria determinada relação concreta na dinâmica da sociedade brasileira sob a crença de que "pretos e brancos convivem harmoniosamente, desfrutando iguais oportunidades de existência, sem nenhuma interferência, nesse jogo de paridade social, das respectivas origens raciais ou étnicas" (Nascimento, 1978, p. 41).

Os argumentos da tese da democracia racial eram (e ainda são) sempre sedutores e constituem a tradição do pensamento brasileiro. Parafraseando Abdias Nascimento (1978, p. 55), podemos dizer que os beatos dessa tese ainda são muitos.

Do ponto de vista teórico, entretanto, o mito da democracia racial vem sendo desmascarado ao menos desde a década de 50. Na contundente análise do sociólogo e historiador Clovis Moura, na obra "Rebeliões da Senzala", de 1959, já é possível ver a demolição de vários mitos sobre a questão da escravidão, rompendo uma tradição acadêmica que, por exemplo, enfatizava a noção do escravo coisa, negligenciava sua participação como sujeitos da história e a contribuição da resistência escrava no processo de abolição da escravidão e, por outro lado, enfatizava a passividade do negro.

Como o próprio autor destacou na apresentação da 3ª edição da obra, um dos méritos do seu trabalho foi:

> despertar não apenas a Inteligência, mas a comunidade negra para o debate de um assunto/problema que era considerado tabu pelos historiadores e sociólogos acadêmicos, especialmente em consequência da herança da obra de Gilberto Freire que apontava o Brasil como o paraíso da democracia racial, fruto e decorrência da benignidade inicial do nosso escravismo patriarcal, e depois, das relações inter-étnicas democráticas surgidas após o 13 de maio" (MOURA, 1981, p.11-12)

Após demonstrar a centralidade de luta escrava na passagem da escravidão para o trabalho livre, o autor compreende o quilomismo e a rebeldia escrava como "elemento positivo e dinâmico" em sentido oposto aos estudos de história e da sociologia até então, que abordava o tema de forma inverdida, pela qual o escravo passivo que aceitava o eito e o tronco e construía com o seu trabalho a riqueza da classe senhorial era apresentado como normal, glorificado mesmo através de uma literatura de fundo incontestavelmente masoquista e patológica (Moura, 1981, p. 248).

Nesse contexto, Moura chamou a atenção para as estratégias que estava por trás dessa apresentação do escravo como sujeito passivo e da suposta benevolência da escravidão no Brasil:

> A dinâmica da sociedade no que diz respeito à passagem da escravidão para o trabalho livre teve, assim, no quilombola, no elemento rebelde e que por isso mesmo negava o regime existente, um fator positivo; já o escravo engastado no processo de produção, à medida que com ele se conformava e mais produzia, era um elemento conservador. Daí toda essa simbologia que até hoje é usada de glorificação do trabalho escravo no Brasil, que vai desde a literatura da Mão Preta, da mucama que se entregava ao senhor, dos moleques que apanhavam alegremente do "sinhozinho", aos trabalhos de sociologia que procuram mostrar como o escravo contribuía para o desenvolvimento da sociedade brasileira através do seu trabalho conformado. São formas sutis ou abertas de escamoteação do verdadeiro processo social, deformações que procuram inverter os termos do assunto através de estereótipos formados pelos interesses conservadores e que têm ligação histórica com os interesses dos antigos senhores de escravos. A escravaria passiva sustentava a escravidão. O quilombola solapava-a. (Moura, 1981, p. 250-251).

O desmonte do mito da democracia racial prossegue ao longo da décaca de 50 e 60, com destaque para a obra "A integração do negro na sociedade de classes", de Florestan Fernandes (2008), fruto de um conjunto de pesquisas realizadas na década de 1950, integrante do Projeto da Organização das Nações Unidas para a Educação e Ciência e Cultura (Projeto UNESCO) sobre relações raciais no Brasil, já que o país era apresentado para o mundo todo como um exemplo de democracia racial.

Entretanto, essa democracia racial não existia, conforme prefaciou Florestan:

> Não existe democracia racial efetiva, onde o intercâmbio entre indivíduos pertencentes a "raças' distintas começa e termina no plano da tolerância convencionalizada. Esta pode satisfazer às exigências do bom-tom, de um discutível "espírito cristão" e da necessidade prática de "manter cada um no seu lugar". Contudo, ela não aproxima realmente os homens senão na base da mera coexistência no mesmo espaço social e, onde isso chega a acontecer, da convivência restritiva, regulada por um código que consagra a desigualdade, disfarçando-a e justificando-a acima dos princípios de integração da ordem social democrática. (Fernandes, 1960, p. XIV).

A "democracia racial" então, não passaria de uma metáfora perfeita para designar o racismo à brasileira, que, na expressão de Abdias do Nascimento, não era tão óbvio como o racismo dos Estados Unidos e nem legalizado como o apartheid da África do Sul, mas eficazmente institucionalizado nos níveis oficiais de governo assim como difuso no tecido social, psicológico, econômico, político e cultural da sociedade do país (Nascimento, 1978, p. 93).

Desvelando a forma como a intelectualidade brasileira reproduziu as bases científicas do racismo através das teorias racistas e consequente ideologia que a Europa e América do Norte desenvolveram e como essas teorias igualmente foram reproduzidas e interiorizadas na

sociedade brasileira, Dora Lucia de Lima Bertúlio (1989) mostra como o racismo estava impregnado nas práticas sociais brasileiras, desde o início da colonização.

Para a autora, apesar da negação do racismo, não havia dúvidas dos esforços, institucionais e particulares que foram feitos com o objetivo de eliminar a população negra da formação nacional tendo como principal instrumento a opção pela imigração europeia. E depois, a solução para o "problema da negritude" veio com as bandeiras da "democracia racial" e do "embranquecimento".

Entretanto, Dora Lucia de Lima Bertúlio constatou que a realidade não havia mudado, pois, à época dos seus estudos, em 1989, o cenário era o seguinte:

> Os Censos oficiais têm apontado para a desigualdade significativa das condições de vida e trabalho entre a população nacional branca e negra. A população negra não tem acesso pleno aos benefícios sociais para os quais contribui. É a mão-de-obra barata e construtora da riqueza do outro. Não participa, igualmente, do poder político na sociedade brasileira. Frente esta situação, o Direito e o Estado brasileiros permanecem impassíveis, sempre considerando a ausência de conflitos raciais e pronunciando discursos de igualdade e pacífica integração entre negros e brancos. Diante das pressões da população negra que se organiza e reivindica, o Estado edita leis anti-racistas. As Constituições brasileiras, a partir de 1946, explicitam em seu texto a proibição do preconceito racial. Estas normas, porém permanecem adormecidas nos Códigos e coletâneas de Leis, sem viabilidade de aplicação prática. Os juristas, doutrinadores ou cientistas políticos não tomam conhecimento do fato. (Bertulio, 1989, p. V).

Qualquer semelhança do cenário narrado acima com a realidade atual não é mera coincidência, o que apenas confirma a vitalidade do discurso da democracia racial na sociedade brasileira, apesar dos efeitos perversos do racismo escancarados no cotidiano da população negra.

A heterogeneidade das formas como o mito da democracia racial é apropriada nos discursos e práticas sociais não passou despercebida também por Abdias do Nascimento ainda na década de 70, mas poderíamos igualmente transportar sua visão para a realidade atual:

> A sociedade dominante no Brasil praticamente destruiu as populações indígenas que um dia foram majoritárias no país; essa mesma sociedade está às vésperas de completar o esmagamento dos descendentes africanos. As técnicas usadas têm sido diversas, conforme as circunstâncias, variando desde o mero uso das armas, às manipulações indiretas e sutis que uma hora se chama de assimilação, outra hora aculturação ou miscigenação; outras vezes é o apelo à unidade nacional, à ação civilizadora, etc, etc.,. Com todo esse cortejo genocida aos olhos de quem quiser ver, ainda há quem se intitule de cientista social e passe à sociedade brasileira atestados de "tolerância", "benevolência", "democracia racial" e outras qualificações virtuosas dignas de elogios. (Nascimento, 1978, p. 107).

Há, sem dúvidas, vários estudos de intelectuais negras e negros que demonstram a atualidade e vitalidade do mito da democracia racial e sua relação com a reprodução e perpetuação das desigualdades sociais. Partindo da concepção de Foucault, que insere o discurso no campo das correlações de força, integrando-se às estratégias de poder nas diversas relações sociais,[72]Sueli Carneiro acredita que, no caso brasileiro, o discurso que molda as relações raciais é o mito da democracia racial, que exerce uma função estratégica como apaziguador das tensões étnico-raciais e se constitui como a grande narrativa que desnuda a existência de um acordo de aceitação do discurso com todas as suas decorrências" (Carneiro, 2005, p. 62).

Compreender o racismo sob a ótica de um dispositivo de poder operando numa sociedade miscigenada como a brasileira, cujas relações sociais são complexas e produtoras de desigualdades raciais, permite ampliar o espectro de Foucault para além da experiência do holocausto judeu. Aqui, como afirmou Sueli Carneiro, a realidade histórica demonstra que o racismo "opera como um disciplinador, ordenador e estruturador das relações raciais e sociais" (Carneiro, 2005, p. 70).

Nessa concepção de biopoder, o racismo assume uma função estratégica para o Estado, abrindo espaço para se pensar também a prática de racismo institucional. Sueli Carneiro (2005) vai além, pois entende que o dispositivo de racialidade seria reforçado, ressignificado e instrumentalizado pela tecnologia do biopoder, que exerce uma função estratégica de eliminação do Outro indesejável (o corpo negro) e por meio do qual gênero e raça se articulam produzindo efeitos específicos, ou definindo perfis específicos para o "deixar viver e deixar morrer".

Em relação ao Brasil, a autora considera que a negritude foi inscrita sob o signo da morte, a partir da análise das distinções que se apresentam no processo nascer-adoecer-morrer ou simplesmente no processo viver-morrer de negros e brancos na sociedade brasileira, em que se aliam predisposições genéticas com a produção de condições de vida diferenciadas (Carneiro, 2005, p. 72).

Como afirmado em linhas atrás, esse poder de fazer viver e deixar morrer não se refere apenas à morte direta, mas também à morte indireta, ao assassínio indireto. E, mais uma vez, é a realidade estatística, o cotidiano das ruas, o acontecer histórico, que revelam a face assassina do Estado brasileiro, tanto pelas mortes diretas de jovens negros que são vítimas preferenciais da violência policial, quanto pela exposição da população negra à morte indireta, como ocorre em relação ao processo saúde-doença-morte investigado por Sueli Carneiro (2005), a qual

[72] Como abordado nos tópicos 2.1 e 2.2 deste estudo.

demonstrou que a branquitude e negritude detém condicionantes diferenciadas quanto ao viver e o morrer no atendimento de saúde no Brasil, vitimando mais mulheres negras em situações de mortes preveníveis e evitáveis. Soma-se a isso o projeto de genocídio da população negra que está em curso no Brasil (Nascimento, 1978; Carneiro, 2005; Flauzina, 2008; Ramos, 2004).

Diante desse cenário, Sueli Carneiro (2005) propõe que, no caso brasileiro, há uma composição entre o dispositivo de racialidade com o biopoder, com dupla consequência: a promoção dos vitalismos dos brancos e multicídios[73] de negros. No plano operativo, essa simbiose foi assim definida:

> Assim, concorrem no domínio da racialidade no Brasil os dois gabaritos de inteligibilidade: o do dispositivo de poder, voltado para o adestramento e eleição/subordinação das racialidades, informado por visões raciais produzidas historicamente; e, em dimensão mais ampla, opera a lógica do biopoder conformando em nosso entendimento um dispositivo de poder híbrido: o dispositivo de racialidade/biopoder um instrumento de produção e reprodução sistemática de hierarquias raciais e, mesmo produção e distribuição de vida e de morte. (Carneiro, 2005, p. 94).

Como o dispositivo de racialidade-biopoder opera em praticamente todas as relações sociais, a raça passa a ser entendida como elemento central no jogo de poder, na padronização espacial urbana da cidade e na estigmatização da negritude como uma estigmatização que marca também os espaços que são negros (Avelar, 2016). No âmbito do sistema punitivo, por exemplo, a sobrevivência de práticas institucionais racistas nos Estados Modernos dependeu, entre outros fatores, da segregação espacial proporcionadas por sistemas punitivos. Na verdade, o racismo é o modo de ser do sistema penal (Duarte *et al, 2016,* p. 26).

Mas quando observamos as práticas judiciais, não é fácil identificar o racismo no seu funcionamento, pois, operado a partir do dispositivo de racialidade-biopoder, a "raça", como critério de formação de convicção e de decisão dos agentes do sistema de justiça, não se revela explícita nem expressamente.

Acerca das técnicas operativas do Direito, será apresentado no Capítulo 4 como a dogmática processual não apenas oculta o racismo, como também cria uma espécie de blindagem que dificulta até mesmo o estudo dos processos judiciais. Isso coloca o

---

[73] Acerca da expressão, a autora esclarece: "Assim o biopoder instala os segmentos inscritos no polo dominado da racialidade numa dinâmica em que os 'cídios' em suas diferentes expressões os abarca, os espreita como ação ou omissão do Estado, suportado pela conivência, tolerância ou indiferença da sociedade. Extermínios, homicídios, assassinatos físicos ou morais, pobreza e miséria crônicas, ausência de políticas de inclusão social, tratamento negativamente diferenciado no acesso à saúde, inscrevem a negritude no signo da morte no Brasil." (Carneiro, 2005, p. 94).

pesquisador em um dilema constante, pois sabe-se muito bem dos efeitos dessas práticas judiciais – elas produzem e reproduzem discriminação racial, como demonstrarei ao longo deste estudo – mas a prática judicial em si, do ponto de vista estrito do Direito, é legítima. O funcionamento do sistema de justiça produz e reproduz a discriminação racial, mas não se questiona a legitimidade da marcha processual e das decisões se estas estiverem no "verdadeiro" do devido processo legal.

No plano do Direito, enquanto ciência normativa-abstrata, encontrar-se-á, quando muito, fórmulas jurídicas que colocam a jurisdição acima de qualquer suspeita. No plano empírico, especialmente quando se trata de análise documental de autos processuais, o pesquisador se depara com mera documentação de atos processuais que pouco ou nada diz sobre as práticas sociais e as relações de poder subjacentes, isto é, nada dizem sobre o racismo que está lá, operando vigorosa e inextricavelmente "no" e "através" do Direito.

O dilema do pesquisador complica ainda mais quando se tenta buscar alguma pista, algum rasto ou evidência do problema no estudo dos atores do sistema de justiça. Me refiro aos "experts", aos "operadores do direito", aos que, numa sociedade hierarquizada racialmente, detém o privilégio de manipular[74] e de dizer o Direito.

[74] Faço uso deste vocábulo no duplo sentido, o de manusear, dar forma, manejar o Direito, como também no sentido de "Influenciar ou controlar um ou mais indivíduos de maneira ilegítima e de acordo com os próprios interesses" e de "provocar o falseamento da realidade; adulterar, falsear.", como consta no dicionário Michaelis. (MICHAELIS, Carolina; MICHAELIS, Henriette. Dicionário Michaelis. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/manipular/] Consulta em 20.03.2022.

3. O VÉU DA BRANQUIDADE

Neste capítulo, articulamos os estudos críticos da raça e da branquidade, apropriando-se da noção de dispositivo de racialidade-biopoder em Sueli Carneiro, num esforço para situar os regimes de verdade judicial sob a ótica da branquidade do poder, e explicitar as funções estratégias do véu da branquidade na perpetuação das desigualdades raciais. Esta parte representa uma mudança de foco - da negritude para a branquidade - e passa a fixar atentamente no opressor, pois os dispositivos da racialidade e da branquidade se reforçam, ressignificam e se instrumentalizam mutuamente.

Com esse intento, serão apresentados os fundamentos teóricos da branquidade, a partir dos estudos críticos realizados nos Estados Unidos da América e das formulações teóricas que vêm sendo feitas no Brasil sob a terminologia "branquitude", como nos estudos de Maria Aparecida Bento (2002), Lourenço Cardoso (2008; 2014) e Lia Schucman (2020), e "branquidade", como em Lia Sovik (2004) e Evandro Piza Duarte (2022).

A reflexão sobre a branquidade será uma forma de pensar o passado escravista não apenas sob a ótica da situação dos negros naquele momento, mas também seus impactos na formação da cidadania na sociedade brasileira e a persistência do privilégio do branco na atualidade.

3.1 Fundamentos teóricos da branquidade

Os estudos raciais sobre o funcionamento do sistema de justiça e das práticas judiciais geralmente denunciam o racismo, a discriminação racial e a seletividade racial, mas pouco se enfatiza a branquidade do poder e o privilégio branco de manipular e de dizer o direito. É preciso, portanto, chamar a branquidade para o debate, especialmente quando se trata de regime de verdade judicial.

Os estudos críticos da branquidade, dentro e fora dos Estados Unidos da América, têm se ocupado da investigação do tema em diversos contextos. A obra organizada por Vron Ware (2004) publicada no Brasil em 2004, com o título "*Branquidade: identidade branca e multiculturalismo*" apresenta o cenário desses estudos desde os EUA, Europa, África, Ásia e também no Brasil. É um esforço conjunto para direcionar a investigação científica para reconhecer e compreender a existência da identidade racial dominante, "as maneiras como o racismo escora a injustiça social e a estrutura de desigualdade, e os modos pelos quais aqueles

que são categorizados como brancos podem fazer um trabalho consciente para se rebelar contra a branquidade" (WARE, 2004b, p. 18)

Na década de 90 do século passado, pesquisadores dos EUA incluíram o branco nos estudos das relações raciais. O branco é tomado como objeto de estudo para entender a raça no contexto da sociedade estadunidense. Esses estudos críticos da branquidade, como ficou conhecido, representou uma virada epistemológica na abordagem das relações raciais, que, até então, estava focada no estudo das pessoas e grupos classificados como não-brancos.

Sobre esse aspecto, Peter Rachleff afirma que, antes, se presumia que estudar a "raça" significava estudar pessoas de cor, mas, agora, existe uma consciência de que os brancos têm uma "raça", entendida como um constructo histórico-social:

> Entende-se também que a raça é um constructo social, criado por pessoas e não pela biologia, dentro de um contexto histórico, ou seja, que se modifica no tempo. Apesar de ser real e ter uma manifestação material, e a despeito de sua construção social, ela não tem sentido, se vista isoladamente de seu contraponto, seu "outro", - a "negritude". (RACHLEFF, 2004, p. 97).

Antes, porém, W.E.B. Du Bois (1992), ao estudar comparativamente a classe trabalhadora branca e negra nos EUA no século XIX e o entrelaçamento da raça, classe e status, já apontava, na obra "*Black Reconstruction in American*", publicada originalente em 1935, para a forma com que os trabalhadores brancos se apropriavam dos bens materiais e simbólicos da sociedade que não eram acessíveis aos negros. Por essa abordagem, a aceitação dos trabalhadores à divisão de classe, à condição de classe trabalhadora branca, lhe garantia o *status* da branquidade, o aproximava dos demais brancos e possibilitava o acesso a privilégios que os trabalhadores negros não tinham. Era uma espécie de salário público e psicológico, que gerava ganhos e prazeres sociais reais, como exemplifica:

> They were given public deference and titles of courtesy because they were white. They were admitted freely with all classes of white people to public functions, public parks, and the best schools. The police were drawn from their ranks, and the courts, dependent upon their votes, treated them with such leniency as to encourage lawlessness. Their vote selected public officials, and white this had small effect upon the economic situation, it had great effect upon their personal treatment and the deference shown them. (Du Bois, 1992, p. 700-701).[75]

[75] "Eles recebiam consideração pública e títulos de nobreza porque eram brancos. Tinham livre acesso, com todas as classes de pessoas brancas, às funções públicas, parques públicos e nas melhores escolas. A polícia era recrutada entre eles, e os tribunais, dependentes de seus votos, os tratavam com tanta leniência a ponto de estimular a criminalidade. Seus votos escolhiam os funcionários públicos, e embora isso tivesse pouco efeito na situação econômica, tinha grande efeito em seu tratamento pessoal e na consideração pública a eles."(Tradução nossa).

Sobre o entendimento de Du Bois, o historiador David R. Roediger (2004), um dos expoentes dos estudos da branquidade nos EUA, afirma que o status e os privilégios conferidos aos trabalhadores brancos podiam ser usados para compensar as relações de classe alienantes e exploratórias, o que os levavam a aceitar sua posição de classe criando identidades de "não-escravos" e "não-negros".

Nessa linha de pensamento, Roediger desenvolveu suas pesquisas no campo da história do trabalho, com destaque para a obra intitulada "Os Salários da Branquidade", publicada em 1991, na qual tenta explicar como, quando e porque a "branquidade" tornou-se tão importante para os trabalhadores brancos estadunidenses, concluindo que "a branquidade foi um modo de os trabalhadores brancos reagirem ao medo da dependência do trabalho assalariado e às exigências da disciplina capitalista do trabalho" (2004, p. 56)[76]

Há, nos estudos de Roediger, relevantes contribuições para se pensar a formação da identidade racial branca, a noção de pertencimento da branquidade e sua relação intrínseca com os benefícios sociais (materiais e simbólicos) presentes nas formulações de Du Bois. No contexto da classe trabalhadora pesquisada por Roediger, ficou evidenciado que os trabalhadores brancos, embora vivessem uma vida frustrante na sociedade industrial americana, gozavam de privilégios, conforme explica Peter Rachleff a partir das formulações de Roediger:

> No entanto, gozavam de privilégios e poder na sociedade, não apenas para viver acima dos níveis concedidos à maioria das pessoas de cor, mas também para exercer poder sobre a vida e as representações dominantes dos negros. Assim, com a cooperação de patrões, donos dos meios de comunicação e produtores culturais, todos brancos, eles criaram uma "negritude" nascida de seus próprios desejos não realizados, agiram no sentido de reprimi-la e negá-la e, em seguida, definiram-se como "brancos" como não sendo aquilo que haviam criado como "negros". Sabiam ser "brancos" porque sabiam não ser "negros". (Rachleff, 2004, p. 100).

Analisando a branquidade no contexto da sociedade estadunidense para além da categoria raça e classe social, Matthew Frye Jacobson (2004) afirma que a branquidade está entremeada também a outros campos. Para ele, a identidade racial branca estava associada à própria ideia de cidadania na formação dos EUA, destacando o significado político e ideológico da cor. Ao associar identidade política e identidade racial, demonstrou que a

[76] Embora Roediger tenha focado nessa relação raça e classe trabalhadora, o autor faz duras críticas às vertentes marxistas, em que a noção de raça se perde na dimensão da classe social. Para Roediger, "situar a raça nas formações sociais é absolutamente necessário, mas reduzir a raça à classe é nocivo". (Roediger, 2004. p.48).

palavra branco, mesmo quando aparecia explicitamente nas leis, era utilizada para conferir direitos, nunca para cerceá-lo. O exercício da cidadania, em todos os seus aspectos, estava atrelada a noção de branquidade, o que possibilitou entender por que o conceito de cidadão, sobretudo até o período republicano estadunidense, não se referia à população negra ou indígena, mas ao "homem" branco.

A ligação entre branquidade e cidadania ganha novos contornos com o racismo científico. Aqui, Jacobson enfatiza a ligação entre branquidade e ciência, pois a emergência do discurso da tipologia das raças constituiu a base epistemológica da branquidade na medida em que serviu para justificar a supremacia branca e ratificar a separação entre branquidade e não-branquidade. Por isso afirma que "esses modelos científicos alteraram a epistemologia da raça, conferindo uma autoridade renovada às ideias populares de 'diferença', e, desse modo, modificaram a compreensão da branquidade" (Jacobson, 2004, p. 85).

Nessa perspectiva, Ruth Frankenberg (2004, p. 312), sem pretensões de uma conceituação unívoca de branquidade, aponta oito caminhos para sua definição:

> 1. A branquidade é um lugar de vantagem estrutural nas sociedades estruturadas na dominação racial.
> 2. A branquidade é um "ponto de vista", um lugar a partir do qual nos vemos e vemos os outros e as ordens nacionais e globais.
> 3. A branquidade é um lócus de elaboração de uma gama de práticas e identidades culturais, muitas vezes não marcadas e não denominadas, ou denominadas como nacionais ou "normativas" em vez de especificamente raciais.
> 4. A branquidade é comumente redenominada ou deslocada dentro das denominações étnicas ou de classe.
> 5. Muitas vezes, a inclusão na categoria "branco" é uma questão controvertida e, em diferentes épocas e lugares, alguns tipos de branquidade são marcadores de fronteira da própria categoria.
> 6. Como lugar de privilégio, a branquidade não é absoluta, mas atravessada por uma gama de outros eixos de privilégio ou subordinação relativos; estes não apagam nem tornam irrelevante o privilégio racial, mas o modulam ou modificam.
> 7. A branquidade é produto da história e é uma categoria relacional. Como outras localizações raciais, não tem significado intrínseco, mas apenas significados socialmente construídos. Nessas condições, os significados da branquitude têm camadas complexas e variam localmente e entre os locais; além disso, seus significados podem parecer simultaneamente maleáveis e inflexíveis.
> 8. O caráter relacional e socialmente construído da branquidade não significa, convém enfatizar, que esse e outros lugares raciais sejam irreais em seus efeitos materiais e discursivos. (Frankenberg, 2004, p. 312).

Nos estudos críticos da branquidade, o termo aparece geralmente relacionado à posição social privilegiada ocupada por pessoas consideradas brancas em relação às pessoas

não-brancas, o que facilita o acesso aos benefícios materiais e simbólicos da sociedade. Essa posição de privilégio é naturalizada na sociedade de tal forma que os brancos geralmente sequer reconhecem que o acesso a esses lhes são facilitados em grande medida pelo mero pertencimento à identidade racial branca.

A branquidade é, pois, uma questão de poder! Como assinalou Melissa Steyn (2004) a branquidade, é um constructo ideológico, um constructo do poder, um poder de definir o outro, em que os brancos, como grupo privilegiado, tomam sua identidade como a norma e o padrão pelos quais os outros grupos são medidos.

Nesse processo de construção das subjetividades, a imagem do negro foi contruída a partir e pelo ideário de branco europeu. Thula Pires sintetiza o processo de construção da subjetividade do negro no Brasil:

> Nesse contexto, o processo de construção da subjetividade do negro realiza-se a partir: 1) de uma imagem distorcida sobre si mesmo que promove a internalização de noções de inferioridade e subalternização, difíceis de serem revertidas; 2) de uma crença na necessidade de negação de suas referências de pertencimento racial (embranquecimento) como condição de aceitação e mobilidade social; 3) da assimilação de um ideário que coloca no negro a responsabilidade pelas desigualdades raciais. (Pires, 2013, p.42-43).

Essa representação do negro, como alteridade a ser negada, reflete diretamente na distribuição dos bens sociais, já que:

> Os negros foram historicamente definidos como uma raça inferior tanto intelectual quanto moralmente, selvagem, preguiçosa e predisposta à execução de atos ilícitos. Pelo fato dos escravos serem encarados socialmente como "coisas", "bens", qualquer forma autônoma de reconhecimento, independente da vontade do senhor, lhes estava vedada. A seus descendentes repousa a mesma imagem e a afirmação formal da condição de sujeito parece escapar a uma observação mais acurada da realidade. (Pires, 2013, p.56).

Os estudos raciais no Brasil ao logo do tempo direcionou o olhar para o negro e para o indígena,[77]mas já se observa um esforço de intelectuais negros e brancos para tirar a branquidade da invisibilidade.

Esse redirecionamento de olhar vem tarde, uma vez que Guerreiro Ramos, desde 1957, criticava o fato de que os estudos das relações raciais no Brasil focavam o negro como mero

[77] Embora, em relação aos indígenas, tenha havido um certo escanteamento da questão, em razão da dualidade branco-negro. Nesse sentido, Lourenço Cardoso afirma: "As teorias raciais fruto do modo de pensar da razão dual racial levaram ao 'escanteamento' (isolamento) e invisibilização do indígena. De forma semelhante, 'secundarizou' todas as outras identidades sociais brasileiras." (Cardoso, 2014, p. 71).

objeto de estudo (negro-tema), deixando de lado o negro enquanto sujeito (negro-vida). Ramos vai além, pois acreditava que aquele era um momento estratégico para se tematizar o branco, o qual estava desfrutando do privilégio de ver o negro, sem por este último ser visto (Ramos, 1995, p. 202).

Nesse sentido, Ivair Augusto dos Santos (2015), enfatizou o silêncio ensurdecedor e a invisibilidade do branco na abordagem dos problemas raciais e, especialmente, sobre seus próprios privilégios:

> Há um silêncio ensurdecedor, barulhento, escandaloso e dramático sobre o que significa ser branco numa sociedade racializada como a nossa, que também poder ser interpretado como falta de consciência. As pessoas nunca pensaram ou se viram na condição de branco, pois do jeito que está é melhor que fique assim ou, ainda, tampouco avaliaram que a sua origem branca tem um peso histórico, cultural e econômico. (Santos, 2015. p. 143).

A tarefa incumbida por Guerreiro Ramos tem ecoado no estudo das relações raciais no Brasil nos últimos anos. Destaco, por ter sido extremamente importante na presente pesquisa, os estudos de Maria Aparecida da Silva Bento (2002), de Lourenço Cardoso (2008; 2014), de Liv Sovik (2004), de Vron Ware (2004) de Lia Vainer Schucman (2020) e de Evandro Piza Duarte (2022).

Para Maria Aparecida da Silva Bento (2002), na tese de doutorado intitulada "*Pactos Narcísicos no racismo: Branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público*", não seria possível compreender como se reproduz cotidianamente discriminação racial no interior das organizações sem "compreender as relações entre negro e branco, herdeiros beneficiados e herdeiros expropriados de um mesmo processo histórico, partícipes de um mesmo cotidiano" (Bento, 2002, p. 59).

O termo "branquidade", decorre da tradução da palavra inglesa "Whiteness" na coletânea organizada por Vron Ware (2004) e também aparece nos estudos raciais brasileiro como "branquitude".

Nos estudos de Lia Sovik (2004), que integram essa coletânea, usa-se o termo "branquidade". No mesmo sentido Evandro Piza Duarte (2022) vem conduzindo diversas pesquisas na Universidade de Brasília a partir da categoria "branquidade", onde também ofertou disciplina denominada Cultura Jurídica e Branquidade[78] numa perspectiva crítica sobre a invisibilidade nas relações de poder que constituem o campo acadêmico, conforme se

[78] Ofertada no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília no ano de 2019.

percebe nos seus "escritos sobre Racismo, Branquidade, Criminologia e Direito" que reúnem prefácios e apresentações de várias pesquisas no campo do direito e da criminologia.

No âmbito da criminologia, cita-se ainda Camila Cardoso de Melo Prando (2017) a qual emprega o termo para falar sobre a branquidade na produção da crítica criminológica.

Lourenço Cardoso, por sua vez, nas pesquisas de mestrado e doutorado, optou pelo termo "branquitude"[79] e esclarece:

> Em nossa teoria social, o termo branquitude é o mais utilizado pelos pesquisadores para se referir à identidade branca, ou se preferirem, a identidade "racial" do branco. Para essa utilização, o livro Psicologia do racismo: Estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil (Carone; Bento, 2002) foi decisiva. Para ser mais preciso, o artigo de Maria Aparecida da Silva Bento branquitude e branqueamento (Bento, 2002a) e a sua tese Pacto narcísicos no racismo (id, 2002b) foram categóricos para que a maioria (dos poucos que existem) optasse por fazer uso do termo branquitude. (Cardoso, 2014, p. 172-182).

De todo modo, utilizar "branquitude" ou "branquidade" me parece ser mais uma escolha afetiva, pois os termos geralmente aparecem como sinônimos nos diversos estudos críticos da branquidade que se desenvolveu nos EUA e em outras partes do mundo, e os estudos críticos da branquitude e/ou branquidade que têm se fortalecido em solo brasileiro. Essas categorias estão sendo utilizadas como ferramental teórico nas explicações desses estudiosos sobre a questão racial no Brasil, e, com isso, vem surgindo novas categorias explicativas, mas, até o momento, não se tem observado distinção conceitual relevante entre "branquitude" e "branquidade".

Lourenço Cardoso, por exemplo, define branquitude da seguinte forma:

> No que concerne à branquitude significa pertença étnico-racial atribuída ao branco. Podemos entendê-la como o lugar mais elevado da hierarquia racial, um poder de classificar os outros como não-brancos, dessa forma, significa ser menos do que ele. Ser branco se expressa na corporeidade, isto é, a brancura, a expressão do ser, e vai além do fenótipo. Ser branco consiste em ser proprietário de privilégios raciais simbólicos e materiais.
> Ser branco significa mais do que ocupar os espaços de poder. Significa a própria geografia existencial do poder. O branco é aquele que se coloca como o mais inteligente, o único humano ou mais humano. Para mais, significa obter vantagens econômicas, jurídicas, e se apropriar de territórios dos Outros. A identidade branca é a estética, a corporeidade mais bela. Aquele que possui

[79] Na dissertação de mestrado, o autor explica sua preferência ao termo "branquitude": "Estou utilizando o termo branquitude, alguns autores utilizam o termo branquidade, de acordo com a revisão da literatura que fiz, no Brasil, ambos possuem o mesmo significado. Esta diferença seria uma questão da tradução do conceito em inglês. Eu optei por utilizar o termo branquitude, para seguir a linha dos trabalhos acadêmicos brasileiros que optam pelo termo branquitude." (Cardoso, 2008, p. 173).

> a História e a sua perspectiva. No ambiente acadêmico ser branco significa ser o cientista, o cérebro, aquele que produz o conhecimento. (Cardoso, 2014, p. 17).

O autor faz ainda uma distinção entre branquitude crítica e acrítica. Por branquitude crítica entende-se a identidade racial branca (indivíduo ou grupo de brancos) que desaprovam "publicamente" o racismo, ao passo que a branquitude acrítica seria a identidade racial branca individual ou coletiva que argumenta a favor da superioridade racial. Para o autor, o critério de somente considerar o branco crítico aquele que desaprova o racismo publicamente, mostra-se razoável, tendo em vista que existem incoerências e hipocrisias, pois o indivíduo se diz publicamente antirracista, mas "em privado ou com os seus em segredo revela-se como racista" (Cardoso, 2014, p.171).

Seguindo essa tendência, Lia Schucman, na sua pesquisa de mestrado de 2012, intitulada "*Entre o encardido, o branco e o branquíssimo: branquitude, hierarquia e poder na cidade de São Paulo*", define a branquitude como a "posição em que sujeitos que a ocupam foram sistematicamente privilegiados no que diz respeito ao acesso a recursos materiais e simbólicos, gerados inicialmente pelo colonialismo e pelo imperialismo, e que se mantêm e são preservados na contemporaneidade" (Schucman, 2020, p. 60).

Schucman dialoga com Foucault, pensando a branquitude na linha do que apresento neste trabalho, na medida em que se deve buscar entender as relações de poder subjacentes a ela e os seus efeitos concretos na sociedade no ponto exato onde o poder se manifesta e produz efeitos:

> Portanto, para se entender a branquitude é importante entender de que forma se constroem as estruturas de poder concretas em que as desigualdades raciais se ancoram. Por isso, é necessário compreender as formas de poder da branquitude, onde ela realmente produz efeitos e materialidades. Nas palavras de Foucault, trata-se, ao definir metodologicamente os estudos sobre poder, "de não analisar o poder no nível da intenção ou da decisão", mas sim de estudá-lo sob a perspectiva de sua externalidade, no plano do contato que estabelece com o seu objeto, com o seu campo de aplicação. (Schucman, 2020, 61).

Essa metodologia exige um estudo historicamente situado da branquidade, pois, como sugere David R. Roediger (2004) ela deve ser analisada no contexto histórico-social específico e, como anota Peter Rachleff, "não é apenas criada a partir de determinadas experiências, em determinadas épocas e determinados lugares, mas também se recria ao longo do tempo, incorporando novos grupos e gerações e se modificando, mesmo reificada numa 'propriedade' ou invisibilizada" (Rachleff, 2004, p. 100).

Do mesmo modo, Matt Wray, nos seus estudos da "ralé branca" estadunidense, afirma:

> (...) a melhor maneira de compreendê-la é como um processo historicamente contingente e espacialmente específico, que envolve formas institucionais, culturais e discursivas de poder. Essas múltiplas formas de poder compõem uma rede de operações que se estende por múltiplos campos da experiência histórica (e contemporânea) e produz efeitos desiguais e imprevisíveis. (Wray, 2004, p.357).

E voltando a Shucman (2012) e às categorias foucaulteanas adotadas como arcabouço teórico desse trabalho, é preciso pensar a branquidade do poder no tecido social, onde ele se manifesta e produz efeitos concretos de dominação, de subjugação do não-branco, mas, sobretudo, enquanto uma posição social que garante ao branco a manutenção da sua situação de privilégio. Para tanto, é necessário compreender a branquidade:

> como uma rede na qual os sujeitos brancos estão conscientes ou inconscientemente exercendo-o em seu cotidiano por meio de pequenas técnicas, procedimentos, fenômenos e mecanismos que constituem efeitos específicos e locais de desigualdades raciais. Pensar o poder da identidade racial branca dessa maneira também tem o intuito de retirar o olhar que aponta o racismo para cada sujeito em particular e redirecioná-lo para o entendimento de estruturas de poder sociais com as particularidades de cada sociedade em questão. (Schucman, 2020, p. 61).

Estando no campo das relações de poder, a branquidade é um dispositivo de poder que deve ser investigado levando em consideração sua função estratégica, que alimenta a racialidade das práticas sociais.

Uma dessas estratégias é o que Maria Aparecida Bento (2002) denominou de "pactos narcísicos". Para a autora, a despeito da discriminação racial ser uma realidade no Brasil, há um silêncio sobre o racismo, inclusive por parte dos responsáveis pela implementação de políticas públicas ao não reconhecerem a relação indissociável entre discriminação racial e desigualdade social. Ao invés disso, atribuem a discriminação sempre ao passado escravista, em relação à qual o branco não se assume como partícipe, ou à questão de classe social, o que também não seria responsabilidade do branco. Este é, como diz Bento, um dos primeiros sintomas da branquitude.

Então, não falar, não tematizar, não discutir a posição de privilégio dos brancos na nossa sociedade é uma estratégia do dispositivo da branquidade:

> Evitar focalizar o branco é evitar discutir as diferentes dimensões do privilégio. Mesmo em situação de pobreza, o branco tem o privilégio

> simbólico da brancura, o que não é pouca coisa. Assim, tenta diluir o debate sobre a raça analisando apenas a classe social, que observamos tão frequentemente no depoimento dos entrevistados, é uma saída permanentemente utilizada, embora todos os mapas que comparem a situação de trabalhadores negros e brancos, nos últimos vinte anos, explicitem que, entre os explorados – os pobres – os negros encontram um déficit muito maior em todas as dimensões da vida: na saúde, na educação, no trabalho. A pobreza tem cor: qualquer brasileiro minimamente informado foi exposto a essa afirmação, mas não é conveniente considerá-la. (Bento, 2002, p. 28).

No mesmo sentido afirmava Thomas Skidmore na década de 70, segundo o qual "a questão racial fica, assim, submersa, debaixo da questão mais importante da justiça social para os milhões de pobres que no Brasil estão na base da tão desigual escala de distribuição de renda (Skidmore, 1976, p. 233-234).

Esse silêncio do branco em relação à discriminação racial, tem, segundo Bento (2002), um forte componente narcísico, de autopreservação, de medo da elite branca em relação ao negro oprimido e por isso vem acompanhado de um pesado investimento na colocação do branco enquanto grupo ou padrão de referência. Daí se falar em pactos narcísicos como verdadeiras alianças dos brancos com vistas não apenas à manutenção de lugares de privilégios, como também para silenciar e negar sua participação no processo histórico de produção e reprodução da discriminação racial.

Nesse sentido, afirma Bento que alianças intergrupais entre brancos "são forjadas e caracterizam-se pela ambiguidade, pela negação de um problema racial, pelo silenciamento, pela interdição de negros em espaços de poder, pelo permanente esforço de exclusão moral, afetiva, econômica, política dos negros, no universo social" (Bento, 2002, p. 7).

Baseados nos estudos críticos da branquidade que mencionamos acima, Maria Aparecida Bento entende que se trata de um lugar de privilégio racial, econômico e político que define a sociedade e opera de forma silenciosa e estrategicamente:

> Assim, quando destacamos que branquitude é território do silêncio, da negação, da interdição, da neutralidade, do medo, do privilégio, enfatizamos que trata-se de uma dimensão ideológica, no sentido mais pleno de ideologia: com sangue, calor, entusiasmo, veneração, porta-voz, emblemas, iconografia, com seus santos e seus heróis. E igualmente, falsas representações, nas armadilhas em que todos caem e se debatem, na ânsia de sair justamente do calor e do sangue com os quais temos de viver cotidianamente. (Bento, 2002, p. 167).

Lia Sovik, ao estudar a branquidade na produção cultural brasileira, apresenta como os velhos dispositivos da valorização silenciosa do branco aparece para justificar a

supervalorização da aparência branca nas manifestações culturais (novelas, carnaval de Salvador e Rio de Janeiro) e reafirma a dimensão do poder que está por trás dessa discriminação racial:

> A hipervalorização silenciosa do branco consegue fazer sentido, não porque as classes hegemônicas são uniformemente brancas, mas porque nos permite reconfirmar que estamos diante do poder (o da "beleza"), na forma que assumiu durante o processo histórico que começou com a colonização européia; porque faz parte do "terreno" atual, na palavra de Hall e de Gramsci, ou os termos em que se pode falar de poder hoje no Brasil e no estrangeiro. Quanto mais silenciosa a branquidade, mais difícil de combater fora do terreno em que ela reina. (Sovik, 2004, p. 371).

A branquidade do poder no Brasil tem suas raízes no período colonial. Desde então, o lugar do branco na sociedade brasileira sempre foi o lugar do poder e dos privilégios, inclusive o poder de estabelecer a "verdade" e seus efeitos, bem como as regras do jogo com base nas quais algo estará "no verdadeiro", inclusive na arena jurídica.

3.2 Posição original ou privilégio racial? O véu da branquidade e usos estratégicos

A história da colonização brasileira é bastante conhecida. É uma história de sangue e de dominação representada, de um lado, pelo genocídio dos povos indígenas e subsequente projeto integracionista, e de outro, pela escravização de negros africanos.

O extermínio dos povos indígenas e o projeto integracionista ocorreu nos diversos territórios explorados pelos países dominadores, por ocasião do colonialismo, na era mercantilista, sobretudo a partir da descoberta das Américas e do caminho das índias, e se intensificou com a consolidação dos Estados Nacionais (Santos, 2017, p. 40).

Lembro-me das lições de Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2003), para quem o colonialismo mercantilista teve um relacionamento com os povos locais de profunda exploração, desrespeito e crueldade, em que os índios eram caçados, nas selvas, montanhas e pradarias, empurrados para o interior e vendidos ou treinados em cativeiro para servir de escravos, cristianizados e transformados em força de trabalho para capitais mercantilistas. Para o autor, a política colonialista na América foi pautada pela subjugação e integração dos povos que ia encontrando. A subjugação cultural e econômica consistia em promover a integração forçada, religiosa e econômica dos povos colonizados (não apenas os indígenas), ou então, a sua destruição, em caso de resistência. Aos poucos, aqueles que sobreviviam à luta contra os colonizadores poderiam ingressar na vida do Reino como trabalhadores,

semi-escravos ou integrantes de missões de "pacificação" de outros povos (Souza Filho, 2003, p. 75-78).

Diante de tantas crueldades perpetradas pelos colonizadores, os indígenas só tinham a opção de lutar ou sucumbir, e por isso “se pudéssemos visualizar num grande mapa da América o caminho traçado por cada povo até o lugar onde se encontra hoje, seguramente veríamos trilhas de sangue por toda a imensidão das florestas, cerrados, campos e montanhas” (Souza Filho, p. 75).

No Brasil não foi diferente, pois os indígenas passaram por um conflituoso processo de expropriação de suas terras, grande parte dos indígenas foi dizimada e os poucos que sobreviveram foram submetidos a um intenso processo de assimilação ao modo de vida do “homem branco” e dos valores da sociedade moderna. Tornou-se um desafio para o Estado docilizar esses povos vistos como atrasados, selvagens e primitivos. Era preciso “salvá-los”, proporcionando-lhes o chamado progresso e integrá-los à tão proclamada civilização. Para isso, foram impostos aos povos indígenas os valores universais, de cariz europeu, rompendo com os costumes, tradições e valores desses povos em prol dos valores predominantes na sociedade “civilizada”, com vistas ao ideal de homogeneização.

As políticas públicas e as leis brasileiras, durante muito tempo, se prestaram a integrar os povos indígenas à sociedade oficial, sem, entretanto, garantir-lhes, efetivamente, direitos básicos que eram assegurados aos não-índios, e, muito menos, os direitos de serem o que eram e de preservarem a sua identidade, seus usos e costumes (Santos, 2017, p. 41).

A outra parte da história, não menos sangrenta e dolorosa, se refere à escravização ininterrupta de escravos africanos a partir de meados do século XVI até meados do século XIX. Durante todo esse período, a escravidão esteve em todas as classes, em todos os lugares, em todos os desvãos da sociedade brasileira, o que levou José Murilo de Carvalho a afirmar que a sociedade colonial era escravista de alto a baixo:

> Os escravos começaram a ser importados na segunda metade do século XVI. A importação continuou ininterrupta até 1850, 28 anos após a independência. Calcula-se que até 1822 tenham sido introduzidos na colônia cerca de 3 milhões de escravos. Na época da independência, numa população de cerca de 5 milhões, incluindo uns 800 mil índios, havia mais de 1 milhão de escravos. Embora concentrados nas áreas de grande agricultura exportadora e de mineração, havia escravos em todas as atividades, inclusive urbanas. Nas cidades eles exerciam várias tarefas dentro das casas e na rua. Nas casas, as escravas faziam o serviço doméstico, amamentavam os filhos das sinhás, satisfaziam a concupiscência dos senhores. Os filhos dos escravos faziam pequenos trabalhos e serviam de montaria nos brinquedos dos sinhozinhos. Na rua, trabalhavam para os senhores ou eram por eles alugados. Em muitos

> casos, eram a única fonte de renda de viúvas. Trabalhavam de carregadores, vendedores, artesãos, barbeiros, prostitutas. Alguns eram alugados para mendigar. Toda pessoa com algum recurso possuía um ou mais escravos. O Estado, os funcionários públicos, as ordens religiosas, os padres, todos eram proprietários de escravos. Era tão grande a força da escravidão que os próprios libertos, uma vez livres, adquiriam escravos. A escravidão penetrava em todas as classes, em todos os lugares, em todos os desvãos da sociedade: a sociedade colonial era escravista de alto a baixo. (Carvalho, 2017, p. 25-26).

Isso é parte da herança da colonização que os portugueses deixaram em três séculos até a proclamação da independência, que pouco ou nada contribuía para que os negros tivessem acesso à cidadania no Brasil, pois a colonização, segundo afirma o autor, produziu uma população analfabeta, uma sociedade escravista, uma economia monocultora e latifundiária e um Estado absolutista. Esse passado escravista está intrinsecamente associado ao déficit de cidadania no Brasil, em que a população negra foi sistematicamente alijada dos bens sociais positivos. Não por acaso Carvalho entende que a escravidão foi o fator mais negativo para a cidadania no Brasil:

> Escravidão e grande propriedade não constituíam ambiente favorável à formação de futuros cidadãos**.** Os escravos não eram cidadãos, não tinham os direitos civis básicos à integridade física (podiam ser espancados), à liberdade e, em casos extremos, à própria vida, já que a lei os considerava propriedade do senhor, equiparando-os a animais. Entre escravos e senhores, existia uma população legalmente livre, mas a que faltavam quase todas as condições para o exercício dos direitos civis, sobretudo a educação. Ela dependia dos grandes proprietários para morar, trabalhar e defender-se contra o arbítrio do governo e de outros proprietários. Os que fugiam para o interior do país viviam isolados de toda convivência social, transformando-se, eventualmente, eles próprios em grandes proprietários. (Carvalho, 2017, p. 26-27).

Enquanto isso, embora não se possa afirmar que os senhores de escravos fossem necessariamente “cidadãos”, não havia dúvidas de que a elite escravista predominava na administração, na política e na vida social do período colonial, usufruindo não apenas dos bens e privilégios da sociedade escravista, mas também exercendo a justiça privada. Os senhores de escravos eram os "homens bons” do período colonial e como tal, eram livres, votavam e eram votados em eleições municipais e absorviam parte das funções do Estado, sobretudo as funções judiciárias, como afirma Carvalho, já que “Em suas mãos, a justiça, que, como vimos, é a principal garantia dos direitos civis, tornava-se simples instrumento do poder pessoal. O poder do governo terminava na porteira das grandes fazendas” (Carvalho, 2017, p. 27).

Com isso, predominava a justiça privada em detrimento da justiça oficial (estatal), que tinha alcance limitado:

> ou porque não atingia os locais mais afastados das cidades, ou porque sofria a oposição da justiça privada dos grandes proprietários, ou porque não tinha autonomia perante as autoridades executivas, ou, finalmente, por estar sujeita à corrupção dos magistrados. Muitas causas tinham que ser decididas em Lisboa, consumindo tempo e recursos fora do alcance da maioria da população. O cidadão comum ou recorria à proteção dos grandes proprietários, ou ficava à mercê do arbítrio dos mais fortes. Mulheres e escravos estavam sob a jurisdição privada dos senhores, não tinham acesso à justiça para se defenderem. Aos escravos só restava o recurso da fuga e da formação de quilombos. Recurso precário porque os quilombos eram sistematicamente combatidos e exterminados por tropas do governo ou de particulares contratados pelo governo. (Carvalho, 2017, p. 27-28).

Soma-se a isso o baixo índice de educação da população negra, desde a alfabetização até a educação superior,[80]já que não era interesse dos senhores a educação de seus escravos ou dependentes. Além disso, apenas a elite escravista tinha condições de enviar seus filhos para a formação superior em Portugal. Por isso, Carvalho afirma que o período colonial chega ao fim com a grande maioria da população excluída dos direitos civis e políticos (Carvalho, 2017, p.23-25).

E o pós-abolição não representou mudanças significativas nesse estado de coisas, com consequências duradouras para a população negra, que até os dias atuais representam a parcela da população com piores indicadores econômico-sociais, influenciados, entre outros fatores, pela política social adotada no pós abolição:

> No Brasil, aos libertos não foram dadas nem escolas, nem terras, nem empregos. Passada a euforia da libertação, muitos ex-escravos regressaram a suas fazendas, ou a fazendas vizinhas, para retomar o trabalho por baixo salário. Dezenas de anos após a abolição, os descendentes de escravos ainda viviam nas fazendas, uma vida pouco melhor do que a de seus antepassados escravos. Outros dirigiram-se às cidades, como o Rio de Janeiro, onde foram engrossar a grande parcela da população sem emprego fixo. Onde havia dinamismo econômico provocado pela expansão do café, como em São Paulo, os novos empregos, tanto na agricultura como na indústria, foram ocupados pelos milhares de imigrantes italianos que o governo atraía para o país. Lá, os ex-escravos foram expulsos ou relegados aos trabalhos mais brutos e mais mal pagos. (Carvalho, 2017, p.57-58).

---

[80] "Mas se verificarmos que, em 1872, meio século após a independência, apenas 16% da população era alfabetizada, poderemos ter uma idéia da situação àquela época. É claro que não se poderia esperar dos senhores qualquer iniciativa a favor da educação de seus escravos ou de seus dependentes. Não era do interesse da administração colonial, ou dos senhores de escravos, difundir essa arma cívica. Não havia também motivação religiosa para se educar." (Carvalho, 2017, p.28-29).

Quando se pensava em branquidade nos Estados Unidos ou quando passamos a pensar essa categoria nos estudos da branquidade no Brasil, há em comum a associação entre acesso à cidadania e branquidade. Em Jacobson (2004) foi visto que a identidade racial branca estava associada à própria ideia de cidadania na formação dos EUA, destacando o significado político e ideológico da cor. Nos estudos da realidade brasileira, Bento (2002) considera a posição de privilégios dos brancos de uma forma bem abrangente, atribuindo o déficit de cidadania da população negra em todas as dimensões da vida (na saúde, na educação, no trabalho), o que vai além do passado escravista ou da questão de classe social, pois o privilégio branco se manifesta em todas as dimensões da sociedade brasileira.

Essa associação da branquidade ao privilégio e da negritude à negação de direitos no Brasil é, em grande medida, fruto de uma tradição eurocêntrica e positivista, com bem destacou Thula Pires:

> Nesse cenário – positivista e eurocêntrico – para garantir a manutenção do acesso privilegiado aos bens sociais e simbólicos, a construção do eu dominante pressupõe a exclusão e classificação negativa daquele que não é, do que é estranho, do que falta ou do que deseja negar. Nesse sentido, o Outro passa a corporificar características que justifiquem moralmente sua subalternização, infantilização e exclusão dos meios materiais, simbólicos e políticos em disputa. (Pires, 2013, p.49).

E não poderia ser diferente já que a sociedade brasileira está estruturada no racismo, como bem aponta Silvio Almeida (2020), segundo o qual o racismo transcende o âmbito da ação individual e institucional, evidenciando a dimensão do poder como elemento constitutivo das relações raciais, não somente o poder de um indivíduo de uma raça sobre outra, mas de um grupo sobre outro, algo possível quando há o controle direto ou indireto de determinados grupos sobre o aparato institucional. Quando aborda o racismo estrutural Silvio Almeida não apresenta uma categoria nova, mas ajuda a despertar a sociedade para o fato de que o racismo é estrutural, ou seja, de que ele é um elemento que integra a organização econômica e política da sociedade e como tal não é uma patologia, mas sim uma manifestação normal, naturalizada na sociedade, que se espraia para toda a organização social, política e econômica, gerando formas de desigualdade e violência. Assim, as demais classificações e problemas sociais, políticos e econômicos não podem ser compreendidos sem passar pela consideração da raça e do racismo.

Embora as estratégias de dominação tenham sido reatualizadas ao longo do tempo, os efeitos são similares: mantém-se, por um lado, a negação de acesso à cidadania à população

negra e, por outro, facilita-se o acesso àqueles que estão associados à identidade racial branca. Tais efeitos, embora esperados, não são oficialmente declarados ou expressos em algum pacto elaborado pelos dos detentores do poder. Como efeito de conjunto do dispositivo de poder, na ótica foucaultiana, é mesmo difícil saber a origem e como essas estratégias são definidas. Tampouco os detentores do poder reconhecem sua condição de privilégio naturalizada na sociedade, pois a branquidade, como um dispositivo de poder, passa quase sempre pelo não-dito das relações sociais e institucionais, embora seu funcionamento estratégico seja um reforço permanente da manutenção dessa estrutura social racialmente hierarquizada.

> Como em qualquer relação de poder, o que ocorre é que algumas vozes ecoam e outras são abafadas. (...). O sucesso desse modelo pernóstico de categorização de seres humanos deriva, além de circunstâncias econômicas, sociais, políticas e culturais muito bem definidas, da naturalização dessa hierarquia, do não reconhecimento do sistema de privilégios que ela engendra e da consequente negação/cegueira quanto à sua existência. (Pires, 2013, p.50).

O silêncio e o não-dito estratégicos da branquidade na sociedade brasileira pode ser percebido de diversas formas. Na compreensão de Lourenço Cardoso (Cardoso, 2014), na identidade racial branca se incluem aqueles indivíduos ou grupos brancos que desaprovam publicamente o racismo (branquitude crítica) e aqueles que argumentam em favor da superioridade racial. Pelos "pactos narcísicos" de Maria Aparecida Bento (2002), um dos sintomas da branquidade é exatamente o silêncio sobre o racismo, inclusive por parte dos responsáveis pela implementação de políticas públicas ao não reconhecerem a relação indissociável entre discriminação racial e desigualdade social. Ao invés disso, atribuem a discriminação sempre ao passado escravista, em relação à qual o branco não se assume como partícipe, ou à questão de classe social, o que também não seria responsabilidade do branco.

Penso que esse uso estratégico do silêncio, da negação do racismo e do privilégio branco na sociedade faz parte do contrato racial da modernidade, que, segundo Charles Mills (1997), culminou com a consolidação gradual da supremacia branca em nível global.

Entre muitas facetas deste contrato racial, acredito que há uma espécie de véu estratégico, não aquele véu de ignorância a que aludia John Rawls,[81]mas o véu da

[81] Na formulação de Jonh Rawls, os princípios de justiça, numa sociedade bem ordenada, são escolhidos sob um véu de ignorância, que garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Por isso, o autor parte do que chama de "posição original", que seria "o *status quo* inicial apropriado, e assim os consensos fundamentais nela alcançados são equitativos. Esse fato delimita o conceito de 'justiça como equidade'. (Rawls, 2000. p. 19). Para eliminar o acaso e os efeitos da contingência de circunstâncias iniciais, o autor propõe pensar os princípios de justiça e se chegar a tal posição original a partir do "véu de ignorância", no qual as pessoas "não sabem como as várias

branquidade, que possui funções estratégicas, a saber: a) **função de naturalização** do privilégio branco e da exclusão do negro, por meio da qual as pessoas e grupos de identidade racial branca tem dificuldade de perceber que o acesso aos bens positivos (materiais e simbólicos) da sociedade está associado à brancura e que o acesso aos bens negativos está associado à negritude e, por isso, os aceitam como naturais à sua condição humana; b**) função de negação**, pela qual as pessoas e grupos de identidade racial branca costumam negar a existência do racismo e não se sentem responsáveis pela discriminação racial; c) **função de legitimação**, pela qual, ao não reconhecer que a exclusão (política, econômica, social e cultural) dos não-brancos está diretamente associada à facilitação do acesso dos brancos aos privilégios sociais, acabam legitimando a falácia liberal da meritocracia e a manutenção do *status quo* e da desigualdade social; e d) **função de apatia**, que, como consequência das funções anteriores, fazem com que os brancos tenham dificuldade de se colocar no lugar do oprimido, no lugar das vítimas cotidianas de ofensas raciais, no lugar, enfim, de grande parte da população não-branca que sofre cotidianamente com o preconceito racial, com a discriminação social e com o problemas econômico-sociais advindos do racismo e reforçados por ele.

É importante ressaltar que o véu da branquidade é reatualizado constantemente e seu uso estratégico atua também como uma forma de encobrimento da atuação da elite branca brasileira, a qual sempre esteve nos espaços de poder definindo os rumos da nação e decidindo quem tem direitos e quais são os direitos do povo oprimido.

Nesse contexto, é relevante a consideração de José Murilo de Carvalho sobre a despreocupação dos senhores de escravos com a formação da consciência dos escravos:

> As conseqüências da escravidão não atingiram apenas os negros. Do ponto de vista que aqui nos interessa - a formação do cidadão -, a escravidão afetou tanto o escravo como o senhor. Se o escravo não desenvolvia a consciência de seus direitos civis, o senhor tampouco o fazia. O senhor não admitia os direitos dos escravos e exigia privilégios para si próprio. Se um estava abaixo da lei, o outro se considerava acima. A libertação dos escravos não trouxe consigo a igualdade efetiva. Essa igualdade era afirmada nas leis mas negada na prática. Ainda hoje, apesar das leis, aos privilégios e arrogância de poucos correspondem o desfavorecimento e a humilhação de muitos. (Carvalho, 2017, p.58).

A partir do quanto visto até aqui, é possível afirmar que os dispositivos da racialidade e o véu da branquidade são faces da mesma moeda. No capítulo seguinte será articulada a

---

alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais". (Rawls, 2000. p. 147).

categoria do “regime de verdade judicial” na tradição dogmático-formalista para, então, caminhar para a compreensão de como lei, doutrina, jurisprudência e práticas judiciais se articulam e se reforçam mutuamente, exercendo papel relevante na racialização do “poder de dizer o direito”.

4. REGIME DE VERDADE JUDICIAL NA TRADIÇÃO DOGMÁTICO-FORMALISTA

Este capítulo tem uma função central neste trabalho, pois articula as noções fundamentais dos capítulos anteriores para entender o papel da dogmática na justificação da escravidão no período oitocentista e na produção e reprodução do racismo na atualidade.

É um esforço para caracterizar o que denominamos "regime de verdade judicial na tradição dogmático-formalista", traçando-se as especificidades da prática discursiva dos juristas, os marcos referenciais da produção da verdade judicial e as condições de possibilidades do dizer verdadeiro no campo jurídico.

Parte-se do paradigma da dogmática jurídica, que oferece o ferramental teórico e prático para a administração dos conflitos nas sociedades modernas. Essa dogmática jurídica, enquanto método técnico-jurídico ou lógico-abstrato, está presente na cultura jurídica ocidental e se mantém forte na prática do Direito, o que permitirá compreender a forma específica de verdade objeto dessa pesquisa.

Primeiramente, será apresentado o papel da dogmática jurídica na justificação da escravidão no século XIX, a partir do estudo de três juristas que tiveram participação relevante sobre a questão da escravidão: Perdigão Malheiro, primeiro jurista que se propôs a estudar a questão da escravidão sob a ótica do Direito; Teixeira de Freitas, notório civilista do Império, a quem foi incumbida a tarefa de consolidar a legislação civil e elaborar o esboço do primeiro Código Civil brasileiro, com destaque para a polêmica em torno da sua omissão sobre a escravidão; e, por fim, Antonio Rebouças, o jurista mulato do Império, que transitou entre a política e o Direito, com posições dúbias sobre a questão da escravidão.

O capítulo prossegue abordando o papel da dogmática jurídica na (re) produção do racismo no século XX, quando será estudada a tradição manualesca do ensino jurídico, o apego às fórmulas dogmáticas e a dissociação com a realidade, finalizando com a apresentação das características do regime de verdade à luz dessa dogmática jurídico-processual, a função da prova no processo de investigação da verdade e as premissas básicas desse regime nos processos judiciais em geral, tais como a jurisdicionariedade, a verificabilidade e aceitabilidade do juízo sobre os fatos, a igualdade, a legitimidade das partes e adequada representação, a recorribilidade e o duplo grau de jurisdição, a segurança jurídica e o devido processo legal.

4.1 O paradigma da dogmática jurídica e suas funções

Para a compreensão do regime de verdade judicial é preciso considerar que a forma de conceber a verdade está na base do pensamento dogmático, que vai oferecer o ferramental teórico e prático para a administração dos conflitos nas sociedades modernas.

Um dos objetivos desta tese é demonstrar como um certo "senso comum teórico dos juristas", no sentido de Warat (1994),[82]e, mais precisamente, uma tradição dogmático-formalista, exerceu papel preponderante na justificação da escravidão e, na quadra atual, continua a legitimar um sistema jurídico racializado, sem que isso seja percebido pela sociedade em geral e tampoco reconhecido pelos juristas dogmáticos, os quais se escondem atrás de dogmas que, em certa medida, se constitui em verdadeiros mitos, como o que concebe o Direito como ciência avalorativa e, por isso, não caberia aos juristas se imiscuir nas questões sociais e morais, ainda que determinados problemas sociais sejam também fruto das leis e das práticas jurídicas.

O silêncio sobre a questão racial é traço definidor da nossa cultura jurídica, como pensa Marcos Queiroz,[83]para quem, desde o período colonial, a estratégia é clara: manejar o silêncio no direito para manter lugares de subalternidade racial.

A dogmática jurídica, entendida como método técnico-jurídico ou lógico-abstrato, como método de estudo e aplicação do direito, é uma característica fundamental da cultura jurídica ocidental que, apesar das críticas que sofreu ao longo do tempo, ainda se mantém forte nos corações e mentes de juristas e "operadores"[84] do Direito, cujos discursos historicamente compartilhados dão os contornos e as formas ao pensamento dogmático.

Para Vera Regina Pereira de Andrade (2003; 2015), no sentido de Thomas Kuhn,[85]a dogmática deve ser vista como um paradigma científico (o paradigma dogmático de ciência jurídica)[86]. Por isso, nada mais apropriado do que apresentar o conceito de dogmática jurídica

---

[82] O jurista argentino se referia ao "senso comum teórico dos juristas', para designar as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito (Warat, 1994)

[83] QUEIROZ, Marcos. Assombros da Casa-Grande: Constituição de 1824 e as vidas póstumas da escravidão. (no prelo)

[84] Essa expressão tem rendido críticas ao longo do tempo. Mas acho que representa bem o que quero significar aqui: uma postura dogmática e formalista perante o Direito. É com essa visão crítica que utilizo o termo ao longo do texto. Com essa expressão quero me referir a todos os agentes que atuam no sistema de justiça, nos diversos papéis: juízes, promotores, advogados, defensores públicos, etc.

[85] "Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste de homens que partilham um paradigma." (Kuhn, 1998, p. 219).

[86] "E, se o que caracteriza a (as) Ciências para Kuhn é a sua forma paradigmática de materialização – independentemente e respeitadas suas diferentes produções e produtos – a Dogmática Jurídica pode ser concebida, precisamente, como um paradigma científico peculiar que definido e compartilhado pela comunidade

tomando como referente a imagem compartilhada pelos juristas dogmáticos sobre o trabalho que realizam (autoimagem). Eis a autoimagem da dogmática jurídica na acepção da autora:

> Ela se identifica com a idéia de Ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imanente) a "construção" de um "sistema" de conceitos elaborados a partir da "intepretação" do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito.
> Desta forma, na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito vigente a Dogmática, partindo da interpretação das normas jurídicas produzidas pelo legislador e explicitando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema de teorias e conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, consequentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica. (Andrade, 2003, p. 18).

Faz parte dessa autoimagem a ideia de que o Direito é uma ciência normativa[87] (se ocupa do "dever ser", não do "ser"), sistemática, descritiva, avalorativa (axiologicamente neutra)[88] e prática. A visão que esse paradigma faz de si mesmo é de neutralidade valorativa, quer em relação a sistemas econômicos ou políticos, quer em relação a grupos ou classes dentro de um sistema social (Andrade, 2003, p. 19).

O material normativo (o texto legal), portanto, é o ponto de partida do pensamento dogmático e, na mesma trilha da autora, Luis Alberto Warat (1980) compreendia que a dogmática tradicional traçou três etapas para aplicação do método jurídico.

A primeira etapa consiste na conceituação dos textos legais, partindo do pressuposto de que o direito decorre da ordem jurídica estabelecida nas leis válidas e vigentes. E é exatamente nesse aspecto que a dogmática se vincula ao positivismo jurídico,[89]limitando sua

---

jurídica configura, há mais de um século, o modelo 'normal' e oficial de fazer Ciência na tradição ocidental-continental e naquela sob sua influência" (Andrade, 2003, p. 111).

[87] Vale lembrar que, na concepção Kelseniana, que deu as linhas mestras para o positivismo jurídico do qual o Brasil é tributário, a ciência é normativa, "pois seu objeto são as normas jurídicas, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas." (Kelsen, 2009, p. 79).

[88] Esse caráter avalorativo, neutro e descritivo das ciências jurídicas é marcante na Teoria Pura de Kelsen, para o qual, "a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através da Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão somente conhecer e descrever" (Kelsen, 2009, p. 78).

[89] A propósito do positivismo, ou "positivismos", é importante a sua compreensão também como um paradigma epistemológico, como adverte Álvaro Ricardo de Souza Cruz: "Assim, o questionamento pelas marcas do positivismo passa a comportar indagações mais agudas do tipo: 'mas, afinal, de qual positivismo estamos falando: do jurídico, do sociológico, do filosófico, do lógico, do psicológico, ou algum outro tipo de positivismo?' Evidentemente, isso não invalida, mas desvela a possibilidade de uma abordagem mais ampliada, segundo a qual o positivismo deva ser entendido como 'paradigma epistemológico'. Nesse sentido, as mais diversas concepções acerca do conceito positivismo abrem margem para afirmarmos que, como vertente de

função à interpretação da lei, mediante o método denominado exegético, e ao formalismo, por meio dos quais se restringe a reproduzir e explicar o conteúdo do direito vigente sem questionar sua legitimidade e justificação,[90]pois estas estariam satisfeitas com a validade da lei e de sua demonstração lógica.

Norberto Bobbio (2006) traça os pontos fundamentais do positivismo jurídico sob três aspectos: a) um certo modo de abordar o estudo do direito; b) uma certa teoria do direito; c) uma certa ideologia do direito. Importa, para esse estudo, o primeiro aspecto, que está diretamente relacionado com a dogmática jurídica. Sob essa ótica, o positivismo jurídico encara o Direito como um fato e não como um valor:

> O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formar juízos de valor. Na linguagem juspositiva, o termo "direito" é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor. (Bobbio, 2006, p. 131).

Esse caráter avalorativo está relacionado ao formalismo jurídico, que, segundo Bobbio, não deixa de ser uma teoria da validade do direito, a qual está baseada em critérios concernentes "unicamente à sua estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo; segundo o positivismo jurídico, a afirmação da validade de uma norma não implica também na afirmação do seu valor" (Bobbio, 2006, p. 131).

A segunda etapa descrita por Warat é a dogmatização jurídica, que se refere à fixação de dogmas jurídicos, proposições, categorias e princípios elaborados a partir dos conceitos jurídicos extraídos dos textos legais.[91]A terceira etapa se refere à pretensão de autonomia

---

pensamento, não existiu, nem existe um só positivismo, mas inúmeros positivismos. O que, de algum modo, une todas essas concepções nada mais é que uma questão de paradigma" (Cruz; Duarte, 2013, p. 27).

[90] "Trata tan solo de descifrar su significado exacto, que supone unívoco y susceptible de ser establecido plenamente como tal, a través de la conceptualización. En esta instancia metodológica, identifica el significado del término con el concepto referencial, lo que conduce al establecimiento de un contenido exacto para la ley. El concepto seria entonces, una categoría conceptual estable, indiscutible, con significación cerrada." (Warat, 1980, p. 35).

[91] "Se obtienen los principios generales (el matrimonio es indisoluble, los contratos se hacen para ser cumplidos), es decir, los dogmas que señalan la pauta directriz, que ordena teóricamente el funcionamiento del conjunto de las normas legales vigentes para cualquier situación jurídica, a través de los institutos o construcciones jurídicas. De este modo, el ordenamiento jurídico establecido adquiere completitud, pero al mismo tiempo, se reduce a categorías intelectuales. La justificación desciende a la categoría de la validez legal y a la demostración lógica de la misma." (Warat, 1980, p. 35).

científica da dogmática jurídica, que é a sistematização, por meio da qual se busca dar unidade às construções jurídicas.[92]

Essas três etapas historicamente produzidas eram, para Warat, compartilhadas pelos dogmáticos de seu tempo, como passos diferenciadores do método dogmático de interpretação da lei ou método técnico-jurídico ou abstrato que mencionei acima.

Essa tradição dogmática, tal qual definida linhas atrás, tem origem na *jurisprudentia* romana, ganha novos contornos na Idade Média, com a Escola da Exegese, e encontra terreno fértil no racionalismo da era moderna. Tércio Sampaio Ferraz Junior resume bem esse percurso:

> A verdade é que nos países de tradição românica o conhecimento do Direito tomou, inicialmente, a forma de uma técnica elaborada que os romanos chamaram de *jurisprudentia*, caracterizada como um modo peculiar de pensar problemas sob a forma de conflitos a serem resolvidos por decisão de autoridade, mas procurando sempre fórmulas generalizadoras que constituiriam as chamadas doutrinas. Na Idade Média, sobretudo na época dos glosadores, àquela técnica jurisprudencial acrescentou-se ainda, como um ponto de partida para qualquer discussão, a vinculação a certos textos romanos, especialmente o Código Justinianeu, o que foi dando às disciplinas jurídicas uma forma de pensar eminentemente exegética, base da Dogmática Jurídica. Com o advento do Racionalismo, nos séculos XVII e XVIII, a crença nos textos romanos acabou substituída pela crença nos princípios da razão, os quais deveriam ser investigados para serem aplicados de modo sistemático. No entanto, foi no século XIX que as grandes linhas mestras da Dogmática Jurídica se definiram. A herança jurisprudencial, a herança exegética e a herança sistemática converteram-se na base sobre a qual se erigiu a Dogmática Jurídica, tal como a conhecemos hoje, à qual o século XIX acrescentou a perspectiva histórica e social. (Ferraz Jr, 2015, p. 2-3).

Uma questão importante, que foi objeto de amplo estudo por Ferraz Jr (2015), é saber qual a função social da dogmática, pois, como saber prático, tem inegavelmente funções a cumprir, declaradas ou não. O autor faz essa análise em relação às três tradições apontadas acima. Na tradição romana, numa sociedade com suficiente diferenciação social,[93]foi possível

---

[92] "Se establece una serie de conceptos y principios, que muestran ciertos trazos de universalidad e invariabilidad y algunas presencias estructurales comunes a todos los institutos o construcciones jurídicas. El resultado de esta tercera instancia seria una dogmática general, o teoría general del derecho." (Warat, 1980, p. 36).

[93] Acerca dessa diferenciação, Ferraz Jr aduz que: "A sociedade romana já era uma sociedade diferenciada: templos, igrejas ou claustros, sacerdotes e sábios, que já não se ocupam apenas com a interpretação religiosa dos acontecimentos, mas voltam--se para uma interpretação da própria religião. Aparecem, igualmente, os mercados, que permitem a equalização das necessidades econômicas entre não parentes. Já o domínio político se localiza em centros de administração. O primado do centro político na funcionalização da sociedade é um dado importante, sobretudo para a estrutura jurídica. Afinal, o estabelecimento da polis torna-se ligado a transformações relevantes, surgindo uma fórmula que domina o pensamento juspolítico: polis ou sociedade política, civitas ou societas civilis, o que conduz à ideia de institucionalização do Direito em relação aos homens enquanto homens – o homem enquanto ser livre. Uma segunda institucionalização ocorre paralelamente à forma do domínio, ordem hierárquica de prestígio que atravessa tanto as diferenças políticas quanto as religiosas, as

o desenvolvimento desse estilo de pensamento ligado à figura do homem prudente. Assim, o pensamento jurisprudencial atuava tecnicamente como uma espécie de mediação entre a relativamente parca legislação e a necessidade de se construírem regras intermediárias que possibilitasse a solução dos conflitos concretos, ou seja, as figuras construtivas da dogmática nascente deixam de ser parte imanente da ordem jurídica para serem mediação entre esta e as decisões concretas. Com isso, o Direito assumiu a forma de um programa decisório no qual eram formuladas as condições para uma decisão concreta (Ferraz Jr, 2015, p. 25-26).

No campo político, a dogmática cumpriu também o papel de mediadora entre a autoridade e a decisão concreta. A autoridade aparece como fundamento legitimante da relação de obediência:

> O Direito, diante dessa diferenciação funcional, ainda difusa, apoia-se na institucionalização de certas possibilidades de escolha de uma forma de liberdade. Tal escolha se refere à execução de procedimentos decisórios jurídicos e à consistência, independentemente da situação, de uma hierarquia burocrática que decide e impõe decisões sem a necessidade de se recorrer a relações de parentesco, como as que predominam em sociedades primitivas. Ele se torna, assim, um complexo de expectativas normativas que se manifesta através de jurisdição e que tem de ser legitimado. É aqui, justamente, que surge a jurisprudência como uma mediação entre a autoridade e a decisão concreta. (Ferraz Jr, 2015, p. 28).

O pensamento dogmático na Idade Média se desenvolveu sobretudo a partir de textos que gozavam de autoridade (*Corpus Juris Civilis*, de Justiniano; o *Decretum* de Graciano, de 1140; fontes eclesiásticas que formavam os cânones; coleções de decretos papais, etc) e foram transformados em textos escolares do ensino na universidade:

> Como, porém, os textos discutiam casos singulares tomados como protótipos, o pensamento prudencial não chegou a desaparecer. Apenas seu caráter é que foi mudado: de casos problemáticos, eles são transformados em casos paradigmáticos, que deviam traduzir uma harmonia. Com isso, em vez de se utilizar basicamente dos recursos prudenciais – como a equidade e a apreciação dos interesses em jogo, o jurista vai mais além, procurando princípios e regras capazes de reconstituir harmonicamente o corpus. Neste sentido, a prudência se faz dogmática. (Ferraz Jr, 2015, p. 28).

---

econômicas, as militares etc., conduzindo a mecanismos secundários, como símbolos de status, modos distintos de comunicação, linguagem própria etc. A essas diferenças hierárquicas seguem-se, ainda, diferenças nos papéis que também são hierarquizados, com normas e liberdades diferentes. Correspondentemente temos, então, estruturas assimétricas de comunicação: ordens de cima e obediências de baixo. Por último, temos, então, fórmulas decisórias de validade permanente que não ficam presas ao ocasional, mas aspiram a uma validade intemporal. (Ferraz Jr, 2015, p. 27-28).

Para entender a função da dogmática nessa tradição, é imprescindível considerar que, na Idade Média, com a derrocada do Império Romano, a Igreja Cristã se coloca como instituição política. Para tanto, era necessária uma teoria de justificação tanto da autoridade da Igreja (*auctoritas*), como do poder dos príncipes (*potestas*):

> A Igreja reintroduz, assim, o mito do inferno, que agora se transforma em dogma de fé – e os dogmas que produzem a Teologia influenciarão o pensamento jurídico que vai, então, assumir o caráter de pensamento dogmático. Tal pensamento nasce, pois, desse amálgama entre a ideia romana, a ideia de cúria e a ideia de escola. Consequentemente, nos dogmas, autoridade e razão se mesclam, aparecendo os textos como verdadeira *ratio scripta*, fundamento de todo o Direito. Neste sentido, a teoria do Direito medieval, ao conciliar o espírito grego da fronesis, no sentido de orientar a ação, com o espírito romano da prudência, no sentido de confirmar o certo e o justo, instaura pouco a pouco uma teoria que vai servir ao domínio político dos príncipes, como instrumento do seu poder. Isto significa que, de certo modo, ela volta a ser mais orientação para a ação e para a decisão do que manifestação de autoridade. A partir daí é que se abre o caminho para uma progressiva tecnicização da teoria jurídica, em termos de um instrumento político. (Ferraz Jr, 2015, p. 34).

O pensamento jurídico medieval foi baseado na *auctoritas* e na *ratio*, cujo caráter dogmático assinala um respeito pelos textos a serem interpretados, tomados como pontos de partida das séries argumentativas. E para cumprir esse desiderato, a dogmática utiliza, entre outras técnicas, o princípio da proibição da negação desses pontos de partida. Esse é um aspecto relevante dentro da compreensão de Ferraz Jr, para quem a função da dogmática não consistiu no postulado da proibição da negação, mas apenas dependeu dele. O método dogmático, nesse contexto, não seria uma prisão para o espírito, pois representou um aumento das liberdades do trato com a experiência e com textos:

> Socialmente, a conceptualização dogmática que se desenvolve nesse período possibilita, neste sentido, justamente um distanciamento em questões sobre as quais a sociedade esperava uma vinculação. Isso ocorria porque o pensamento dogmático se liga, em sua própria vinculação, a textos sobre os quais ele dispõe conceitualmente, ou seja, o pensamento dogmático parte de textos – textos vinculantes – os quais só podem ter um sentido através da conceptualização que deles decorre. Por isso, o pensamento dogmático acaba permitindo uma manipulação dos próprios dogmas. (Ferraz Jr, 2015, p. 35).

A dogmática continua a ser associada a um instrumento de poder e os juristas passam a auxiliar na elaboração do Estado Moderno não apenas através dos tribunais:

> pois, ao darem uma fundamentação jurídica às pretensões de soberania dos príncipes, a partir do Corpus Justinianeu, interpretado de forma quase absoluta, eles também fornecem uma técnica de tratamento de atas e de negociações. Uma medida que, na prática, torna possíveis os principados, já que o Estado Moderno concentra, racionaliza e objetiva as formas de domínio através do câmbio pessoal dos cargos e da instauração de aparelhos administrativos que pairam acima dos interesses pessoais. (Ferraz Jr, 2015, p. 36).

A terceira tradição dogmática, na formulação de Ferraz Jr, é a que grassou na era moderna, a partir do século XVI. Entender a função social desse paradigma (ao menos a sua função declarada), é crucial para identificar o modo como se opera o regime de verdade judicial que será tratado nos capítulos subsequentes.

No início da era moderna, com o humanismo renascentista, o pensamento jurídico começa a se distanciar da cosmovisão medieval e modifica a legitimação do Direito e dos métodos de interpretação dos textos, abrindo as portas para a ciência moderna na teoria jurídica:

> Os modernos pensadores não indagam mais, como os antigos, das relações morais do bem na vida, mas sim das suas condições efetivas racionais de sobrevivência. Tais necessidades práticas de uma sociedade tornada mais complexa exigem soluções técnicas que estão na base do desenvolvimento das doutrinas jurídicas. Assim, se o problema antigo era o de uma adequação à ordem natural, o moderno será, antes, como dominar, tecnicamente, a natureza ameaçadora. É nesse momento que surge o temor que irá obrigar o pensador a indagar como proteger a vida contra a agressão dos outros, o que entreabre a exigência de uma organização racional da ordem social. Daí, consequentemente, o desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma positivação e a uma formalização do antigo Direito Natural. Tal formalização é que vai ligar o pensamento jurídico ao chamado pensamento sistemático. (Ferraz Jr, 2015, p. 37-38).

A ideia de sistemas como organismo, mecanismo e ordenação, comum nas ciências naturais, foi apropriada e desenvolvida no pensamento jurídico dos séculos XVI a XVIII. O Direito é então pensado como um sistema normativo fechado e sua aplicação aos casos concretos dependerá de um método lógico-dedutivo, por meio de um procedimento empírico-analítico.[94] A dogmática nesse período, "passa a servir aos seguintes propósitos, que

[94] "Não – é verdade – com o mesmo rigor de Descartes ou o sucesso de Galileo, mas num sentido que podemos chamar de pragmático, em que os modelos de Direito Natural são entendidos não como hipóteses científicas a verificar, mas como um exemplo, paradigma que se toma como viável na experiência. Com isso, fica aberta a trilha para que as situações sociais ali descritas, com todas as suas condicionantes racionais, possam ser imaginadas como possíveis de existir sob certas condições empíricas. Desse modo, a teoria jurídica consegue transformar o conjunto de regras que compõem o Direito em regras técnicas controláveis na comparação das situações vigentes com as situações idealmente desejadas. Modifica-se, assim, o seu estatuto teórico. Não é mais

são também seus princípios: a teoria se instaura para o estabelecimento da paz, a paz do bem-estar social, a qual consiste não apenas na manutenção da vida, mas da vida mais agradável possível" (Ferraz Jr, 2015, p. 44).

O Direito aqui assume uma função instrumental:

> As leis têm um caráter formal e genérico, que garante a liberdade dos cidadãos no sentido de disponibilidade. Nestes termos, a teoria jurídica estabelece uma oposição entre os sistemas formais do Direito e a própria ordem vital, possibilitando um espaço juridicamente neutro para a perseguição legítima da utilidade privada. Sobretudo, esboça-se uma teoria da regulação genérica e abstrata do comportamento por normas gerais que fundam a possibilidade da convivência dos cidadãos. (Ferraz Jr, 2015, p. 44-45).

Mais adiante, já no fim do século XVIII e início do século XIX, graças à influência do iluminismo e do liberalismo, as bases do Estado Moderno vão se consolidando, e as exigências de uma dogmática se conformando à nova configuração de poder estatal e de controle social. Um dos aspectos centrais nessa nova configuração é o princípio da separação de poderes e do Estado de Direito. Na Constituição Francesa de 1791, por exemplo, o Poder Judiciário é concebido como poder autônomo e com funções próprias. Segundo Ferraz Jr essa nova configuração de poder levou à consolidação de uma peça importante da dogmática como uma teoria autônoma: a neutralização do poder judiciário no âmbito separação de poderes. Impõe-se, a partir de então, uma mudança no *ônus probandi*, pois o Direito deixa de ser um ponto de vista em nome do qual mudanças e transformações são rechaçadas, transferindo-se o ônus da prova a quem se interpõe ao estabelecimento político do Direito novo, para onde se projetam as pretensões de validade, ao passo que o lugar privilegiado da lei como fonte do Direito e a concepção da ordem jurídica como sistema normativo são novas peças na configuração do problema (Ferraz Jr, 2015, p. 64-65).

Essa canalização das projeções normativas para o endereço político

> irá exigir, de uma parte, a centralização organizada da legislação; de outra, o aparecimento de uma série de conceitos, que a própria Dogmática se encarregará de elaborar, como a proibição da decisão *contra legem,* a distinção entre fontes formais e materiais, a oposição entre Direito Objetivo e Direito Subjetivo, a distinção entre governo e administração, etc. Ambas – centralização e figuras dogmáticas – estão intimamente ligadas, portanto, ao fenômeno da positivação do Direito. (Ferraz Jr, 2015, p. 65).

---

nem contemplação, nem manifestação de autoridade, nem interpretação dogmática, mas capacidade de reprodução artificial de processos naturais. Ela adquire, assim, um novo critério, que é o critério de todas as técnicas: a sua funcionalidade." (Ferraz Jr, 2015, p. 45-46).

Por positivação do direito, o autor está se referindo ao fenômeno da positivação, típico do século XIX até os nossos dias, no qual Direito Positivo é Direito que vale por força de uma decisão (sentido estrito),[95]e o critério da validade deixa de ser um ato único de decisão para ser a própria vivência da mutabilidade (sentido estrito). Esse fenômeno foi acompanhado da legalização das mudanças do Direito que, com a crescente modificação, por meio da lei, se tornou um instrumento de modificação planificada da realidade/sociedade e passa a cuidar dos seus mínimos aspectos (Ferraz Jr, 2015, p. 67-68).

Mais uma vez, portanto, o caráter instrumental da dogmática jurídica é acentuado, pois esta, tal qual a concepção de Direito como um sistema normativo, estava ligada à função social de atender as necessidades de segurança da sociedade burguesa do Século XIX em diante, de forma a neutralizar os interesses concretos dos indivíduos e da sociedade no sistema do normativo, aspecto que já era exigido pelo princípio da separação dos poderes e autonomia do Poder Judiciário. Essas exigências deram ensejo à Escola da Exegese[96] na França e nos países de influência napoleônica, e à Doutrina Pandectista, na Alemanha.[97]

Esse fenômeno da positivação e a exigência de sistematização do Direito impostas aos juristas da época fornece terreno fértil para o florescimento do positivismo jurídico já no final do século XIX, com a elaboração da Escola Histórica de Savigny[98]e a Jurisprudência dos

---

[95] "Juridicamente, podemos então falar no problema da positivação do Direito: o homem é, ao mesmo tempo, fundamento e objeto de todas as positividades. Nesse quadro, a concepção genérica – o sentido lato de positivação, segundo o qual ela corresponde a um fenômeno no qual em todo e qualquer Direito há normas que valem por força de posição por parte de autoridade, e só por outra posição podem ser derrogadas ou revogadas – toma um contorno específico, o sentido estrito de positivação. Positivação passa a ser termo correlato de decisão." (Ferraz Jr, 2015, p. 67).

[96] Os principais traços da chamada Escola da Exegese, inspirada no Código de Napoleão, podem ser assim pontuadas: inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo; concepção rigidamente estatal do direito; interpretação da lei fundada na intenção do legislador; culto ao texto da lei; respeito pelo princípio da autoridade. (Bobbio, 2006. p. 83-89).

[97] "O movimento de sistematização pautado no Direito Romano foi nominado de *Pandektenwissenschaft* ou *Pandektismus* (Pandectística). Sua origem se encontra no alindamento do método sistemático pelos juristas conceituais, culminando na aplicação prática do Direito Romano justinianeu, como direito comum alemão de proveniência romana. Engendrou-se um Direito abstrato, formulado em categorias lógicas, desprovido de contingências fáticas, em um sistema lógico-dedutivo, organicamente coerente e composto de primordiais conceitos jurídicos." (Sotang, 2015, p. 424-425).

[98] Acerca dos traços da doutrina da escola histórica que teve como maior expoente Carlos Frederico von Savigny, cita-se as seguintes premissas: individualidade e variedade do homem; irracionalidade das forças históricas; pessimismo antropológico, amor ao passado e o sentido ou importância da tradição. (Bobbio, 2006, p.49-50)

Conceitos, com Pucha,[99]acentuando o caráter fechado do sistema jurídico,[100]não sem impor a continuidade da noção de sistema metódico da tradição dogmática dos séculos XVI, XVII e XVIII. Com isso, a dogmática que vai florescer no seio do positivismo jurídico foi alicerçada no procedimento construtivo e no dogma da subsunção:

> De um modo geral, pelo procedimento construtivo, as regras jurídicas são referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios e daí deduzidas. Pelo dogma da subsunção, segundo o modelo da lógica clássica, o raciocínio jurídico se caracterizaria pelo estabelecimento tanto de uma premissa maior, a qual conteria a diretiva legal genérica, quanto da premissa menor, que expressaria o caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do juízo concreto. Independentemente do caráter lógico-formal da construção e da subsunção, e sem querer fazer aqui uma generalização indevida, é possível afirmar que, grosso modo, esses dois procedimentos marcam significativamente o desenvolvimento da Dogmática no século XIX. (Ferraz Jr, 2015, p. 72).

É neste cenário que Kelsen (2012) aparece, na primeira metade do Século XX, fornecendo o arcabouço teórico do positivismo jurídico clássico que influenciará a tradição dogmática (inclusive a brasileira) até os nossos tempos, propondo a separação entre "ser" e "dever ser" e reduzindo o Direito à dimensão normativa.

Nessa tradição, acentua-se ainda mais a teorização de um sistema normativo fechado e o princípio da subsunção:

> A Dogmática Jurídica constrói-se, assim, como um processo de subsunção dominada por uma dualidade lógica em todo o fenômeno jurídico, que o reduz a duas possibilidades: ou se encaixa ou não se encaixa, construindo-se enormes redes paralelas de seções. A busca, para cada ente jurídico, de sua natureza – e esta é a preocupação com a natureza jurídica dos institutos, dos regimes etc. – pressupõe uma atividade teórica desse tipo, na qual os fenômenos ou são de Direito Público ou de Direito Privado, um direito qualquer ou é real ou é pessoal, assim como uma sociedade ou é comercial ou é civil, sendo as eventuais incongruências ou tratadas por exceções ou contornadas por ficções. (Ferraz Jr, 2015, p. 75).

---

[99] A propósito da jurisprudência dos conceitos: "Puchta, que foi discípulo de Savingy e seu sucessor na universidade de Berlin (Humboldt), adotou a ideia da imprescindibilidade dos métodos histórico e sistemático, destacando especialmente o último, no modelo da pirâmide conceitual, '*Begriffspyramide*'. O sistema jurídico não seria uma coerência que interliga partes do Direito, mas seria a própria essência do Direito, organizando conceitos positivos em sua relação interna e hierárquica, deduzindo-se logicamente do geral o particular" (Sotang, 2015, p. 426-427).

[100] "A ideia de sistema fechado, marcado pela ausência de lacunas, acaba assim ganhando o caráter de ficção jurídica necessária, ou seja, o sistema jurídico é considerado como totalidade sem lacunas, apenas per *definitionem*." (Ferraz Jr, 2015, p. 71).

O pensamento dogmático sofreu críticas e tensionamentos ao longo do tempo, sobretudo nas últimas décadas com a profusão de estudos no campo da filosofia do direito, do constitucionalismo e da hermenêutica jurídica, mas se observarmos o ensino e a prática jurídica no Brasil, se perceberá que a tradição dogmático-formalista ainda reina na formação e na experiência prática dos operadores do Direito. Em comum a essas formulações, há duas ficções jurídicas que eu gostaria de assinalar nesta pesquisa: a promessa de segurança jurídica e a promessa de tratamento igualitário dos casos levados à apreciação judicial. Essas ficções caminham ao lado do caráter tecnológico ou instrumental reservado à dogmática jurídica, de modo que tais promessas constituem as funções que o paradigma dogmático, como um saber instrumental, assumiu na modernidade.

Acerca dessa dimensão instrumental, retomo às linhas traçadas por Ferraz Jr, para quem o juiz, como um terceiro neutro perante as partes, se propõe a solucionar um conflito, associando, assim, a atividade jurisdicional à promessa de segurança jurídica:

> A Dogmática serve a esse ponto de vista e busca manter essa neutralidade. Assim, na construção dos seus conceitos, a função de advogados, administradores e mesmo legisladores é menor, pois todos eles aparecem como auxiliares do juiz, devendo entender o Direito sob o seu ponto de vista. Toda a Dogmática, consequentemente, é marcada por uma concepção do Direito ligada à atividade jurisdicional. Ela compõe, delineia e circunscreve procedimentos que conduzem a autoridade à tomada de decisão. Foi essa delimitação que conduziu a Dogmática Jurídica à ideia de subsunção e à ideia de classificação como critérios máximos da sua elaboração teórica, como se todos os partícipes da função jurisdicional vissem o Direito da mesma forma. (Ferraz Jr, 2015, p. 80).

Nesse sentido, a dogmática fornece os instrumentos para a interpretação, construção e sistematização dos modelos jurídicos e para a análise dos casos concretos (técnica jurídica), dando condições para a decidibilidade e administração dos conflitos (atividade jurisdicional). Para o autor, entretanto, a função social da dogmática não pode ser resumida a um simples eixo de mediação entre normas e fatos nem se resume no desenvolvimento de técnicas de subsunção do fato à norma. Vai mais além, realizando o controle de consistência da decidibilidade, viabilizando as condições do juridicamente possível, sobretudo em sociedades altamente complexas:

> E é aqui que aparece a função social da Dogmática Jurídica. Ela é, a nosso ver, uma instância instrumental de viabilização do Direito, na medida em que atua como veículo de alta abstração, capaz de proporcionar uma congruência estável entre os mecanismos de controle social, mesmo quando, aparentemente, eles não se afinam. Neste sentido, ela viabiliza as condições

> do juridicamente possível. A Dogmática não se confunde com o Direito, nem com as expectativas normativas, nem com instituições, nem com valores. Ela os atravessa todos diagonalmente, possibilitando uma identificação do Direito contra as incongruências de fato. Essa função é preenchida de vários modos, como, por exemplo, pelo estabelecimento de princípios para a compreensão da congruência, de guias de ação na aplicação do Direito, na hierarquização das fontes, permitindo, assim, a integração de normas e instituições pela determinação de finalidades programáticas, pela constituição de premissas e postulados da argumentação jurídica – o que conduz à identificação de requisitos razoáveis da ordem jurídica etc. (Ferraz Jr, 2015, p. 114-115).

Essa visão, que parte de uma perspectiva funcionalista luhmanniana, não deixa de ser uma forma de conceber a segurança jurídica enquanto estabilização de expectativas normativas. Na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann (1983a,1983b), com a crescente complexidade da sociedade moderna[101] tornou-se necessária a "criação de reduções, simplificações, abrandamentos", o que levou à diferenciação funcional dos sistemas sociais, com vistas à estabilização de expectativas "objetivas, vigentes, pelas quais 'as' pessoas se orientam" (Luhmann, 1983a, p. 52).

Essa visão funcionalista da dogmática estaria relacionada à pretensão de segurança jurídica e compõe a autoimagem do paradigma dogmático de que fala Vera Regina Pereira de Andrade (2003; 2015), segundo a qual a dogmática também assumiu a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade (certeza) possível das decisões judiciais e, consequentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito que, subtraída à arbitrariedade, garante essencialmente segurança jurídica. O aspecto instrumental é inerente à dogmática, na compreensão da autora, pois esse paradigma fornece as ferramentas[102] necessárias para programar, orientar, pautar ou preparar as decisões judiciais e, nessa mesma orientação, racionalizá-las para a gestão da segurança jurídica; o que significa não apenas possibilitar as condições de decidibilidade, mas para decisões calculáveis, equitativas e seguras (Andrade, 2003, p. 79).

As promessas de segurança e de igualdade, que faz parte da autoimagem da dogmática, atendem às exigências teóricas do Estado Moderno, que, como acentuado por Vera Regina Pereira de Andrade, é a matriz política desse paradigma pelas seguintes razões:

> E porque o Estado moderno se caracteriza politicamente por deter (ou pela pretensão de deter) o monopólio da violência física e por extensão, o

[101] O conceito de sociedade moderna luhmanniano está centrado na ideia de complexidade, segundo a qual "sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar" (LUHMANN, 1983a, p. 45). Diante de tantas possibilidades, o sistema social seleciona apenas algumas para que possa operar, já que não consegue atender a todas ao mesmo tempo.

[102] Ou as tecnologias, na acepção de Ferraz Jr (2015).

> monopólio da criação e aplicação (“estatalização”) do Direito, mediante processos decisórios (“positivação”), sendo o Direito Positivo estatal a forma oficialmente reconhecida de existência do Direito na modernidade; porque a diferenciação mesma entre criação e aplicação do Direito – que define a estrutura do moderno sistema jurídico – é condicionada pela diferenciação de competências entre Poder Legislativo e Judiciário (separação de poderes); porque o Poder Judiciário, tornado independente e autônomo, isto é, neutralizado na tarefa de “aplicação” do Direito torna-se a instituição de proteção de Direitos (interindividuais) e decisão de conflitos (interindividuais) centralizando a administração da justiça; porque a ênfase, enfim, sobre a certeza e a segurança passa a vincular-se à exigência de uma racionalidade geral e abstrata, decorrente de um Estado soberano; por estas características fundamentais do Estado moderno converte-se na matriz histórica de poder que condiciona a maturação do paradigma dogmático. (Andrade, 2003, p. 87-88).

Sigo, então, o caminho aberto por Vera Andrade (2003; 2015), indo além da análise da cientificidade da dogmática jurídica, para, ao invés disso, questionar se esse paradigma, como ciência prática, tem cumprido sua função racionalizadora da práxis do Direito. Se esse paradigma, que legitima as práticas jurídicas, fornece de fato a segurança jurídica e garante a igualdade no tratamento das demandas e, em caso afirmativo, “para quê” ou “para quem”?

4.2 O papel da dogmática jurídica na justificação da escravidão no século XIX

Para entender a relação da dogmática na justificação da escravidão, é necessário refletir sobre a cultura jurídica dominante no período oitocentista, quando o Brasil vai se forjando como Estado Liberal e tentando se consolidar como nação independente.

O “senso comum teórico dos juristas” do Império, entretanto, deve ser analisado à luz do contexto histórico em que uma certa subjetividade de juristas foi concebida e em que um certo discurso jurídico foi sendo formulado. Assim, no sentido foucaultiano, caminha-se para compreender a materialidade das práticas de poder subjacentes ao pensamento dogmático que deu sustentação jurídica à escravidão.

Até o início do século XIX não havia cursos jurídicos no Brasil e a única forma de se formar em ciências jurídicas era viajar para a Europa, especialmente para Portugal, cuja Universidade de Coimbra foi, durante muito tempo, a fonte de formação jurídica de nossos bacharéis. Apenas em 11 de agosto de 1827 foram criados os primeiros cursos de Direito no país, instalados no ano seguinte no Mosteiro de São Bento, em Olinda[103] e no Mosteiro de São Francisco, em São Paulo.

[103] Que, posteriormente, em 1854, foi transferido para Recife.

Na verdade, havia uma relação estreita entre a classe jurídica e as estruturas de poder do Império, como bem ilustrou Ilmar Rohloff de Mattos (1990), lembrando as palavras de Joaquim Nabuco de que "as Faculdades de Direito eram as ante-salas da Câmara". Por isso, o historiador entendia que, além de centros formadores de dirigentes políticos, as faculdades eram também geradoras de agentes da administração imperial e destaca:

> Sem dúvida, a educação superior foi um poderoso elemento de unificação ideológica da "elite" imperial, sobretudo por meio da formação jurídica, que fornecia um núcleo homogêneo de conhecimentos e habilidades. Não nos interessa tanto saber se esta "elite de letrados" formara-se em Coimbra ou nos recém criados cursos jurídicos do Império; parece-nos relevante, contudo, assinalar a permanência da orientação da universidade portuguesa reformada, onde as interpretações jurídicas tradicionais foram suprimidas, o Direito Romano quase proscrito como modo de se atingir, indiretamente, o Direito Canônico, e afirmada a superioridade do Direito Pátrio, ao lado do Direito natural e das gentes, como maneira de afirmar a primazia da razão. (Mattos,1990, p. 182)

Fato é que, a maioria dos juristas ocuparam os cargos públicos mais importante do Império, não apenas na magistratura, tendo destaque ainda nas administrativa/políticas:

> E assim de fato ocorria com quase todos os elementos constitutivos desse segundo seguimento: saltavam da magistratura para a política, saltando também para um sistema de relações que, efetivamente e antes que qualquer outro fator, lhe proporciona homogeneidade. Neste processo, tornam-se dirigentes, embora jamais se digam políticos. (Mattos,1990, p. 182)

Sobre as "ideias daquele tempo", pode-se afirmar que as primeiras gerações de bacharéis em Direito viveram a fase inicial do liberalismo, acompanharam o florescimento das ideias iluministas e do positivismo jurídico, sendo responsáveis pela elaboração teórico-jurídica do projeto de Estado liberal que se formava em solo brasileiro.

A Revolução Americana acabara de conseguir, em 1776, a independência dos Estados Unidos da América, consagrando o fim do domínio inglês sobre as treze colônias da América do Norte. Na Carta de Declaração de Independência[104] os norte-americanos declararam que todos os homens são criados iguais, dotados de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade, fim a ser buscado pelo Estado, que deveria ser governado por homens com o consentimento do povo. Assim, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e

[104] Disponível em: EUA, Carta de Declaração de Independência. Disponível em: https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM7SS42-Declara__o%20da%20Virginia.pdf. Acesso em: 06.04.2023.

instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade. Fundada em tais princípios, a Constituição Americana de 1787 e as dez emendas da Carta de Direitos de 1791 consolidaram um modelo de república, federalismo e liberalismo que influenciou os movimentos de independência das outras colônias do continente americano. Subsequentemente, a questão da escravidão foi tensionada ao longo dos anos nos Estados da nova Federação, que culminou com a Guerra Civil e a abolição do sistema escravista pela Décima Terceira Emenda, de 06 de Dezembro de 1865, o que, como se sabe, não resolveu definitivamente a questão da discriminação racial naquele país, onde os negros foram submetidos a um regime de segregação racial até meados do século XX.

Na Europa, por sua vez, a Revolução Francesa fez ruir o absolutismo monárquico em 1789 e até os dias atuais é vista como um divisor de águas na relação Estado e indivíduos Com o lema "*Liberté, égalité, fraternité*", os revolucionários franceses, bem ao estilo europeu de pretensão universalista, proclamaram a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", onde solenemente reconheceram os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, assegurando-lhe a liberdade, a igualdade, a fraternidade e a propriedade privada. Não é demais lembrar que o primeiro artigo desta declaração estatui que "os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum" e esta seria a razão da existência do Estado, na forma como descrito no segundo artigo da declaração: "O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão."

Embora a França tenha mantido escravos nas suas colônias, de acordo com o texto dessa declaração não havia fundamento legítimo para tratamento desigual dos homens em qualquer parte do mundo que não se justificasse pela "utilidade comum", pois os proclamados direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem se referiam ao cidadão do mundo, não apenas aos cidadãos franceses. Entretanto, a declaração universal francesa é um exemplo emblemático das contradições do liberalismo colonial. No estudo crítico de Sala-Molin (2006), o lado escuro do iluminismo francês é colocado em evidência. O negro escravizado das colônias francesas não cabiam na categoria de "homem" ou de "cidadão" francês.[105]

[105] O primeiro artigo da declaração diz que "Os homens nascem e são livres e iguais em direitos". Mas aos negros era aplicado o *Code Noir*. Essa contradição é criticada por Sala-Molin, segundo o qual: "For the 'men' of this first paragraph are born and remain free and equal in rights, but however numerous they may be, they do not constitute the totality of all men. The Negro slaves and the saleable Negroes are (all) not part of that number, unless, of course, those Negroes are not men but movable assets as the Code noir specifies. And in that case, certainly, the 'men' of Article 1 refers to 'all men' because since the slaves are not men, the declarants would

E eis que coube à Revolução Haitiana dar o verdadeiro sentido da igualdade do homem proclamada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Ocupada por espanhóis e franceses desde o século XVI, e oficialmente reconhecida como colônia francesa no Século XVII por meio do Tratado de Ryswick, a região conhecida como São Domingos era a pérola das Antilhas, uma das colônias mais prósperas e rentáveis do período colonial e era mantida sob o jugo do Império francês graças a um violento sistema escravista. Em 1791, influenciados pelos movimentos revolucionários que estavam ocorrendo na França, os escravos e negros libertos de São Domingos se rebelaram, exigiram o fim da escravidão e lutaram pela igualdade de direitos. Aos poucos, o movimento foi ganhando força. Liderados por François-Dominique Toussaint L'Ouverture, os escravos se organizaram e lutaram contra as tropas francesas por mais de uma década. Com a morte de L'Ouverture em 1802, Jean-Jacques Dessalines passa a liderar o levante dos escravos que finalmente derrotaram os franceses em novembro de 1803, declararam a independência da ilha em 1º de janeiro de 1804 e, em sua primeira Constituição, de 1805, não apenas declararan a independência e os princípios do Estado Liberal, mas tambem consignaram, no artigo 2º, sem meias palavras, que a escravidão estava abolida para sempre.

Para Marcos Queiroz, segundo o qual a história da modernidade pode ser dividida em antes e depois de 1804, a população haitiana irá montar um vigoroso sistema de apropriação coletiva do território ao longo do século XIX, garantindo sua soberania em um mundo no qual o colonialismo era a norma. Com isso, colonialismo, plantation e escravidão tiveram que se readaptar para sobreviver. (Queiroz, 2022, p. 55-56)

As notícias dos movimentos revolucionários da França e dos EUA e do levante dos escravos no Haiti, chegaram ao Brasil e, de alguma maneira, nos ajuda a compreender as contradições do liberalismo da elite política, econômica e jurídica brasileira, que era liberal no discurso e escravista nas práxis cotidiana. Na verdade, essa "aparente" contradição entre liberalismo e escravismo, engendrou a arquitetura jurídica do Atlântico:

> Neste contexto, por todo o Atlântico, formula-se uma arquitetura jurídica destinada a evitar a reprodução do Haiti em outros territórios. As noções de soberania, cidadania, propriedade, liberdade e igualdade serão definidas à luz dos eventos de São Domingos, bem como serão recrudescidas as táticas de controle social sobre a população negra. O medo da Revolução Haitiana passa a ser o negativo constitutivo da normatividade estatal ao longo do século XIX,

---

have heaped ridicule on themselves by putting 'pickaxes' (that is how the colonists called their slaves) in the category of the 'free and equal in rights.' It is therefore important to read the opening of this first article literally, important not to stretch its meaning beyond the Declaration's intent, a declaration that affirms hardwon gains that the rhetoric of prejudice could also, perhaps, have used to adorn itself." (Sala-Molin, 2006, p. 59).

> criando cativeiros jurídicos para a população negra, tanto na escravidão, como no pós-abolição. (Queiroz, 2022, p. 57)

Não é difícil imaginar que, no Brasil Império, falar em liberdade e igualdade em pleno século XIX estava "na moda" e mostrava erudição. Mas a distância entre a realidade e a consciência jurídica liberal dos bacharéis de chibata,[106]dos rábulas do Império e dos integrantes do sistema de justiça brasileiro era um verdadeiro abismo. As ideias dos novos tempos estavam mudando! O liberalismo estava forjando um novo paradigma de Estado e o levante do Haiti trouxe para o mundo o verdadeiro sentido da igualdade. Mas, como formar um Estado Liberal em um país que, até 1822, era colônia de Portugal e, mesmo após a independência, continuava escravista de norte a sul?

Para entender essa aparente contradição da cultura jurídica do Brasil Império em relação a esse assunto, é preciso lançar luzes sobre o momento histórico brasileiro de forma um pouco mais situada, tanto em relação às fases do escravismo, quanto ao contexto político do Segundo Reinado. É que, como em José Murilo de Carvalho (2012), para entender a força da escravidão e, mais especificamente ao que interessa a essa tese, a sua sustentação jurídica na segunda metade do século XIX, é necessário observar mais de perto o problema à luz dos processos históricos logo após a independência do Brasil, marcados pelo processo de construção do Estado Imperial (Carvalho, 2012, p. 35).

Ao abordar as fases do escravismo no Brasil, Clovis Moura (2014), na clássica obra "Dialética Radical do Brasil Negro", entende que a escravidão teve duas fases distintas não apenas no seu aspecto demográfico, mas também no social, econômico, político e cultural: o **"escravismo pleno"**, que vai do ano de 1550, com o início da colonização, até o ano de 1850, com a extinção do tráfico negreio, quando se inicia a fase do **"escravismo tardio",** que vai até a abolição da escravidão, em 1888.

Essa periodização pode nos auxiliar a entender não apenas a ascensão e a decadência do escravismo, mas também as práticas sociais, políticas e jurídicas, bem como a percepção das pessoas (e aqui nos preocupa a percepção dos juristas) sobre o instituto da escravidão. Isto porque, no "escravismo pleno", pode-se dizer que havia um certo consenso entre os "homens livres" sobre a legitimidade da propriedade de seres humanos (escravos) e sua exploração

[106] Expressão atribuída aos bacharéis da primeira República, pelo fato de que o acesso ao ensino superior, e, mais especificamente às ciências jurídicas, era restrito aos filhos da elite escravista, que se formavam na Universidade de Coimbra ou nas primeiras faculdades de Direito do Brasil (Olinda/Recife e São Paulo). Esses bacharéis ocupavam cargos importantes na República e, por vezes, se envolviam em práticas escusas para manter o poder e os privilégios da elite escravista.

econômica, ao passo que, no "escravismo tardio", a escravidão vai sendo cada vez mais questionada, moral e juridicamente.

Para facilitar esse entendimento, Clóvis Moura elenca as características gerais desses períodos, com todas as ressalvas da existência de variáveis regionais.

Daí falar-se que, no "escravismo pleno", havia o seguinte: 1) Monopólio comercial da Metrópole (1808); 2) Produção exclusiva de artigos de exportação para o mercado mundial; 3) Tráfico de escravos da África de caráter internacional e o tráfico triangular como elemento mediador e mecanismo de acumulação na Metrópole; 4) Subordinação total da economia de tipo colonial à Metrópole e impossibilidade de uma acumlação interna de capitais em nível que pudesse determinar a passagem do escravismo para o capitalismo não dependente; 5) latifúndio escravista como forma fundamental de propriedade; 6) legislação repressora contra escravos, violenta e sem apelação; e 7) os escravos lutam sozinhos de forma ativa e radical contra o instituto da escravidão. Esses mecanismos permitirão a eficiência na produção para o mercado externo via trabalho escravo e o controle das constantes revoltas e outras formas de descontentamento dos escravos que desgastam sua estrutura e poderiam pôr em risco a sua eficiência em nível de produção e equilíbrio social. (Moura, 2014, p. 82-83)

Com o fim do tráfico negreiro, pela Lei Eusébio de Queiroz, de 1850,[107]inicia-se o "escravismo tardio", no qual se entrecruzam-se e superpõe-se relações escravistas e capitalistas, que alteraram significativamente o comportamento da sociedade escravista, tanto dos senhores e dos segmentos a ela subordinados ou influenciados, quanto dos escravos. Para Clovis Moura, essa fase possui as seguintes características fundamentais: 1) Relações de produção escravistas diversificadas regionalmente de foma acentuada, localizadas na parte que dinamiza uma economia nova, especialmente no Rio de Janeiro e São Paulo, onde se concentra de forma preponderante a população escrava; 2) Parcelas de trabalhadores livres predominando em algumas regiões, quer nas áreas decadentes, quer naquelas que decolaram com o café; 3) Concomitância de relações capitalistas (de um capitalismo já subordinado ao capital monopolista) e permanência de relações escravistas (Mina de Morro Velho); 4) Subordinação, no nível de produção industrial, comunicações, transportes (estradas de ferro), portos, iluminação a gás, telefone etc., ao capital inglês; no nível de relações comerciais, subordinação ao mercado mundial e sua realização, internamente, em grande parte, por casas comerciais estrangeiras, o mesmo acontecendo no setor bancário e de exportações; 5) Urbanização e modernização sem mudança nas relações de produção fundamentais; 6) Tráfico de escravos interprovincial substituindo o internacional. Aumento do seu preço em

[107] Que será minudenciada no tópico 5.1, quando será analisada a emergência da legislação antiescravista

consequência; 7) Trabalhador livre importado desequilibrando a oferta de força de trabalho e desqualificando o nacional; 8) Empresas de trabalho escravo; 9) Empresas de trabalho livre como a colônia de blumenau; 10) Empresas de trabalho livre e escravo como no sistema de parceria de Ibicaba em São Paulo e outras fazendas; 11) Influência progressiva do capital monopolista (estrangeiro) nesse processo; 12) Legislação protetora, substituindo a repressora da primeira fase; 13) Luta dos escravos em aliança com os segmentos sociais. A resistência passiva substitui a insurgência ativa e radical da primeira fase. (Moura, 2014, p. 123-124)

Na fase do "escravismo tardio" intensifica-se gradativamente a derrocada do regime escravista, tendo sido marcado por crises, encarecimento desse modo de produção, tensões políticas, pressões internas e internacionais (Inglaterra, em especial), aumento da resistência escrava, dentre outros fatores, que criaram as condições para o fortalecimento do movimento abolicionista.

Na linha do pensamento de Moura, vários fatores contribuíram para a derrocada desse regime escravista nessa segunda fase, entre eles: a) a Tarifa Alves Branco, de 1844, que, visando proteger os interesses comerciais e a indústria nacional, na tentativa de modernizar o capitalismo brasileiro, elevou as taxas alfandegárias do país[108]; b) A Lei de Terras , de 1850, que visava reorganizar a relação de posse e domínio das terras brasileiras;[109]c) A Léi Eusébio de Queirós, de 1850, que proibiu o tráfico internacional de africanos, estancando grande fonte de produção da mão de obra cativa, determinando o seu fim em período não muito longo e esvaziando a dinâmica demográfica que sustentava a escravidão; d) A Guerra do Paraguai, de 1865 a 1870, que afetou em grandes proporções todas as formas e os níveis de atividade da vida nacional (trabalho, indústria, comércio e política) e consequentemente as relações escravistas que já vinham se deteriorando desde o fim do tráfico internacional de escravos, com destaque para a participação compulsória dos escravos no Exército brasileiro para lutarem na guerra, levando a óbito um grande número de escravos;[110]e e) A política

[108] "O liberalismo escravista teve na Tarifa Alves Branco um dos seus momentos mais expressivos de manifestação e prática política. Reformar o Brasil, considerar que éramos uma sociedade baseada no trabalho escravo foi uma constante daqueles ideólogos que desejavam ver o Brasil moderno dentro dos quadros arcaicos da escravidão.' (Moura, 2014, p. 108)

[109] "A Lei da Terra tinha, no fundo, conteúdo político. Ela deu um cunho liberal à aquisição de terras no brasil, mas visava a, de um lado, impossibilitar uma lei abolicionista radical que incluísse a doação pelo Estado de parcelas de gleba aos libertos e, de outro, estimular o imigrante que via, a partir daí, a possibilidade de transformar-se em pequeno proprietário, aqui chegando." (Moura, 2014, p. 111)

[110] "Neste episódio a ideologia do branqueamento funcionou de modo dinâmico, procurando reestruturar e reordenar etnicamente a nossa sociedade através de uma política seletiva e racista na qual os membros dessas elites brancas somente participavam do conflito (quando participavam) nos seus níveis deliberantes: postos de comando. Enquanto isto a plebe e os escravos negros formavam o grosso da tropa que iama matar ou morrer nos campos paraguaios." (Moura, 2014, p. 141)

imigracionista, que incentivava a vinda de colonos estrangeiros para a substituição da mão de obra escrava pelo trabalho livre no Brasil. (Moura, 2014, p. 103-146).

As contribuições de Clóvis Moura são fundamentais para entender os discursos de legitimação da escravidão no período oitocentista, sobretudo a patir da período de declínio do modo de produção escravista. O Imperador, a classe política e os demais setores da sociedade, inclusive os juristas do Império, estavam vivendo a fase do "escravismo tardio" e, cada um à sua maneira, cumprindo o seu papel social naquela sociedade escravista, foram influenciados por todos esses fatores, diante da certeza de que a escravidão estava com os dias contados:

> O que se deve concluir é que, com a passagem do "escravismo pleno" para o "escravismo tardio", o bloco de poder escravista - o governo Imperial, políticos, intelectuais orgânicos e religiosos - foi criando, cada um na sua área de atividade, interesse e dinamismo, medidas que abriam caminho para a substituição desse tipo de escravismo em decomposição pelo trabalho livre que já se manifestava nas brechas cada vez mais largas no regime de trabalho dominante. (Moura, 2014, p. 146-147).

Ocorre que, essa transição precisava ser cuidadosamente articulada por esse bloco de poder escravista, para que a modernização do modo de produção fosse realizada sem alterar as estruturas de poder, ou, nas palavras de Moura, "procuravam, nesse processo de transição sem mudança social, reordenar seus interesses e os níveis de prestígio que poderiam ser ameaçados". Daí a preocupação com o problema da mão de obra, já que a imigração poderia ser insuficiente para suprir as necessidades da crescente economia cafeeira em ascensão, e com o problema da terra, pois era necessário conservar a posse dos senhores de escravos e dificultar o acesso aos outros grupos. (Moura, 2014, p.147)

A esse contexto histórico cunhado por Clóvis Moura, é preciso adicionar outro elemento crucial sobre o período da consolidação do Império brasileiro, pois, como defendeu Ilmar Rohloff de Mattos (1990), vivíamos o "**tempo saquarema**" que, no sentido mais estrito, vai desde o ano de 1834 até o início dos anos sessenta.

Ao abordar as relações sociais, políticas e econômicas da formação do Estado Imperial, o historiador chama a atenção para a importância dos grupos conservadores, especialmente a trindade saquarema do Rio de Janeiro,[111]na condução das grandes questões do Império. Os representantes e simpatizantes desse grupo eram chamados de

[111] A expressão "Trindade Saquarema" era uma alusão ao Gabinete Imperial do período de 1849-1853, integrados por Paulino José Soares de Souza (futuro Visconde do Uruguai), Eusébio de Queirós (que ocupou vários cargos na burocracia imperial) e Rodrigues Torres (futuro Visconde de Itaboraí).

“saquaremas”.[112]Durante o “tempo saquarema”, o Estado Imperial foi basicamente dirigido pelo grupo conservador que se organizava em torno do Imperador no Segundo Reinado e tinha o monopólio do discurso sobre as principais questões nacionais e de interesse da sociedade escravista.

Embora este grupo permitisse a participação dos liberais, chamados de “luzias”, os “saquaremas” mantinham a direção do poder imperial. Isso não significa, entretanto, que, em relação ao exercício do poder, a atuação dos conservadores se diferenciava muito da dos liberais. Vale aqui a célebre frase atribuída ao político pernambucano Antônio Francisco de Paula Holanda Cavalcanti acerca das convergências de interesses das elites políticas do Segundo Reinado: “Nada se assemelha mais a um ‘Saquarema’ do que um ‘Luzia’ no poder”. A propósito da política da escravidão após a extinção do tráfico internacional de escravos, por exemplo, Tâmis Peixoto Parron afirma, inclusive, que seria temerário asseverar que a defesa do cativeiro se prendeu a um dos partidos do Império:

> De fato, parlamentares de todas as cores concorreram para a reprodução da instituição no tempo como meio de desenvolvimento econômico do Estado nacional. Entretanto, ainda que havia dissenso sobre a conveniência do regime de trabalho, e os antigos líderes saquaremas, promotores do contrabando no decênio anterior, sobressaíram no Parlamento como campeões da ordem escravista. (Parron, 2009, p. 221)

Na mesma linha de raciocínio, Alfredo Bosi salienta que, no período de consolidação do novo império (de 1831 a 1860), o que atuou eficazmente foi um ideário de fundo conservador que produziu um complexo de normas jurídico-políticas capazes de garantir a propriedade fundiária escrava até o seu limite possível. (Bosi, 1988, p 4)

Para Ilmar Mattos, o “tempo saquarema” possui uma singularidade porque ele se apresenta, em primeiro lugar, como um produto daqueles processos, isto é, como resultado e condição da ação saquarema, porque a direção que eles procuravam exercer, e efetivamente exerciam, impunha que os saquaremas se constituíssem também em “produtores” ou “controladores” do tempo; em segundo lugar, porque traduz as questões relacionadas ao Estado Imperial, à classe senhorial e aos dirigentes saquaremas. (Mattos, 1990, p. 3).

Vale ressaltar que o conceito de “dirigentes saquaremas” é bastante amplo, pois Mattos está incluindo todos aqueles que orbitavam em torno do Poder Imperial e as camadas sociais

---

[112] Ao passo que os Liberais eram conhecido como “luzias”. O que não quer dizer que, em relação ao exercício do poder, a atuação dos conservadores, se diferenciavam muito dos liberais. Vale aqui a célebre frase atribuída ao político pernambucano Antônio Francisco de Paula Holanda Cavalcanti acerca das convergências de interesses das elites políticas do Segundo Reinado: “Nada se assemelha mais a um ‘Saquarema’ do que um ‘Luzia’ no poder”.

que, de certa forma, faziam parte ou tinham relação com a elite imperial, inclusive os juristas do Império:

> Por dirigentes saquaremas estamos entendendo um conjunto que engloba tanto a alta burocracia imperial - senadores, magistrados, ministros e conselheiros de Estado, bispos, entre outros - quanto os proprietários rurais localizados nas mais diversas regiões e nos mais distantes pontos do Império, mas que orientam suas ações pelos parâmetros fixados pelos dirigentes imperiais, além dos professores, médicos, jornalistas, literatos e demais agentes "não públicos" - um conjunto unificado tanto pela adesão aos princípios de Ordem e Civilização quanto pela ação visando a sua difusão. (Mattos, 1990, p. 4).

Em tempos de tensões políticas, econômicas e sociais, buscava-se consolidar a unidade nacional em torno do Imperador e, para isso, "era preciso que os homens livres do Império tanto se reconhecessem quanto se fizessem reconhecer como membros de uma comunidade - o 'mundo civilizado', o qual era animado, então, pelo ideal do progresso". (Mattos, 1990, p. 12).

Nesse ideal, embora os "saquaremas" considerassem a existência de diferenças nas instituições civis brasileiras em relação às nações mais civilizadas da Europa, não se questionava a escravidão sobre a qual se sustentava a sociedade brasileira. Como asseverou Mattos, "a ninguém parecia digno notar que a razão fundamental de uma diferença residia na persistência da escravidão". (Mattos, 1990, p. 12). Indiferentes a esse fato, os "saquaremas" conduziram a política, a economia, o direito e tudo o mais que interessava à consolidação do Império.

Sobre a condução da questão da escravidão, o "saquaremas" aprofundaram uma política de Estado objetivando organizar a escravidão, por meio de uma série de atos legislativos de cunho nitidamente conservadores.[113]

Na visão de Tâmis Peixoto Parron (2009) essa nova política da escravidão, sobre a qual, em certa medida, convergiam grande parte dos conservadores e liberais, adotou as seguintes estratégias:

> i) blindar o Parlamento contra discussões sobre o cativeiro; ii) fomentar a imigração livre para obter fonte paralela – e não excludente – de mão de obra-barata; iii) e proteger certos fluxos de cativos, tanto no retorno dos evadidos para as repúblicas vizinhas, onde o cativeiro não obtinha reconhecimento legal. (Parron, 2009, p. 221)

[113] "Esta pletora de leis, decretos, regulamentos, decisões, avisos, regimentos e outras normas jurídicas não deixa de caracterizar também, como em outras sociedades, a prevalência de um princípio conservador." (Mattos, 1990, p. 176).

Não se pode perder de vista também a periodização feita por Clóvis Moura, pois os fatores relacionados ao "escravismo tardio" influenciaram na condução da política escravista dos "saquaremas" e, em especial, as pressões inglesas que colocavam em xeque soberania nacional:

> Na verdade, o Estado imperial não foi um agente antiescravista. Pelo contrário, ele foi o agente privilegiado na procura da preservação do monopólio da mão-de-obra, ao lado de outros monopólios, por uma classe que ele é obrigado a forjar para tanto, no momento de restauração de um nexo que era não só a razão de sua existência como a da própria classe. Forçado a uma defensividade, ele procura eliminar ou restringir as razões de sua vulnerabilidade, a começar pela extraterritorialidade do mercado de trabalho. Por isso mesmo, a extinção do tráfico intercontinental era a maneira de preservar a escravidão ou o monopólio da mão-de-obra.
> Dizendo de outra maneira: a disjunção ou Soberania Nacional ou tráfico negreiro intercontinental acabou por impor a associação íntima entre Império e Escravidão. Uma associação que implicava um desdobramento em políticas específicas e profundamente articuladas, de um lado; uma associação que era toda a força e toda a fraqueza do Estado imperial - e dos Saquaremas - ao mesmo tempo, por outro lado. (Mattos, 1990, p. 228).

Assim, a intenção de manutenção da "Ordem" e a difusão de uma "Civilização", objetivos fundamentais buscados pelos "saquaremas" para a construção de um Estado imperial e para a constituição da classe senhorial, tinha um significado de continuidade das estruturas de poder escravistas. Aqui, o sentido de "Ordem" é bastante esclarecedor:

> Manter uma Ordem não significava, unicamente, prevenir ou reprimir os diferentes crimes públicos, particulares e policiais arrolados no Código Criminal, reprimir os levantes da malta urbana, pôr fim às lutas pela posse da terra, combater as insurreições dos escravos e destruir os quilombos, além de procurar conhecer a população do Império, sua distribuição e ocupação, vigiando aqueles que eram sempre vistos como vadios e desordeiros. E nem apenas forjar, em alguns casos meramente copiar, um conjunto de instituições políticas, administrativas, judiciárias e, de outra natureza, velando pelo seu correto desempenho. **Manter uma Ordem significava, efetivamente, garantir a continuidade das relações entre senhores e escravos, da casa-grande e da senzala, dos sobrados e dos mocambos**; do monopólio da terra pela minoria privilegiada que deitava suas raízes na Colônia e no tempo da Corte Portuguesa no Rio de Janeiro; das condições que geravam a massa de homens livre e pobres, reforçadores do monopólio da violência pelos senhores rurais ou agregados, às famílias urbanas…(Mattos, 1990, p. 281-282). (Grifo nosso)

Os juristas do império, os quais estavam implicados os pés à cabeça nas burocracias do poder imperial, são produtos deste mesmo "tempo saquarema" e o discurso jurídico que vai

ser forjado na década de 50 em diante não deixa de estar associado às pretensões de "Ordem" e de "Civilização" para as quais a manutenção da escravidão era pressuposta ou, no limite, o adiamento da abolição, até que fosse possivel a modernização das relações de produção com a introdução do trabalho livre, sem que isso implicasse em prejuizos econômicos e em perda de poder da classe senhorial. E, com isso, os juristas do Império forjaram um modelo de Estado e de Direito de base escravocrata que se consolidou ao longo do tempo e ultrapassou o Estado Imperial, pois seus efeitos são sentidos até os dias atuais.

Concordamos, pois, com Ilmar Mattos sobre a continuidade do "tempo saquarema", pois os "saquaremas" ainda estão entre nós, e estamos com Marcos Queiroz, no sentido de que passado, presente e futuro se mesclam de maneira espiralar, pois "no fim, senhores e juristas, juristas-senhores, dançam fantasmagoricamente a mesma e sinistra canção, tema do ritual daqueles que visam levar o seu domínio à eternidade."[114]

Outro aspecto importante para entender o discurso jurídico de meados do século XIX, já no "escravismo tardio", é que, ao longo da primeira fase do "escravismo pleno", o negro brasileiro era considerado apenas escravo, de modo que os problemas relacionados à população escrava eram resolvidos sob a ótica do direito de propriedade e prevalentemente por uma justiça privada (senhorial). Quando a ordem jurídica desse período se ocupava do corpo negro era geralmente para conter revoltas e manter a dominação sobre os escravos. Isso implicava assegurar o poder dos proprietários sobre os escravizados não apenas para negociá-lo como mercadoria e para explorar sua força de trabalho nas monoculturas e serviços domésticos, mas também para impor os mais diversos tipos de violências e estratégias disciplinares para alcançar obediência servil[115] e satisfazer as necessidades políticas, econômicas, sociais, morais, sexuais e afetivas da classe senhorial.

O avanço da doutrina econômica liberal sobre as práticas mercantilistas e a consolidação do capitalismo inglês sobre as demais nações fomentaram a realização de tratados de cooperação e amizade para a abertura de portos e para o incremento do mercado

---

[114] QUEIROZ, Marcos. Assombros da Casa-Grande: Constituição de 1824 e as vidas póstumas da escravidão. (no prelo)

[115] "Procurando manter a disciplina necessária no plantel para consecução rápida e eficiente das diversas tarefas da fazenda, senhores e seus prepostos desenvolviam uma pedagogia baseada na estrita obediência, buscando adestrar a força de trabalho nos moldes da submissão. Em resposta a esses procedimentos disciplinares, os cativos respondiam inicialmente, com aparente passividade e incompreensão. Mais tarde, ultrapassados os limites considerados aceitáveis, os escravos passavam à exteriorização violenta de seu desagrado às normas. Além disso, os senhores e feitores, predispostos a avaliar qualquer resposta não automática do escravo como má vontade e, ainda, exasperados com a resistência passiva dos mesmos, tendiam a enxergar em pequenos atos de sua força de trabalho a contestação à autoridade senhorial. Assim, forjar a estrita obediência, disciplinar os gestos, submeter os corpos a atitudes humildes mostrava-se como um treino necessário para a obtenção de um ritmo de trabalho proveitoso aos escravos. Por outro lado, porém, colaborava também para que os mesmos desenvolvessem atitudes mais acurada de resistência." (Machado, 1987, p. 81).

consumidor europeu. Assim, com o avançar do século XIX, a defesa da liberdade ganhou novos contornos devido a vários fatores, notadamente pelas exigências do capitalismo global para o qual a mão de obra escrava já não era um bom negócio, o que levou o Reino inglês a pressionar Portugal para a extinção do tráfico negreiro. Por isso, desde 1810, Portugal e o Reino inglês vinham estabelecendo acordos diplomáticos de comércio e para abolição gradual do tráfico de escravos nas colônias portuguesas.

A Constituição do Império de 1824, por sua vez, acompanhou a tradição dos estatutos constitucionais da época que, "de tão iluministas e liberais", asseguravam liberdade, igualdade e fraternidade para "todos os cidadãos", embora, na prática cotidiana, os negros escravos e libertos não eram considerados cidadãos.

Mas é preciso ampliar o olhar sobre a Constituição imperial, pois, embora seu texto não tenha nominado a "escravidão" ou os "escravos" nas suas disposições, não foi omissa a respeito, embora tenha sido formulada ao longo dos anos e até os dias atuais o mito de que a constituição de 1824 era a mais liberal do seu tempo e que foi omissa em relação à escravidão.

Ao contrário, pois, como se extrai dos estudos de Marcos Queiroz (2022), a Constituição de 1824 era essencialmente escravista. Explico!

Nos debates da constituinte de 1823, a questão da escravidão foi objeto de intensas discussões, com destaque para o o texto incluído pelo "Projeto dos Andradas", que previa, entre outros, os seguintes dispositivos:

> Art. 5º São brasileiros:
> (...)
> VI. Os escravos que obtiverem carta de alforria.
>
> Art. 123. São cidadãos ativos para votar nas assembleias primárias ou de paróquia:
> I. Todos os brasileiros ingênuos e os libertos nascidos no Brasil.
>
> Art. 254. Terá igualmente cuidado de criar estabelecimentos para a catequese e civilização dos índios, emancipação lenta dos negros e sua educação religiosa e industrial.
>
> Art. 265. A Constituição reconhece os contratos entre os senhores e os escravos; e o governo vigiará sobre a sua manutenção. (MENCK, 2023)

Para Marcos Queiroz, o projeto expressava os ideais reformistas do cativeiro defendidos por José Bonifácio, contando com dispositivos emancipacionistas e uma definição ampliada de cidadania, incluindo libertos nascidos no Brasil e na África, tal qual havia sido

aprovado em Lisboa e destaca:

> Portanto, os libertos, independentemente do lugar de nascimento, eram cidadãos passivos. Em relação aos ativos, havia a necessidade de ser nascido no Brasil. Questões que aparentavam ser de detalhes, mas que carregavam um mundo, especialmente para o núcleo duro da formação brasileira, o tráfico de escravizados. Diante do aumento da pressão inglesa e da abolição do comércio de viventes por diferentes países, prever constitucionalmente a cidadania de africanos livres poderia, em um futuro bastante breve, trazer complicações para os interesses dos mercadores e proprietários de escravizados. Caso o Brasil assinasse tratados internacionais ou passasse leis que terminassem com o tráfico, como aconteceria, e o comércio prosseguisse na forma de contrabando, como também aconteceria, a previsão constitucional de cidadania para os africanos poderia dar lastro para demandas judicias e, na visão senhorial, abrir vasto caminho para a desordem e deslegitimação da escravidão. Portanto, se era útil conceder cidadania aos libertos no Brasil, como demonstrado pelo conhecimento acumulado desde a colônia e pelo exemplo haitiano, por outro lado era temerário retirar do limbo jurídico os africanos libertados, pois aí seria estender o conceito até ele tocar no centro de reiteração da sociedade brasileira: o tráfico. (Queiroz, 2022, p. 301-302)

Apesar dos avanços em relação aos libertos, o projeto não deixava de representar problemas para a consciência negra, como bem ressaltou o autor em relação às disposições do art. 254 e 265 do projeto, diante da previsão programática de emancipação e educação religiosa e industrial dos escravizados e a vigilância do Estado sobre a propriedade escrava. (Queiroz, 2022, p.302)

De todo modo, o texto vencedor na Constituição de 1824, que acabou sendo outorgada por Dom Pedro I, abandonou o Projeto dos Andradas. No estudo de Perdigão Malheiro já se sinalizava uma aparente omissão constitucional sobre a questão da escravidão:

> Ainda em 1823, na Assembléia Constituinte Brasileira a questão foi aventada. O pensamento da abolição gradual, consignado no Projeto de Constituição art. 254 passou para a Lei de 20 de Outubro de 1823, art. 01, §10.
> Mas a Constituição de 1824 cousa alguma se disse sobre escravos, nem no Acto Addicional de 1834, que extinguio os Conselhos Geraes de Provincia e substituio pelas Assembléas Provinciais, nem na Lei de interpretação de 1840. - De sorte que a ideia abolicionista parecia perder terreno, ao menos na legislação. (Malheiro, 1987b, p. 201).

Ocorre que, essa aparente omissão constitucional não passava de mais um dispositivo de racialidade, pois, entre ditos e não ditos, e, embora não tenha feito referência expressa à questão, a branquidade deixou suas raízes na Constituição quando tratou dos "Cidadãos Brazileiros", no art. 6º, do Título 2º, das "Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos

Cidadãos Brazileiros", no art. 179, do Título 8º[116] negando a possibilidade de concessão de cidadania aos africanos não nascidos no Brasil (logo, a maioria dos escravos), restringir a cidadania dos libertos, bem como ao reconhecer a plenitude do direito de propriedade.

O art. 6º, da Constituição Imperial de 1824, elenca quem são considerados cidadãos brasileiros:

> Art. 6. São Cidadãos Brazileiros
> I. Os que no Brazil tiverem nascido, **quer sejam ingenuos, ou libertos**, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.
> II. Os filhos de pai Brazileiro, e Os illegitimos de mãi Brazileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio.
> III. Os filhos de pai Brazileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil.
> IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia.
> V. Os estrangeiros naturalisados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação.

Tâmis Parron enfatiza a ambivalência do inciso I, do referido dispositivo, que, em apenas duas linhas e meia fixaram o quadro institucional das defesas da escravidão por mais de seis décadas no Brasil (Parron, 2009, p. 27). Por isso, o historiador destaca a estratégia constitucional de produzir a escravidão por meio de um dispositivo que, em tese, foi feito para produzir liberdade:

> Efetivamente, a inclusão de mulatos e libertos no campo dos direitos civis pode ter servido ao propósito de afastá-los do mundo dos excluídos (escravos) e, assim, reproduzir ressurreições populares fundadas na solidariedade de cor (união de cativos e libertos). Além disso, acabou também por enformar discursos em favor do tráfico negreiro e da escravidão. Noutras palavras, a inscrição do Brasil na modernidade política por meio da Constituição produzia a liberdade civil para melhor reproduzir a escravidão (Parron, 2009, p. 55)

Numa sociedade escravocrata onde ainda não havia previsão legal de alforrias, é evidente que a Constituição transferiu/legitimou o poder da classe senhorial para o controle da concessão de cidadania para os ingênuos e libertos. É o que ressaltou Marcos Queiroz, para quem,

---

[116] Que deve ser lido em conjunto com o art. 94, inciso II, o qual vedava o direito de votar e ser votado aos libertos.

> o sumiço das disposições emancipacionistas e intervencionistas no texto final de 1824 ampliavam os efeitos senhoriais do art. 6, I. Pois a combinação entre silêncio sobre os direitos dos escravos e o controle branco da cidadania transformava o livre arbítrio dos senhores sobre a propriedade escrava em livre arbítrio sobre a construção e difusão da cidadania no país. (Queiroz, 2022, p. 318)

Já o art. 179 estabeleceu a inviolabilidade dos direitos civis e políticos que, por uma interpretação sistemática, eram destinados apenas àqueles que são considerados cidadãos brasileiros. E a pedra de toque para a questão da escravidão era o direito de propriedade, inclusive sobre a propriedade de seres humanos (escravos), sendo certo que a Constituição não silenciou quanto ao seu caráter absoluto:

> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
> (...)
> XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

Na verdade, os conceitos de propriedade e liberdade estavam juridicamente interligados na Constituição de 1824, conforme enfatizou Keila Grinberg:

> A liberdade é definida em função da propriedade; para muitos dos defensores do liberalismo da época da Independência, este não era um problema tão complicado: bastava que o Estado assegurasse os direitos de posse (de escravos, inclusive) e deixasse os outros setores livres para a formação de uma lógica liberal. (Grinberg, 1994, p. 30-31).

O estudo de Marcos Queiroz (2022) nos auxilia nessa compreensão e seus reflexos no contrabando de escravos, a partir da leitura conjugada dos dispositivos constitucionais citados acima:

> Ponto fulcral dos quentes debates em 1823 e dilema nevrálgico da lógica social brasileira, a cidadania seria concedida somente aos libertos nascidos no Brasil, jogando para o limbo jurídico os africanos. Essa negação constitucional facilitaria o contrabando negreiro das décadas seguintes, quando mais de 750 mil africanos e a totalidade de seus descendentes seriam ilegalmente escravizados no país. Os dispositivos 254 e 265 do Projeto dos

> Andrada, de caráter emancipacionista e interventor na relação entre senhor e escravo, sumiriam do novo texto. Consolidava a interpretação senhorial do direito de propriedade escrava como um direito absoluto, acima da lei, da regulamentação normativa e da ação estatal. Esse sentido seria complementado pela hermenêutica escravocrata do art. 179, XXII, localizado no Título 8o da Constituição, que dispunha sobre os direitos civis e políticos. O dispositivo dizia que era "garantido o direito de propriedade em toda sua plenitude." Boa parte da doutrina constitucional brasileira vale-se do Título 8º para afirmar o caráter progressista e o espírito liberal de 1824,757 na medida em que foi a primeira Constituição a dispor sobre direitos fundamentais no próprio texto. Com toda certeza, na medida em que a consciência senhorial nunca deixa de ser anacrônica no Brasil, os constitucionalistas de hoje compartilham do liberalismo do passado, ambos imbuídos no senso escravista de um país dividido entre cidadãos e cativos. A partir dessa visão, é perfeitamente possível ler a Constituição Escravista de 1824 como avançada. Tão avançada que parece que ainda vivemos sobre o seu tempo. (Queiroz, 2022, p. 313)

Nessa perspectiva, o aparente e estratégico silêncio constitucional acerca da questão da escravidão não pode ser desprezado. Como visto, a Constituição Imperial de 1824 não apenas dispôs sobre a escravidão, como também a legitimou sob a batuta da cidadania e da inviolabilidade dos direitos civis e políticos, e foi assim interpretados na ordem jurídica daquele tempo:

> A engenharia por trás dos arts. 6, I e art. 179, II, com a consequente exclusão dos arts. 254 e 265, significava a constitucionalização das políticas de silêncio. O silêncio seria viga mestra da hermenêutica senhorial do lugar jurídico da cidadania negra. Ele selava o pacto entre Estado-nação e escravidão, deixando nas mãos dos senhores os rumos do processo de emancipação e, consequentemente, da expansão da cidadania. O conceito mais caro à modernidade era controlado e dirigido da soleira da Casa-Grande. O silêncio também jogava para a cúpula do estado (executivo e diplomacia) o crucial dilema do tráfico negreiro. As travas sobre a cidadania dos africanos livres significavam um direcionamento constitucional mais amplo de embarreiramento e protelamento de qualquer debate a respeito do comércio de pessoas no Atlântico, fornecendo um quadro jurídico e político extremamente útil para o porvir da classe senhorial brasileira. Era a armação cosnstitucionalizante da futura ilegalidade estrutural, quando tratados e lei abolirão o tráfico a partir do final da década de 1820. (Queiroz, 2022, p. 314)

Pelo visto até aqui, sabe-se que, ao longo de todo período oitocentista, a questão da legitimidade da escravidão estava em pauta e foi objeto de avanços e retrocessos no plano político, jurídico e social. Diversos atos legislativos foram editados até culminar com a abolição definitiva da escravidão em 13 de maio de 1888. Um pouco da trajetória legislativa será trabalhada no capítulo seguinte, pois a emergência de uma legislação antiescravista, engendrada no "escravismo tardio" e sob o "tempo saquarema" fez parte de um jogo

complexo de correlações de forças.

Mas é preciso, no momento, concentrar a investigação sobre a elite jurídica brasileira do período oitocentista, pois a manutenção da escravidão ao longo do século, só foi possível porque havia uma dogmática jurídica que dava sustentação ao direito de propriedade de seres humanos. Ora, estou falando do século XIX, período no qual as ideias liberais já transitavam no discurso jurídico oitocentista. Mas não apenas! Os próprios juristas tinham pleno conhecimento de que a escravidão antiga não possuía fundamento nas leis naturais, o que, numa perspectiva jusnaturalista,[117] afastaria a legitimidade da escravidão moderna desde sua adoção, no século XVI, como parte do projeto colonial europeu. Cita-se ainda que, por influência do Marquês de Pombal, foi introduzida no Brasil a chamada Lei da Boa Razão, de 18 de Agosto de 1769,[118]que tinha o condão de resolver conflitos normativos em caso de lacunas e insuficiência dos critérios estabelecidos nas Ordenações Filipinas de 1603. Com a Lei da Boa Razão, estava autorizada a aplicação subsidiária do Direito Romano no Brasil, desde que este tivesse fundado na "boa razão". Na prática, a regra consistia numa limitação do Direito Romano como fonte de direito, pois este teria lugar somente quando fundado na "boa razão", mas também significava a observância dos princípios do direito natural e das gentes na ordem jurídica brasileira.

É importante salientar que não abordo a cultura jurídica oitocentista apenas com o olhar do presente, pois a instituição da escravidão de negros africanos, inerente ao sistema mercantilista e mola propulsora do capitalismo europeu, já nasceu despida de base filosófica. Uma espécie de vício de origem!

Fato é que, quando a questão foi tratada pelas mentes ilustradas do período colonial por meio de um discurso cambaleante, ora repudiando a escravidão de africanos, ora justificando a dominação europeia sobre os povos escravizados. Não me cabe fazer contemporização para justificar o posicionamento dos juristas do século XIX, ou sair na da defesa dos "pecados intelectuais" dos nossos antepassados, como o fez Perdigão Malheiro em relação à posição da Igreja na época da escravidão,[119]que tinha plena consciência de que a

---

[117] Por essa perspectiva, o jurista poderia se valer dos princípios do direito natural e da razão para interpretar a lei. Sobre a dicotomia direito natural e direito positivo, Bobbio (2006, p. 28) destaca a maior liberdade que tinha o julgador para aplicar a lei, já que os princípios do direito natural eram fontes do direito na mesma proporção que as demais normas.

[118] PORTUGAL. Lei da Boa Razão, de 18 de Agosto de 1769. Disponível em: https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/7599.pdf. Acesso em: 06.02.2023.

[119] Veja a defesa de Malheiro sobre o Bispo Las Casas sobre a escravidão na América: "Tem-se pretendido que o venerando Padre Bartholomeu Las Casas, Bispo de Chipapa, foi o introductor do commercio dos escravos negros na America. Mas é este um ponto historico fóra de duvida. A escravidão dos negros já ahi existia, e o commercio desses escravos já se fazia em não pequena escala. Se aquElle virtuoso prelado se não oppôz, foi porque entrevio um allivio para os desgraçados Indios, que erão sem dó nem compaixão maltratados, escravisados, perseguidos e

Filosofia, a jurisprudência e o Direito concorreram para a existência e manutenção da escravidão (Malheiro, 1867, p.84).

Poderíamos buscar mais argumentos para essa afirmação em algum ilustrado pensador europeu. Poderíamos ir em Montesquieu, o qual, no seu "Espírito das Leis", de 1748, repudiava a escravidão aduzindo que não era boa por natureza,[120] ao mesmo tempo em que se referia aos negros de forma abertamente racista, inferiorizando-os em relação aos europeus.[121] Ou então, pedir o auxílio de Rousseau, que em seu "Contrato Social",[122]de 1762, condenava a escravidão, entendendo que não havia direito na submissão de um homem pela força. É claro que para Rousseau a escravidão seria legítima em caso de guerras, por exemplo, mas seu discurso por vezes é contraditório, como se percebe no seu silenciamento sobre o *Code Noir* francês. Seria salutar chamar ao debate mais um contratualista, Hobbes (2012), o qual, em 1651, com sua metáfora do estado de natureza, de guerra de todos contra todos, concebia a escravidão puramente sob a ótica da dominação, como parte inalienável do poder. Assim, "a condição do escravo é definida em termos de uma sujeição não assentida" (Silva, 2009a, p.

---

exterminados pelos colonos. Além de que, segundo as idéas daquela época, a escravidão dos negros e esse commercio não eram tidos em horror como o seculo actual; todos pagão o tributo ás idéas do seu tempo. (Malheiro, 1867b, p. 5)". Em diversos momentos Malheiro saiu em defesa da Igreja no Brasil, como o fez em relação ao Padre Antonio Vieira, pois, segundo afirma, não se podia esperar algo diferente das mentes virtuosas do tempo da escravidão: "É digno de nota que espíritos elevados, varões illustres e virtuosos desses séculos XVI, XVII e mesmo XVIII, ao passo pregavão contra a escravidão dos Indios por attentatoria dos direitos do homem, da lei natural e Divina, e altamente prejudicial não só á educação, catequese e civilisação do Indio, mas e muito ao Estado, á sociedade; ao contrario disto, em se tratando dos Africanos negros, ou nada dizião, ou aconselhavão abertamente a introducção, mesmo em grande escala, de semelhante gente como escravos, por superiores aos Indios para os duros trabalhos da mineração e da lavoura." (Malheiro, 1867b, p. 10). Em outro momento consigna que: "Se Padres, Igrejas e Conventos tem possuido e possuem escravos, não prova isto senão um abuso, um facto; e por modo algum que esteja no espirito da religião Chistã legitimar a escravidão." (Malheiro, 1867b, p. 84).

[120] "Não é boa por natureza; não é útil nem ao senhor, nem ao escravo; a este, porque nada pode fazer por virtude; àquele, porque contrai com seus escravos toda a sorte de maus hábitos e se acostuma insensivelmente a faltar contra todas as virtudes morais: torna-se orgulhoso, brusco, duro, colérico, voluptuoso, cruel.
Nos países despóticos, onde já se está sob a escravidão política, a escravidão civil é mais tolerável do que em outras partes. Todos devem ficar bastante contentes de terem sua subsistência e a vida. Assim, a condição de escravo é pouco pior do que a do súdito.
Mas no governo monárquico, onde é soberanamente importante não abater ou aviltar a natureza humana, não deve haver escravos. Na democracia, onde todos são iguais, e na aristocracia, onde as leis devem fazer esforços para que todos sejam tão iguais quanto a natureza do governo pode permitir, escravos são contrários ao espírito da constituição; só servem para dar aos cidadãos um poder e um luxo que eles não devem possuir." (Montesquieu, p. 1996. 253).

[121] Apenas para exemplificar, cita-se um dos trechos da obra: "Se eu tivesse que defender o direito que tivemos de tomar escravos os negros, eis o que diria: Tendo os povos da Europa exterminado os da América, tiveram que escravizar os da África para utilizá-los para abrir tantas terras. O açucar seria muito mais caro se não fizéssemos que escravos cultivam a planta que o produz. Aqueles de que se trata são pretos dos pés à cabeça; e têm o nariz achatado que é quase impossível ter pena deles. Não nos podemos convencer que Deus, que é um ser muito sábio, tenha posto uma alma, principalmente uma alma boa, num corpo todo preto." (Montesquieu, 1996.p. 256-257).

[122] Para Rousseau, nenhum homem tem uma autoridade natural sobre seu semelhante e a força não produz nenhum direito. Portanto, as "palavras escravidão e direito são contraditórias, exlcuem-se mutuamente. Seja de um homem a outro, seja de um homem a um povo, esse discurso será igualmente insensato. (Rousseau, 2011 p. 63).

30). E o que diria Locke, pai do liberalismo inglês? Este, no seu "Segundo Tratado sobre Governo Civil", de 1689, criticava a escravidão voluntária ou consentida, mas também buscou argumentos para legitimar o projeto escravista colonial com base no discurso da guerra justa[123] e para justificar o domínio dos proprietários sobre os escravos com fundamento no princípio liberal da propriedade privada.[124] Até aqui, porém, estaríamos tentando compreender a escravidão sob a ótica do dominador.

É necessário, então, dialogar com juristas brasileiros do século XIX e entender como esses discursos foram manipulados para, numa cultura jurídica que se dizia - ou pretendia ser - liberal, encontrar justificativas para a escravidão.

Como toda investigação científica não deixa de ser marcada por um processo de escolha, optei por três juristas brasileiros que transitaram no meio jurídico e político do Brasil Império no periodo oitocentista e tiveram um papel fundamental nas questões relativas à escravidão e às demandas de liberdade. Refiro-me a **Agostinho Marques Perdigão Malheiro (1824-1881), Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) e Antônio Pereira Rebouças (1798-1880).**

A produção intelectual, jurídica e política dos referidos juristas se deram sob a égide da fase do "scravismo tardio" de que falava Clovis Moura e integravam, em certa medida, os "dirigentes saquaremas", na acepção de Ilmar Mattos, com relevante atuação nas questões jurídicas do império nas décadas de 50 e 60 do século do Século XIX, ou seja, no "tempo saquarema", quando o instituto da escravidão passava por uma crise de legitimidade moral, política e jurídica e, por isso, era preciso encontrar respostas jurídicas para a sua manutenção ou, no limite, para o adiamento da abolição.

Portanto, essa trindade de notáveis juristas têm muito a nos dizer sobre o papel desempenhado pela dogmática jurídica na legitimação da escravidão no período oitocentista, no qual prevaleceu dogmática jurídica casuística em que o mal da escravidão era repudiado por meio da retórica jurídica e de fugas discursivas e ao mesmo tempo sustentada por uma lógica ambivalente de proteção dos direitos adquiridos dos senhores sobre a propriedade de seres humanos, acompanhada de algumas flexibilizações ou "concessões" aos escravos com

---

[123] "Seria esta a condição acabada da escravidão, nada mais que 'o estado de guerra permanente entre o conquistador legítimo e o cativo. Ora, se entre eles se ajusta um pacto, um acordo visando limitação do poder de um lado e obediência de outro, cessa o estado de guerra e de escravidão enquanto vigorar o pacto. De fato, como dissemos anteriormente, não se pode transferir a outrem por um acordo aquilo que se não possui, ou seja, poder sobre a própria vida" (Locke, 2002, p. 36).

[124] Segundo André Drumond Mello Silva, em Locke a escravidão é defensável e justa. "Trata-se, para ele, de pensá-la de acordo com a lei natural, como punição justa aos seus transgressores. Será justamente na observação à lei da natureza e na preservação do direito natural que o autor irá fundar a sua defesa da propriedade e da vida como limites do alcance e razão da formação do Estado." (Silva, A, 2009, p. 37).

base na Lei da Boa Razão, na doutrina romana do "favor à liberdade" ou mesmo em princípios humanitários herdados do iluminismo. .

4.2.1 Pioneirismo de Perdigão Malheiro: incursões dogmáticas sobre a escravidão

Começo por **Perdigão Malheiro**, o qual, sendo um jurista branco e senhor de escravos em uma sociedade escravista, teve a audácia de escrever uma obra jurídica especificamente sobre o tema da escravidão. Audacioso não apenas pela coragem,[125]mas também porque a questão da escravidão, assim como do racismo no âmbito da dogmática jurídica, sempre foi marcada pelo silenciamento. Sobre esse silenciamento acadêmico já me ocupei em outro lugar. Cabe-me aqui chamar Perdigão Malheiro para a conversa, pois ele, num rompante de branquidade crítica,[126] suspendeu o véu da branquidade por um instante para constatar a ausência de estudos sobre o assunto na "Carta ao leitor" que abre o Primeiro Volume da obra, pretendendo preencher "uma grande lacuna da nossa literatura jurídica", embora as "circunstâncias públicas e notorias aconselhão reserva e prudencia", mas, "para que uma ideia germine e fructifique" seria "preciso lança-la, como a semente, em estação apropriada" (Malheiro, 1866, Carta ao leitor).

O pai do nosso jurista, o homônimo Agostinho Marques Perdigão Malheiro (1788-1860), foi um integrante da elite colonial brasileira que não fugiu à tradição dos filhos das pessoas de posse que iam para Portugal no intuito de, com o diploma de bacharel, ocupar os melhores cargos na burocracia estatal e desfrutar das benesses da sociedade escravista. E assim, o pai do nosso autor se formou em 1812 na Universidade de Coimbra e teve sólida carreira jurídica no Império, como juiz de fora de Santos (São Paulo), de Mariana (Minas Gerais), de ouvidor interino de Ouro Preto e Juiz de Fora de Campanha (Minas Gerais), de desembargador do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, vindo a assumir o topo da carreira da magistratura com o cargo de ministro do Supremo Tribunal de Justiça, em 19 de maio de 1846.

Com essas credenciais do pai não é difícil imaginar a sorte de Perdigão Malheiro (o filho), objeto desta conversa. Formou-se em letras pelo Colégio Dom Pedro II, no Rio de Janeiro, onde exerceu a advocacia a partir de 1850. Posteriormente ingressou nas Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de São Paulo. O autor tinha experiência nas causas

[125] Na apresentação da obra o autor registrou seu descontentamento por não ter tido auxílio ou apoio para a produção ou publicação.
[126] Na acepção de Lourenço Cardoso, abordada no Capítulo 3.

jurídicas da escravidão, como advogado e Procurador de Feitos da Fazenda Nacional, tendo atuado ainda como curador de africanos, segundo afirmou na "Introdução" do Terceiro Volume da obra, publicado em 1867. Esse contato direto com o tema, o fez "testemunha ocular", como ele próprio confessou (Malheiro, 1867, p. 66). Essa rápida biografia permite perceber que Perdigão Malheiro desempenhou relevante papel na comunidade jurídica brasileira do Império, vindo a ocupar a presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros nos idos de 1861 a 1866. Supõe-se, então, que no momento da concepção dessa obra, especialmente do primeiro volume, publicado em 1866, o autor estava envolvido nos debates sobre a escravidão que ocorria entre os advogados do Império e os embates com o civilista Augusto Teixeira de Freitas, do qual falarei oportunamente.[127]

Os registos feitos pelo jurista dão conta de que sua preocupação com o tema e a pesquisa para a produção da obra era antiga, ao menos desde o início do exercício da advocacia:

> Desde 1850 manifestei publicamente estes votos, quando dei á luz um modestissimo trabalho historico. Em meados de 1864 annunciei em seção do Instituto Hist. e Geogr. Bras. que me occupava do presente Ensaio; e tive a honra de ler nesse mesmo anno em diversas sessões alguns Capítulos da 2ª Parte. - Já em 7 de Setembro de 1863 havia lido em sessão magna do Inst. dos Adv. Bras. como seu Presidente em breve discurso contra a escravidão; era o prologo do trabalho que ora tem sahido a lume. (Malheiro, 1867b, p. X-XI).

O pioneirismo de Perdigão Malheiro deve ser antes de tudo reverenciado, pois foi o primeiro jurista a abordar a questão da escravidão de forma sistematizada em uma obra jurídica, inaugurando, de certa forma, a abordagem aproximativa entre direito, escravidão e as relações raciais no Brasil. Esse destaque é importante porque, infelizmente, a questão racial, quando muito, ocupa as notas de rodapé dos livros jurídicos. Os estudantes e operadores do Direito que desejam aprofundar sobre o assunto precisam ter uma visão interdisciplinar e imergir nas outras ciências que pruduziram estudos e pesquisas sobre a escravidão e o racismo, como a Filosofia, a Sociologia, a Historia, Psicologia, dentre outras.[128] O próprio Perdigão Malheiro precisou enveredar por esses caminhos para abordar a escravidão em uma

---

[127] A propósito, Teixeira de Freitas estava presente na sessão de posse de Perdigão Malheiro na presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros. Vide ata da Sessão de Posse (INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, Conferência em 14 de novembro de 1861). Disponível em: https://www.iabnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/06.pdf. Acesso em: 21.01.2023. Teixeira de Freitas é também citado por Malheiro (1866, p. 164), na nota de rodapé 679, do primeiro volume da sua obra, onde se refere ao civilista com grande admiração.

[128] Muitos desses estudos serviram de fonte da presente pesquisa, conforme se percebe nas Referências Bibliográficas.

época em que o processo de pesquisa era árduo devido às dificuldades de acesso a dados e obras acadêmicas, mas também pela ausência de estudos jurídicos sobre o tema no Brasil. O autor tinha consciência desse desafio:

> Quando a maior parte nem se occupava ou cogitava da questão, eu colligia os materiais com improbo trabalho, organisava o processo, preparava-o, colhia as provas, os documentos de todo o genero, passava a revista de todos os monumentos, punha em contribuição todos os meus ramos (póde-se dizer) dos mais elevados conhecimentos humanos, a História, a Statistica, a Religião, a Philosophia, o Direito, a Sciência Econômica, para chegar ao resultado final. - As três Partes do presente Ensaio o demonstra; os vindouros dirão. (Malheiro, 1867, p. XI).

Quanto aos juristas dogmáticos, o véu da branquidade, típico da literatura jurídica, impede que se perceba a centralidade da questão racial para a compreensão do fenômeno jurídico. Por isso, encontramos poucas fontes de pesquisa no período oitocentista e mesmo no século XX. Esse silenciamento é de certa forma rompido com o trabalho de Dora Lucia de Lima Bertúlio (1989) já às vésperas da Constituição de 1988, onde chama a atenção para a necessária aproximação entre Direito e relações raciais, o que já se tem observado nas pesquisas jurídicas das últimas décadas às quais pretendo somar com a presente investigação científica.

Ler a obra de Perdigão Malheiro é instigante porque nos permite entender um pouco a mentalidade do jurista do século XIX diante da barbárie da escravidão, da completa ausência de justificação filosófica para a apropriação de seres humanos e da co-responsabilidade da elite jurídica por tudo que estava acontecendo diante de seus olhos. Era, pois, um problema de consciência! Claro que ao longo dos três volumes da obra Perdigão Malheiro, como é típico da branquidade, o autor jamais assumiu diretamente a co-responsabilidade da dogmática jurídica pela escravidão e a razão de ser dos privilégios da elite escravista. Tampouco reconheceu a responsabilidade dos senhores de escravos pelo alegado embrutecimento do negro que, segundo ele, era um dificultador para a abolição imediata da escravidão, já que os negros não estariam preparados para viverem na condição de livres. Eis a angústia e o problema de consciência, na mensagem ao Brasil que inaugura o Primeiro Volume da sua obra:

> A escravidão é um dos maiores males que ora pésa sobre Vós. Cumpre examinar de perto as questões que ella sugere, e ataca-la com prudencia, mas francamente e com energia, para que cessem as illusões, e não durmão os Brasileiros o sonno da indiferença, e da confiança infantil, sobre o vulcão do

> abysmo, creados pelo elemento servil da nossa sociedade. (Malheiro, 1866).

O jurista se reporta ao início do período colonial do Brasil para amenizar a responsabilidade dos que apoiaram ou se omitiram quando da introdução da escravização de africanos no século XVI, argumentando que não se poderia prever suas ruinosas e futuras consequências:

> Ao inverso dos Indios, a escravidão dos negros era tolerada, e até mui naturalmente legalisada pelos Governos, permittindo-se mesmo como cousa licita o seu commercio. Nesta época apenas se olhava ao interesse material do momento, a tirar partido dos braços escravos não só em proveito dos colonos, mas também e principalmente a metropole. A consciencia não repugnava o facto; as idéas desse tempo não o repellião; a sciencia social e economica não puderam prever então as suas ruinosas futuras consequencias. (Malheiro, 1866, p. 7).

Já na parte final desse Primeiro Volume, a consciência do jurista volta a pesar, reconhecendo a incompatibilidade da escravidão com as ideais liberais do seu tempo:

> E póde acaso tolerar-se que isto se verifique no nosso século, na época em que vivemos, com as tendências e louvaveis aspirações, já não somente a favor da liberdade mantida a escravidão, mas de abolição da própria escravidão? Parece-nos que a consciência e a razão de cada um, mesmo Juiz, está respondendo que não; e que essa lei se deve ter por obsoleta, antiquada, e caduca, derogada ou abrogada pelas leis posteriores, pelas idéas do século, e costumes da nossa época e sociedade, da nossa civilização e progresso. (Malheiro, 1866, p. 203).

A "dor na consciência" perdura nos escritos do Segundo Volume, publicado em fevereiro de 1867, quando apresenta, orgulhosamente, o fim da escravidão indígena e reconhece que ninguém mais acreditava na legitimidade da escravidão dos negros, divergindo apenas quanto ao modo e ao tempo:

> A liberdade dos Indios é desde 1831 garantida pelas leis de um modo permanente e inconcusso; foi a victória das idéas liberaes, da civilização e humanidade. Resta sómente a dos Africanos e seus descendentes, que ainda gemem nos grilhões do cativeiro. Mas tudo se dispõe para esse outro triumpho, porque está na consciência de todos a justiça, a conveniencia, a necessidade da sua abolição; apenas se diverge quanto ao *modo* e *tempo*. (Malheiro, 1867a, II-III).

O problema de consciência perpassa todas as páginas do Terceiro Volume da obra, publicada em maio de 1867. Na Introdução, o autor desabafa:

> Comquanto nascido em paiz de escravos, e senhor de escravos, sempre á minha consciência e razão repugnou o cativeiro; sempre entendi desde os mais verdes annos que era isto contrário à Lei do Creador. Cada vez me convenço mais da sua iniquidade, desejando e fazendo ardentes votos pela reforma tão justa e conveniente que pede a humanidade, e a felicidade do paiz. (Malheiro, 1867b, p. X).

Não é possível acessar a intencionalidade dessas palavras, porém, entre ditos e não-ditos, fica evidenciada a ambivalência do pensamento, já que, embora Malheiro fosse um jurista abolicionista (e ele de fato se considerava um abolicionista) também era senhor de escravos. Então, uma forma de aliviar a "dor na consciência" (segundo ele, sair da teoria e ir para a prática) era dar o exemplo, alforriando alguns escravos:

> Não me limitando á theoria e a desejos, em o anno passado libertei gratuitamente todas as minhas escravas, e ainda alguns escravos.
> As minhas idéas abolicionistas, com quanto moderadas, não são pois de recente data, os meus estudos não são de occasião; nem desejo a emancipação sómente dos escravos alheios. (Malheiro, 1867b, p. XI).

De qualquer maneira, nota-se que a "consciência pesou", como se fala no dito popular, mas, contraditoriamente, todo Primeiro Volume da obra de Perdigão Malheiro é uma elaboração dogmática para a solução dos conflitos cotidianos da relação senhor-escravo sem romper com os direitos adquiridos dos proprietários.

A organização da obra chama atenção pelo fato de que o Primeiro Volume trata de uma justificação dogmática da escravidão de africanos. Somente no Terceiro Volume - após ter abordado o contexto histórico do fim da escravidão indígena no Segundo Volume - é que o autor enfrenta diretamente a questão da legitimidade da escravidão de africanos. Creio que essa inversão da ordem não foi por acaso, uma vez que, como jurista e escrevendo para um público acostumado a tratar a questão sob o viés estritamente formal e alheio à realidade social, não poderia fugir à tradição dogmático-formalista. Era, pois, uma preocupação de se obter validação científica no meio jurídico sem deixar de se apresentar como arauto da liberdade num tempo em que estava "na moda" ser abolicionista, ainda que da "boca pra fora".

Que Perdigão Malheiro era um liberal e abolicionista assumido, já o sabemos! Quais seriam, então, suas estratégias para justificar o "elemento servil" na ordem jurídica brasileira? O Primeiro Volume da obra ilustra muito bem as contradições do liberalismo brasileiro no âmbito jurídico, pois foi utilizada a retórica e o argumento frio da lei para solucionar um

problema de difícil (senão impossível) solução jurídica: compatibilizar os ideais de igualdade entre os seres humanos e da liberdade com o direito de propriedade numa sociedade social, econômica e politicamente estruturada na escravidão.

Era, pois, o "dilema da peteca", que se extrai da crônica "Bons dias", de Machado de Assis (*apud* Chalhoub, 1990, p. 95-97) e nos ajuda a compreender os discursos jurídicos que "pulavam" de uma lado para o outro, transitando entre a defesa da liberdade e o respeito à propriedade privada. Esse dilema foi identificado pela historiografia da escravidão no clássico estudo de Sidney Chalhoub (1990):

> Todo dilema podia ser assim resumido:
> Lá que eu gosto de liberdade, é certo: mas o princípio da propriedade não é menos legítimo. Qual deles escolheria? Vivia assim, como uma peteca (salvo seja), entre duas opiniões [...] (Chalhoub, 1990,p. 104-105).

Ao investigar as visões de liberdade do período oitocentista, Chalhoub demonstra como os discursos jurídicos transitavam de um lado para o outro na formação da verdade judicial nas ações de liberdade, nas quais se discutia um dos eixos fundamentais do debate a respeito do encaminhamento jurídico e também político que se devia dar à "questão servil" na segunda metade do século XIX:

> Afinal, discutir a liberdade de escravos significava interferir no pacto liberal da defesa da propriedade privada e, além disso, era a própria organização das relações de trabalho que parecia estar em jogo. Ou seja, o assunto era delicado porque nele cintilava o perigo de desavenças ou rachas mais sérios no interior da própria classe dos proprietários e governantes. (Chalhoub, 1990, p.99).

E é vivendo esse dilema que Perdigão Malheiro argumentava que a escravidão não tinha respaldo no direito natural, nas Leis da Igreja e nas ideais liberais do seu tempo. Numa hermenêutica jurídica avançada para o período oitocentista, chegou a propor uma interpretação sistemática e principiológica da ordem jurídica que poderia justificar até mesmo à não aplicação das leis escravistas vigentes:

> Nem é razão de duvidar o não haver lei expressa em contrário. É este um argumento que espíritos timoratos costumão oppor. Uma lei não se entende caduca ou não vigente só quando é expressamente revogada por outra. Basta que o Direito superveniente seja tal, que com ella não possa co-existir na devida harmonia, dando lugar a contrasensos, a opposição ou de consequencias repugnantes. A lei entende-se então caduca, derogada ou abrogada. O Direito deve, no seu complexo, ser um todo harmônico, e não um amalgama de elementos ou princípios disparatados e mesmo heterogeneos; é a

> perfeita concordância das suas partes, a coherencia de suas determinações, essa unidade emfim, que fazem a sua perfeição, a sua beleza, a esthetica do Direito. E ella que constitue a sublime maravilha das leis da natureza, tão simples, tão harmonicas. Procure o homem, feito à imagem do Creador, imita-lo, quando não absolutamente nessa simplicidade e perfeição, ao menos nessa harmonia, quanto às leis humanas, conformando-se o mais possivel com as leis naturaes, que não lhe é dado transgredir. (Malheiro, 1866, p. 203-204).

Para Malheiro, a propriedade de seres humanos não passava de uma ficção jurídica. Então, enquanto não fosse abolida a escravidão, a coisificação do escravo e sua sujeição ao domínio e propriedade dos senhores deveria ser tratada com moderação e os juristas, no trabalho criativo de interpretação da lei, deveriam considerar essa evolução das ideias, buscando, por exemplo, subsídios no Direito Romano e na Lei da Boa Razão, diante da carência de regulamentação da questão pelas Ordenações do Reino e pelas leis imperiais que protegiam a propriedade escrava.

Malheiro reconhece que a escravidão existia desde a antiguidade e que mesmo na Europa já não havia mais fundamentos para tal instituto quando a cobiça mercantil do período colonial introduziu a escravidão de africanos, transformando os negros em mercadoria.[129] O fundamento econômico era, portanto, o cerne da escravidão de negros no Brasil, e continuava a ser na medida em que o jurista, bem como a elite política, jurídica e econômica do seu tempo, tergiversava sobre o problema com o argumento da necessidade de abolição gradual que visava, na prática, o seu adiamento e a proteção dos interesses econômicos da sociedade escravista.

Fato é que o negro africano foi sendo introduzido no Brasil e reduzido, do ponto de vista estritamente jurídico, à condição de coisa. A teoria da coisificação do escravo, já desmistificada por Sidney Chalhoub (1990) no contexto da percepção dos escravizados e das práticas cotidianas,[130] tem um significado relevante para o Direito porque a redução do corpo negro à fórmula jurídica de bem móvel semovente da doutrina civilista, a exemplo dos gados e animais domésticos de valor econômico, foi fundamental para que a dogmática jurídica elaborasse as ferramentas discursivas necessárias para justificar o direito de propriedade consagrado nas Ordenações do Reino, na Constituição de 1824 e nas leis do Império.

Contraditoriamente, a ilegitimidade da escravidão era inquestionável para Malheiro, o

---

[129] "Em breve a cobiça despertou a especulação merantil; o amor do ganho descobrio no commercio dessa misera gente uma fonte de lucros e riqueza; o negro foi transformado em mercadoria (Malheiro, 1866, p. 2).

[130] "A violência da escravidão não transformava os negros em seres 'incapazes de ação atuônoma', nem em passíveis receptores de valores senhoriais, e nem tampouco em rebeldes valorosos e indomáveis. Acreditar nisso pode ser apenas a opção mais cômoda: simplesmente desancar a barbárie social de um outro tempo traz impílica a sugestão de que somos menos bárbaros hoje em dia, de que fizemos algum 'progressos' dos tempos da escravidão até hoje."(Chalhoub, 1990, p. 42).

qual defendeu essa posição nos três volumes da obra e, com maior ênfase, no Terceiro Volume. No Primeiro Volume, após discorrer sobre a escravidão antiga - em que os vencidos nas guerras eram mortos, feitos prisioneiros ou reduzidos à condição de escravos[131] - e sobre a perda de legitimidade dessa prática na era moderna, afirmou que, embora insustentável, a escravidão que ainda se mantinha no Brasil era explicada não mais pela lógica vencedor *x* vencidos de uma guerra, mas simplesmente em razão do nascimento da pessoa, pois, sendo filho de escravo africano, o indivíduo perpetuaria tal condição:

> De sorte que, embora insustentável a escravidão que entre nós existe e se mantém, por não provir senão da fonte a mais reprovada (qual a violência de haverem arrancado os miserávis Africanos às suas terras, e reduzido por lucro e ganancia a escravos), tolerado o facto pelas leis em razão da ordem pública, só resta por nosso Direito actual o nascimento como fonte de escravidão. (Malheiro, 1866, p. 41).

Trata-se da doutrina do Direito Romano, que, segundo o autor, deveria ser aplicada subsidiariamente no Brasil. Pelo princípio romano do *partus sequitur ventrem*, o filho da escrava nascia escravo, pouco importando que o pai fosse livre ou escravo. No discurso contraditório de Malheiro, o mesmo princípio foi utilizado para justificar sua visão "liberal" de que, se assim deveria ser, o filho de uma liberta deveria ser considerado livre. Ao mesmo tempo em que encontrava justificativa dogmática para a escravidão, nosso jurista surge como defensor da liberdade dos filhos de ex-escravas:

> Conseguintemente devemos assentar como regra a seguir entre nós - que, se a mài é livre em qualquer tempo, desde a concepção até o parto, o filho nasce livre e ingenuo, ainda que ella em qualquer dessas épocas seja ou fosse escrava.
> Esta doutrina é de Direito subsidiário, de boa razão, e perfeitamente de accordo com o espírito e disposições geraes de nosso Direito em semelhante materia; e aceita pelos nossos Praxistas. (Malheiro, 1866, p. 42).

Solução jurídica um tanto quanto contraditória, pois há, no Terceiro Volume da obra, um capítulo inteiro para sustentar a ilegitimidade da escravidão. Inclusive o autor achava estranho ter de levantar esse assunto em pleno século XIX e fazer perguntas como: Tem a escravidão fundamento no Direito Natural? Há algum direito de reduzir o homem à

---

[131] "É um facto, infelizmente confirmado pela história, que desde a mais remota antiguidade o vencedor ou conquistador, quando não matava o vencido ou o prisioneiro, reduziá-o à escravidão. Pretendeu-se mesmo que fosse esta ultima regra um progresso no Direito das gentes, um acto de humanidade; no entanto que era realmente de maior ferocidade por affectar já não exclusivamente o prisioneiro e sim indefinidamente toda a descendência."(Malheiro, 1987a, p. 09-10).

escravidão? Há raça designada para ser escrava? Seria, como pensam alguns, os africanos descendentes da maldição da Cam ou de Canaã?[132]A resposta de Malheiro foi um contundente "não" e, apesar da existência de defensores para a escravidão naquela época, felizmente a questão (se a escravidão era autorizada pela lei natural) seria meramente especulativa e, se reportando a Voltaire, considerou que bastaria qualquer pessoa perguntar para ela mesma se gostaria de ser escravo. A resposta seria um brado prontamente negativo (Malheiro, 1867b, p 71-88)

Se não existia explicação ontológica para a escravidão, o fundamento jurídico seria tão somente a previsão na lei positiva:

> A escravidão não vive senão pela lei positiva, que a reconheceu, legitimou, manteve, e tornou-se para bem dizer cúmplice. Segundo ella, o escravo é uma verdadeira propriedade, cousa, possuido e sujeito a transacções como tal, sob a fé, garantia e salvaguarda da mesma lei. (Malheiro, 1867b, p. 232).

Apesar da retórica abolicionista, quando estava abordando a necessidade de indenização dos senhores como condição para a abolição da escravidão, Malheiro se baseou na fórmula dogmática dos direitos adquiridos, a exemplo do que ocorreu em outros países que aboliram a escravidão:

> É, pois, inteira justiça que seja ella respeitada em todas as suas consequências, e portanto também quanto à indenmisação, que é não só a rigorosa justiça, em tal caso (art. 179 §22 da Const,; leis de desapropriação), mas de equidade; ha quasi que uma desapropriação por utilidade pública, ou humanitária, na expressão de Lamartine. (Malheiro, 1867b, p. 232).

Nesse ponto, evocou o direito de propriedade previsto no art. 179, da Constituição Imperial que o protege em toda sua plenitude. Os argumentos, de fato, são ambivalentes. Como é possível, numa mesma ordem discursiva, sustentar a ilegitimidade da escravidão e, em nome da justiça e da equidade, defender os direitos adquiridos dos senhores de escravos? Se a legislação escravista era caduca e ultrapassada não seria igualmente ilegítima a indenização aos senhores? Porém, o discurso de Malheiro flui com maestria e sem nenhum pudor, já que "os serviços do escravo pertencem ao seu senhor por toda a vida do escravo; e é nisto que consiste verdadeiramente o seu domínio" (Malheiro, 1867b, p. 232).

---

[132] "Quanto aos negros, ultimo reducto dessa instituição satanica, o interesse do lucro, a perspectiva de riqueza, a ganancia do outro levou ao extremo de não ver nelles homens, e sim entre de raça inferior, ao branco sobretudo, um intermediário deste para os irracionaes; o espírito humano, assim desvairado, chegou a pretender nelles realisada a prophecia de Noé que amaldiçoou Cham (ou Chanaa), o condemnou a servir aos servidores dos seus irmãos." (Malheiro, 1867b, p. 81).

É nessa linha de raciocínio que Malheiro desenvolve sua dogmática sobre a escravidão, especialmente no Primeiro Volume, onde reconhece o direito de propriedade escrava por uma ficção jurídica e os efeitos decorrentes:

> O escravo subordinado ao poder (*potesta*s) do senhor, e além disto equiparado ás cousas por uma ficção da lei emquanto sujeito de dominio de outrem, constituindo assim objeto de propriedade, não tem personalidade, estado. É, pois, privado de toda a capacidade civil. (Malheiro, 1866, p. 44).

O ecletismo liberal de Malheiro, entretanto, não lhe permitia levar essa ficção jurídica até às últimas circunstâncias. Para isso, se utilizou diversas vezes do Direito Romano para justificar algumas exceções ao tratamento jurídico dessas "cousas", que, embora propriedade por ficção jurídica, seria, na sua essência, homem:

> Mas o proprio Direito Romano, com quanto a principio désse ao senhor toda a latitude no exercício desse direito até ao ponto extremo de poder impuemente aniquilar essa propriedade - escravo - , restringindo successivamente tal exercício, reconhecendo assim que no escravo havia outra cousa como os irracionaes, que no escravo havia um homem, uma pessoa. (Malheiro, 1866, p. 45).

Mais adiante, ao abordar os direitos dominicais, reforça a noção de ficção jurídica do Direito Civil, salientando que:

> Por isso que o escravo é reputado cousa, sujeito ao dominio (*dominium*) de seu senhor, é por ficção da lei subordinado ás regras gerais de propriedade. Enquanto homem ou pessoa (acepção lata), é sujeito ao poder do mesmo (*potestas*) com suas respectivas consequências. - Em todos os paizes assim tem sido. E os Romanos nos fornecem uma abundante fonte de determinações a respeito. (Malheiro, 1866, p. 66).

Com esse raciocínio, ao longo do Primeiro Volume, o jurista formula os conceitos e categorias jurídico-dogmáticas aplicáveis aos conflitos sobre a propriedade escrava com base nas Ordenações do Reino, na legislação do Império e, sempre que entendia conveniente para sustentar suas posições, se reportava ao Direito Romano e ao elevado espírito das ideais (liberais) de seu tempo para propor flexibilizações:

> É essencial e da maior importancia ir firmando estas ideias; porquanto teremos occasião de ver que, em inúmeros casos se fazem excepções ás regras e leis geraes da propriedade por inconciliaveis com os direitos ou deveres do homem-escravo, com os principios de humanidade, e naturaes. E assim

> veremos que é, de um lado, erronea a opiniao daquelles que, espiritos fortes, ainda que poucos, pretendem entre nós applicar cegamente e sem criterio ao escravo todas as disposições geraes sobre a propriedade, bem como, de outro lado, não o é menos a daquelles que, levados pela extrema bondade do seu coração, deixão de aplicar as que devem sê-lo, apezar de que, em tal materia, é menos censurável o procedimento dos últimos; (Malheiro, 1866, p. 46-47).

Uma pausa na citação para registrar o que está se desenhando na ordem discursiva do autor: o dilema da peteca, o ecletismo liberal de Malheiro e o compromisso dilatório de adiar a solução do problema da escravidão em nome do incontestável direito de propriedade. Ao mesmo tempo, o jurista conclama a comunidade jurídica para um tratamento mais humanitário para o homem-escravo, que era uma "quase-coisa", por isso:

> deve-se temperar com a maior equidade possível o rigor das leis geraes, sem todavia offender um direito certo, líquido, e incontestável de propriedade, resguardando-o tanto quanto seja compatível com a garantia e favor da liberdade. Nesta conciliação está toda a dificuldade. (Malheiro, 1866, p. 47).

A conveniência dogmática fica evidente em várias passagens da obra. Do alto de sua bondade, o autor reconhece o direito do senhor de auferir do escravo todo o proveito possível da maneira que lhe convenha, mas, em compensação, teria o dever de "alimentar, vestir, curar do escravo, não devendo jamais esquecer de que nele havia um ente humano" (Malheiro, 1866, p. 67).

Se o direito de propriedade era incontestável, pois consagrado no art. 179, da Constituição Imperial, Malheiro lembra que, por outro lado, a doutrina romana consagrou o princípio do "favor à liberdade". Em várias passagens do texto, há uma defesa enfática desse princípio que, se lidas isoladamente, concluir-se-ia pela absoluta negação do direito de propriedade sobre os escravos:

> Partindo da idea capital de que o escravo é também homem, uma pessoa, os Jurisconsultos Romanos, e as proprias leis pronunciarão sempre e recommendarão todo o favor e equidade a maior possível na applicação do Direito. Começarão elles mesmo por desconhecer a legitimidade da escravidão, definindo ser contra a natureza, visto como por Direito Natural todos nascem livres, todos são iguais. É coherentemente estabêlecerão princípios, axiomáticos se póde dizer, em favor da liberdade, embora rompessem as regras geraes do Direito. (Malheiro, 1866, p. 63).

Com base nessa doutrina e, citando as Ordenações do Reino e os Alvarás do

Império,[133]Malheiro entende que a solução dos problemas jurídicos sobre a propriedade escrava deveria ser determinada sempre que possível a favor da liberdade. E é com base nesse princípio que apresenta um conjunto de soluções jurídicas para assegurar a propriedade privada e, concomitantemente, "humanizar" o tratamento dispensado aos escravos, o que, na prática, servia para dar legitimidade jurídica ao que, desde o início, afirmou ser indefensável: a escravização de seres humanos.

Nessa perspectiva, Malheiro apresenta as práticas da sociedade escravista que seriam incompatíveis com a propriedade escrava sob a ótica jurídica e os limites para o exercício do direito de propriedade.

No âmbito penal, defende a justiça privada dos senhores de, por exemplo, castigar os seus escravos, desde que o façam moderadamente. Quanto ao Estado, entende legítimo, a bem da ordem pública e da proteção dos cidadãos e das famílias, a aplicação de uma espécie de Direito Penal de Exceção aos escravos,[134]com a aplicação de penas mais duras e limitação de direitos dos escravos, porém defende a moderação das penas estatais, como a limitação dos açoites, a extinção das penas de galés, etc (Malheiro, 1866, p. 11-34).

A contradição da ficção legal do escravo-coisa aceita pelos juristas da época ficava evidente quando Malheiro abordou a imputabilidade penal do escravo. O escravo deixaria de ser coisa (um animal irracional) e passaria a ser concebido como homem, racional e passível de responsabilização penal quando praticasse um delito, ao passo que, quando o escravo fosse vítima de crimes, retornaria ao status de coisa para ser objeto de crimes contra a propriedade do senhor. Nesse aspecto, a dogmática jurídica de conveniência apresenta as fórmulas legais de solução dos conflitos:

> Em relação à lei penal, o escravo sujeito do delicto ou agente delle, não é cousa, é pessoa na acepção lata do termo, é um ente humano, um homem emfim, igual pela natureza aos homens livres seus semelhantes. Responde, portanto, pessoal e directamente pelos delictos que commetta; o que sempre foi sem questão. Objecto do delicto, porém, ou paciente, cumpre distinguir. O mal de que elle pessoalmente possa ser victima não constitue o crime de danno, e sim offensa física, para ser punido como tal, embora o offensor fique sujeito a indemnizar o senhor; nesta última parte, a questão é de propriedade,

[133] "Nossas leis hao constantemente recomendado, desde tempos antigos, todo favor a liberdade. A lei autorizava mesmo a desapropriação de um escravo Mouro para trocar por um Christão captivo em poder dos Infieis; e em these reconhece que - muitas cousas são constituidas em favor da liberdade contra as regras gerais do Direito. Reconhece igualmente, em principio, que a escravidão é contrária á lei natural; - Que são mais fortes e de maior consideração as razões que ha a favor da liberdade do que as que podem fazer justo o cativeiro; - Que a liberdade é de Direito Natural; - Que prova incumbe aos que querem contra a liberdade, porque a seu favor está a presumpçao plenissima de Direito; - Que nas questões de liberdade ha alçada, quer dizer, não ha valor que inhiba de interpor todos os recursos a seu favor." (Malheiro, 1866, p. 65-66).

[134] A categoria do Direito Penal de Exceção será explicitada no tópico 5.2.3, do Capítulo 5 deste estudo.

mas na outra, é de personalidade. (Malheiro, 1866, p. 28).

No âmbito do Direito Civil, por sua vez, Malheiro prossegue reafirmando que o escravo estava subordinado ao poder do senhor e, estando equiparado a coisas, não tinha personalidade, estado, sendo despido, pois, de capacidade civil. Com isso, concebia o escravo no contexto do mero exercício de direito de propriedade, cujo tratamento jurídico foi formatado para o possibilitar o uso, gozo e a fruição pelos senhores nas variadas relações jurídicas que envolviam bens móveis.

Entretanto, seguindo a doutrina romana do favor à liberdade e o liberalismo de conveniência, entendia que o direito de propriedade do senhor sobre a vida, liberdade e os comportamentos dos escravos deveria ser interpretado com restrições, pois muitas situações eram inconciliáveis com os direitos ou deveres do homem-escravo, com os princípios de humanidade e as leis naturais. Assim, manifesta preocupação com a ausência de respaldo jurídico para as uniões familiares entre os escravos, que eram ilícitas, embora, na prática, a formação de famílias escravas fosse uma realidade e até aceita pela Igreja e, mesmo assim, marido, mulher e filhos continuavam propriedade do senhor. Em relação ao pecúlio,[135]defendia sua regulamentação (ainda ausente naquele período), pois a prática já era respaldada pelos costumes senhoriais, sendo comum os senhores permitirem os escravos prestarem serviços a terceiros e desenvolverem atividades para obtenção de recursos que poderiam ser utilizados na compra de alforrias.

Ainda sob a ótica do Direito Civil, Malheiro enfrenta questões controversas no meio jurídico da época e apresenta suas soluções, na linha do método adotado (compatibilizar o direito de propriedade dos senhores com o favor à liberdade em prol dos escravos). Algumas dessas questões merecem destaque, tais como a condição jurídica do filho de escrava em usufruto, a alforria condicional e a condição jurídica dos filhos de escravas alforriadas condicionalmente.

Em relação ao usufruto, estando uma escrava em usufruto de outra pessoa e, se durante esse período viesse a ter filhos, surgia para o Direito a questão de difícil solução sobre o destino (ou mais propriamente a quem pertenceria o domínio) do filho da escrava. Importa a esta investigação científica o argumento de Malheiro, a sua perspicácia na utilização da retórica para fundamentar suas posições contraditórias. Enquanto o tratamento dado aos escravos era bastante similar aos animais (semoventes), “ás escravas não são destinadas para

[135] “Peculio diz-se tudo aquillo que ao escravo era permittido, de consentimento expresso ou tacito do senhor, administrar, usufruir, e ganhar, ainda que sobre parte do patrimônio do proprio senhor.” (Malheiro, 1866, p. 52).

dar filhos, e só para trabalhar. É uma razão de dignidade humana, pela qual repugna igualar a mulher, embora escrava, a uma jumenta ou outro animal semelhante" (Malheiro, 1866, p. 87).

Quanto à alforria, tratava-se de uma prática costumeira na sociedade escravista. A ausência de regulamentação do instituto gerava muitas controvérsias e conflitos, sobretudo diante do hábito dos senhores e seus sucessores de não honrarem suas promessas.[136]

O jurista foi um defensor da alforria, gratuita ou onerosa, ao lado do direito de indenização caso a alforria proviesse de lei ou ato estatal. Enquanto lei não houvesse, em caso de dúvida, deveria prevalecer a liberdade, sobretudo na análise das cartas de alforrias e documentos relativos à concessão da liberdade pelo senhor que, na livre disposição dos seus bens, poderia dispor da sua propriedade. Mas nem sempre era fácil resolver as questões jurídicas que envolviam o escravo forro, a exemplo dos casos de alforria condicional. O posicionamento de Malheiro sobre as alforrias concedidas sob condição suspensiva era baseada no *statuliber* do Direito Romano[137]:

> O escravo manumittido com um prazo ou termo *in diem* ou e*x die*, ou sob condição suspensiva, era constituido entre os Romanos em posição diversa do escravo que ainda tal se conservava, sem todavia ser havido por plenamente livre. Era o que os Romanos denominavão statuliberi, para designar aquelles que, sendo de feito livres, dependião de que se realizasse a condição ou chegasse o dia designado para que o fossem de direito. (Malheiro, 1866, p 155-156).

Para Malheiro, era necessário deixar de lado as ficções, anacrônicas, obsoletas e sem aplicação no Direito brasileiro e ir à realidade das coisas, investigar a "verdade em toda a sua virginal e cândida nudez". É com esse apelo retórico que acreditava ser aplicável algumas regras romanas do *statuliber* (estado-livre) para as alforrias condicionais praticadas no Brasil, mas, "com um pouco de boa vontade a favor da liberdade". A retórica continua na defesa da alforria, por meio da qual "o senhor nada mais faz do que demitir de si o domínio e poder que tinha (contra direito) sobre o escravo, restituindo-o ao seu estado natural de livre, em que todos os homens nascem.". A alforria seria, então, a restituição da liberdade pela qual o escravo foi vítima: "o escravo não adquire, pois, rigorosamente a liberdade, pois sempre a conservou pela natureza, embora latente (permitta-se o termo) ante o arbítrio da lei" (Malheiro, 1866, p. 162-163).

---

[136] Muitos desses conflitos iam parar na Justiça, por meio de ações de liberdade, conforme será abordado no capítulo seguinte.

[137] Essa doutrina foi defendida também por Augusto Teixeira de Freitas, conforme será abordado adiante, tendo Perdigão Malheiro seguido o posicionamento do renomado jurista, fazendo expressa remissão à 2ª Edição da Consolidação das Leis Civil na nota de rodapé nº 679, da sua obra (Malheiro, 1866, p. 164).

Com a alforria o escravo teria restituída a sua liberdade e consequentemente a capacidade civil. Mas a partir de quando isso ocorreria nas alforrias condicionais? Eis o grande dilema jurídico da época! O pensamento corrente, não apenas entre os juristas, mas sobretudo entre os senhores de escravos, era de que a condição ou o prazo suspendiam a eficácia da alforria, pelo que o alforriado permaneceria escravo enquanto não cumprida a condição ou transcorrido o prazo estabelecido pelo senhor.

O debate da doutrina jurídica, nesse aspecto, se concentrava basicamente nos dogmas do Direito Civil, sob o viés do direito de propriedade, interessando saber qual o tipo de contrato, se era doação condicional, se poderia ser revogada por ingratidão ou outro motivo, etc, deixando em segundo plano o princípio do "favor à liberdade".

A solução para essas questões, segundo Malheiro, deveria passar pelo "favor à liberdade" mas sem violar os direitos de propriedade, razão pela qual afirmava que o *statuliber* era liberto e não mais rigorosamente escravo, ou seja, foi restituído à sua condição de homem e personalidade. Porém, na alforria condicional, o pleno gozo e exercício da liberdade ficaria suspenso até que chegasse o tempo (prazo fixado pelo senhor no momento de alforria) ou se implementasse a condição (como por exemplo, a morte do senhor, a prestação gratuita de serviços), "à semelhança dos menores, que dependem de certos factos ou tempo para entrarem, emancipados, no gozo de seus direitos e actos da vida civil" (Malheiro, 1866, p. 168).

Diante da existência de condição suspensiva, Malheiro apresenta algumas consequências:

> 4º que póde fazer aquisições para si, como os menores; 5º que não é possível de açoites nem de penas só exclusivas de escravos; nem ser processado como escravo; 6º que não póde ser alienado, vendido, hypothecado, adquirido por usucapião; é mesmo crime de reduzir á escravidão pessoa livre; 7º responde pessoal e directamente pela satisfação do delicto como pessoa livre; 8º os filhos da statulibera são livres e ingenuos, visto como livre é o ventre; a condição nem o termo não mudão nem alterão a sorte da mãi quanto á sua verdadeira e essencial condição de livre; 9º que o serviço, a que o statuliber seja ainda obrigado, já não é propriamente servil; 10º que não há ahi patronos a respeito mesmo dos assim libertos, á exceção sómente do proprio ex-senhor. (Malheiro, 1866, p. 168-169).

E antes que se pense em criticar a aparente contradição no fato de alguém estar livre e não poder gozar da sua liberdade, Malheiro se apressa em dizer que o Direito estava cheio de institutos assim, tais como os menores, os interditos, e, para reforçar o argumento, voltou ao Direito Romano ao citar "o grande reformador Justiniano quando declarou ser alguém livre, e

estar em usufructo de outrem. Muito menos o é, quando se não trata de usufruto, como no *statuliber*" (Malheiro, 1866, p. 169). Assim, se o liberto aceitasse a alforria, também o fazia em relação à obrigação estabelecida pelo senhor e, como em um contrato (ou quase-contrato) a condição deveria ser cumprida pelo escravo alforriado.

Outro aspecto de difícil solução jurídica era a possibilidade de revogação da alforria, especialmente em caso de ingratidão. Para Malheiro, na alforria subsistia para o escravo liberto o dever de respeito, de bons serviços e piedade filial para com os senhores, assim como um "filho agradecido", já que a alforria era uma benevolência do senhor, um ato de humanidade! Por isso entendia que a revogação da alforria era inadmissível, apesar da previsão no Livro 4º, Título 63, das Ordenações Filipinas[138] e da recepção dessa regra pela jurisprudência brasileira. Porém, nosso jurista estava empenhado com a causa da liberdade, e com um pouco de esforço e benevolência acreditava que tal previsão já estava caduca:

> Na realidade, bem ponderada a questão, levantão-se a favor da opinião que acima emittimos, argumentos de tal valor, que com um pouco de benevolencia á causa da liberdade (aliás tão protegida pelas proprias leis, que a seu favor recommendão toda equidade, ainda contra as regras de Direito), não hesitamos em susteta-la como única a seguir nos tempos actuaes, e até que extingua a escravidão ou se tomem outras providências. (Malheiro, 1866, p. 198).

Ora, se a alforria era a renúncia ao direito de propriedade, restituindo ao escravo a liberdade que lhe era inerente e que fora violentamente suspensa pela escravidão (que Malheiro sempre repetia ser contrária à lei natural), uma vez concedida (ainda que com causa suspensiva) não poderia ser revogada, em observância ao princípio do "favor à liberdade":

---

[138] O título 63, do Livro IV, das Ordenações Filipinas dispunha que: "As doações puras e simplesmente feitas sem alguma condição, ou causa passada, presente ou futura, tanto que são feitas per consentimento dos que as fazem, e aceitação daquelles, a que são feitas, ou do Tabellião, ou pessoa, que per Direito em seu nome póde aceitar, logo são firmes e perfeitas, de maneira que em tempo algum não podem ser revogadas. Porém, se aquelles, a que foram feitas, forem ingratos contra os que lhas fizeram, com razão podem per elles as ditas doações ser revogadas por causa de ingratidão. E as causas são as seguintes: (...) 7. Se alguem forrar seu escravo, livrando-o de toda servidão, e depois que fôr forro, commetter contra quem o forrou, alguma ingratidão pessoal em sua presença, ou em absencia, quer seja verbal, quer de feito e real, poderá esse patrono revogar a liberdade, que deu a esse liberto, e reduzil-o á servidão, em que antes stava. E bem assi por cada huma das outras causas de ingratidão, porque o doador póde revogar a doação feita ao donatario, como dissemos acima. 8. E bem assi, sendo o patrono posto em captiveiro, e o liberto o não remir, sendo possante para isso, ou stando em necessidade de fome, tendo fazenda, por que o possa fazer, poderá o patrono revogar a liberdade ao liberto, como ingrato, e reduzil-o à servidão, em que antes stava. 9. E se o doador, de que acima fallámos, e o patrono, que por sua vontade livrou o scravo da servidão, em que era posto, não revogou em sua vida a doação feita ao donatário, ou a liberdade, que deu ao liberto, por razão da ingratidão contra elle commettida, ou não moveo em sua vida demanda em Juízo para revogar a doação ou liberdade, não poderão depois de sua morte seus herdeiros fazer tal revogação. (Portugal, 1870).

> Há, pois, no fundo de tudo isto o grande pensamento de que a alforria não é mais do que a restituição da liberdade devida ao escravo; a qual, portanto, lhe não pode ser tirada por motivo algum. - O princípio ou idéa dominante deve, pois, ser este - *libertos semel data non revocatur*. A liberdade inauferível, imprescritível, superior a qualquer valor, digna do maior favor sobre todas as cousas, e não sujeita a ser sacrificada por questões pecuniárias ou outras semelhante de diversa natureza. (Malheiro, 1866, p. 198).

Veja-se que o argumento de Malheiro transita sempre entre a defesa da plenitude da propriedade e o favor à liberdade! Posta desta maneira, sua dogmática só é compreensível fora dela, nas entranhas das relações de poder às quais o jurista também estava comprometido, embora sua consciência gritasse pela ilegitimidade da escravidão em qualquer situação. Por ela (sua consciência), a liberdade jamais poderia ter sido tirada do escravo e não poderia ser sacrificada por questões pecuniárias ou outras semelhantes. Porém, todas as propostas de Malheiro para a abolição da escravidão expostas mais tarde no Terceiro Volume da obra estavam associadas à preservação do direito de propriedade, por meio da necessária indenização pelo direito adquirido dos senhores sobre seus bens móveis (os escravos) e da preocupação com a segurança da sociedade escravista diante do medo de insurreição, revolta e agressões dos escravos contra seus senhores.

A ordem pública era levantada com frequência para justificar os abusos contra a população escrava. Como bem assinalou Marcos Queiroz, para os senhores de todas as partes, a Revolução Haitiana foi lida como o fim do mundo:

> Onde a realidade escravocrata destruída pelos haitianos ainda persistia, era necessário adotar medidas para refrear os efeitos da insurgência de São Domingos. Para salvar a Casa-Grande. No limite, para que o Haiti jamais ocorresse no seu próprio quintal, na sua própria plantation. Que mesmo no dia em que a Abolição ocorresse, não fosse da forma como se deu no Caribe. Para as classes dominantes na América Latina, normatividade jurídica e imaginário nacional foram mecanismos de refreamento do tempo inaugurado pela Revolução Haitiana. Se o Haiti apontava para um futuro alternativo sem plantation escravista e tráfico de escravos, o direito e a nação seriam construídos para que esse futuro nunca se tornasse real. Direito e nação como eterno Regresso, a perpetuar indefinidamente o modo de ver, ser e estar da Casa-Grande. (Queiroz, 2022, p. 37)

Não por acaso, o fantasma da Revolução Haitiana rondava o Império brasileiro e a onda negra e o medo branco[139] pairavam também sobre a dogmática jurídica:

---

[139] Em analogia à obra de Celia Maria Marinho de Azevedo (1987). Por "onda negra", a autora se referia à imagem vívida do temor suscitado pela multidão de escravos transportados do norte do país para a Província de São Paulo no decorrer das décadas de 1860 e 1870, fato que esteve na raiz das motivações que impulsionam os deputados provinciais a se mobilizarem numa forte e decisiva corrente imigrantista. Soma-se isso a sensação de insegurança da elite escravista diante dos atos de indisciplina e crimes de escravos contra seus senhores, feitores

> o homem, porém, por mais abatido e rebaixado que seja em sua dignidade, em sua vontade e liberdade, pela prepotência de seu semelhante, tende sempre a sacudir o jugo. O livre promove as revoluções, transforma a sociedade, modifica a organisação social. O escravo revolta-se parcialmente contra os senhores; e, se não póde ou não extermináo como em Haiti á semelhança das Vesperas Sicilianas, ou fazer a guerra como a de Spartaco, fere aqui e alli isoladamente, exercendo assim a vindicta privada contra este ou aquelle individuo; ou foge da sociedade que o acabrunha e esmaga, promovendo a expansão da liberdade onde melhor se lhe offereça, é o povo Israelita fugindo de Pharaó no Eghyto, e atravessando mil perigos, até chegar á terra da promissão. (Malheiro, 1867b, p. 18-19).

E, se os escravos ainda não haviam promovido o levante negro como no Haiti, não deixariam de incomodar os habitantes e o Governo. As insurreições que ocorriam no território brasileiro, a exemplo do Quilombo de Palmares, gerava grande preocupação para a elite escravista:

> Outros quilombos menos importantes existirão sempre, e ainda hoje existem en varias paragens de tão vasto territorio, com perigo e damno da gente civilisada, barbarismo dos proprios escravos, offensa á ordem pública, prejuizo do trabalho portanto da producção e riqueza, não obstante a sua constante perseguição e destruição. (Malheiro, 1987, p. 23-24).

O medo do vulcão que ameaçava constantemente a sociedade, da mina pronta para explodir é argumento suficiente para Malheiro não ver nenhuma incoerência na aplicação das penas relacionadas ao crime de insurreição de africanos (Malheiro, 1986, p. 33). Movido pela onda negra e pelo medo branco, o compromisso dilatório se fortalecia, assim como se deu nas demais colônias europeias, e o faz apresentar propostas de abolição gradual da escravidão que estão no final da sua obra:

> Se o mal da escravidão se deve supportar ainda, por valiosos motivos e considerações, de ordem publica e economica, assim como de respeito á propriedade particular, esse mesmo bem público (sempre primeiro a attender, embora com algum prejuízo de interesse privado) aconselharia que essa tollerancia não seja indefinida. Liberdade e escravidão são cousas que se repugnão e contradizem. (Malheiro, 1987b, p. 229).

---

e respectivas famílias, o que gerou uma radicalização das propostas dos parlamentares para controle da população negra. O medo branco era potencializado pelas revoltas coletivas e insurreições de escravos que vinham ocorrendo nos municípios da Província de São Paulo nos primeiros anos da década de 80, o que aumentava a preocupação quanto ao controle dos negros, já que "a escravidão já estava em via de abolir-se por si mesma, anarquicamente, sem rédeas da autoridade, do governo", como diziam os parlamentares paulistas. Assim, "o imaginário do medo, aquele que tinha por centro a figura do negro instável e perigoso que exigia um permanente controle da parte do branco, vai gradualmente cedendo lugar a um imaginário de paz e progresso e cuja personagem central e redentora dos males do país era o imigrante." (Azevedo, 1987, p. 253).

Na verdade, todo o empenho de Malheiro nas suas formulações dogmáticas e mesmo nas propostas de abolição da escravidão era por adiar, o tanto quanto possível, a emancipação definitiva dos escravos.[140] Nas suas palavras, "aguardar, pois, occasião mais azada para o fazer, quando o número dos escravos tiver diminuido consideravelmente, e outras circumstâncias favoráveis se dê-em, é o mais prudente" (Malheiro, 1987b, p. 231).

Esse momento chegaria quando a população escrava do Império fosse naturalmente reduzida por meio das concessões voluntárias de alforrias, ainda que condicionais, pela aquisição da liberdade pelos próprios escravos por meio de pecúlio, pela concessão de alforrias estatais por meio de indenizações do fundo de emancipação, pelo incentivo à imigração de europeus, pela mortalidade natural dos escravos, dentre outros fatores. Todas as medidas diretas e indiretas que o Império deveria adotar, constantes no Terceiro Volume da obra, caminham nesse sentido.

Entre as medidas indiretas, vale o destaque para a alforria voluntária, tão venerada por Malheiro que a concebia como um ato de benevolência do senhor. No alto da sua branquidade, o jurista nos faz crer que o negro há de ser libertado dos grilhões do cativeiro por obra caridosa daquelas senhoras e senhores bondosos, como expressão da mais pura humanidade e fé cristã. Malheiro fez questão de ressaltar esse aspecto humanitário citando casos de senhoras abnegadas, que concediam alforrias aos seus escravos e chegavam até a tratar os filhos das escravas com carinho materno:

> A bondade e caridade proverbiais das Sras. Brasileiras tem chegado ao ponto de interessarem-se pelas crias, quasi como se forão seus proprios filhos, tratando-as como verdadeiro carinho materno, levando-as por vezes ao collo e até aos proprios seios, e praticando outros actos semellantes. (Malheiro, 1867b, p. 118).

Até mesmo em relação aos atos de última vontade (os testamentos e legados), os senhores de escravos eram vistos como expressão da mais lídima bondade:

> Tudo prova, pois, a salutar reforma no espírito publico, e nas consciencias em favor do escravo; reforma que se revela ainda melhor nos actos de ultima vontade, que são a derradeira e sincera expressão daquelle que desapparece para sempre d'entre os seus semelhantes, que são o grito da consciência, a

[140] "Em outras palavras, o medo que havia em relação às insurreições escravas na primeira metade do século XIX não levava a maiores questionamentos a respeito da própria instituição da escravidão. Não se concebia, na realidade, outra forma de organizar as relações de trabalho, e o problema das revoltas escravas era aparentemente um assunto a ser contornado com um 'redobrar de vigilância.'" (Chalhoub, 1990, p. 194).

> manifestação solemne dos mais intimos pensamentos e sentimentos do homem, que ahi reflectem como um espelho. (Malheiro, 1867b, p. 122).

A liberdade do escravo emerge não como um direito natural diante da ilegitimidade da escravidão, mas como uma concessão ou uma liberalidade do senhor, que até no leito de morte detinha a prerrogativa de libertar o escravo do mal do cativeiro. O ato não deixaria de ser, portanto, uma forma de expiação pelo pecado da escravidão!

Quanto a Malheiro, este acreditava firmemente que estava dando sua contribuição em vida, alforriado alguns de seus escravos, mas não sem antes exigir-lhes fiel, gratuita e compulsória prestação de serviços por alguns anos, já que as alforrias concedidas por ele eram condicionais, o que explica sua dogmática de conveniência. Sendo também senhor de escravos não poderia advogar contra seus próprios interesses econômicos, mesmo quando sua consciência gritava pela liberdade.

Esse fato não passou despercebido na criteriosa pesquisa historiográfica de Sidney Chalhoub (1990). O historiador localizou algumas das cartas de alforrias concedidas por Perdigão Malheiro no ano de 1866 perante o Segundo Ofício de Notas da Corte, colocando em xeque o caráter gracioso e humanitário da atitude de Malheiro. Os alforriados adultos deveriam continuar prestando-lhe serviços gratuitos por mais cinco anos e os filhos dos escravos continuariam sob seu domínio até que completassem a maioridade.[141]Na visão de Chalhoub (1990, p. 140), soa estranho Malheiro ter mentido sobre o assunto já que as alforrias condicionais eram coerentes com as ideias que desenvolveu ao longo de sua obra.

Assim como soa estranho o fato de que Malheiro, tão comprometido que dizia estar com a causa da liberdade, alguns anos após a publicação da sua obra, tenha sido contrário à inclusão do direito a alforria paga mesmo contra a vontade do senhor, na Lei do Ventre Livre, de 1871. Na época, o jurista era deputado por Minas Gerais e se pronunciou expressamente contra a proposta, conforme registro dos Anais da Câmara dos Deputados resgatado na obra de Manuela Carneiro da Cunha:

> Ainda deixando de lado a questão relativa à propriedade, entendo que não podemos impunemente afrouxar as relações do escravo para com o senhor, o que hoje prendem tão fortemente um ao outro, e que são o único elemento moral para conter os escravos nessa triste condição em que se acham…Se nós

[141] "Sabino, portanto, não fora libertado 'gratuitamente', e sim a condição de prestar serviços por mais cinco anos. Na verdade, todas as alforrias concedidas por Perdigão Malheiro naquele ano de 1866 foram condicionais. Além de Sabino, foram obrigadas a prestar mais cinco anos de serviços as crioulas Rosa, Sabina, Maria José e Maria; e permanecem 'em nossa companhia e serviço, e sob a nossa proteção até a sua maioridade (21 anos)', as pardinhas Virgínia, filha de Rosa, Julieta e Rosalina, filhas de Sabina, e Amélia, filha de Maria José." (Chalhoub, 1990, 140).

> rompermos violentamente esses laços, de modo a não se afrouxarem somente, mas a cortá-los como a proposta o faz (qual a espada de Alexandre cortando o nó górdio), a consequência será a desobediência, a falta de respeito e de sujeição. Eis um dos mais graves perigos. Essa proposta, em todo o seu contexto, não tende a nada menos do que romper violentamente esses laços morais que prendem o escravo ao senhor". (Malheiro, *apud* Cunha, 1983, p. 13).

Como abordado acima, os juristas do Império estava vivendo o dilema da peteca, transitando entre a defesa da liberdade e da propriedade privada, não apenas porque acreditava que os negros não estavam preparados para viver em liberdade, mas, sobretudo, para preservar os direitos adquiridos dos proprietários de escravos. Não seria diferente em relação a Perdigão Malheiro!

4.2.2 Teixeira de Freitas: omissão sobre a escravidão na legislação civil

Augusto Teixeira de Freitas nasceu em 19 de agosto de 1816, na cidade de Cachoeira, no Recôncavo Baiano. Era o nono filho de Antônio Teixeira de Freitas Barbosa e Felicidade de Santa Rosa de Lima Teixeira, mais conhecidos como Barão e Baronesa de Itaparica.[142]

O pertencimento à nobreza baiana lhe possibilitou ingressar na recém inaugurada Faculdade de Direito de Olinda 1832, onde cursou o primeiro e segundo anos do curso de Ciências Sociais e Jurídicas. Posteriormente, transferiu-se para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde cursou os terceiro e quarto anos. Porém, devido a alguns percalços acadêmicos vivenciados nesta faculdade, regressou a Olinda onde concluiu o curso em 06 de outubro de 1837.

De volta à Bahia no auge da Revolta da Sabinada,[143]Teixeira de Freitas foi nomeado juiz da capital baiana em 20 de janeiro de 1838, por um dos líderes da Sabinada, João Carneiro da Silva Rego, então vice-presidente do proclamado Estado Independente da Bahia. Se a nomeação prematura seria um grande feito para um recém-formado, isto acabou lhe rendendo muita dor de cabeça, pois foi demitido no mesmo ano, logo após o término da

---

[142] Antônio Teixeira de Freitas Barbosa foi agraciado com o título de Barão de Itaparica em 8 de abril de 1826, com o diploma assinado pelo Ministro José Feliciano Fernandes Pinheiro, "o mesmo que, no ano seguinte, 1827, firmou o ato de criação dos Cursos Jurídicos no Brasil."(Meira, 1983, p.12)

[143] Revolta provincial, ocorrida entre os meses de novembro de 1837 e março de 1838, liderada pela classe média soteropolitana, e teve como principais líderes o médico e jornalista Francisco Sabino e o advogado João Carneiro da Silva. Sobre os rumores de que a volta de Teixeira de Freitas para a Bahia está relacionada com a Revolta, Silvio Meira aduz que: "Tudo leva a crer na negativa, em face das dificuldades de transportes e comunicações naquela época. Diplomado a 6 de outubro de 1837, devendo providenciar seu deslocamento para a terra natal, inclusive a obtenção de transporte marítimo, nem sempre fácil, tudo leva a concluir que Teixeira de Freitas foi 'surpreendido' pela Sabinada." (Meira, 1983, p. 61).

revolta, e acabou respondendo a processo criminal por suspeita de participação no levante, sendo absolvido no ano seguinte.

Com isso, Teixeira de Freitas se mudou para o Rio de Janeiro, onde passou a exercer a advocacia e se projetou na carreira jurídica, vindo a ser um dos fundadores do Instituto dos Advogados Brasileiros, criado em 1843, ao lado de juristas como Caetano Alberto Soares, Perdigão Malheiro, Joaquim Nabuco de Araújo, Rui Barbosa, Clóvis Bevilacqua, entre outros. O Instituto, do qual Teixeira de Freitas foi presidente em 1857, reunia os principais juristas do Império e estava envolvido na discussão dos assuntos relevantes da jovem nação independente, bem como na estruturação das carreiras jurídicas e do próprio Direito:

> Pode-se dizer que aquela corporação teve durante o Império sua fase áurea, elevando-se o seu prestígio de maneira considerável. Quase toda uma elite de juristas, eminentes, na profissão e fora dela, por seus dotes culturais e morais ali se achava representada, bastando mencionar nomes como Teixeira de Freitas, Carvalho Moreira, José de Alencar, Perdigão Malheiro, Caetano Alberto Soares, Francisco Otaviano, José Tomás Nabuco de Araújo, Antônio Pereira Pinto, Lafayette Rodrigues Pereira e tantos outros. (Almeida, 2003, p. 105).

A rede de relações proporcionada pelo Instituto dos Advogados aproximava Teixeira de Freitas cada vez mais do poder imperial e acabou sendo nomeado advogado do Conselho de Estado em 1845, mantendo relações próximas com a elite política por mais da metade do período oitocentista.

Era um desafio para o Império sistematizar a legislação civil, já que, mesmo após a independência, o Direito aplicado às relações privadas se baseava nas Ordenações do Reino português, nas leis e alvarás esparsos do Império e na doutrina do Direito Romano. Em 15 de fevereiro de 1855, o jurista foi convidado por seu amigo, o então Ministro da Justiça José Tomás Nabuco de Araújo, para fazer a consolidação das leis civis vigentes no Império. Contratado pelo Governo para a difícil tarefa, Teixeira de Freitas passou a se dedicar aos estudos e compilação da legislação civil, concluindo a primeira edição da famosa obra "Consolidação da Legislação Civil" em 1857, onde organizou e classificou as leis civis vigentes naquele período, com comentários e orientações que serviram de consulta para a interpretação e aplicação do Direito a partir de então.[144] Diante do notável conhecimento demonstrado por Teixeira de Freitas em matéria de Direito Civil, exerceu grande influência no pensamento dos demais juristas e na jurisprudência do Império.

[144] "Sua Consolidação mereceu louvores gerais. Passou a ser o livro de consulta diária de Juizes, advogados, mestres. Foi o nosso Código Civil do Império ou, para usar a expressão mais acertada, de Beviláqua a La Grassérie, o verdadeiro Código Civil até 1917." (Meira, 1983, p 106).

Dois anos depois, em 10 de janeiro de 1859, foi novamente contratado pelo Governo imperial para a elaboração do projeto de Código Civil, seguindo os passos do movimento de codificação europeu.[145] O primeiro esboço do Código Civil foi publicado em 1860 e já em 1864 o jurista entregou a versão final do projeto. As divergências entre Teixeira de Freitas e a comissão revisora do "Esboço" do Código Civil, nomeada pelo Governo, acabou levando o jurista a desistir do projeto nos anos seguintes e à rescisão do seu contrato com o Governo em 1872.

A importância da contribuição de Teixeira de Freitas para o Direito Civil brasileiro é reconhecida e reverenciada entre os civilistas, mas seu papel diante do sistema escravista do seu tempo é motivo de intensos debates. Há, entre os seus biógrafos, uma tentativa de apresentar ao Brasil de hoje uma figura heróica, um verdadeiro baluarte da luta pela abolição da escravidão. Essa, inclusive, é a história que tem sido contada pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, do qual foi um dos fundadores.[146]A historiografia da escravidão, entretanto, tem revelado o outro lado da história, mais consentânea com as condições políticas, econômicas e sociais do período oitocentista e com as relações de poder subjacentes à dogmática jurídica.

Teixeira de Freitas era um jurista branco que integrava a elite política e econômica imperial. Ele, como grande parte de sua família, manteve estreitas relações com o poder imperial ao longo do século XIX, período no qual a legitimidade da escravidão estava em pauta e o crescente movimento abolicionista pressionava o Governo para a tomada de medidas concretas contra o sistema escravista.

Por outro lado, devido às pressões inglesas contra o comércio de africanos e às medidas que foram adotadas desde 1810 até culminar com o fim do tráfico negreiro pela Lei Eusébio de Queirós, de 04 de setembro de 1850, a população brasileira da segunda metade do século XIX já contava com um grande número de negros libertos.

Assim, partindo da hipótese de que a encomenda inicial do Governo não tinha nenhuma diretriz acerca da escravidão e considerando ainda que o jurista gozava de independência intelectual para a condução dos trabalhos, era de se esperar que a questão servil e os direitos de cidadania dos libertos estivessem entre os principais problemas a serem enfrentados na consolidação da legislação civil contratada há menos de cinco anos depois

---

[145] Entre os primeiros códigos civis cita-se o da Prússia, de 1794; da Áustria, de 1786; e o famoso Código de Napoleão, da França, de 1804. Em Portugal, o primeiro Código Civil foi aprovado em 1867 e entrou em vigor em 1868.

[146] Recentemente, o Instituto dos Advogados Brasileiros realizou um Seminário sobre a vida e obra do jurista, onde podemos compreender um pouco da articulação em torno do reconhecimento do posicionamento de Teixeira de Freitas contra a escravidão. A palestra foi transmitida pelo canal do youtube da entidade. (INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, A Carta de Renúncia de Teixeira de Freitas à Presidência do IAB. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=7hS821p9BJI/. Acesso em: 28.01.2023.

abolição do tráfico negreiro e em um período no qual, diante da precariedade das leis civis sobre a propriedade escrava e os direitos dos libertos, havia margem para intepretações antagônicas no âmbito da doutrina e da jurisprudência.

A questão da escravidão se tornava ainda mais relevante nas discussões do Direito Civil diante do aparente e estratégico silêncio da Constituição Imperial de 1824, abordada anteriormente, ao passo que as disposições dos artigos 6º e 179 da Carta constitucional, não eram suficientes para resolver os conflitos cotidianos relacionados aos direitos civis dos negros libertos. Sob esta ótica, não precisa ser especialista em estudos raciais para perceber que a legitimidade da escravidão e o exercício da cidadania pelos negros libertos eram temas centrais também para a consolidação das leis civis, encomendada em 1855, e também para o projeto de codificação civil, contratado em 1859.

Não se olvide que a constituição imperial era essencialmente escravocrata e legitimou políticas e práticas escravistas, inclusive a legislação ordinária. Tanto é que, no âmbito penal, o Código Penal de 1830, o Código de Processo Criminal de 1832 e a Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835,[147]estabeleceram diferenças de tratamento entre brancos e escravos, criando um evidente Direito Penal de Exceção[148] para os escravos. A questão do aparente e estratégico silêncio da Constituição Imperial de 1824 e seus efeitos práticos na ordem jurídica rendia intensos debates na doutrina e na jurisprudência do Império, conforme Lenine Nequete (1988a; 1988b) narrou nos seus estudos sobre escravos e Poder Judicial no período oitocentista. Então, não havia dúvidas de que, de uma forma ou de outra, a legislação civil deveria enfrentar a questão, dado que a ordem social era essencialmente escravista.

A carreira jurídica de Teixeira de Freitas, iniciada em 1837, foi construída paralelamente aos debates políticos e às medidas legislativas que vinham sendo tomadas sobre o fim do tráfico negreiro e a abolição gradual da escravidão. O jurista, por sua vez, mantinha relações próximas com o Governo e com os líderes políticos do Império. Então, a menos que o jurista estivesse alheio ao que acontecia à sua volta, hipótese descartada diante das boas relações com o poder e do amplo conhecimento jurídico de Teixeira de Freitas, é possível afirmar que o jurista tinha pleno conhecimento da centralidade do problema da escravidão para o projeto de nação liberal e de codificação civil a que estava imbuído.

Por outro lado, Teixeira de Freitas era um jurista em formação no período em que o positivismo estava ganhando terreno no Brasil. Sabe-se que o jurista era um romanista e

[147] A qual, na prática, instituiu um Direito Penal de Exceção, com possibilidade de pena de morte e processo sumário em caso de homicídios contra os senhores, parentes, feitores, etc.
[148] Que será objeto do tópico 5.2.3 deste trabalho.

partidário da Escola Histórica de Savigny.[149]Essa base teórica pode ter sido um dos fatores do seu distanciamento com a realidade social e do problema da escravidão, pois, como um bom positivista-formalista, não deveria se ocupar de questões valorativas, alheias ao Direito Positivo. Por certo, na mentalidade do nosso jurista, a questão da legitimidade e do fim do sistema escravista deveria ser resolvida no campo da política, não do Direito, que deveria se manter neutro.

Porém, a ausência da questão da escravidão no "Esboço de Código Civil" de Teixeira de Freitas é o ponto nevrálgico da sua biografia. Há aqueles que usam a ausência da escravidão no projeto de codificação para enaltecê-lo, enfatizando sua posição contra a escravidão. Segundo Silvio Meira, Teixeira de Freitas "era contrário à escravidão e isso demonstrou na elaboração da Consolidação e do Esboço. Entendia que as leis sobre o assunto não deveriam figurar em uma nova obra legislativa devendo constituir um corpo à parte: o Código Negro. Previa sua extinção" (Meira, 1983 p. 140).

Outros enaltecem sua coragem e heroísmo:

> A postura corajosa de Augusto Teixeira de Freitas frente à escravidão, opondo-se à renitente ideologia escravocrata de sua época, há de encorajar o jurista de hoje a transpor as barreiras da estreiteza dogmática e lutar pela liberdade, assumindo seu compromisso profissional como baluarte da defesa da justiça. (Surgik, 1988, p. 446).

Ou o seu compromisso com o regime democrático:

> E, por isto, teve muitas vezes que desbastar do antigo direito reinícola, quase a machado, qual fez, por exemplo, com a escravidão, e também com a morte civil, a restrição dos direitos civis aos nacionais e outras absurdas velharias ainda mantidas em Códigos do Século XIX, incompatíveis com o regime democrático dos Estados americanos. (Valladão, 1983, p. XLIV).

Na mesma trilha escreveu Levi Carneiro, no seu Estudo Crítico-Biográfico do jurista, publicado em uma das edições do "Esboço do Código Civil":

> Não caberia nestas páginas, a apreciação do pensamento político de Teixeira de Freitas. Houve quem lhe atribuísse tendências para o republicanismo.

[149] "Constata-se, em diversos estratos da literatura, o posicionamento de Freitas como válvula de entrada da ciência jurídica alemã, e especialmente de Savigny, no direito privado brasileiro. Essa caracterização restaria autorizada, por um lado, pela constante referência, sobretudo na Introdução à Consolidação das leis civis, aos autores alemães, incluído Savigny, e, por outro lado, pela rejeição ao modelo francês de codificação e aos padrões teóricos da chamada escola da exegese. Tais elementos encadeiam-se em formulações diversas, disseminam-se na literatura, sugerindo, a partir deles, uma leitura comparada do impacto das obras de Savigny e Freitas para a Alemanha e o Brasil." (Onofri, 2023, p. 13).

> Cabe, porém, acentuar que uma das suas idéias fundamentais era o zelo pela liberdade individual. Na famosa carta de 20 de setembro, expondo seu plano de classificação das matérias do código único de Direito Privado, afirmava que "não há direitos que não sejam efeitos, não há direitos inatos" e acrescentava: "A liberdade é o homem. A liberdade em política jamais teria o nome de direito se os povos se houvessem remido das instituições opressivas; e na vida civil não teria correlativo, se não fora o abuso da escravidão". (Carneiro, 1983, p. XXXIII).

E o que disse o jurista sobre o assunto? Pois bem! Seguindo a tradição dogmático-formalista, a questão da escravidão ocupou apenas a introdução e as notas de rodapé da "Consolidação das Leis Civis" e do seu "Esboço de Código Civil". A explicação para essa postura está em um parágrafo da extensa introdução da "Consolidação das Leis Civis", no qual o jurista afirma o seguinte:

> Cumpre advertir, que não há um só lugar do nosso texto, onde se trate de escravos. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma excepção, que lamentamos; condemnado á extinguir-se em época mais, ou menos, remota; façamos tambem uma excepção, um capitulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis; não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o *estado de liberdade* sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes á escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas á parte, e formarão nosso *Código Negro*. (Freitas, 2003a, p.XXXVII).

Anos mais tarde, no "Esboço do Código Civil", reafirmou a ausência do tema da escravidão no seu projeto de codificação e a necessidade de que o assunto fosse tratado em uma legislação a parte (O Código Negro), como se observa nos comentário do art. 21:

> Art. 21. *Capacidade de direito*: não se entenda esta expressão no mesmo sentido, em que a emprega Savigny. Para este escrito, que generalizar o Direito Romano, a *capacidade de direito* é, e não podia deixar de ser, o caráter distintivo dos seres humanos que aquele Direito reputava pessoas, por contraposição aos que privava da personalidade. Para nós, para a civilização atual, todo o homem é pessoa: pois que não há homem sem suscetibilidade de adquirir direitos, suscetibilidade que não chamo *capacidade de direito* tratando-se de pessoas, porque só o seria em relação a entes que não são pessoas. Quem, para distinguir a pessoa do que não é pessoa, emprega a expressão - *capacidade de direito* - *capacidade jurídica*, como fazem os escritores do Direito Natural, confundir-se-á a si mesmo e aos outros; e, ou cairá na teoria do *status* e *capitis diminutio* do Direito Romano, ou não terá terminologia própria para exprimir a *capacidade de direito* das legislações modernas. Sabe-se que neste Projeto prescindo da *escravidão dos negros*, reservada para um projeto especial de lei; mas não se creia que terei de considerar os escravos como coisas. Por muitas que sejam as restrições, ainda lhes fica aptidão para adquirir direitos; e tanto basta para que sejam pessoas. (Freitas, 1983, p. 14-15).

Infere-se dessas palavras que o jurista considerava a escravidão vergonhosa e que estava fadada a ser extinta brevemente. Então, a hipótese de que, por vaidade acadêmica, o jurista não quisesse macular um Código Civil que levaria seu nome com disposições das quais se envergonhava também não está descartada.

Por certo, suas palavras comportam várias interpretações, mas não se pode desconsiderar o fato de que, ao longo de toda sua vida, ele não se opôs à manutenção da legislação esparsa que permitia a propriedade de seres humanos. Ao contrário, pois afirmou na introdução da "Consolidação das Leis Civis" que o assunto deveria ser objeto de uma legislação especial.

Nesse contexto, Teixeira de Freitas se junta aos liberais do seu tempo, com o discurso retórico da ilegitimidade da escravidão, mas sem se opor diretamente aos direitos dos proprietários de escravos, apostando na ideia, igualmente retórica, da abolição gradual da escravidão. Nada mais coerente com essa ideia a sua proposta de que tais relações fossem reguladas por uma legislação a parte, o "nosso Código Negro", fazendo remissão expressa ao *Code Noir* francês.[150]

O silêncio da "Consolidação das Leis Civis" sobre a escravidão foi questionado pela Comissão revisora, formada por José Thomaz Nabuco de Araújo, Caetano Alberto Soares e por Paulino Soares de Souza, conforme consta no Relatório que integra a edição publicada:

> É sensível a omissão, que houve na Consolidação á respeito das disposições concernentes á escravidão; porquanto, posto deva ella constituir, por motivos políticos e de ordem pública, uma lei especial, comtudo convinha saber-se o estado defectivo da legislação á este respeito. (Freitas, 2003a, XIX).

A comissão fez ainda menção ao fato de que a Consolidação excluiu os cativos do conceito de pessoas:

> No 1º título, o das - pessoas -, o autor considera os atos do nascimento e morte; e distingue as pessoas somente quanto à idade, família, alienação e ausência; Pelas razões que o autor menciona a pág. 11, exclui deste título o estado da escravidão. Considerando os direitos somente como civis ou políticos, do homem ou do cidadão; sendo os direitos políticos os que se referem à participação do poder e funções públicas, e por consequência só e exclusivamente dos Brasileiros; e os direitos civis comuns aos Brasileiros, e estrangeiros; o autor não assinala neste título diversa condição nacional, e ao estrangeiro. (Freitas, 2003a, XXI).

[150] Consta na nota explicativa nº 10, a seguinte observação de Teixeira de Freitas: "Assim chamou-se o Edicto de 1685, regulando a sorte dos escravos nas Colonias Francesas." (Freitas, 2003a, XXXVII).

De acordo com o parecer da comissão revisora, o Governo esperava, de fato, que a questão fosse abordada, já que era preciso dar respaldo legal ao sistema escravista que ainda era a base da sociedade brasileira.

Por outro lado, parece frágil a interpretação reducionista de que a simples omissão do jurista sobre uma questão fundamental na "Consolidação das Leis Civis" e, posteriormente, no "Esboço do Código Civil", seria um ato de repúdio do jurista em relação à escravidão. Isto porque Teixeira de Freitas se comprometeu a tratar da legislação da escravidão em um "Código Negro". Na Segunda Edição da Consolidação, de 1872, e na Terceira Edição, de 1876, mais especificamente na "nota de rodapé" nº 2, da parte introdutória, em resposta ao parecer da comissão revisora, Teixeira de Freitas se contentou em afirmar que a questão da escravidão foi suprida com a superveniência da Lei nº 2040, de 28 de Setembro de 1871, que ficou conhecida com Lei do Ventre Livre (Freitas, 2003a, XXI).

Na Segunda Edição, apesar de provocado sobre o assunto, manteve sua posição de deixar a solução do problema da escravidão para as leis esparsas vigente, com subsídios no Direito Romano:

> Nesta 2ª Edição supprimos a censurada lacuna, não nas disposições do texto, que ficão intactas, mas em cada uma de suas notas explicativas. Vai indicado o pouco, que temos de legislação civil relativa à escravos; e além disto um copioso subsídio, que extrahimos do Direito Romano, unica norma na solução dos casos occurrentes.
> Assim procedemos, no intuito de prestar um serviço ao Fôro. São mui frequentes, e delicadas, as questões, que este assumpto offerece. (Freitas, 2003a, p. XXXVIII).

Se as principais obras de Teixeira de Freitas (a Consolidação e o Esboço de Código Civil) foram caracterizadas pela omissão acerca da questão da escravidão, o mesmo não se pode dizer sobre o pensamento do jurista quanto à condição dos escravos na ordem jurídica brasileira. Não houve, nesse aspecto, nenhum silêncio ou omissão, pois as notas de rodapé espalhadas ao longo da Consolidação das Leis Civis são bastante esclarecedoras e, em todas elas, há um Teixeira de Freitas empenhado em fornecer ferramentas dogmáticas para resolver as questões relacionadas à propriedade escrava, sem, entretanto, se opor a ela. O pensamento do jurista era claro: embora a escravidão fosse um mal que deveria ser abolido, o escravo continuava sendo coisa móvel, atraindo as consequências jurídicas inerentes ao direito de propriedade previstas nas Ordenações do Reino, na legislação imperial e na doutrina do Direito Romano, ainda que com certas flexibilizações.

A nota de rodapé explicativa do artigo 42,[151] da Consolidação, confirma essa hipótese. Mesmo na 3ª Edição da obra, já em 1876, Teixeira de Freitas mantém sua posição sobre a excepcionalidade do *status* jurídico do escravo-coisa, nos termos da nota explicativa:

> Na classe dos bens moveis entrão os semoventes, e na classe dos semoventes estão os escravos.
> Posto que os escravos, como artigos de propriedade, devam ser considerados cousas, não se equiparão em tudo aos outros semoventes, e muito menos aos objectos inanimados, e por isso tem legislação peculiar. (...) (Freitas, 2003a, p. 35).

Tendo em vista a natureza jurídica do escravo, o jurista prossegue citando as leis especiais vigentes e as consequências, sem apresentar objeções sobre a ilegitimidade da propriedade escrava. Não se tratava, portanto, de silenciamento, mas sim de uma estratégia discursiva na lógica foucaultiana do dispositivo de poder, para mascarar a violência do instituto da escravidão, relegando-a à legislação esparsa, conforme se vê ao longo das notas explicativas.

De olho nessa estratégia, merece destaque a nota explicativa do artigo 42, onde foi exposta a doutrina e a legislação aplicável nas diversas situações relacionadas à escravidão. Nela, o autor apresentou solução jurídica para a impossibilidade de sucessão hereditária dos filhos dos escravos forros e para a prática tolerada pelos costumes de os escravos possuírem dinheiro e bens móveis; afirma a legitimidade da alforria, a título oneroso ou gratuito, por atos entre vivos ou por disposição de última vontade, ou seja, em testamentos. (Freitas, 2003a, p. 36)

Com base na doutrina romana do *statuliber*, enfrentou também as divergências sobre a alforria condicional, sob ótica do direito do proprietário dispor livremente dos seus bens:

> Como a alforria póde sêr dada por fideicomisso, á prazo, ou debaixo de condição, ha um estado médio entre a escravidão e a liberdade; e escravos, que se achão nesse estado, têm a denominação de - estado-livres - . Entende-se por - estado-livre - aquelle que está destinado á ser livre depois de certo tempo, ou depois do cumprimento de uma condição - L. 1ª parte Dig. de statulib. (Freitas, 2003a, p. 36).

Com base nessa doutrina e citando a legislação romana, apresenta as soluções para o tratamento do escravo alforriado condicionalmente (*statuliber*), defendendo, entre outras, as seguintes posições: que o estado-livre não perderia seu direito à liberdade ainda que fosse

[151] Art. 42. Os bens são de três espécies: móveis, immoveis, e acções exigíveis.

vendido para outra pessoa; que a alforria não poderia ser revogada em disposição de última vontade (testamento); que havia direito adquirido à liberdade, desde que a condição fosse cumprida, não seria prejudicada pela alienação nem pela prescrição; que a condição do estado-livre estava protegida perante os herdeiros de quem concedeu a alforria, que não poderia ser prejudicada, por exemplo, se herdeiro alienasse o escravo quando a alforria tivesse sob essa condição; que o alforriado condicional deveria ser submetido às mesmas penas das pessoas livres; que não havia respaldo para alforria tácita, pois a intenção do senhor para a liberdade do escravo deveria ser expressa (Freitas, 2003a, p. 36-39).

Outra questão fundamental para a jurisprudência da época,[152]era a condição dos filhos de escravas alforriadas que nascessem enquanto pendente a condição suspensiva. Sobre esse assunto, o jurista entendia que o filho deveria seguir a sorte da mãe, devendo ser considerado igualmente livre quando implementada a condição:

> Os filhos de uma estado-livre nascem escravos do herdeiro - L. 16 Dig. statulib. Tenho sempre opinado em contrário, seguindo como mais razoável a disposição do Cod. da Luziana, art. 196, que diz <O filho nascido de molher, que tem adquirido o direito absoluto á sua liberdade futura, segue a sorte da sua mãi, e fica livre na época determinada para sua alforria, ainda mesmo que venha a fallecer antes dessa época. (Freitas, 2003a, p. 36).

As notas explicativas ao referido artigo, introduzidas na 3ª Edição da Consolidação em 1876, não mudaram o posicionamento de Teixeira de Freitas sobre a legitimidade da propriedade escrava, servindo-lhe apenas para adicionar mais referências à legislação esparsa, especialmente às novas regras da Lei do Ventre Livre, de 1871 e sua regulamentação posterior.

Na 3ª edição da Consolidação, por exemplo, o autor retoma a questão da alforria condicional, em resposta às observações do Conselheiro Rebouças.[153]Dialogando com este jurista, Teixeira de Freitas acrescentou notas explicativas ao art. 411, onde equipara a alforria gratuita ao contrato de doação de bens móveis com os efeitos dele decorrente:

> Como a alforria gratuita tem analogia com a doação, considerada esta como acto unilateral antes de aceita pelo donatário, e como acto bilateral depois de acceita; segue-se que as cartas de alforria por fallecimento do senhor, achada entre seus papeis, sem que dellas tivessem conhecimento os escravos libertados, não produzem effeito senão depois do falecimento. Os filhos pois de uma escrava libertada nestas circunstâncias, nascidos antes de têr a carta de alforria produzido seus effeitos, antes de sêr conhecida, como se tivesse *in*

[152] Conforme abordado também por Perdigão Malheiro (vide tópico anterior).
[153] Sobre o qual falarei no tópico seguinte.

> *mente reposta*, são escravos. (Freitas, 2003a, p. 285).

O autor prossegue nessa extensa nota respondendo às indagações de Rebouças, tendo como fio condutor o direito de propriedade e as disposições sobre o contrato de doações.

É importante ressaltar que o tema da alforria condicional rendia intensas discussões entre os juristas do Império desde meados do século e a discussão em torno do tema foi um dos fatores que levaram à famosa carta de renúncia de Teixeira de Freitas à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros em 1857. Na ocasião, o advogado Carlos Alberto Soares,[154]havia formulado algumas questões aos colegas advogados:

> Sendo muito usual entre nós deixar qualquer em seu solene testamento escravos forros com obrigação de servirem a alguma pessoa, enquanto esta for viva, ou por certo espaço de tempo, e não menos frequënte deixar os escravos para servirem temporariamente a alguém, pergunta-se: 1º) Na primeira hipótese, se for escrava, e tiver filhos durante o tempo, que era obrigada a prestar serviços, os filhos serão livres, ou escravos? Se livres, serão também obrigados a prestar serviços? Se escravos, a quem pertencerão? 2º) Na segunda hipótese e verificadas as mesmas circunstâncias, terá lugar a mesma decisão ou diversa? (Soares *apud* Grinberg, 2002, p. 213).

Contrariando a tese de Teixeira de Freitas, de que o filho da escrava liberta deveria seguir a mesma sorte da mãe, os advogados do Instituto, por maioria absoluta, entenderam que as duas hipóteses eram diversas:

> não só na forma da redação, mas também no fundo da questão; porque na primeira a escrava ficava desde logo por morte do testador no gozo do direito de liberdade, que lhe fora legada, só com o ônus de prestar serviços por certo tempo, e na segunda a escrava ficava, sim, com o direito à sua liberdade, findo certo tempo, mas o gozo desse direito ficava dependendo do tempo marcado, se a este prazo ela sobrevivesse. (IAB *apud* Grinberg, 2002, p. 215).

A falta de regulamentação da questão, como visto, abria margens para interpretações antagônicas e ampliava o alcance da doutrina do "favor à liberdade" e o recurso à Lei da Boa Razão em detrimento da lei positiva. Esse caminho, entretanto, não era bem visto por Teixeira de Freitas, que preferia uma visão mais legalista, mantendo-se fiel à sua tese inicial consignada na Consolidação das Leis Civis e no subsequente projeto de codificação.

O pensamento do jurista sobre a legitimidade da propriedade escrava e suas consequências práticas estão também em outras notas explicativas da Consolidação. Entre essas cita-se: as notas do art. 208, onde afasta a ilegitimidade do filho de senhor de escravos

[154] O mesmo que, mais tarde, veio a integrar a comissão revisora da Consolidação das Leis Civis.

com escrava sua ou alheia (Freitas, 2003. p. 171); as notas explicativas do art. 807, onde afirma a obrigação do senhor indenizar os danos causados pelos escravos que praticarem crimes e de pagar a pena pecuniária, inclusive em relação ao *statuliber*. Na mesma nota expõe seu posicionamento sobre a natureza jurídica do escravo condenado pela prática de crime, o qual não perdia sua condição de escravo (Freitas, 2003, p. 487); as notas do art. 982, onde aborda a incapacidade de sucessão hereditária do escravo, salvo se forro ao tempo do falecimento do pai (Freitas, 2003b, p.587); as notas do art. 993, onde afirma a impossibilidade de disposição de última vontade por parte de escravos, ou seja, não poderiam fazer testamentos (Freitas, 2003b, p. 597).

A apresentação acrítica das regras aplicáveis à propriedade de seres humanos estão, enfim, espalhadas nas notas de rodapé da obra, antes e depois dos apontamentos da comissão revisora.

De toda forma, não há, na dogmática de Teixeira de Freitas, objeção explícita ao mal da escravidão da qual dizia se envergonhar. É o máximo que se pode extrair de seus ensinamentos sobre a legislação esparsa e sobre os dogmas jurídicos aplicáveis ao uso, gozo e fruição da propriedade escrava.

4.2.3 Antonio Pereira Rebouças: o jurista "mulato" do Império

Antonio Pereira Rebouças é um dos principais personagens da história política e jurídica do período oitocentista. Nascido em Maragogipe, na região da Bahia, em 1798, dividiu seu tempo entre o exercício da advocacia e da política até a sua morte em 1880, aos 82 anos. Foi deputado pela Bahia e por Alagoas[155]e ficou notabilizado pela função de Conselheiro do Governo e Conselheiro Geral da província para o qual foi nomeado em 1828. A condição de Conselheiro de Dom Pedro II lhe rendeu a alcunha de Conselheiro Rebouças, como ficou conhecido no Império.

Sendo filho de escrava liberta com um alfaiate português, a presença de um mulato na seleta elite escravista é um indicativo da sua capacidade intelectual e desenvoltura para lidar com os preconceitos da sociedade imperial. Se, em pleno século XXI, pretos e pardos ainda enfrentam diversos obstáculos para transitar nesses espaços, não é difícil imaginar os desafios vivenciados pelo jurista e político mulato que se envolveu intensamente na luta pela

[155] Deputado(a) Federal - BA, Dt. Posse: 01/05/1830; Deputado(a) Federal - BA, Dt. Posse: 20/05/1837; Deputado(a) Federal - BA, Dt. Posse: 01/01/1843; Deputado(a) Federal - AL, Dt. Posse: 19/08/1845. Fonte: Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/deputados/213/biografia. Acesso em: 07.04.2023.

independência do Brasil, dos direitos civis instituídos pela Constituição Imperial e, como advogado, atuou em diversas ações de liberdade e de escravidão perante os tribunais do Império.

Tentar se descolar do passado escravista foi uma das estratégias adotada pela família Rebouças, que tem outros personagens bastante influentes na construção do Brasil, integrantes da classe média em ascensão na Corte imperial.

Um pouco dessa trajetória é contada pela historiadora Keila Grinberg (2002), a qual sugere que uma das razões de os pais de Rebouças terem se mudado de Salvador para a pequena cidade de Maragogipe esteja relacionada à prática comum de escravos libertos e pessoas livre de cor de tentarem apagar o passado escravista e até mesmo de tentativas reais de reescravização, por intermédio da constituição de novas relações sociais. Esse parece ter sido o caso dos descendentes da ex-escrava Rita Brasília dos Santos e do português Gaspar Pereira Rebouças, pais do nosso jurista:

> Se a intenção dos pais de Antonio Pereira Rebouças foi realmente a de apagar as ligações com a escravidão, provavelmente nunca se saberá; mas ainda que não tenha sido uma estratégia pensada por eles, ela foi seguida à risca por seus filhos e netos: em nenhum dos documentos biográficos por ele deixados há referência à ascendência africana da mãe e avó. Com poucas exceções, nem mesmo a própria cor é mencionada em seus relatos pessoais. Além disso, seus filhos, apesar de todas as dificuldades, foram bem-sucedidos em suas opções de vida, e todos conseguiram galgar mais degraus sociais do que aqueles vencidos por seus pais. (Grinberg, 2002, p. 48).

O contato de Rebouças com o Direito começou no cartório dos tabeliães Francisco Alves de Albergaria e João Carneiros da Silva Rego, onde trabalhava como uma espécie de escrivão. Como autodidata, mergulhou nos estudos das leis, da jurisprudência e da política, o que lhe rendeu a autorização para advogar na Bahia em 1821, na condição de rábula, pois não possuía o diploma de bacharel nem de doutor em Ciências Jurídicas.[156]

Envolvido na luta pela independência do Brasil, na Bahia, e se vendo preterido da composição de forças políticas estabelecida no Recôncavo baiano, o jovem Rebouças decidiu se mudar para o Rio de Janeiro em 1823. Na Corte, como destaca Grinberg (2002, p. 78), Rebouças se deu conta de que todo o prestígio que conseguira na Bahia não tornara invisível a sua cor. É o que se depreende das poucas referências ao passado de escravo constantes nas memórias escritas do jurista. Em um desses registros, consta que Rebouças deixou de ser

[156] Como abordado anteriormente, a única forma de obter o diploma era ir para a Europa, especialmente para a Universidade de Coimbra, para onde a elite escravista enviava seus filhos. Não era este o caso dos pais de Antônio Pereira Lisboa.

convidado para jantar na casa de um deputado porque a presença do mulato poderia desagradar os demais convidados brancos. Sobre o episódio, Grinberg destaca que:

> Rebouças foi embora revoltado, menos com a discriminação em si e mais com o fato de ter acontecido com ele "um homem que na sua profissão era Advogado e na política tinha servido de Membro do Governo primeiro do que cada um deles e nessa qualidade dado ordens a pessoas de hierarquia igual aos demais distintos deles". A ferida deve ter sido profunda, tanto é que não mais faria referências a episódios como este em suas memórias, e eles não tardam a se repetir. (Grinberg, 2002, p. 78).

Entre outros episódios racistas, Grinberg (2002, p. 78-85) conta ainda a resistência da elite escravista sergipana sobre a nomeação de Rebouças para o cargo de secretário da província de Sergipe em 1824. A situação incomodava justamente pelo fato de ter um mulato à frente dos negócios do Governo, razão pela qual seus adversários fizeram de tudo para tirá-lo do cargo, como de fato conseguiram no ano seguinte. Após esse episódio, Rebouças se muda para Salvador, onde passa a atuar em causas relacionadas à garantia dos direitos civis consagradas na recente Constituição Imperial, tema que marcou sua trajetória política e jurídica ao longo da sua vida, especialmente em relação às questões de direitos de cidadania dos negros libertos, que era a sua própria condição na sociedade escravista.

Na sua atuação política, Rebouças encabeçou projetos de lei para regulamentar a liberdade de escravos por meio de pecúlio, o que poderia ser um bom negócio para os senhores de escravo, adaptando a disposição contida no Livro 4, Título 11, §4º,[157]das Ordenações Filipinas que frequentemente era utilizada pelos advogados nas ações de liberdade. Pelo projeto de lei apresentado à Assembleia Legislativa em 14 de maio de 1830, apesar da possibilidade de libertação contra a vontade do senhor por meio de indenização, Rebouças incluiu a hipótese dos senhores acusarem o escravo de ter roubado o dinheiro apresentado para a obtenção da liberdade, o que, numa sociedade escravista não seria difícil já que o senhor de escravo poderia facilmente conseguir testemunhas para falar o que quisesse em juízo. Essa proposta de Rebouças é, segundo Grinberg uma prova do seu apego à propriedade privada como organização social ao tentar limitar o princípio do "favor à liberdade", fundamento jurídico mais citado nas ações de liberdade:

> Seu interesse em regulamentar a referida ordenação, se aprovado, até poderia

[157] "E porque em favor da liberdade são muitas cousas outorgadas contra as regras geraes: se alguma pessoa tiver algum Mouro captivo, o qual seja pedido para na verdade se haver de dar e resgatar algum Christão captivo em terra de Mouros, que por tal Mouro se haja de cobrar e remir; mandamos que a pessoa, que de tal Mouro tiver, seja obrigado de o vender, e seja para isso pela Justiça constrangido.(...)" (Portugal, 1870, p. 790)

> ter tido um efeito favorável à condução da libertação por parte de escravos. No entanto, dificilmente isto teria acontecido. Ao propor a regulamentação da ordenação filipina liv.4 tit.11 §4, ele estava propondo uma determinada interpretação para uma lei que, apesar de específica, era usada de forma extremamente genérica nas ações de liberdade, quando advogados faziam uso apenas da expressão "e porque em favor da liberdade são muitas coisas outorgadas contra as regras gerais" para argumentar que, em qualquer caso, quando se trata da libertação de escravos, são mais fortes as razões da liberdade. (Grinberg, 2002, p. 120).

Ao longo de sua vida política, outros episódios do intenso envolvimento político de Rebouças nas questões relacionadas à escravidão no Brasil demonstram suas posições contraditórias sobre o assunto, como consta na pesquisa historiográfica de Grinberg (2002). Tais episódios não podem ser desconsiderados para o entendimento do pensamento jurídico de Rebouças sobre a escravidão. O jurista era uma pessoa articulada, conviveu nas entranhas do poder desde os seus 20 anos de idade e entendia bem a importância de manter boas relações com a elite política e econômica para o sucesso da sua carreira política e profissional.

Entretanto, a defesa do fim do tráfico de escravos e sua visão mais progressista sobre os direitos civis previstos no art. 179, da Constituição do Império acabou isolando-o politicamente, pois "apesar de partilhar preocupações políticas de muitos de seus colegas, sempre que abordava qualquer tema relativo à defesa dos direitos civis recebia desaprovação geral" e, vislumbrando que o fim da escravidão estava próximo, "considerava que os liberais deveriam se preparar para o futuro, para o dia em que todos os brasileiros nascessem livres, justamente por intermédio da discussão aprofundada da questão da cidadania" (Grinberg, 2002, p. 175-176).

Apesar da resistência dos seus pares, é importante salientar que as ideias abolicionistas de Rebouças não estavam centradas no fim imediato da escravidão, pois, como um típio liberal, se manteve fiel ao respeito do direito de propriedade. "A diferença entre ele e os outros era que, no tocante aos escravos, defendia seu direito de se tornarem livres e cidadãos quando se provassem capazes de, justamente, acumular propriedade" (Grinberg, 2002, p. 179-180).

Nessa perspectiva, Rebouças lutou pelos direitos civis dos libertos, das pessoas livres de cor que, como ele, não deveriam sofrer limitações no exercício da cidadania apenas em razão da cor da pele, pois "para ele, era possível a existência de uma sociedade liberal escravista que não fosse racista: ela não seria racista a partir do momento em que, livre da escravidão, qualquer cidadão teria igualdade de oportunidades sociais, políticas e econômicas" (Grinberg, 2002. p. 185).

Sua posição em prol dos direitos civis era simples: o indivíduo, ou era escravo (e como tal privado de capacidade de direitos civis), ou era livre (e como tal, um cidadão), inexistindo razão para existência de privilégios entre pessoas livres "de cor" e brancos apenas em razão da cor da pele ou da descendência. Claro que essa posição, defendida por exemplo na questão da aceitação dos libertos na Guarda Nacional, sofreu resistência entre seus pares e o colocava cada vez mais isolado na cena política brasileira. Com a vitória dos conservadores e perdendo as eleições em Alagoas, onde tentava mais um mandato de deputado, Rebouças acabou deixando de lado a carreira política em 1845, passando a se dedicar ao exercício da advocacia.

Em 1847, Rebouças, que já era habilitado para advogar na Bahia desde 1821, requereu autorização do Império para atuar como advogado no Tribunal de Relação da Corte,[158]onde o exercício da advocacia era mais rentável. Embora não tivesse o diploma de bacharel ou de doutor, seu conhecimento e experiência jurídica, aliado à sua influência política, o ajudaram a obter a autorização para advogar em todo o Império por meio do Decreto nº 467 de 04 de setembro de 1847, vindo a ser habilitado pelo Tribunal da Relação em 09 de outubro do mesmo ano.[159]

A partir daí, se tornou um dos advogados mais respeitados do Império:

> Com uma bagagem destas, era de se esperar que Rebouças fosse um dos mais bem-sucedidos advogados da Corte, como de fato foi. Embora não se saiba muito sobre os processos de que tomou parte, fora as ações de liberdade, sabe-se que ele foi, a partir de 1859, advogado do governo brasileiro na Comissão mista brasileira e inglesa encarregada de julgar as reclamações pendentes desde a Independência, e, desde 1866, advogado do Conselho de Estado, de onde vinha boa parte de sua receita. Além disso, publicou algumas defesas em casos importantes, geralmente pedidos de indenização contra o Estado por gastos feitos durante as lutas pela Independência. (Grinberg, 2002, p. 200).

A carreira jurídica de Rebouças foi coerente com as ideias que defendeu na arena

---

[158] Sobre seu pedido para advogar na Corte, Grinberg sugere que: "Ao tentar conseguir autorização do Tribunal de Relação para advogar na Corte, é possível que Rebouças não quisesse voltar a residir em Salvador, e tivesse buscando alternativa de garantir o seu sustento e o de sua família na capital do Império, da forma como vinha fazendo com os provimentos de deputado e a complementação de um ou outro serviço como advogado. Assim, ele precisava mesmo do reconhecimento oficial para dedicar-se exclusivamente à advocacia, porque, garantindo mais clientes, não correria o risco de perder seu ganha-pão caso a profissão fosse regulamentada e aqueles que não portassem diploma fossem definitivamente proibidos de atuar" (Grinberg, 2002, p. 197).

[159] "Achando-se habilitado Antonio Pereira Rebouças, pelo Decreto nº 467 de 4 de setembro deste ano, para poder advogar em todo o Império, como se fora Bacharel formado ou Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais: ordeno que se lhe não oponha obstáculo no exercício de suas letras, de que poderá usar livremente, como Advogado, no Auditórios desta Corte e em todos os mais do Distrito da Relação. Rio de Janeiro, 9 de outubro de 1847. Manuel Ignacio Cavalcante de Lacerda, Presidente da Relação do Rio de Janeiro." (Carta de habilitação para o exercício da advocacia, in: Grinberg, 2002, p. 224).

política e seguiu o roteiro da cultura jurídica dominante, transitando entre a defesa da liberdade e da manutenção dos direitos de propriedade dos senhores de escravos. A propósito, Rebouças, preto liberto, também era senhor de escravos e[160]tinha relações próximas com o Governo imperial, do qual recebia parte considerável de seus rendimentos. Esses fatores são importantes para entender suas aspirações políticas e seu pensamento jurídico contraditório sobre a questão da escravidão no período oitocentista.

Devido a experiência nas causas relacionadas aos direitos privados, Rebouças se tornou referência em Direito Civil, ao lado de importantes juristas da época, como Augusto Teixeira de Freitas, com quem divergiu em alguns aspectos, mas manteve diálogo após a publicação da primeira versão da Consolidação das Leis Civis. A historiografia aponta que Rebouças estava ressentido por não ter sido convidado para integrar a comissão revisora do projeto de codificação (Grinberg, 2002). Então fez publicar seu parecer sobre o texto elaborado por Teixeira de Freitas, o qual as enfrentou nas notas explicativas da 2ª Edição da Consolidação das Leis Civis.

Um dos assuntos nevrálgicos acerca do instituto da escravidão, como visto anteriormente, era a alforria. Rebouças também concebia a alforria gratuita ou onerosa, sob a ótica do contrato de doação, respaldada na livre disposição dos bens pelos proprietários, mas também aceitava a possibilidade de alforria forçada, mediante indenização do próprio escravo, por analogia ao Livro 4, Título 11, par. 4, das Ordenações Filipinas. Segundo Rebouças, esta era uma prática costumeira na Bahia, razão pela qual questionou o art. 63, da Consolidação das Leis Civis, que excepcionava a plenitude da propriedade apenas em caso de desapropriação por utilidade pública. Embora discordasse de Rebouças, Teixeira de Freitas entendeu que a superveniência da Lei do Ventre Livre satisfaziam as aspirações do parecerista (Freitas, 2003a, p. 70-73).

Entre outras contradições de Rebouças, está seu questionamento sobre os artigos 420 e 421 da Consolidação das Leis Civis, que tratava da revogação da doação por ingratidão. Para Teixeira de Freitas, a alforria validamente feita era irrevogável, como consta tanto na Consolidação das Leis Civis quanto nas notas explicativas dos referidos artigos, porém, para Rebouças a alforria poderia ser revogada por ingratidão (Freitas, 2003a, p.298 -300).

Segundo Grinberg, a posição de Rebouças sobre a possibilidade de alforria forçada com base nos costumes, numa interpretação extensiva da Ordenação Filipina, mostra um

[160] "é notório que uma das primeiras providências tomadas por libertos ao ascender socialmente era comprar escravos, não só porque assim marcaram melhor a distinção entre a antiga vida e a nova, protegiam-se de possíveis reescravizações, mas também porque não concebiam outra forma de obter determinados serviços, agora que eram livres" (Grinberg, 2002, p. 184).

jurista menos legalista que na sua época de deputado. Entretanto, quanto ao se posicionar favorável à revogação por alforria, tratando o instituto como se fosse um "prêmio devido ao merecimento não como uma restituição da liberdade natural, Rebouças demonstra nunca ter chegado a conceber a própria escravidão como sendo ilegítima" (Grinberg, 2002, p. 308).

De fato, a inviolabilidade da propriedade não era consenso entre os juristas da época, mas a posição de Rebouças não destoa do ecletismo liberal de Perdigão Malheiro e de Teixeira de Freitas, abordando a questão da escravidão sempre com prevalência para o direito de propriedade, aspecto sensível aos interesses econômicos da elite escravista, embora, com base na doutrina romana do "favor à liberdade" houvesse espaço para flexibilizações.

Em relação à questão da alforria condicional e o status dos filhos de escravas nascidos nessa condição, objeto de debate no Instituto dos Advogados Brasileiros, a posição de Rebouças era bem mais conservadora que a de Perdigão Malheiro e de Teixeira de Freitas. Na pesquisa historiográfica de Grinberg (2002) sobre as ações de liberdade e escravidão patrocinadas por Rebouças, constata-se que o jurista sempre optou por discutir o assunto sob a ótica da legitimidade da doação, pois os escravos, na sua concepção, era um bem como outro qualquer, sendo irrelevante, para decidir sobre a condição de escravo ou liberto, fazer digressões sobre o "favor à liberdade". A alforria, condicional ou não, tinha a natureza jurídica de um contrato de doação de bens e como tal deveria ser compreendida.

Nesse sentido, Grinberg anota que:

> embora houvesse várias formas de argumentar pelo escravo nos casos de doação indevida, até porque existiam muitas exceções, quando o caso era de alforria, Rebouças sempre optou pela discussão da legitimidade da doação. Assim, ainda que nem sempre ocupasse o papel de defensor do direito de propriedade nos tribunais, no sentido de atuar a favor do dono da propriedade, já que em muitas causas estava a favor do escravo, sua linha de argumentação sempre seguiu a lógica do direito de propriedade, e nunca a primazia da liberdade. (Grinberg, 2002, p. 217).

Desta forma, Rebouças concentra o debate jurídico acerca da ilegitimidade da escravidão no direito de propriedade. Seu foco era a livre manifestação de vontade do doador acerca de seus bens e não a liberdade do escravo. Com isso, "o centro da ação está no feito do doador, e não no objeto da doação; como qualquer outro bem, a liberdade aqui também aparece como uma coisa" (Grinberg, 2002, p. 217).

Como jurista, a posição de Rebouças sobre a escravidão era coerente com a sua luta política, a exemplo do Projeto enviado à Assembleia Legislativa em 1830, citado acima, em que o jurista pretendia limitar o alcance da intepretação que vinha sendo dada ao Livro 4,

Título 11, parágrafo 4, das Ordenações Filipinas, para fazer prevalecer a obrigação dos escravos cumprirem as condições estabelecidas na carta de alforria.

Mais uma vez a historiografia (Grinberg, 2002, p.218-219) revela os interesses inconfessáveis e as entranhas das relações de poder que sustentavam esse ecletismo liberal. Refiro-me ao fato de que Rebouças, à exemplo de Perdigão Malheiro, também era senhor de escravos e as alforrias que concedeu não foram por mera liberalidade, mas sim mediante pagamento de indenização e, como não poderia ser diferente, sob cláusula condicional de prestação de serviços por mais alguns anos.

Então, só é possível encontrar coerência no raciocínio jurídico de Rebouças se considerarmos também os seus interesses econômicos e as relações de poder da sociedade escravista. Com isso, é possível entender sua antiga preocupação acerca da necessidade de regulamentação desses contratos, das relações civis e dos direitos dos libertos:

> Assim, a maneira por ele encontrada para defender os escravos não tem nada a ver com a defesa do fim da escravidão, mas com o reforço da necessidade de estabelecimento de determinadas relações contratuais, o que é coerente com seus princípios liberais, demonstrados tanto no campo do Direito Civil quanto por intermédio da sua atuação política como deputado. No limite, o que se extrai do pensamento de Rebouças é que o senhor de escravos aparece como aquele que possui a liberdade de outro, não como quem detém o poder de vida e morte sobre um outro ser. Estes mesmos princípios liberais, no entanto, não foram suficientes para que Rebouças fizesse a crítica da forma pela qual foi estabelecida a aquisição daquele tipo de propriedade que era o escravo. Antonio Pereira Rebouças defendia a inviolabilidade do direito de propriedade como sendo de direito natural, sem se perguntar sobre as origens sociais deste direito, e sem dar importância ao fato de que este direito, para usar a linguagem dos jurisconsultos da França revolucionária, constituía uma usurpação dos direitos naturais de outras pessoas. Se pensasse diferente, teria optado por libertar seus escravos sem requerer indenização, pagamento ou trabalho. (Grinberg, 2002, p. 219-220).

Com efeito, o silêncio da Constituição Imperial sobre a escravidão, os conceitos vagos das Ordenações do Reino, a falta de regulamentação das relações entre senhores e escravos e do alcance dos direitos civis dos libertos davam margem para a elaboração de uma dogmática jurídica de conveniência, que vai refletir na jurisprudência das ações de liberdade e de escravidão.[161]

Nessa dogmática, a ilegitimidade da escravidão era um bom discurso para estar entre os que se diziam liberais, mas as propostas concretas desses juristas para o fim da escravidão seguiam a mesma toada: a obtenção da propriedade seria possível mediante a indenização ao

[161] Que será abordada no próximo capítulo.

senhor. Ao fim e ao cabo, tudo era uma questão de propriedade, não de liberdade!

4.3 Papel da dogmática jurídica na (re) produção do racismo no século XX

A escravidão foi formalmente abolida em 1888, às vésperas da Proclamação da República, ocorrida em 1889. Dois anos depois foi promulgada a Constituição de 1891. Do ponto de vista estritamente jurídico, a escravidão já não era mais um problema e não havia dúvidas acerca do *status* jurídico do negro na sociedade brasileira sob a perspectiva da igualdade formal, pois ele já era dotado de capacidade civil e destinatário da declaração de direitos consagrada no art. 72 da nova Constituição.[162]A nação estava diante de outro desafio: assegurar a todos os cidadãos brasileiros o exercício dos direitos de cidadania, o que, em relação à questão racial, compreendia a criação de condições para o tratamento igualitário dos cidadãos brasileiros, independentemente da origem étnica ou da cor da pele.

Caberia aos governantes, aos políticos e aos juristas a tarefa de adequar a legislação infraconstitucional aos ditames da liberdade e da igualdade formal de direitos da nova República. Muito poderia ser dito sobre a evolução dessa legislação e do pensamento jurídico ao longo do século XX até os dias atuais; sobre a tão esperada codificação civil, ocorrida apenas em 1916, com base no projeto de Clóvis Bevilacqua,[163] contemporâneo de Teixeira de Freitas; sobre a reformulação da codificação penal e da Consolidação das Leis Trabalhistas, na década de 40; ou mesmo sobre a sistematização da legislação processual nos diversos ramos do Direito.

Poder-se-ia ainda falar sobre a condição do negro nos diplomas constitucionais de 1934, 1937, 1946, 1967-69 até culminar com o paradigma do Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal de 1988. Em todas essas alterações constitucionais, a igualdade das pessoas perante a lei se mantém como um princípio fundamental.

Ao longo desse período, a dogmática jurídica seguiu a tradição formalista, fixando as bases do positivismo jurídico no Brasil, no bojo do qual foi se delineando um novo regime de verdade para a administração das relações públicas e privadas levadas aos tribunais. Ocorre que, nesse regime, não comportava mais tratamento diferenciado entre negros e brancos.

A função dessa dogmática, especialmente em relação à definição das regras do jogo processual a ser jogado por pessoas em igualdade de condições (ao menos do ponto de vista

---

[162] Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

[163] O jurista foi um dos responsáveis pela elaboração do projeto que veio a ser o primeiro Código Civil brasileiro (Lei nº 3071 de 1º de janeiro 1916).

formal), passou por um refinamento. E para ilustrá-lo, pretendo me debruçar nas linhas adiante sobre a dogmática processual brasileira,[164]nos seus diversos ramos.[165]Perceber-se-á que, tanto a legislação quanto o ensino jurídico sobre os sistemas processuais, estão alicerçados na matriz do Estado Moderno, seja na sua feição mais liberal (como ocorre no processo penal e em alguns ramos do Direito Civil) ou mais social (como ocorre no Direito do Trabalho e nas tutelas coletivas que perpassam vários ramos do Direito), e ambos fazem referência à versão mais atual de Estado Democrático de Direito.

Encontraremos os rastos da autoimagem da dogmática processual, por exemplo, nos **manuais de processo penal**. É importante trazer à tona o que pensam esses doutrinadores, já que o ensino jurídico brasileiro é de tradição manualesca, cujos manuais, na visão de Evandro Piza Duarte, suprime a abordagem histórica e se limita à abordagem técnica:

> Dessa forma, dos tratados de Direito, nos quais se dedicavam longas páginas às questões históricas e filosóficas mais gerais, passou-se para o manual, que se apresentava como uma forma de conhecimento fácil, no qual, a cada passo, a descrição histórica vai sendo reduzida, ou, simplesmente, é substituída pela abordagem técnica, até chegar aos códigos comentados, representantes de uma forma de conhecimento de acesso imediato e parcializado e aos programas informatizados que radicalizaram essa perspectiva. (Duarte, 2017, p. 26).

Ao analisar essa tradição manualesca no campo penal, Evandro Piza Duarte e Cristina Zackeski asseveram que:

> A forma de descrição, comum nos manuais introdutórios da disciplina de Direito Penal, sobre o surgimento do moderno Direito Penal, por exemplo, não ajuda muito, pois apresenta a história das Escolas Penais e das grandes codificações distante de uma visão crítica. Ali, a História do Direito fica reduzida a uma espécie de "bula justificadora" da normal penal que é retratada como se fosse o "remédio"' para todos os males sociais. Em outras palavras, os livros jurídicos falam da história para justificar as leis existentes no momento presente, sem preocupação efetiva em compreender como e por que tais leis são criadas e aplicadas. De igual modo, nada ou quase nada se lê

[164] Me refiro ao ramo do Direito que se ocupa do estudo e definição das regras e procedimentos que deverão ser observados para a solução dos casos concretos levados à apreciação judicial, ou, para utilizar a expressão dos processualistas, para a pacificação social dos conflitos, que é a função social da Jurisdição e do sistema processual como um todo de acordo com a obra clássica de Ada Pellegrini: "O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce. (...) A pacificação mediante a solução de conflitos é o escopo da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual – uma vez que todo ele pode ser definido como disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício. É o escopo social, uma vez que se relaciona ao resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária de seus membros e felicidade pessoal de cada um." (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2015, p. 45-46).

[165] Ao menos nos ramos que serão abordados neste estudo (Direito processual penal, direito processual civil e direito processual do trabalho).

> sobre as peculiaridades que envolvem a história do controle social e seus saberes em países periféricos, como o Brasil. A compreensão proposta pelos manuais introdutórios afasta ainda mais o estudante da realidade da qual se ocupará no dia a dia, fazendo parecer que o problema está na inutilidade da abordagem histórica. As abordagens históricas e sociológicas seriam apenas obstáculos a serem vencidos para que se possa adentrar na exegese da norma. (Duarte; Zackseski, 2021, p. 61).

Há um conjunto de premissas compartilhadas pelos processualistas que refletem as promessas da ciência jurídica. Em comum nesses escritos há a propagação de dogmas, princípios, conceitos e palavras de efeito que deixariam qualquer leitor estrangeiro ou um neófito em Direito entusiasmado para conhecer de perto o sistema jurídico brasileiro. Afinal de contas, será que existe, em algum país do mundo, um direito processual tão vocacionado a realizar justiça, de forma segura, neutra e igualitária? Se dependermos do pensamento compartilhado pela dogmática processual penal brasileira, nosso modelo é o ideal.

A realidade, entretanto, não aparece nas obras introdutórias de Processo Penal, pois, como destaca Evandro Piza Duarte, esses textos partem de um suposto equilíbrio entre o direito de punir estatal e o direito de liberdade dos indivíduos que subjaz do mito do Estado de Direito:

> A racionalidade dessa dogmática processual penal, portanto, é sustentada pelo mito do Estado de Direito que, como mito, não é debatido em sua historicidade concreta, mas produz efeitos de verdade, ao ser tomado como realidade. Que Estado de Direito é esse forjado a partir da Guerra Colonial contra sociedades inteiras, instrumento de escravização, de desumanização de sujeitos, de apossamento de corpos, de expropriação de terras, de aniquilamento e apropriação de culturas? Que Estado de Direito é esse, desde sempre, apropriado privadamente por elites econômicas racializadas que reproduzem seus privilégios (da branquidade e da colonialidade) tanto na composição das instituições quanto no monopólio do discurso sobre o passado e o presente das disputas sociais por direitos? (Duarte, 2022, p. 161).

Para exemplificar, utilizo três processualistas da atualidade, os quais, na linguagem dogmática, são chamados de "doutrinadores".[166]

No "Curso de Processo Penal" de Guilherme de Souza Nucci (2023), a associação com a matriz do Estado Moderno é utilizada para introduzir a obra, na qual o autor aborda vagamente a história constitucional (europeia), passa pela luta contra o absolutismo e pelas

[166] A utilização dos termos "doutrina" e "doutrinadores", remonta à Escola Histórica do Direito: "A Escola Histórica marca o aparecimento daquilo que Koschaker denomina 'o Direito dos professores'. O 'Direito dos professores' aparece quando, sob certas condições, a tônica na ocupação com o Direito passa para as Faculdades de Direito e para seus mestres. Isso não quer dizer que o Direito passasse a ser criado e construído pelos professores, mas sim que a doutrina passava a ocupar um lugar mais importante do que a praxis e os doutrinadores a terem uma precedência sobre os práticos." (Ferraz Jr, 2015, p. 54).

experiências constitucionais francesa, inglesa e americana. Na sequência, o autor dá um salto para o modelo brasileiro, abordando a fundamentação constitucional do processo a partir da noção de democracia e dos direitos e garantias fundamentais que foram forjados no seio do Estado Liberal.

Nesse percurso, a retórica faz transparecer o que o jurista acredita ser a função dessa dogmática processual, sempre atrelada a uma visão clássica do liberalismo ocidental:

> O Estado deve respeitar os direitos do indivíduo, mas precisa também limitá-los, em nome da democracia, pois, para manter o equilíbrio entre o direito isolado de um cidadão e o direito à segurança da sociedade (entendida esta como segurança pública, prevista no art. 144, caput, da CF; a segurança jurídica é direito individual, previsto no art. 5.º, caput, da CF), é preciso um sistema de garantias e limitações. Aliás, esse já era o alerta feito por KARL LOEWENSTEIN ao mencionar que o Estado democrático constitucional, muitas vezes, entra num dilema, quando resolve usar fogo contra fogo, ou seja, para evitar que agitadores totalitários utilizem as liberdades democráticas para destruir a própria democracia, acaba atentando contra os princípios de liberdade e igualdade que tanto defende. Mas essa aparente contradição é passível de solução, desde que o Estado saiba dosar o quanto invade a esfera de liberdade individual em nome da segurança social e o quanto precisa limitar o direito individual para não ferir o coletivo. Para assegurar o exercício de direitos tão importantes como os inerentes à natureza humana é preciso contrabalançar autoridade e liberdade, pois uma complementa a outra. Disse Madison, durante a Assembleia Constituinte de Filadélfia: "Se homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se anjos governassem homens, nem controles externos, nem internos sobre o governo seriam necessários. Na estruturação de um governo que deve ser administrado por homens sobre homens, a grande dificuldade consiste no seguinte: deve-se em primeiro lugar tornar o governo apto a controlar os governados; num segundo momento, obrigá-lo a se controlar." (Nucci, 2023, p. 12).

O exercício da jurisdição, observados os direitos e garantias individuais, estaria a serviço da segurança (social e individual)[167] e de uma justiça igualitária, já que,

> "não há verdadeira democracia, nem liberdade, onde o processo penal não seja devidamente respeitado". Assim se pronunciou o magistrado WILLIAM DOUGLAS, no caso Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath, 341 U.S. 123, 179, em 1951: "Não é por acaso que a maioria dos preceitos da Declaração de Direitos (Bill of Rights) são processuais. É o processo que espelha a grande diferença entre a regra ditada pelo Direito e a regra ditada pelo capricho ou pelo impulso. A firme observância ao estrito processo salvaguarda com a maior confiança que haverá justiça igualitária diante da lei." (Nucci, 2023, p. 22).

[167] A segurança jurídica aparece diversas vezes ao longo do Curso de Processo Penal do autor: a) como direito individual do cidadão frente ao Estado, fazendo alusão à previsibilidade e certeza do direito (p. 88, 146, 405, 449, 567, 568, 708, 980, 1106) b) como segurança da ordem jurídica, em alusão à atividade de segurança pública enquanto dever do Estado em contraponto à liberdade individual (p. 13, 694). (Nucci, 2023).

Segurança, justiça e igualdade, ou, porque não dizer "a Segurança com a mais perfeita Justiça", nas palavras de Hélio Tornaghi que seguem referenciadas e referendadas pelo processualista:

> HÉLIO TORNAGHI ressalta a razão de ser do processo penal: "a lei processual penal é o resultado de um compromisso entre a Segurança e a Justiça. Sem a primeira, a Ordem social não pode subsistir e a própria sociedade sofre, tornando-se difícil a coexistência dos homens. Sem a outra, eles podem conviver, mas sendo esse convívio mantido pela força e não havendo a proporcional e legítima distribuição dos bens da vida e o respeito do que a cada um deve tocar, não haverá harmonia, estabelecer-se-á o desequilíbrio, o que acabará por comprometer a própria segurança e com ela a concórdia e a convivência pacífica. O ideal seria: a maior Segurança com a mais perfeita Justiça. Infelizmente, nem sempre é possível manter uma delas sem sacrifício da outra." (Nucci, 2023, p. 23).

Partindo dessas premissas, Nucci elenca princípios processuais, conceitos, classificações e regras de decidibilidade sobre o conflito penal (a prática da infração penal), traçando os contornos do regime de verdade do subsistema de processo penal. Esse regime, a par dessa visão dogmática conduzirá à "mais perfeita viabilidade de um convívio harmonioso e sereno entre o cultivo dos direitos humanos fundamentais e a busca pela segurança pública" (Nucci, 2023, p. 23).

Essa visão romantizada de segurança jurídica e de processo penal igualitário é compartilhada por Paulo Rangel, outro doutrinador bastante utilizado no ensino jurídico brasileiro. No seu manual de Direito Processual Penal, o processo é concebido como "procedimento em contraditório entre as partes, e a essência do procedimento está na simétrica paridade da participação (ou seja, na igualdade entre as partes), nos atos que preparam o provimento jurisdicional que se alcança, daqueles que neles são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos" (Rangel, 2021, p. 520).

O processo, na sua visão, tem a finalidade de obtenção da segurança jurídica com o alcance da coisa julgada, a qual somente será possível para quem participou, em pé de igualdade, do debate judiciário.

Faz coro com essa ideia doutrinadores progressistas, como Aury Lopes Jr, notório crítico das pretensões de certezas jurídicas e do desrespeito à igualdade de tratamento das partes no sistema processual brasileiro. Em determinada parte do seu manual de Direito Processual Penal o autor adere à visão de Paulo Rangel quanto à pretensão de segurança

jurídica a ser alcançada com as decisões judiciais, que põe fim aos litígios, decidindo-os de forma meritória (Lopes Jr, 2022, p. 364).

Essa autoimagem, pensada a partir dos processualistas, não se distancia tanto do pensamento dos penalistas (doutrinadores do Direito Penal), a qual é apresentada por Vera Regina Pereira de Andrade da seguinte forma:

> A autoimagem (transnacionalizada) da Dogmática Penal é, assim, a de uma Ciência do "dever ser" que tem por objeto o Direito Penal positivo vigente em dado tempo e espaço e por tarefa metódica (técnico-jurídica, de natureza lógico-abstrata) a "construção" de um "sistema" de conceitos elaborados a partir da "interpretação" do material normativo, segundo procedimentos intelectuais de coerência interna, tendo por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito. (Andrade, 2015, p. 123).

Pensando a autoimagem da dogmática, sob o ponto de vista das suas funções, percebe-se que os processualistas também compartilham da função instrumental racionalizadora/garantidora:

> A Dogmática afirma-se, portanto, desde sua gênese histórica, como uma Ciência sistemática e eminentemente prática ao serviço de uma administração racional da Justiça Penal que teria como subproduto a segurança jurídica e a justiça das decisões judiciais.
> Podemos demarcar, pois, uma função instrumental racionalizadora/garantidora. Ela guarda, a rigor, duas dimensões, que embora umbilicalmente articuladas, podem ser analiticamente distinguidas.
> É que a dimensão orientadora, preparadora, pautadora, programadora ou prescritivas das decisões judiciais, nela contida, implica uma contribuição técnica do paradigma (interpretativa e conceitual) no reconhecimento da juridicidade e na decisão dos conflitos criminais, isto é, operacionalidade decisória.
> Mas intrinsecamente conectada a esta dimensão técnica encontra-se uma base humanista que, ideologicamente vinculada à exigência de garantia de Direitos Humanos individuais, confere àquela dimensão técnica um compromisso intrínseco com a gestação de decisões igualitárias, seguras e, além disso, justas. (Andrade, 2015, p. 123).

De qualquer maneira, é importante esclarecer que, geralmente, as referências à segurança jurídica ou à igualdade na dogmática processual penal parte sempre de uma visão endoprocessual, ou seja, estão preocupados em como assegurar às partes tratamento igualitário nos autos de um processo judicial e quais as garantias, princípios e conceitos jurídicos necessários para uma decisão que garanta previsibilidade e estabilidade no exercício do poder punitivo, correspondendo, assim, às exigências teóricas do Estado Moderno.

Nesse cenário, palavras como raça, racismo, desigualdade social, violência policial e outras arbitrariedades praticadas por agentes do sistema de justiça criminal fora dos autos do inquérito ou do processo, só aparecem nos referidos manuais de forma secundária, ou como mera referência a expressões legais, muito embora tais problemas sejam constitutivos da sociedade brasileira e do sistema de justiça criminal.

A matriz do Estado Moderno e suas promessas de segurança e igualdade estão também na raiz da **dogmática processual civil**. Humberto Theodoro Jr (2022), um dos principais processualistas brasileiros, reconhece, inclusive, a preocupação do mundo ocidental de modernizar o ordenamento positivo processual para superar a visão liberal herdada do século XIX, excessivamente individualista e pouco atenta ao resultado prático da resposta jurisdicional. A nova orientação, segundo afirma, está dominada pelos ares do Estado Social de Direito, assume compromisso, a um só tempo, com a celeridade processual e com uma justiça mais humana a ser proporcionada àqueles que clamam pela tutela jurídica (Theodoro Jr, 2022, p. 8).

Nas primeiras linhas do seu manual de Processo Civil o autor anuncia a função eminentemente pública do processo, que seria de assegurar o império da lei e da paz social, ao passo que a neutralidade do Judiciário aparece como aspecto fundamental nessa missão.

Apesar da centralidade da prestação jurisdicional, que pautou os estudos do processo civil durante muito tempo, Theodoro Jr (2022) afirma que, paralelamente à visão técnica do funcionamento da justiça oficial (fortemente inspirada em métodos forjados para enfrentar a contenciosidade), ganha terreno, no fim do século XX e início do século atual, a preocupação dos cientistas do direito processual com a implantação de novos métodos de composição de litígios, cuja motivação seria mais a procura da paz social do que propriamente a imposição autoritária da vontade fria da lei, o que levou a reestruturação do processo civil brasileiro, introduzindo-se diversos mecanismos de justiça negocial, valorizando-se a pacificação e a harmonização dos litigantes, em lugar de propiciar a guerra judicial em que só uma das partes tem os louros da vitória e à outra somente resta o amargor da sucumbência. (Theodoro Jr, 2022, p. 7)

Analisando a evolução dos modelos de Estado e as implicações no processo (especialmente o civil), o autor ressalta que, no século XIX, que refletiu o ideal do liberalismo (Estado Liberal), reduziu-se a participação do juiz no processo, razão pela qual a marcha processual e a instrução probatória ficavam sob a dependência da vontade das partes, cabendo ao juiz assistir o duelo travado entre elas. No Século XX, já no Estado Social, houve a publicização do processo civil, de modo a conferir ao juiz o comando efetivo do processo,

em nome do interesse público na pacificação dos conflitos jurídicos, podendo agir de ofício e assumir a iniciativa da prova. Já no Século XXI, com o neoconstitucionalismo do Estado Democrático de Direito manteve-se a natureza publicística do processo, mas redirecionando seu caráter instrumental, passando a ter como função básica a efetividade à tutela dos direitos subjetivos substanciais lesados ou ameaçados. Houve ainda constitucionalização do processo com a inserção dos seus princípios básicos no rol dos direitos e garantias individuais, o que levou à evolução da garantia do devido processo legal para o processo justo. O juiz, nesse modelo atual, continua sendo titular do poder de definir a solução do litígio, mas não poderá fazê-lo isolada e autoritariamente. As partes, numa nova concepção do contraditório, terão o direito de influir efetivamente no *iter* de formação do provimento judicial. O contraditório deixa de ser um diálogo entre as partes para sujeitar também o juiz (Theodoro Jr, 2022, p. 13).

Sob essa ótica, o império da lei e a pacificação social deve ser realizada por meio da técnica processual, que, pensada a partir da matriz do Estado Democrático de Direito, não deixa de exigir a observância das formas (procedimentos), desde que necessárias ao adequado debate em contraditório e com ampla defesa. Este seria o processo justo: aquele que, com a celeridade possível, mas com respeito à segurança jurídica (contraditório e ampla defesa) proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material, sem perder de vista que o contraditório e a ampla defesa seria uma decorrência obrigatória da garantia constitucional do princípio da igualdade (Theodoro Jr, 2022, p. 20, 39).

Nesse contexto, o autor retoma o debate sobre a função do processo, para reconhecer, como causa final, a atuação da vontade da lei, como instrumento de segurança jurídica e de manutenção da ordem jurídica (Theodoro Jr, 2022, p. 106).

Outro ramo da dogmática jurídica relacionado ao objeto deste estudo é o **Direito do Trabalho e Processual do Trabalho**, que abrange as demandas trabalhistas. O pensamento predominante na doutrina trabalhista está mais atrelado às exigências do Estado Social. Assim, embora a noção individualista do pensamento liberal e o positivismo jurídico sejam traços marcantes da dogmática jurídica brasileira, no âmbito do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho, busca-se adequar a tecnologia processual à proteção da classe trabalhadora.

Apesar do viés progressista, não se pode olvidar que a elaboração da dogmática jurídica sobre as relações de trabalho é marcada pelo apagamento da escravidão. A história do Direito do Trabalho contada nos manuais de Direito alinha-se à tradição dogmático-formalista, silenciando-se sobre a escravidão e sobre as lutas e resistências dos

escravos e libertos que influenciaram na transição para o trabalho livre e na formação do Direito do Trabalho.

No estudo monográfico de Vanessa Rodrigues Silva (2015), há uma abordagem crítica sobre esse silenciamento a partir de um inevitável diálogo com a historiografia da escravidão, com base no qual é possível perceber como o discurso dos manuais de Direito do Trabalho desconsideram a escravidão e a presença dos sujeitos escravizados no surgimento desse ramo jurídico.

Na linha da tradição manualesca do Direito brasileiro, não é surpresa o fato de que, quando os manuais de Direito do Trabalho se propõem a analisar a história desse ramo jurídico o fazem por meio de uma abordagem eurocêntrica e universalista, tendo como referência eventos históricos europeus e diplomas normativos internacionais, os quais, num passe de mágica, se somam à história do Direito brasileiro, negando a sua própria história e, a partir daí, o enredo contado se limita à sucessão de leis trabalhistas no tempo.

Da análise de 23 manuais de Direito do Trabalho, Vanessa Rodrigues Silva (2015) identificou o padrão discursivo dessa narrativa histórica.

Primeiramente, constata que, nestes manuais, existe um tópico ou um capítulo introdutório dedicado à história do Direito do Trabalho, o qual ocupa não mais que algumas páginas do livro, nas quais o doutrinador vai da antiguidade aos tempos atuais, com o escopo de recompor a trajetória histórica do Direito do Trabalho (Silva, 2015, p. 16).

Outra tendência é que a narrativa está estruturada de forma linear e evolutiva, haja vista a utilização das expressões “Evolução do Direito do Trabalho”; “Desenvolvimento do Direito do Trabalho” ou “Origem do Direito do Trabalho”. Para contar a história, os autores se referem a tempos imemoriais para descrever as formas “primitivas” de trabalho e chega – em poucas páginas – aos dias atuais, em que predomina a relação de trabalho livre e assalariada, a partir de uma abordagem linear e desvinculada do contexto histórico de cada sociedade. É assim que as referências vagas à escravidão ocorrem apenas no sentido de que esta deu lugar à servidão com a evolução da sociedade. De repente, o Direito do Trabalho aparece como o ápice da narrativa histórica, que se inicia com relações de trabalho inteiramente desprotegidas e que, com o tempo, passam a ser asseguradas por normas esparsas sobre direito do trabalho, até que, enfim, “surge” o Direito do Trabalho, caracterizado como um conjunto de normas protetivas das relações de trabalho (Silva, 2015, p. 16-18).

A terceira tendência é a separação da narrativa em duas partes: universal e brasileira.

A primeira se refere à história do Direito do Trabalho de caráter universal, geral ou europeu – desenvolvida sob tópicos que levam nomes como “Surgimento do Direito do

Trabalho no Mundo", "Gênese do Direito do Trabalho", "Evolução Mundial", "Evolução do Direito do Trabalho na Europa" –, onde se apresentam as categorias de trabalho ao longo da história, em uma breve síntese da história social do trabalho, e de certos contextos históricos (ambientados na Europa), em uma tentativa de conciliar história e direito como uma cadeia de ação e reação – em que as leis trabalhistas aparecem como resposta a determinada situação social, política e econômica (Silva, 2015, p. 18-19).

Para tanto, a Revolução Industrial, a Revolução Francesa, a doutrina social da Igreja Católica (com a Encíclica *Rerum Novarum)*, o capitalismo e o liberalismo, o marxismo e o socialismo, são referenciais obrigatórios para "estar no verdadeiro" do "discurso dogmático" sobre a histórica do Direito do trabalho.

O que se percebe dessa narrativa histórica é que o regime de escravidão é apresentado de forma generalista, baseado em um dado momento histórico da colonização europeia e as péssimas condições de trabalho da Revolução Industrial. Assim, da escravidão, passa-se à servidão e desta para o contexto da divisão de trabalho das corporações de ofício e, finalmente, aparece o trabalho livre e assalariado:

> A partir deste momento, em que se constata a existência do trabalho livre e assalariado na "história do trabalho no mundo", a relação entre a descrição categoria de trabalho e a história do Direito do Trabalho passa a ser cuidadosamente articulada. A forma livre e assalariada de trabalho é elencada como pressuposto para o "surgimento" do Direito do Trabalho, ao lado de outros fatores. (Silva, 2015, p. 23).

O trabalho livre é, segundo essa narrativa dogmático-trabalhista, um dos pressupostos do surgimento do Direito do Trabalho devido às péssimas condições a que eram submetidos os trabalhadores livres, o que teria motivado a intervenção do Estado nas relações laborais. À noção de trabalho livre se somam os referenciais obrigatórios citadas acima, para completar o enredo, que prossegue com a enumeração da legislação trabalhista no mundo:

> Segundo a narrativa dos manuais jurídicos, as primeiras leis que buscaram assegurar algumas garantias à nova classe surgiram na Inglaterra e, em segundo momento, na França e na Alemanha. Assim, em 1802, a Lei de Peel, na Inglaterra, limitou a jornada de trabalho a 12 horas e estabeleceu normas relativas à educação e higiene. Em seguida, o trabalho de menores de nove anos tornou-se ilegal. Em 1813, o trabalho de menores nas minas foi proibido na França e a jornada de trabalho dos menores de 16 anos passou a ser de 10 horas. Outro registro constante é que, a partir do século XX, os direitos dos trabalhadores passaram a ser incluídos nas Constituições: primeiramente na Constituição do México, de 1917, e em seguida, na Constituição de Weimar, de 1919 (Silva, 2015, p. 26-27).

A segunda parte - a brasileira -, a qual só é possível compreender nessa narrativa a partir da história do Direito do Trabalho "geral", se limita a contar a sucessão das Constituições e das leis trabalhistas, com vagas referências ao contexto histórico-social brasileiro. A narrativa dos doutrinadores enfatiza o caráter liberal e a abolição das corporações de ofício presentes na Constituição Imperial de 1824, o liberalismo da Constituição de 1891, a sucessão de leis e decretos da Primeira República até culminar com a oficialização do Direito do Trabalho na Constituição de 1934 e a subsequente profusão de normas trabalhistas na legislação ordinária e nas Constituições do século XX.

Os arranjos de trabalho forjados ao longo de quase 400 anos de escravidão e a luta dos escravos e libertos contra o trabalho compulsório e a melhoria das condições de vida dos trabalhadores (escravos e libertos) são apagadas da história contada nos manuais de Direito do Trabalho. É que, para esses juristas, as condições de trabalho dos imigrantes tiveram mais influência na regulamentação das relações de trabalho no Brasil:

> Enquanto na narrativa "geral" a pressão exercida coletivamente por trabalhadores livres e assalariados é predominante apontada como um dos fatores do "surgimento" do Direito do Trabalho, no caso brasileiro, observação similar fica por conta do registro de apenas cinco manuais, que, unanimemente, apontam a presença dos imigrantes como influência no processo de regulamentação das relações trabalhistas, nos termos explicados por Jorge Neto (2004, p. 28): "Nos primórdios da República Velha, é inegável a influência dos imigrantes nos primeiros movimentos grevistas, dando-se origem ao movimento sindical" e por Garcia (2015, p. 4): "Do mesmo modo, os imigrantes em nosso país deram origem a movimentos operários, reivindicando melhores condições de trabalho. Começa, assim, a surgir a política trabalhista de Getúlio Vargas, em 1930". (Silva, 2015, p. 29).

Em geral, a existência de trabalho escravo é negligenciada nessa narrativa histórica, que se apega ao discurso do "escravo coisa" predominante na dogmática civil do período oitocentista para justificar a suposta incompatibilidade entre a escravidão e a história do Direito do Trabalho. Em todo caso, mesmo quando os manuais de Direito do Trabalho se refere à "escravidão", não há qualquer conexão com a realidade brasileira, desconsiderando as resistências, as lutas e os arranjos laborais que influenciaram na regulamentação das relações de trabalho no Brasil no período escravista:

> Especificamente quanto ao trabalho escravo, a incompatibilidade é construída com fundamento no argumento de que o escravo, enquanto um trabalhador não livre e juridicamente considerado coisa (res), não poderia titularizar direitos. Em face à impossibilidade de existência de direitos protetivos do

> escravo-coisa, ignora-se qualquer relação entre escravidão e história do Direito do Trabalho, desconsiderando que o trabalho escravo assumiu características diferentes em cada sociedade e, sobretudo, que houve diferentes formas de resistência ao trabalho compulsório que colocaram em cena novas formas de trabalho.(Silva, 2015, p. 32).

Nesse contexto, apenas a categoria de trabalho livre e assalariado consegue permear a racionalidade dogmática do Direito do Trabalho. Os escravos e libertos são apagados da história e dão lugar aos imigrantes e aos trabalhadores livres assalariados, únicos sujeitos históricos possíveis nessa narrativa histórica, os quais teriam lutado pela melhoria das condições de trabalho, conforme assevera Vanessa Rodrigues Silva, que destaca a insuficiência desse discurso:

> Ainda, falar-se em "passagem" de uma categoria de trabalho para outra em um país como o Brasil, em que, por quase quatro séculos, as relações de trabalho foram marcadas pelo trabalho escravo e por disputas constantes pela liberdade é especialmente insuficiente. A menção à Revolução Industrial e à Revolução Francesa como pressupostos para a formação da mão de obra livre é insuficiente no contexto brasileiro, pois silencia as lutas pela liberdade – inclusive liberdade de trabalho – da população subalternizada: escravos, ex-escravos (libertos) e trabalhadores nacionais pobres.
> Assim, a própria forma como a narrativa é construída resulta na omissão dos trabalhadores de forma geral, posto que uma "categoria" é substituída por outra, sem qualquer menção aos sujeitos que disputaram também pela transformação do trabalho. A maneira evolutiva como a história social do trabalho é abordada nos manuais oculta que o trabalho livre foi objeto de disputas, que este não "surgiu" enquanto tal como produto dos novos meios de produção decorrentes da Revolução Industrial ou da extinção das corporações de ofício pela Lei Le Chapelier, ou, ainda, em razão da afirmação teórica da liberdade universal no bojo da Revolução Francesa, mas que trabalhadores de verdade lutaram para realizar a liberdade de trabalho. (Silva, 2015, p. 34).

O apagamento dos escravos e libertos como sujeitos históricos do Direito do Trabalho é, na perspectiva da autora, agravado pelo fato de que a história é contada nesses manuais por intermédio dos diplomas normativos, limitando-se a enumerar as normas jurídicas da década de 1930 em diante, momento em que, conforme indicado nos manuais, o Direito do Trabalho foi consolidado como um ramo jurídico autônomo, transformando a história do Direito do Trabalho em uma descrição do arcabouço normativo do Direito do Trabalho.(Silva, 2015, p. 35)

Com isso, a dogmática do Direito do Trabalho desconsidera as múltiplas histórias de resistências e luta dos escravos por trabalho digno ao longo do período escravista, que, segundo a historiografia da escravidão, forjou algumas categorias que são relevantes para se compreender a transição do trabalho escravo para o trabalho livre assalariado, tais como: a) a

luta pela liberdade de trabalho que levou ao desgaste das bases ideológicas da escravidão; b) as greves de escravos ocorridas a partir da segunda metade do século XIX, tanto nas fazendas quanto nas cidades, que contribuíram para o desgaste econômico e psicológico da classe senhorial; c) a existência de escravas e escravos de ganho, sobretudo nas cidades, que contribuíram para a desarticulação do sistema escravista nas cidades; e d) a organização e articulação dos escravos de ganho e dos trabalhadores portuários livres do início do século XX por melhoria de condições de trabalho (Silva, 2015, p. 39-64).

Soma-se a isso o fato de que, mesmo em relação à legislação, a narrativa histórica desses manuais desconsidera a legislação imperial que foram editadas como respostas às resistências dos escravos, aos arranjos laborais que foram surgindo e à política imigracionista, como parte da estratégia de controle e disciplinamento do trabalho dos libertos e imigrantes. Essas iniciativas legislativas estavam aliadas ao projeto de abolição gradual da escravidão. Daí porque Vanessa Rodrigues Silva destaca a importância das leis de locação de serviços[168] e das leis de abolição do período oitocentista[169] como parte da estratégia de nacionalização do mercado de trabalho e reprodução da subordinação dos trabalhadores:

> Assim, a narrativa sobre história do Direito do Trabalho no Brasil que silencia a respeito do período escravista não percebe que as primeiras leis sobre as relações de trabalho "livre" foram concebidas em uma sociedade escravista e com vistas a controlar o "problema do liberto", seja fixando limites compulsórios à forma de contratação, seja pelo método de "transição" para o trabalho livre por meio da substituição do escravo pelo imigrante. (Silva, 2015, p. 71).

Se, para o Direito do Trabalho, a dogmática silencia sobre o contexto histórico-social subjacente, para a dogmática processual do trabalho essas questões sequer são um problema a ser analisado, dado que a preocupação do processualista é com a função instrumental do processo sob as premissas do Estado Moderno.

No manual de processo do trabalho de Carlos Henrique Bezerra Leite (2022), essa diferença de concepção de processos de acordo com as fases do Estado Moderno é evidenciada. No Estado Liberal, em relação ao qual o autor destaca o tecnicismo, legalismo, positivismo jurídico acrítico, formalismo e "neutralismo" do Poder Judiciário (juiz "boca da lei"), as demandas judiciais estavam mais relacionadas aos direitos civis e políticos, razão

[168] Lei de 13 de setembro de 1830; Lei nº 108, de 11 de outubro de 1837; o Decreto nº 2827, de 15 março de 1879.

[169] Lei do Ventre Livre (Lei nº 2.040 de 28 de setembro de 1871), que estabelecia que os escravos "libertados" ficariam obrigados a contratar seus serviços, sob pena de serem constrangidos a trabalhar nos estabelecimentos públicos até que o liberto apresentasse um contrato de serviço, e a Lei dos Sexagenários (Lei nº 3270 de 1885), que estabelecia a obrigação de mais três anos de serviços a título de indenização dos senhores.

pela qual a jurisdição estatal tratava mais do direito de propriedade, com predominância do princípio do dispositivo.[170]Para o autor, esse modelo de justiça não conferia um tratamento igualitário às partes, apesar do princípio da igualdade ser uma de suas promessas:

> Outra característica do processo no Estado Liberal é o conceitualismo, em que todos são tratados em juízo como sujeitos de direito (Tício x Caio), independentemente de suas diferentes condições sociais, econômicas, políticas e morais. De tal arte, crianças e adultos, ricos e pobres, empresários e trabalhadores são, conceitualmente, tratados como iguais.
> No Brasil, desde o descobrimento até meados do século XX, foram destinatários do Direito Civil e processo civil os ricos e os brancos; os negros e pobres eram destinatários, em regra, do Direito Penal e do processo penal. Em consequência, o Estado Liberal assegurava o acesso à justiça civil aos ricos e brancos; aos pobres e negros, acesso apenas à Justiça Penal, e na condição de réus, evidentemente. (Bezerra Leite, 2022, p. 54).

Nessa visão, o Estado Social, que começa a se preocupar com direitos sociais, precisava adotar políticas públicas destinadas à melhoria das condições de vida dos mais pobres, especialmente da classe trabalhadora, como forma de compensar as desigualdades originadas pelos novos modos de produção. Com isso, o processo sofreu algumas transformações importantes, pois o seu objeto passa a ser a jurisdição, e não apenas a ação, havendo, assim, relativização do princípio dispositivo, com vistas a permitir o acesso do economicamente fraco à Justiça. De qualquer forma, o Estado Social brasileiro recebeu forte influência do positivismo jurídico, o que impediu a politização da justiça e a judicialização da política (Bezerra Leite, 2022, p. 55).

Quanto ao Estado Democrático de Direito, o autor afirma que surgem novas demandas (direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos), o que implicou numa mudança de perspectiva em relação à efetividade do acesso à justiça e o papel do Poder Judiciário na promoção dos direitos fundamentais e controle das políticas públicas (Bezerra Leite, 2022, p. 59).

O processo do trabalho, nessa visão, deveria ser pautado na busca da justiça social, tendo como norte a efetivação do acesso dos mais fracos (classe trabalhadora) à justiça (no sentido de condições efetivas de levar suas pretensões ao Judiciário), o que vai resultar, entre outros instrumentos, na adaptação da noção de igualdade de tratamento jurídico-processual diante da desigualdade econômica entre as partes do processo (empregados e empregadores).

Por outro lado, na aplicação e interpretação do Direito, o julgador deverá renunciar ao "formalismo jurídico e às interpretações convencionais em nome da justiça material e da

[170] "dispositivo" aqui no sentido jurídico do termo.

segurança jurídica" que, segundo o autor, são elementos necessários à concretização do Estado Democrático de Direito (Bezerra Leite, 2022, p. 134).

Das palavras dos processualistas referenciados acima, ressalvadas as peculiaridades de cada sistema processual (penal, civil e trabalhista), pode-se afirmar que há a crença de que o processo judicial tem a função de garantia da segurança jurídica e de tratamento igualitário das partes, o que levaria a uma justiça equitativa, que seria tarefa da própria ordem jurídica:

> A tarefa da ordem jurídica consiste exatamente em harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com os valores prevalentes em determinado momento e lugar. (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2015, p. 45-46).

Acredita-se que a decisão sobre as pretensões das partes será legítima se proferidas por um juiz neutro, equidistante e imparcial, mediante regras processuais bem definidas. Para tanto, a dogmática jurídica se utiliza do material normativo (Constituição e as leis) e de abstrações conceituais herdadas da cultura jurídica de cada ramo do Direito para produzir as regras do jogo processual (os regimes de verdade) que balizarão a condução das ações judiciais pelos advogados, promotores, juízes e demais agentes do Sistema de Justiça.

Não é objetivo desse trabalho contrapor a autoimagem compartilhada pelos processualistas. Optou-se aqui por apresentar as funções assumidas pelo paradigma dogmático, para, na sequência, seguindo o método Foucaulteano, demonstrar, no funcionamento das práticas judiciais de veridição, os efeitos dessa tecnologia de poder no julgamento de corpos negros. De acordo com o jargão frequentemente utilizado entre os processualistas e operadores do direito "o que não está nos autos, não está no mundo". Todavia, é preciso ir além dos autos, transcender o sistema jurídico-processual e observar a realidade, para perceber os efeitos concretos das práticas jurídicas, como se faria numa ciência extraordinária, no sentido de Thomas Kuhn.[171]

Sabe-se que a dogmática processual não se ocupa dessa temática, se mantendo fiel às tradições positivistas, prescindindo de considerações sociológicas, antropológicas, filosóficas ou morais para o desenvolvimento das ferramentas colocadas à disposição dos operadores do direito. Isso significa que, ressalvados debates acalorados acerca de garantias processuais e

---

[171] "E quando isto ocorre – isto é, quando os membros da profissão não podem mais esquivar-se das anomalias que subvertem a tradição existente da prática científica – então começam as investigações extraordinárias que finalmente conduzem a profissão a um novo conjunto de compromissos, a uma nova base para a prática da ciência." (Kuhn, 1998, p. 25).

abstrações conceituais sobre os limites do exercício da atividade jurisdicional,[172]os juristas dogmáticos e a manualística processual se mantém distante das condições reais com que grupos ou classes de pessoas são tratadas nas demandas judiciais e os efeitos disso na produção e reprodução de desigualdades, notadamente a racial, conforme será investigado mais adiante.

Essa indiferença com a questão racial e com os seus efeitos sobre a realidade é reflexo do véu da branquidade e, nesse contexto, a tradição dogmático-formalista se constitui como um dispositivo de poder que reforça a racialidade do regime de verdade judicial. Juristas e operadores do Direito, na sua maioria homens brancos da elite jurídica brasileira, permanecem indiferentes à realidade social, mas ao mesmo tempo, a reforça com a defesa intransigente das fórmulas jurídicas gerais e abstratas, com pretensões universalistas e revestidas por uma ilusória neutralidade jurídica (tanto na produção da lei, pelo legislador, quanto na sua aplicação e interpretação pelos operadores do direito), que supostamente garante segurança jurídica e igualdade de tratamento aos jurisdicionados.

Todavia, na crença compartilhada na neutralidade das leis, as quais definem os "bens, situações, sujeitos merecedores de proteção estatal e suas condições de exercício esconde-se um número significativo de pessoas que nelas não se enquadram, mas que legitimam esse mesmo modelo por compartilharem a confiança em sua imparcialidade." (Pires, 2013, p.90). Esse arcabouço legal supostamente neutro e igualitário é reforçado no cotidiano da interpretação e aplicação do Direito, legitimando práticas e discursos jurídicos seletivos e racistas.

> A eficiência da crença na universalidade e neutralidade do direito iluminista, aliada no contexto pátrio com o compartilhamento do mito da democracia racial fez com que discussões envolvendo a utilização do direito para enfrentamento das flagrantes desigualdades raciais passassem ao largo da dogmática jurídica. Soma-se a esses fatores o esvaziamento das discussões acerca da justiça (e outras questões de caráter substantivo) que dominou o modo de pensar e realizar o direito ao longo do século XIX e primeira metade do século XX por força do positivismo formalista, bem como o elitismo característico dessa área do conhecimento, formada basicamente por pessoas oriundas das classes dominantes e comprometidas com a manutenção do status quo. (Pires, 2013, p.170).

No âmbito penal, por exemplo, é preciso fazer como Evandro Piza Duarte (2021) e refletir sobre os limites reproduzidos cotidianamente no discurso jurídico que trata de uma

[172] Que, nesse ponto, não deixa de ser um debate meramente dogmático.

parte importante da realidade social, como, por exemplo, a gestão policial nas cidades e a gestão do sistema carcerário:

> Nessas duas formas de gestão, observamos como o discurso jurídico: não identifica os atos de violência ilegal; imuniza a responsabilidade dos sujeitos que praticam tais atos; não debate a responsabilidade daqueles que estão no comando da gestão; não atribui a condição de vítima àqueles que são afetados direta ou indiretamente por essa gestão; não busca identificar os processos institucionais que servem para produzir a violência; enfim, não entra em contato com os fatos cotidianos da violência, não confronta os atores que praticam diretamente a violência ilegal ou estão em postos de comando, não tem mecanismos de transparência e tampouco se importa com os relatos das vítimas. (Duarte, 2021, p. 25).

A hipótese desenvolvida ao longo desse trabalho e que será demonstrada a partir da análise do funcionamento do Sistema de Justiça no tratamento de demandas relacionadas à população negra, é que a tradição dogmática-formalista iniciada no período oitocentista, quando prevalecia o casuísmo na intepretação do direito, e aprimorada ao longo do século XX com viés mais formalista, tem servido de instrumento para mascarar a violência do Direito e atender a interesses inconfessáveis: no período imperial, era a manutenção da escravidão, e desde a Primeira República tem contribuído para a produção e reprodução do racismo. Assim, apesar da feição liberal e da mudança das circunstâncias temporais, econômicas e sociais, o regime de verdade judicial tende a ser racializado, embora seja constantemente reatualizado no acontecer histórico.

4.4 Aspectos do regime de verdade na dogmática jurídico-processual contemporânea

Antes de apresentar como a racialidade do regime de verdade judicial funciona e para facilitar o entendimento do problema na atualidade, é preciso traçar a autoimagem compartilhada pelos processualistas dogmáticos a respeito do regime de verdade judicial, pois há uma crença entre os juristas de que os marcos referenciais para o julgamento das demandas conduzirão a uma decisão justa e igualitária, sob o manto da segurança jurídica[173].

4.4.1 A verdade judicial

[173] "Esta função, no Direito positivo, 'na medida de sua dimensão ideológica em que opera com problemas fatuais e fornece uma solução igualmente ideológica, de forma a sorrateiramente invadir nossos corações e mentes', adquire um valor inquestionável porque é Direito; justo porque a justiça é o fim do Direito; e igual porque dirige-se indistintamente a todos os cidadãos." (Bertúlio, 1989, p. 41).

Para além de teorizar o direito, a dogmática jurídica assumiu uma função prática de ferramenta ou de tecnologia de poder para a administração dos mais variados conflitos sociais, colocando à disposição dos operadores do Sistema de Justiça um instrumento para se alcançar, não a verdade sobre os fatos propriamente, mas uma decisão judicial sobre os fatos levados ao juiz. Esta decisão, correspondente ou não à realidade objetiva (aos fatos), produz efeitos: efeitos de verdade.

Com esse propósito, o pensamento dogmático vai compor, delinear e circunscrever procedimentos que conduzem a autoridade judicial à tomada de decisão, razão pela qual acompanho o pensamento de Ferraz Jr (2015) no sentido de que, no final das contas, a dogmática jurídica sempre envolve uma questão de decidibilidade.

Na obra de Luigi Ferrajoli (2010) que está mais preocupado com a questão da verdade no processo penal, esse aspecto também foi ressaltado. Para o jurista italiano toda atividade judicial é um saber-poder: uma combinação de conhecimento (*veritas*) e de decisão (*auctoritas*), por meio da qual quanto maior é o poder tanto menor será o saber, e vice-versa, porém, ao contrário do modelo ideal da jurisdição proposto por Montesquieu,[174]para quem o poder seria nulo, a prática demonstra ser bem diferente, pois costuma ocorrer que nulo é o saber (Ferrajoli, 2010, p. 49).

Essa percepção nos conecta com o pensamento foucaultiano, pois a decidibilidade no campo judicial, não pode ser compreendida apenas no interior do pensamento dogmático. Trata-se de relações de saber-poder, sobre as quais opera o dispositivo de racialidade e o véu da branquidade delineados anteriormente, exercendo uma função estratégica no regime de produção da verdade judicial.

Pontuei linhas atrás que há uma dimensão ritualista dos regimes de verdade. Cada domínio discursivo possui rituais de produção da verdade, que funcionam como restrições ao discurso e não seria diferente em relação ao discurso judiciário, na perspectiva de Foucault:

> o ritual define a qualificação que devem possuir os indivíduos que falam (e que, no jogo de um diálogo, da interrogação, da recitação, devem ocupar determinada posição e formular determinado tipo de enunciados); define os gestos, os comportamentos, as circunstâncias, e todo o conjunto de signos que devem acompanhar o discurso; fixa, enfim, a eficácia suposta ou imposta das palavras, seu efeito sobre aqueles aos quais se dirigem, os limites de seu valor de coerção. Os discursos religiosos, judiciários, terapêuticos e, em parte também, políticos não podem ser dissociados dessa prática de um ritual que

[174] "Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se tem continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados." (Montesquieu, 1996, p. 169).

> determina para os sujeitos que falam, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis preestabelecidos. (Foucault, 1971, p. 39).

A provisoriedade dessa verdade também deve ser enfatizada. No campo científico, segundo Karl Popper (1972), os enunciados científicos são provisórios, pois podem ser refutadas, e, portanto, falseáveis:

> Contudo, só reconhecerei um sistema como empírico ou científico se ele for possível de comprovação pela experiência. Essas considerações sugerem que deve ser tomado como critério de demarcação não a verificabilidade, mas a falseabilidade de um sistema. Em outras palavras, não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas, em sentido positivo; exigirei, porém, que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico. (Popper, 1972, p. 42).

A propósito dos ensinamentos de Popper, Luigi Ferrajoli consigna que:

> Tampouco as teorias científicas, ainda quando geralmente compartilhas e corroboradas por repetidos controles, são qualificáveis sempre como "verdadeiras" no sentido de que se possa excluir com certeza que contenham ou impliquem proposições falsas. Ao contrário, sabemos por experiência que toda teoria científica está destinada a ser superada antes ou depois por uma outra teoria em contradição com alguma de suas teses, que, por isso, serão abandonadas um dia como falsas. Ao máximo, podemos – e devemos – pretender que, quando se descubra a falsidade de uma ou de várias teses de uma teoria, esta deva ser rechaçada ou reformulada. (Ferrajoli, p. 53).

Não é o que acontece com os enunciados da Dogmática Jurídica, já que a positivação cortou a possibilidade de se trabalhar com enunciados do tipo científico, conforme afirma Ferraz Jr:

> Se o século XIX ingenuamente entendeu a positivação como uma relação causal entre a vontade do legislador e o Direito como norma legislada e posta, o século XX aprendeu rapidamente que o Direito Positivo não é criação da decisão legislativa (relação de causalidade), mas surge da imputação da validade do Direito a certas decisões – legislativas, judiciárias, administrativas. Isso significa que o Direito prescinde, até certo ponto, de uma referência genética aos fatos que o produziram – um ato de vontade historicamente determinado – de tal modo que sua positividade passa a decorrer da experiência atual e corrente, que se modifica a cada instante e que determina a quem se devem endereçar sanções, obrigações, modificações etc. (Ferraz Jr, 2015, p. 84-85).

Com isso o autor não está afirmando que o "verdadeiro" esteja totalmente excluído da

dogmática, mas sim que esta não é um discurso meramente informativo, pois o emissor não se limita a comunicar uma informação, mas sim persuadir, despertar uma atitude de crença, de convencimento no seu receptor. Porém, como a verdade entra no discurso persuasivo como um instrumento de motivação e não como pura informação, corre-se o risco encobrimento ideológico, que passa a dominá-la, conforme exemplifica Ferraz Jr:

> Daí a abundância, no discurso dogmático, das chamadas figuras retóricas com a finalidade de chamar a atenção do auditório, como perífrases do tipo "a organização declarada ilegal" (desvio da linguagem para evitar uma menção tabu); ou suspensões (que consistem em retardar um enunciado antes de resolvê-lo, como, por exemplo: "a questão é sumamente complexa"; "as soluções são a propósito bastante discutíveis"); ou preterições (caso em que se diz algo dando a entender que não se quer dizê-lo; exemplo: "não desejamos evidentemente esgotar o assunto em pauta, mas...") etc. Ao utilizar-se largamente de recursos dessa natureza, a Dogmática põe a verdade entre parênteses e se preocupa mais com o verossimilhante, isto é, não exclui a verdade, mas ressalta como fundamental a versão da verdade (e da falsidade). Neste sentido, um enunciado verdadeiro pode ser considerado verossímil (exemplo: o fato de que certas drogas produzam dependência psíquica é uma razão bastante para sua proibição a um consumo não medicinal), mas pode, também, ser considerado inverossímil (exemplo: a maconha produz efeitos menos perigosos que o álcool, porém a sua liberação, como o caso do álcool, não pode ser aceita). (Ferraz Jr, 2015, p. 177-178).

Existe, como disse Warat (1980), um papel encoberto da dogmática jurídica, pois o discurso jurídico não é demonstrativo mais sim persuasivo:

> Interpretando literalmente lo que los juristas afirman sobre su producción teórica específica, podría decirse que la misma cumple una función estrictamente científica. Ello es discutible, si se considera, que el discurso jurídico no es demostrativo sino persuasivo, y por ende, obliga a los dogmáticos a recurrir a una variada gama de manifestaciones retóricas, para asegurar una mejor operatividad. Por ello, vemos también, que bajo el manto protector de un lenguaje ingenuamente descriptivo, se logra veladas modalidades prescriptivas. Así, la dogmática jurídica cumple la importante función de reformular el derecho positivo, sin provocar una inquietud sospechosa de que está realizando esta tarea. (Warat, 1980, p. 40).

Como a dogmática é uma ciência normativa e prática, a validade de seus enunciados depende de sua relevância prática. Embora não seja possível deles deduzir uma decisão concreta, é sempre possível encará-los como instrumentos mais ou menos utilizáveis para a obtenção de uma decisão. Exatamente por isso Ferraz Jr encara a dogmática como um pensamento tecnológico em que, apesar de possuir algumas características do pensamento científico *stricto sensu* por partir das mesmas premissas que este, seus problemas têm uma

relevância prática, que é possibilitar decisões. Essa forma de fazer ciência exige uma interrupção na possibilidade de indagação das ciências em geral, no sentido de que a tecnologia fixa seus pontos de partida e problematiza apenas a sua aplicabilidade na solução de conflitos (Ferraz Jr, 2015, p. 86-87).

As práticas judiciárias também são campos em que a verdade está sempre em disputa e no interior das quais se definem os limites do regime de verdade. Busca-se nos processos judiciais os signos do "verdadeiro" ou "falso', mas, diferentemente de uma investigação científica, as decisões judiciais sobre os fatos não são descritivas (podendo ou não ter relações com a realidade), ou seja, a comprovação dos fatos não é condição necessária para a decisão, ainda que esta busque a verdade dos fatos. Mesmo o resultado da interpretação do texto legal, diante da textura aberta da norma,[175]comporta vários sentidos, e precisará de uma solução prática (uma decisão), com caráter de definitividade.

Em ambas as situações, as decisões e sentenças judiciais terão força de verdade porque estão revestidas da autoridade judicial. Se, nas ciências em geral, as verdades podem ser refutadas a qualquer tempo, no sistema jurídico os enunciados judiciais valem pela força da autoridade (leia-se: têm efeitos de verdade porque foram produzidos por uma autoridade judicial, observando-se as regras do jogo, do devido processo legal) ainda que submetidas às regras judiciais da prova e contestadas (refutadas) por meio de recursos judiciais. Na acepção de Ferrajoli, o juiz é um investigador exclusivo:

> No sentido de que sua competência para investigar e julgar lhe está reservada por lei, de forma que, salvo o contraditório entre as partes que precede a sentença e afora os sucessivos graus de jurisdição, suas interpretações dos fatos e das leis não podem ser refutadas por hipóteses interpretativas mais adequadas e controladas, que, inclusive, se tornam consagradas ao final do processo pela autoridade da "coisa julgada". (Ferrajoli, 2010, p. 60).

Por essa razão, o autor diz que se trata de uma verdade normativa no seguinte sentido: a) uma vez comprovada definitivamente, tem valor normativo; b) está convalidada por normas; c) é verdade na medida em que seja buscada e conseguida mediante o respeito às

[175] Sobre a tessitura aberta do texto da lei, destacam Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti que: "Paradoxalmente, só podemos enfrentar de fato os riscos, quando assumimos sua inevitabilidade, quando desistimos de exorcizá-los, de eliminá-los, e passamos a buscar controlá-los; a questão só pode ganhar um enfrentamento mais consistente, possibilitando a criação de um instrumental de outro tipo para o controle do risco da arbitrariedade inerente à atividade interpretativa, quando se passou a assumir a natureza incontornavelmente aberta, indeterminada, de qualquer texto. É a unicidade, a irrepetibilidade da situação de aplicação que pode assegurar a imparcialidade e nunca o texto em si, ainda que apoiado em outros textos supostamente neutros, como se esses últimos, por alguma mágica, pudessem escapar do turbilhão incessante da vida e das formas de vida que marcam a nossa leitura do mundo." (Carvalho Netto; Scotti, 2011, p. 50-51).

normas (Ferrajoli, 2010, p. 62).

No sistema jurídico, as decisões devem ser justificadas por um raciocínio lógico.[176]Excepcionalmente, como ocorre nas decisões do Tribunal do Júri, a motivação é dispensada. É importante distinguir uma justificação (como ocorre nas decisões de Juízes de Direito) e uma decisão alcançada segundo um procedimento governado apenas por normas (como ocorre com os juízes leigos do Tribunal do Juri, por exemplo). Para tanto, vale-se do exemplo apresentado por Popper:

> O veredito do júri (*vere dictum* = dito verdadeiro), tal como o experimentador, é uma resposta a uma questão de fato (*quid facti*) que deve ser apresentada ao júri de maneira mais clara e definida. Contudo, a indagação feita e a maneira como é feita dependerão grandemente da situação legal, isto é, do sistema de Direito Penal prevalente (que corresponde a um sistema de teorias). O significado dessa decisão reside no fato de que dela, combinada com os enunciados universais do sistema (de Direito Penal), podem ser deduzidas certas consequências. Em outras palavras, a decisão forma a base para aplicação do sistema; o veredito desempenha o papel de "enunciado de fato verdadeiro". Claro está, porém, que o enunciado não precisa ser verdadeiro apenas pela circunstância de ter sido aceito pelo júri. Essa circunstância é reconhecida pela norma, que permite a revogação ou a revisão do veredito. (Popper, 1972, p.177).

As convicções dos jurados não são motivadas (justificadas),[177]ou seja, os jurados não precisam explicar as razões que o levaram a concluir pela existência do crime e pela culpa ou inocência do réu. Por outro lado, nas decisões proferidas por juízes de direito, há necessidade de motivação, por meio de raciocínio lógico:

> Em contraste com o veredito do júri, o julgamento do juiz é "racional"; requer e contém uma justificação. O juiz tenta justificá-lo a partir de outros enunciados, ou deduzi-los logicamente desses enunciados – enunciados do sistema legal, combinados com o veredito, que desempenha o papel desempenhado pelas condições iniciais. Essa razão por que o julgamento pode ser contestado com apelo a argumentos lógicos. A decisão do júri, de outra parte, só pode ser contestada questionando-se ter ela sido alcançada de acordo com regras aceitas de procedimento; isto é, ela pode ser contestada formalmente, mas não quanto a seu conteúdo. (Popper, 1972, p.118).

Todavia, em ambos os casos (decisão dos jurados e decisão do juiz de direito) as decisões cumprirão seus efeitos de verdade dentro do sistema jurídico, uma vez que o carimbo

---

[176] Que a dogmática processual denomina de "livre convencimento motivado".

[177] O exemplo deve ser visto com ressalvas, dadas as peculiaridades de cada país. No Brasil, sabe-se que os jurados não precisam motivar o seu veredito, e que em algumas situações suas decisões estão submetidas a recurso.

da “Justiça” (expressão da autoridade) impõe o dever de obediência e, neste aspecto, não deixa de ser uma violência do direito mascarada pelo procedimento legal.

Sobre o mascaramento da violência do poder estatal e os efeitos de obediência nos cidadãos, Foucault já alertava que:

> Razão geral e tática que parece se impor por si mesma: é somente mascarando uma parte importante de si mesmo que o poder é tolerável. Seu sucesso está na proporção daquilo que consegue ocultar dentre seus mecanismos. O poder seria aceito se fosse inteiramente cínico? O segredo, para ele, não é da ordem do abuso; é indispensável ao seu funcionamento. E não porque o impõe aos que sujeita, como também talvez porque lhes é, na mesma medida, indispensável: aceitá-lo-iam, se só vissem nele um simples limite oposto a seus desejos, deixando uma parte intacta – mesmo reduzida – de liberdade? O poder, como puro limite traçado à liberdade, pelo menos em nossa sociedade, é a forma geral de sua aceitabilidade. (Foucault, 2018 p. 94).

Na dimensão do poder jurisdicional, substitui-se a violência das partes e a insegurança jurídica do cotidiano pela figura do juiz, que participa da relação como um terceiro imparcial e neutro, representante da lei e da ordem, uma pessoa prudente, promotora da segurança, da justiça e da paz social. Para isso, a dogmática coloca à disposição do julgador um repertório de fórmulas abstratas, não necessariamente para ocultar as reais relações de poder, mas para mascarar a violência do direito.

Nesse sentido, Ferraz Jr afirma:

> Através dos estereótipos conceituais, como estado de necessidade, legítima defesa ou indução a erro, sublinham-se, de um lado, as situações de insegurança em que vive o cidadão, aparecendo, do outro, o emissor das decisões, através de conceitos como poder de polícia, discricionariedade e legalidade, como o realizador da justiça e o guarda do compromisso de segurança. É claro que isso apenas transparece, conforme o grau de abstração dos conceitos mantém a decisão num limbo de neutralidade, como se as reais relações de poder estivessem todas domesticadas. De novo, a realidade não é ocultada, mas disfarçada; a força é despida de sua crueza, dando a impressão de que as decisões jurídicas chegam, de fato, até a prescindir dela. (Ferraz Jr, 2015, p. 167).

O autor vê nesse mascaramento da violência, operado pela dogmática jurídica, uma funcionalidade prática, pois racionaliza e procedimentaliza o uso da violência, da qual o Estado depende para impor obediência, que, na matriz teórica do Estado Moderno pode ser entendida como a violência razoável. Esse mascaramento, exercido com as ferramentas da dogmática, está implícito no sistema jurídico, notadamente nas decisões judiciais, garantindo o exercício efetivo e real do poder estatal, em termos de capacidade de suscitar a obediência,

criando uma sensação de que a violência é limitada:

> Através da Dogmática, que mostra a decisão como um procedimento no qual a violência está domesticada, não se elimina a violência, mas se enfraquece sua força. Ela traz a violência para dentro do sistema jurídico, mostrando, às vezes, que a violência não é um limite do Direito, mas que está dentro dele, com toda sua ambiguidade, ou seja, que o comportamento violento não é um limite, mas sua qualificação resulta de uma diferenciação interna do próprio sistema jurídico. E a Dogmática, ao conceptualizar o sistema jurídico, é uma peça importante nessa diferenciação. Afinal, ela permite, como dissemos acima, uma congruência estável entre normas, instituições e valores, fazendo com que a violência não entre no Direito como norma, nem como instituição, nem como valor, mas suponha a correlação dos três. (Ferraz Jr, 2015, p. 170).

É nesse contexto que eu gostaria de pensar as características do regime de produção da verdade nos processos judiciais, pois as regras do jogo e as condições de possibilidade jurídica do "dizer verdadeiro" cumpre muito bem a função de mascaramento da violência do sistema jurídico, passando a imagem de "segurança com a mais perfeita Justiça", sobretudo quando é o corpo negro que está em julgamento.

A legislação processual e a dogmática jurídico-processual estabelecem as regras e condições para a decidibilidade judicial, fornecendo o instrumental teórico e prático para o mascaramento da violência do direito e da sua racialidade.

No sistema jurídico brasileiro, geralmente a Jurisdição é inerte, ou seja, o Estado-juiz vai atuar mediante provocação da parte interessada (princípio do dispositivo). É o que acontece quase sempre no processo civil e trabalhista, em que cabe à pessoa natural ou jurídica ingressar com a ação privada,[178]dando início ao processo judicial, ressalvados os casos de ações coletivas, em que a lei nomeia entes específicos (públicos ou privados) como legitimados para sua propositura.[179]No âmbito penal, as ações podem ser públicas ou privadas.[180]Nesse caso, é possível que a ação seja intentada pelo Ministério Público, como

---

[178] Código de Processo Civil:
Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.
Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.
Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.
Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:
I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica;
II - da autenticidade ou da falsidade de documento.

[179] O microssistema de direito coletivo estabelece os requisitos e os legitimados para as ações coletivas, a exemplo do previsto no artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 1990).

[180] Código de Processo Penal:
Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

representantes do Estado (nas ações penais públicas incondicionadas e condicionadas) ou pela vítima (nos casos de ação penal privada).

Os conflitos a serem resolvidos pelo juiz poderiam ser sinteticamente definidos da seguinte forma: as partes levam suas pretensões ao Judiciário na forma de ação. Geralmente, o autor da ação imputa um fato ao réu (uma conduta que tem materialidade histórica ou realidade fática, pois aconteceu no mundo fenomênico) ou levanta uma questão de direito (questão jurídica) e requer a procedência da sua pretensão com base na legislação que entende aplicável ao caso. O réu, por sua vez, se defende, instaurando a controvérsia, geralmente apresentando sua própria versão dos fatos e as razões da improcedência da pretensão do autor da ação. Eis que a figura do juiz entra em cena! Um terceiro equidistante e imparcial, que apareceu na vida das partes por obra do acaso,[181]sem conhecê-las e tampouco os fatos, já que a autoridade judicial não é onisciente nem onipresente. Apesar disso, e estando diante de duas versões antagônicas, o juiz tem o dever de proferir uma decisão,[182]sob a autoridade da lei e definir qual versão estará "no verdadeiro" (que pode ou não coincidir com a de alguma das partes, com a realidade dos fatos ou com a de nenhuma delas, mas de qualquer forma será uma terceira versão fruto da interpretação do julgador) para, então, estabelecer a consequência jurídica correspondente,[183]pondo fim à demanda.

Para percorrer esse caminho, é necessário seguir determinadas regras e condições que definirão os parâmetros para a decidibilidade judicial e a atribuição do predicado "verdadeiro" às questões levadas a julgamento. Caberá ao juiz definir a verdade dos fatos que irá prevalecer (verdade fática) e a interpretação dos enunciados normativos aplicáveis aos fatos e da respectiva imputação jurídica (verdade jurídica).

A respeito dessa diferenciação Ferrajoli esclarece, a partir de um caso hipotético descrito como "Tício cometeu ou não cometeu culpavelmente tal fato indicado na lei como delito" de lesão corporal?:

> Tal proposição pode ser decomposta, por sua vez, em duas proposições

---

§ 1o No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.
§ 2o Seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública.
(...)
Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

[181] Na verdade, segundo as regras de competência definidos no sistema jurídico.

[182] Desde o Código Napoleônico foi estabelecido o princípio do *non liquet*, segundo o qual, mesmo diante de obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei, "o juiz deve em cada caso resolver a controvérsia que lhe é submetida, estando excluída a possibilidade de abster-se de decidir" (BOBBIO, 2006, p. 74).

[183] Uma pena criminal, uma indenização ou outra obrigação qualquer, de acordo com caso.

> (juízos): uma fática ou de fato e outra jurídica ou de direito. A primeira é que "Tício cometeu culpavelmente tal fato" (por exemplo, causou em Caio, uma ferida que se curou em dois meses); a segunda é que "tal fato está indicado na lei como delito" (segundo nosso Código Penal, como "lesões graves"). Ambas proposições chamar-se-iam "assertivas", "empíricas" ou "cognitivas" no sentido em que – e na medida em que – seja predicável sua verdade ou falsidade (isto é, sejam verificáveis ou refutáveis), conforme a investigação empírica). Precisamente, a verdade da primeira é uma verdade fática, enquanto seja comprovável pela prova da ocorrência do fato e de sua imputação ao sujeito incriminado; a verdade da segunda é uma verdade jurídica, enquanto seja comprovável por meio da interpretação do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito. (Ferrajoli, 2010, p. 50-51).

Uma indagação frequente sobre a verdade judicial, é saber se essa verdade corresponde ou em que medida deve corresponder à verdade fora dos autos do processo (verdade factual). Entre os processualistas, tentou-se resolver essa distinção com a sempre problemática separação entre "verdade real ou material" *X* "verdade formal" ou "verdade absoluta" *X* "verdade relativa", ou outro eufemismo do gênero:

> Los juristas habitualmente intentan escapar de este problema recurriendo a una distinción: habría, por un lado, una verdad «formal» (o «judicial» o «procesal») que sería establecida en el proceso por medio de las pruebas y de los procedimientos probatorios; y, por otro lado, habría una verdad «material» (o «histórica», «empírica» o, simplemente, «verdad») referida al mundo de los fenómenos reales o, en todo caso, a sectores de experiencia distintos del proceso y que se obtendría mediante instrumentos cognoscitivos distintos de las pruebas judiciales. Es habitual también distinguir entre una verdad «relativa», que es típica del proceso, y una verdad «absoluta», que existiría en algún lugar fuera del proceso. (Taruffo, 2011, p. 24).

Essas distinções não fazem sentido e têm sido rechaçadas por muitos juristas na atualidade, embora ainda seja conteúdo obrigatório nos manuais de processo e repetidas de forma acrítica no ensino jurídico e nos corredores forenses. A crítica à essa separação dicotômica da verdade se baseia no fato de que as regras jurídicas e as limitações para a obtenção da verdade servem, no máximo, para dificultar a obtenção de uma verdade que corresponda aos fatos, o que não significa dizer que se busca uma verdade diferente dentro e fora dos autos do processo e que exista, em algum lugar fora deles, uma forma de cognoscibilidade absoluta da verdade. Busca-se, nos autos do processo e fora deles, a mesma verdade, a verdade dos fatos, cujo produto (o que foi obtido por meio das provas) servirá à formação da convicção do julgador.

A despeito da falsa dicotomia entre verdade material e verdade formal, Gustavo Badaró (2003, p. 31-32) corrobora com a visão de Taruffo no sentido de que há limitações

metodológicas para se atingir a verdade factual, porém o fato de existirem regras jurídicas sobre a prova não é suficiente para diferenciar, do ponto de vista epistemológico, a verdade que se pode alcançar por meio da instrução processual, da verdade fora do processo, o que não significa dizer, do ponto de vista da teoria do conhecimento, que haja "verdades distintas".

Em amplo estudo sobre a verdade dos fatos no processo judicial, o jurista italiano Michele Taruffo (2011), expõe as correntes filosóficas e doutrinárias que negam a possibilidade de se alcançar a verdade no processo.[184]São linhas de pensamento de matrizes distintas, mas que podem ser agrupadas em três ordem de fundamentação: impossibilidade teórica, impossibilidade ideológica e impossibilidade prática.

Segundo o autor, os fundamentos de impossibilidade teórica têm origem no ceticismo filosófico (teses irracionalistas) que excluem a cognoscibilidade da realidade por estar baseada na intuição, em reações individuais ou em valorações irredutivelmente subjetivas, na impossibilidade de uma verdade absoluta. Há ainda as teses idealistas que sustentam que o conhecimento é uma construção mental carente de conexão necessária com os fenômenos do mundo real.

Por outro lado, as vertentes ideológicas concebem o processo (especialmente o processo civil), como um instrumento para resolver conflitos de interesses entre as partes, ou seja, a busca da verdade não poderia ser o fim de um processo voltado para a solução do conflito. Ademais, um modelo como esse, no processo civil, poderia até ser contraproducente, pois a pacificação do conflito pode ser alcançada ainda que baseada em fatos falsos, inaceitáveis ou parcialmente falsos. No processo civil, essa noção tem mais relevância diante dos princípios da liberdade, da autonomia e do princípio do dispositivo (iniciativa das partes). Soma-se a isso o fato de que, assumir o compromisso de busca da verdade dos fatos poderia descambar num processo inquisitorial,[185]que está associado ao autoritarismo e à afronta às garantias individuais.

Por fim, a terceira vertente - da impossibilidade prática - não está preocupada com questões filosóficas ou ideológicas, deixando de lado se a questão da verdade pode ou não ser alcançada ou se deve ou não ser perseguida, pois, independentemente da resposta a essas

[184] O autor parte de uma visão geral do processo judicial, e, no segundo momento, aprofunda esse debate no âmbito do processo civil.

[185] À propósito da verdade inquisitorial, Foucault assinala que: "O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autentificar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder. É a análise dessas formas que nos deve conduzir à análise mais estrita das relações entre os conflitos de conhecimento e as determinações econômico-políticas. (Foucault, 1973, p.77-78).

indagações, a verdade dos fatos não pode ser obtida no processo por razões essencialmente práticas. Essa posição abrange os processos judiciais em geral, já que todos teriam a mesmas razões práticas:

> Estas razones son de distinta naturaleza, pero todas ellas parecen converger en la exclusión de la posibilidad concreta de una determinación verdadera de los hechos de la causa. Así, por ejemplo, se subraya que el juez no dispone de los instrumentos cognoscitivos ni del tiempo y la libertad de investigación de los que disponen el científico o el historiador. (Taruffo, 2011, p. 45).

Então, a questão deveria ser pensada sob outra ótica, pois pouco importaria conjecturar se é possível alcançar verdades absolutas, mas sim estabelecer que verdades relativas ou razoáveis poderiam ser concretamente determinadas:

> Así, por ejemplo, se puede sostener que esa capacidad es mínima en un proceso que limite fuertemente el empleo de los medios de prueba y tenga muchas reglas de prueba tasada; en cambio, esa capacidad es máxima en un proceso en el que todas las pruebas relevantes sean admisibles y estén todas sujetas a la libre apreciación del juez. Está claro, sin embargo, que son muchos los parámetros a tomar en consideración y son muchas las respuestas en términos de posibles verdades relativas, precisamente en función de la forma en que esté regulado el proceso. (Taruffo, 2011, p. 47).

Enquanto a primeira corrente de pensamento nega a possibilidade de se alcançar a verdade no processo, há outra corrente, muito forte no direito processual civil e, em certa medida, no processo penal, que parte da noção de irrelevância da verdade no processo. A primeira variação dessa corrente acredita que tudo o que acontece no processo não passa de jogo retórico-discursivo:

> esto es, en el ámbito de una suerte de retórica general que según la opinión de algunos agota completamente el campo del razonamiento jurídico, existe una retórica del proceso dentro de la cual se distinguen retóricas más específicas, como la del abogado, que pretende persuadir al juez de que tiene razón, y la del juez, que al motivar la sentencia pretende persuadir (a las partes, a los abogados, a la opinión pública) de la bondad de la decisión que ha tomado. Por otra parte, existe también una retórica de la doctrina que se ocupa del proceso con la pretensión de acreditar teorías acerca del mismo: es más, las teorías sobre la prueba y sobre la determinación de los hechos no serían más que argumentaciones retóricas. (Taruffo, 2011, p. 49).

A retórica, como arte da persuasão, aspecto que já assinalei anteriormente com apoio em Warat (1980) e Ferraz Jr (2015), teria o objetivo de obter o consenso sobre a tese pretendida, e estaria pautada na conveniência e eficácia de persuadir o receptor, de modo que

a verdade, para Taruffo, ficaria em segundo plano:

> Esto es válido también para el proceso, donde la finalidad que persigue el abogado es la de persuadir al juez para que le dé la razón, no la de demostrar «objetivamente» la verdad de los hechos. Es más, un abogado es más hábil y capaz si consigue persuadir al juez cuando su versión de los hechos no se corresponde con la realidad. Sin embargo, esto no es relevante en la medida en que, en la concepción retórica del proceso, la verdad de los hechos no tiene sentido alguno o bien se define simplemente como propia de la versión de los hechos que haya resultado más persuasiva. (Taruffo, 2011, p. 50).

A segunda vertente dessa linha de pensamento, que desconsidera a relevância da verdade no processo, parte do ponto de vista das estruturas linguísticas e de semiótica, considerando os processos como um lugar de produção de diálogos, de narrativas, de discursos. Assim, se a linguagem não se refere à realidade mais sim à uma entidade linguística, não há por que exigir correspondência ou vinculação entre expressões linguísticas e dados empíricos extralinguístico, pois a pretensão de verdade seria apenas um elemento da mensagem (parte do discurso). A esse respeito o autor destaca:

> En efecto, se puede alcanzar un acuerdo sobre la cuestión obvia de que en el proceso se llevan a cabo discursos y que en esos discursos los «hechos» aparecen principalmente en forma de «narraciones sobre los hechos»; además parece también obvia la utilidad de analizar estas narraciones con los instrumentos de la semiótica y del análisis del lenguaje, mucho más sofisticados y fecundos que las toscas metodologías que habitualmente emplean los juristas. En otros términos, no hay duda de que en el problema del juicio sobre el hecho, una vez insertado en la dinámica del proceso, existe una interesante y relevante dimensión semiótico-lingüística. (Taruffo, 2011, p. 55).

Do ponto de vista da dogmática processual, as tendências atuais caminham para uma compreensão que não deixa de ser funcionalista (e aqui a finalidade do processo é sempre uma diretriz) mas afasta a ideia de que a verdade buscada no processo (verdade judicial) seja diferente da verdade dos fatos (verdade factual). Em outras palavras, advoga-se a tese de que o processo em geral deve viabilizar uma decisão (mais uma vez a questão da decidibilidade) sobre os fatos "verdadeiros".

Esse pensamento, é influenciado por um realismo crítico na medida em que a verdade judicial seria uma "verdade como correspondência", na concepção semântica de Alfred Tarski

(1972),[186]que é referendada por Taruffo:

> Así pues, existe la posibilidad teórica de evitar la escisión total entre el lenguaje y la realidad empírica y de hablar sensatamente de una verdad como correspondencia, es decir, de una verdad que no se reduce de forma exclusiva a la coherencia interna del discurso o del sistema de conceptos que éste utiliza. De esa forma, se podrá discutir y delimitar el alcance del concepto de correspondencia, pero sigue siendo posible evitar considerar como un discurso sin sentido a todo aquel que aspire a «hablar racionalmente de la realidad» en términos de verdad de las aserciones sobre hechos. (Taruffo, 2011, p. 59).

Para Tarski, "*llegamos a una definición de la verdad y de la falsedad diciendo simplemente que una oración es verdadera si es satisfecha por todos los objetos, y falsa en caso contrario*" (Tarski, 1972, p. 32-33).

É importante distinguir essa noção de verdade por correspondência de Tarski com o silogismo ou mesmo a tese da perfeita subsunção de orientação iluminista. Não se trata do silogismo ou da correspondência perfeita que o juiz "boca da lei", na acepção de Montesquieu (1996), deveria fazer, a exemplo do que o defendia pensador iluminista Beccaria (20002).[187]

A verdade por correspondência, no sentido semântico de Tarski, pode ser aplicado à verdade judicial em relação ao significado do predicado "verdadeiro" (enquanto correspondência ou equivalência à realidade) não aos critérios e procedimentos a serem adotados para se chegar no "verdadeiro" (seriam os critérios para a decisão).

As condições gerais para o uso do predicado "verdadeiro" e consequente adequação material da definição foi exemplificada por Tarski:

> Consideremos la oración *'la nieve es blanca'*. Nos preguntamos en qué condiciones esta oración es verdadera o falsa. Parece claro que, si nos basamos sobre la concepción clásica de la verdad, diremos que la oración es verdadera si la nieve es blanca, y falsa si la nieve no es blanca. Por consiguiente, si la definición de verdad ha de conformarse a nuestra concepción, debe implicar la siguiente equivalencia: *La oración 'la nieve es blanca' es verdadera si, y sólo si, la nieve es blanca.* (Tarski, 1972, p. 13) .

Ferrajoli retoma o caso hipotético de Ticio e Caio que mencionei anteriormente, para exemplificar o conceito de Tarski em relação à verdade factual e jurídica para que a verdade

---

[186] "La semántica es una disciplina que -para decirlo sin gran precisión- se ocupa- de Ciertas relaciones entre las expresiones de un lenguaje y los objetos (o "estados de cosas") a que se "refieren" esas expresiones." (Tarski, 1944, p. 17).

[187] "O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não a lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro." (Beccaria, 2000, p. 20).

judicial[188] seja considerada verdadeira:

> a) "a proposição *TICIO cometeu culpavelmente tal fato* é verdadeira se, e somente se, Tício cometeu culpavelmente tal fato"; e b) "a proposição *tal fato está definido na lei como delito* é verdadeira se, e somente se, tal fato está definido na lei como crime". Estas duas equivalências definem, respectivamente, a verdade fática e a verdade jurídica, a respeito das quais servem para esclarecer diversas referências semânticas, que no primeiro caso são os fatos ocorridos na realidade e no segundo as normas que a eles se referem. (Ferrajoli, 2010, p. 51).

Seguindo a definição tarskiana, Ferrajoli (2010) entende que a verdade judicial será (processual e formalmente) verdadeira se, e somente se, é verdadeira tanto fática quanto juridicamente.

O sentido de correspondência empregado se limita a indicar conformidade ou não conformidade com a realidade, sem qualquer pretensão metafísica, objetiva ou realista de aceitação da verdade. Por isso "é possível falar da investigação judicial como a busca da verdade em torno dos fatos e das normas mencionadas no processo, e usar o termo 'verdadeiro' e 'falso' para designar a conformidade ou a desconformidade das proposições jurisdicionais a respeito deles" (Ferrajoli, 2010, p. 51).

Nesse aspecto, Ferrajoli se aproxima da noção de verdade razoável de Taruffo, propondo, no âmbito do processo penal, uma verdade aproximativa, que tem como pretensão a verdade no sentido tarskiano (verdade como correspondência) mas que se sabe limitada, relativa, como o é toda pretensão de verdade, afastando as doutrinas iluministas e positivistas de perfeita correspondência e de aplicação mecânica da lei.

A verdade por correspondência representa um ideal a ser alcançado no processo judicial, sem nenhuma pretensão de ser absoluta, mas sim aproximativa e, para estar "no verdadeiro" (atender aos critérios de coerência e aceitabilidade), deve observar as técnicas legislativas e jurisdicionais normativamente admitidas e praticadas,[189]sem as quais não se poderia falar de verdade no processo nem sequer em sentido aproximativo:

> A coerência e aceitabilidade justificada são, em suma, os critérios subjetivos pelos quais o juiz avalia e decide acerca da verdade ou da confiabilidade das premissas probatórias da indução do fato e das premissas interpretativas de sua qualificação jurídica. Mas o único significado da palavra "verdadeiro" – como das palavras "confiável", "provável", "verossímil", "plausível" ou similares – é a correspondência mais ou menos argumentada e aproximativa

[188] Como já dito, o autor não usa a expressão verdade judicial, mas sim verdade processual ou formal, entendida aqui como sinônimos.
[189] Que, para Ferrajoli, seria o Sistema Garantista.

> das proposições para com a realidade objetiva, a qual no processo vem constituída pelos fatos julgados e pelas normas aplicadas. (Ferrajoli, 2010, p. 68).

Como visto, tanto em Taruffo (2011), na sua percepção de verdade no processo civil, quanto em Ferrajoli (2010), no processo penal, a noção de verdade judicial não tem pretensão absoluta, mas sim relativa, e em ambos, a verdade precisa estar justificada por meio de procedimentos legais bem definidos que possibilitem uma verdade razoável (para Taruffo) ou uma verdade aproximativa (para Ferrajoli).

Essa linha de argumentação tem influenciado a dogmática processual nos diversos ramos do Direito na atualidade. Em comum, os defensores da verdade como correspondência não consideram apenas a dimensão semântica da linguagem e sua relação com o discurso sobre a verdade, mas também não afastam a necessidade de que seu significado guarde referência com a realidade empírica ou objetiva.

Há autores, como Khaled Jr (2013), que critica a noção de verdade relativa ou aproximativa, notadamente no processo penal, por acreditar que essa vertente acaba fundamentando a continuidade da estrutura inquisitória de forma velada, subvertendo o caráter democrático exigível a um processo respeitoso dos direitos fundamentais do acusado. O autor critica ainda aqueles que consideram que o processo tem por finalidade a busca da verdade, já que dizer que a verdade não deve ser perseguida a qualquer custo ainda é dizer que a verdade deve ser perseguida e que esse deve ser tido como um fim do processo penal, o que pode reforçar a defesa de iniciativa probatória do juiz (Khaled Jr, 2013. p. 184).

Na visão de Khaled, melhor seria pensar a verdade como uma reconstrução narrativa "sempre falha e imperfeita em relação ao que propõe representar - de um evento que pertence a um tempo escoado, e não uma reprodução equivalente ou aproximativa daquilo que foi, com caráter de verdade correspondente, o que é simplesmente impossível" (Khaled Jr, 2013. p. 336).

Por isso, dialogando com a noção de rastos de Ricoeur (1997), prefere pensar a verdade judicial sob a ótica do que chamou de "passeidade", em que os rastros do passado (vestígios que no momento é presente) e (re) produção analógica do mesmo afastaria a pretensão de correspondência à realidade:

> A chave para a resolução do enigma está na própria noção de rastro, que necessariamente conduz à representância de Ricoeur. É a partir da noção de rastro que sustentamos que o conhecimento sobre o passado não deve ser situado isoladamente no âmbito do Mesmo, ou do Outro. Caso esteja

> embasada em rastros do passado, a narrativa elaborada pelo juiz deve ser situada em uma terceira esfera ontológica: a do Análogo. Por Análogo, compreenda-se simultaneamente Ser-como e Não-ser, uma verdade que opera no âmbito da constante tensão entre o desvelamento e o encobrimento, para finalmente ser analogicamente produzida como um artefato narrativo elaborado pelo juiz, como ser-no-mundo que é. Portanto, trata-se de uma verdade analogicamente produzida sob a forma narrativa, o que conforma um critério de verdade enquanto (re)produção analógica do passado e não enquanto correspondência - ainda que relativa ou aproximada - em relação a um evento que pertence a um tempo escoado. (Khaled Jr, 2013. p. 356).

De qualquer maneira, a dogmática jurídica mantém a tradição de justificação do processo com a ideia de segurança jurídica e justiça igualitária que abordei no início desse capítulo. Então, o processo não deveria buscar apenas a solução do conflito ou decidir satisfatoriamente para atender os interesses das partes, mas também produzir decisões justas, que esteja no "verdadeiro", ainda que sob perspectivas de sentido de verdade diferentes.

Essa dimensão da "justiça" da decisão em contraponto ao problema da verdade, vem associada à busca de correspondência entre a decisão e realidade dos fatos. Nesse aspecto, os métodos de interpretação e aplicação da lei e as garantias processuais ganham relevância. Independentemente do método de interpretação e das regras processuais aplicáveis ao caso em julgamento, a "decisão justa" pressupõe, entre outros aspectos jurídico-processuais, que esteja fundada na veracidade e aceitabilidade do juízo sobre os fatos.

Para Taruffo, a verdade dos fatos como condição de justiça não é elemento de uma concepção específica de processo, mas sim um critério geral de decisão judicial em termos de justiça, que vai além da visão meramente eficientista de instrumento de pacificação e controle social ou de qualquer definição jurídica do que seja a justiça da decisão. Essa concepção também não seria incompatível com os que acreditam que o processo serve apenas para resolver conflitos (Taruffo, 2011, p. 64).

A justiça como um processo de cognição ou de comprovação e reconhecimento da verdade seria, então, uma garantia processual. Daí a inversão da máxima hobbesiana "*auctoritas, non veritas facit legem*",[190]pelo brocardo "*veritas non auctoritas facit judicium",*[191] tal qual formulado por Luigi Ferrajoli (2010, p. 41), a respeito da qual Taruffo assevera:

> Finalmente, no faltan explícitas teorizaciones de la verdad judicial de los

[190] Essa máxima, que pode ser traduzida por "é a autoridade e não a verdade o que faz a lei" estaria relacionada ao voluntarismo legislativo.

[191] Essa máxima, que pode ser traduzida por "é a verdade e não a autoridade o que faz a jurisdição", estaria relacionada ao cognitivismo jurisdicional.

> hechos como garantía o como base para la implementación de las garantías referidas al proceso y a la legalidad. No por casualidad, se ha dicho que *veritas, non auctoritas, facit judicium* para precisar que una justicia no arbitraria debe basarse en alguna medida en la verdad, esto es, en juicios sujetos a verificación empírica; está claro, en cambio, que una justicia «sin verdad» equivale a un sistema de arbitrariedad en el que no existen garantías sustanciales ni procesales. (Taruffo, 2011, p. 69).

Do ponto de vista prático, dirão os processualistas que essa verdade por correspondência é realizável, a despeito da regulação jurídica de sua obtenção (as regras procedimentais de obtenção da prova e da verdade). Para Taruffo, as regras processuais não impedem que a verdade seja estabelecida de forma controlada segundo critérios lógicos e epistemológicos, que variam de acordo com os sistemas jurídicos. Em todo caso, a verdade judicial, obtida segundo o regime de verdade específico, com todas as regras e garantias inerentes, não se torna uma verdade relativa pela limitação cognitiva empregada no processo para se alcançar uma verdade absoluta. Isto porque, diante da própria limitação dos meios cognitivos disponíveis fora dos autos do processo, uma verdade absoluta seria igualmente inalcançável. Toda verdade, sob essa perspectiva, é relativa, como afirma o autor:

> Existen, en cambio, sólo verdades relativas, dentro y fuera del proceso, porque cualquier situación cognoscitiva está de algún modo caracterizada por los límites que afectan a los medios que pueden ser empleados para establecer la verdad. Esto no significa que esas verdades sean iguales e intercambiables: son, en cambio, distintas por varias razones, especialmente por el hecho de que en las distintas situaciones varían los límites relativos a los medios cognoscitivos disponibles. Esas variaciones pueden producirse, como ya se ha mencionado, también dentro del proceso en función de las diferencias entre modelos procesales distintos y pueden surgir en la relación entre un sistema procesal (o todos los sistemas procesales) y situaciones cognoscitivas extrañas al proceso. Debe quedar claro, no obstante, que se trata de variaciones de grado sobre la mayor o menor disponibilidad de medios de conocimiento), no de diferencias cualitativas y absolutas. (Taruffo, 2011, p. 74-75).

Soma-se a isso o fato de que a verdade se define em função do contexto em que se situa e não seria diferente em relação ao processo judicial. É preciso considerar, portanto, os marcos de referência (conceitos, noções, regras), os meios cognitivos disponíveis, a linguagem, o vocabulário cultural que se adota para formular os problemas e definir as soluções. Em síntese e sob a ótica da categoria epistemológica que conduz este trabalho: deve ser considerado o regime de verdade específico aplicável à demanda.

Além disso, da mesma forma que existem vários contextos, também existe, dentro do mesmo processo, várias versões. Sobre essa diversidade, Taruffo destaca que:

> existen distintos modelos de proceso que se distinguen, entre otras cosas, precisamente por estar caracterizados por estructuras normativas distintas acerca de las modalidades de determinación de los hecho: en consecuencia, se producen distintas verdades (versiones distintas) de los hechos, en función de las respectivas diferencias estructurales; existen además «vocabularios» culturales diversos en la medida en que (como cualquier comparatista sabe) varían el lenguaje, los conceptos, las implicaciones ideológicas vinculadas a los distintos modelos de proceso en las diversas épocas históricas. (Taruffo, 2011, p. 76).

É no regime de verdade do processo judicial específico que encontraremos as regras, condições e parâmetros para a obtenção da verdade. Verdade que, entre os processualistas, seria uma verdade por correspondência (aproximativa). Para tanto, deve-se conhecer os marcos de referência estabelecidos na legislação e no vocabulário conceitual da dogmática jurídica, a qual, como saber tecnológico e prático, vai fornecer aos operadores do direito os meios de obtenção da verdade judicial que os juristas[192] chamariam de "aceitáveis" por estar em consonância com critérios racionais e controláveis.

4.4.2 A prova na obtenção da verdade judicial

Fixada a noção de verdade judicial, no âmbito da dogmática jurídico-processual, é preciso demarcar a função da prova no processo judicial, dada sua relação intrínseca com a produção da verdade judicial.

Como acentuou Michele Taruffo (2011), a ideia de que a função da prova consiste em estabelecer a verdade dos fatos é comum em todas as culturas jurídicas, ou seja, as concepções sobre prova judicial[193] estão relacionadas ao problema de saber se determinados fatos ocorreram ou não, servindo a prova exatamente como meio para esclarecer a verdade dos fatos relevantes para a decisão judicial.

A prova judicial, nesse sentido, teria um caráter ético, como assinala Ferraz Jr (2015, p. 164), pois provar, juridicamente, significa aprovar, tanto no sentido ético de produzir confiança quanto no sentido técnico de garantir a verdade factual, a verdade, a justiça etc.

Se a verdade como correspondência deve ser buscada, surge para o juiz um problema a ser resolvido: determinar qual versão estará no "verdadeiro". A interpretação sobre as normas

---

[192] Como o próprio Taruffo (2011, p. 79-80).

[193] Utilizada aqui como sinônimo de prova jurídica, aquela que é produzida no curso das ações judiciais ou mesmo fora dos autos, porém é introduzida posteriormente ao processo, servindo como um elemento de convicção do julgador.

jurídicas seria uma verdade jurídica que Ferrajoli (2010. p. 54) chama de "verdade classificatória", pois se refere à classificação ou qualificação dos fatos históricos comprovados conforme as categorias subministradas pelo léxico jurídico e elaboradas mediante a interpretação da linguagem legal.

Então, para obter essa verdade jurídica é preciso que um passo anterior seja dado (estabelecer a verdade factual). Fixado o pressuposto fático, a elaboração da verdade jurídica é uma tarefa eminentemente hermenêutica, feita a partir de raciocínio lógico do julgador ou do intérprete com base na norma e nos conceitos dogmáticos.

Por outro lado, o processo cognitivo de busca da verdade factual exige a intermediação dos elementos de provas:

> Esto es, se produce la remisión inmediata e inevitable, que ya se ha mencionado, a la dimensión extraprocesal y extrajurídica del problema de la verdad. En otros términos: el jurista ya no consigue establecer qué es la verdad de los hechos en el proceso, y para qué sirven las pruebas, sin afrontar elecciones filosóficas y epistemológicas de orden más general. La expresión «verdad material», y las otras expresiones sinónimas, resultan etiquetas sin significado si no se vinculan al problema general de la verdad. Desde este punto de vista, el problema de la verdad de los hechos en el proceso no es más que una variante específica de ese problema más general. (Taruffo, 2011, p. 25).

Outro problema apontado por Taruffo, se refere à compreensão da dogmática processual a respeito dessa relação verdade-prova:

> Una forma muy difundida para resolver (o, mejor, para disolver) la cuestión consiste simplemente en afirmar que el proceso en cuanto tal no tiene nada que ver con la búsqueda y la determinación de la verdad de los hechos. Esta afirmación es típica de las teorías que sostienen que el proceso sirve para resolver controversias y no para producir decisiones verdaderas, pero tiene también espacio fuera de esas teorías cuando se quiere evitar afrontar las dificultades de la relación entre verdad procesal y verdad *tout court.* Así, se dice, por ejemplo, que la única verdad que importa es la que es establecida por el juez en la sentencia, ya que fuera de ella no hay ninguna otra verdad que interese al Estado o a la administración de justicia o, mucho menos, a las partes. En resumen, el problema de la verdad de los hechos es eludido en la medida en que la verdad es, de una forma u otra, excluida del conjunto de los objetivos que se atribuyen al proceso en general y al proceso civil en particular. (Taruffo, 2011, p. 25-26).

Essas inquietações decorrem da incompreensão sobre a função da prova na busca da verdade dos fatos no processo judicial, que precisa ter consistência jurídica, o que implica a observância das regras e conceitos da dogmática jurídica. Ocorre que a verdade judicial, mais

especificamente na sua dimensão factual, é um tipo de verdade histórica, uma vez que remonta a fatos passados não suscetíveis de experimentação direta pelo intérprete.

Esse aspecto aproxima a verdade judicial da verdade histórica, pois, segundo Ferrajoli (2010, p. 54-55), as proposições judiciais fáticas enfrentam mais ou menos os mesmos problemas da verificação e da verificabilidade de qualquer proposição histórica dos fatos passados, estando, por isso, dependente dos efeitos produzidos no presente, pelos sinais do passado, que descrevem sua ocorrência. No seu exemplo hipotético "Tício causou culpavelmente em Caio uma ferida que se curou em dois meses", explica que o juiz não pode experimentar diretamente a agressão sofrida por Tício, mas só pode captar os sinais de lesões, históricos clínicos, peças de convicção, informações e similares, que lhe permite reconstruir, no presente, a verdade factual.

Há, contudo uma diferença entre o trabalho do historiador e o trabalho de cognição da verdade feito pelo julgador, já que este experimenta as provas dos fatos:

> Diferentemente da investigação histórica, que costuma afetar fatos muito mais remotos e que, portanto, consiste predominantemente em encontrar fontes preexistentes (documentos, inscrições, utensílios, ruínas, narrações alheias e assim sucessivamente) e só raramente em criar novas fontes (entrevistas e relatos orais, provas químicas ou radiografias sobre fósseis ou manufaturas e similares), a investigação judicial não consiste somente na coleta de dados e peças de convicção, mas, sobretudo, em experimentar e produzir novas fontes de provas, como interrogatórios, testemunhos, acareações, reconhecimentos, perícias, inspeções judiciais. Todavia, o que o juiz experimenta não são os fatos delituosos objeto do juízo, mas suas provas. De modo não diverso do historiador, não pode, pois, examinar o fato que tem a tarefa de julgar e que escapa, em todo caso, à observação direta, mas somente suas provas, que são experiências de fatos presentes, mesmo se interpretáveis como sinais de fatos passados. (Ferrajoli, 2010, p. 55).

Essa separação entre "experimento" de um fato presente e provas de um fato passado feito pelo autor reforça o argumento da impossibilidade de uma verdade absoluta, pois, como verdade histórica, seria o resultado de uma ilação dos fatos comprovados do passado com os fatos probatórios do presente que, como toda inferência indutiva, teria o valor de uma hipótese de probabilidade na ordem causal entre o fato aceito como provado e o conjunto dos fatos adotados como probatórios.

Além disso, não se pode desconsiderar a subjetividade específica do conhecimento judicial que, como construção histórica, é necessariamente seletiva e comporta silenciamentos.

Qualquer narrativa histórica, como ensina Michel-Rolph Trouillot (2016), é um

conjunto específico de silêncios, o resultado de um processo singular e esses silêncios ingressam no processo de produção histórica em quatro momentos cruciais:

> no momento da criação do fato (na elaboração das fontes); no momento da composição do fato (na elaboração dos arquivos); no momento da recuperação do fato (na elaboração das narrativas); e no momento da significância retroativa (na elaboração da história em última instância). (Trouillot, 2016, p. 56).

Como na narrativa histórica, a verdade judicial, embora adote métodos distintos, sempre contém uma dose de silenciamentos e preconceitos no exame e na valoração crítica da prova e dos argumentos jurídicos para a decisão, ou de deformações, ainda que involuntárias, na medida em que a reconstrução judicial dos fatos passados equivale à interpretação do juiz, que é obtida:

> A partir de hipóteses de trabalho, que, ainda quando precisadas no curso da investigação, o levam a valorizar algumas provas e a descuidar-se de outras, e o impedem, às vezes, não apenas de compreender, mas inclusive de ver dados disponíveis em contraste com elas. Em todo juízo, em suma, sempre está presente uma certa dose de preconceito. (Ferrajoli, 2010, p. 59).

Isso não afasta o ônus argumentativo do julgador, pois, como salientado por Rafael de Deus Garcia, a questão da prova está muito além do mero alcance de uma verdade:

> A sentença não se fundamenta, tampouco pode, na ideia de verdade. O que de fato vale e deve valer é a convicção do julgador, na discricionariedade que o poder lhe concede de pôr fim a um processo cheio de incertezas e versões. Porém, isso deve estar às claras, de forma que o julgador não se coloque atrás do valor ou da verdade das provas. Afinal, a pessoa que julga é o valor e a verdade das provas. Pelo menos, é ela que vai dar sentido e seu nexo em relação à sentença, o fim do processo. (Garcia, 2015, p. 71).

Há, contudo, juristas que rechaçam a comparação entre verdade judicial e verdade histórica, como Khaled Jr (2013), segundo o qual, o historiador pesquisa um recorte específico problematizado por ele mesmo, ao passo que o juiz exerce e está limitado a uma dada situação sobre a qual deve sentenciar, a partir do contraditório entre as partes. Assim:

> Juízes julgam, decidem uma disputa, o que não pode ser dito dos historiadores. Ou seja, juízes exercem um poder. Nesse sentido, há uma diferença significativa entre os dois ofícios: ainda que exista proximidade devido ao referencial cognitivo que aponta para o passado, a sentença indica uma fronteira que separa nitidamente as implicações das duas profissões, que consiste no aspecto decisório da narrativa elaborada. (Khaled Jr, 2013, p.

317).

Soma-se à subjetividade do juiz[194] a subjetividade de muitas fontes de prova não impessoais que são produzidas ao longo do processo, como os interrogatórios, os testemunhos, os reconhecimentos, as acareações, as perícias e a formulação da *notitia criminis* nos boletins de ocorrência, nas denúncias e nas queixas (Ferrajoli, 2010, p. 59).

Apesar das controvérsias que podem surgir ao longo do processo, cujo conjunto probatório pode conter versões controvertidas e mais de uma hipótese explicativa, como ocorre em qualquer investigação histórica, a busca da verdade judicial tem limite temporal: o momento da decisão do julgador, que, como dito anteriormente, define a verdade sob o manto da autoridade. Esta decisão, na perspectiva de Ferrajoli (2010), deve ser compatível com o maior número de provas e conhecimento adquiridos nos autos do processo.

É claro que a decisão judicial sobre a imputação feita ao réu, partindo do mesmo conjunto de provas disponíveis, pode ter resultados diferentes segundo o tipo de demanda e as regras processuais aplicáveis. Assim é que, no Brasil, por exemplo: em uma ação penal, em que vige o princípio do *in dubio pro reo*, a dúvida deve sempre favorecer o acusado; b) numa ação trabalhista ou consumerista, geralmente inverte-se o ônus da prova em determinadas circunstâncias, em favor do operário ou do consumidor, que geralmente são partes mais vulneráveis na relação processual; c) numa ação cível em que se discuta direitos disponíveis, o silêncio do réu pode atrair os efeitos da revelia, com presunção de verdade sobre os fatos alegados pelo autor da demanda.

Por isso é importante analisar as especificidades de cada subsistema processual para melhor compreender do funcionamento do respectivo processo cognitivo de busca da verdade judicial.

4.4.3 Marcos referenciais do regime de verdade judicial

O estabelecimento da verdade judicial não segue o mesmo regime de verdade para todo tipo de ação judicial, ou seja, dentro de cada subsistema processual[195]existe um conjunto de regras legais e classificações dogmáticas que são utilizadas não apenas para a interpretação do fato e do direito invocado pelas partes, mas também em relação ao rito procedimental que

[194] Ferrajoli (2010) lembra que essa subjetividade também está presente no historiador, que emprega pontos de vistas parciais, emocionais ou até interessados.
[195] Direito Processual Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual do Trabalho, etc.

deve ser observado na condução da ação judicial e na produção da prova.

Além dos aspectos processuais, compõe o regime de verdade os enunciados normativos relacionados ao direito subjetivo invocado em juízo. Alguns desses aspectos, por razões didáticas, estão no último capítulo, onde serão abordadas as noções gerais relacionadas aos casos de crimes de racismo e injúria racial e a responsabilidade civil e trabalhista por ofensas de cunho racial. Tais aspectos serão considerados para análise da amostra da pesquisa exploratória que tem como objeto casos de crimes de injúria racial (justiça criminal), ações de indenização de danos morais por ofensa racial (Justiça Cível) e reclamatórias trabalhistas de assédio moral por ofensa racial (Justiça Trabalho).

Não se pretende com esse trabalho traçar todas as especificidades dos regimes de verdade judicial, pois o problema dessa pesquisa parte de uma visão estrutural acerca de um "modo de ser" do sistema de justiça brasileiro no julgamento que envolve pessoas negras. E para compreendê-los, apresento as premissas dogmáticas do processo em geral, que, em alguma medida, são comuns aos tipos de processo e estão relacionadas à promessa de "segurança com a mais perfeita justiça", que é a função social assumida pelo paradigma dogmático.

O primeiro desses marcos é a **jurisdicionaridade**. Do ponto de vista processual, a matriz do Estado Moderno entende a jurisdição a partir da evolução das formas de solução de conflito. Nessa linha de raciocínio, os civilistas (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2015, p. 45-46; Theodoro Jr, 2022) falam da passagem da fase da autotutela e da autocomposição para a fase jurisdição, enquanto os penalistas (Bitencourt, 2022; Zaffaroni *et al*, 2003) costumam destacar as fases da vingança (divina, privada e pública).

Quer-se dizer com essas periodizações que o Estado Moderno monopolizou o poder de resolver os conflitos sociais por meio da atividade jurisdicional, retirando das pessoas o protagonismo para resolver suas contendas. Essa é a ideia presente na dogmática processual em geral, expressa nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, cuja obra tem servido de base para a teoria geral do processo brasileiro:

> Com ela completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública, o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes imperativamente sua solução para os conflitos de interesses. A atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome da jurisdição. (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2015, p. 45-46).

O sistema processual realizaria a função "pacificadora" assumida pelo Estado, que ditaria as normas a respeito (direito processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através deles o seu poder. (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2015, p. 45-46).

Isto não significa que os indivíduos não disponham de meios alternativos de solução das controvérsias. A propósito, o sistema processual brasileiro vem sofrendo alterações nas últimas décadas para acomodar várias formas de autocomposição.

No Direito Processual Civil, por exemplo, a autocomposição é estimulada, tanto nos procedimentos dos juizados especiais cíveis[196] quanto nos procedimentos ordinários[197] e nas ações coletivas,[198]bem como nos casos de arbitragem.[199]No Direito do Trabalho, a busca por uma conciliação sempre foi a orientação dessa justiça especializada, devendo o juiz do trabalho incentivar a realização dos acordos entre as partes.[200]Até mesmo no âmbito do Direito Penal, tradicionalmente mais restritivo (no sentido de evitar a punição sem comprovação da culpa), foram criados vários instrumentos priorizando os acordos processuais em detrimento da instrução criminal e formação da culpa em determinadas situações.[201]

Com a tendência de uma justiça negocial,[202]o processo de cognição da verdade judicial sofreu profundas alterações, pois, na prática, a verdade fica em aberto, no limbo jurídico. No processo civil e trabalhista, que tratam geralmente de direitos disponíveis, quase sempre a atividade judicial é reduzida à homologação dos acordos, privilegiando a liberdade e a autonomia das partes. No processo penal, por sua vez, o Estado-juiz não tem o compromisso de validar a versão dos fatos trazidos nos termos circunstanciados de ocorrência, na denúncia ou na queixa criminal, reservando-se ao controle de legalidade da negociação realizada entre o acusado e a vítima ou entre aquele com o Ministério Público, conforme o caso, para então fazer a homologação, o que, na prática, impõe a antecipação dos efeitos de uma reparação cível e/ou uma pena criminal, conforme o caso, sem a definição da verdade dos fatos e da

---

[196]Previsão dos institutos da conciliação e juízo arbitral previstos na Lei nº 9.099, de 1995.

[197] No Código de Processo Civil há vários dispositivos que estimulam a autocomposição, como o art. 139, inciso V e artigo 165 a 175

[198] A exemplo do Termo de Ajustamento de Conduta, previsto na Lei de Ação Civil Púbica (Lei nº 7.347, de 24 de junho de 1985)

[199] A Lei nº 9.307,, de 23 de setembro de 1996 estabelece procedimentos para arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

[200] A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943) prevê vários dispositivos que estimulam a conciliação extrajudicial e judicial.

[201] Cita-se: institutos da composição cível, transação penal e suspensão condicional do processo na Lei nº 9.099, de 1995; instituto da delação premiada previstas na Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998 (crimes de lavagem de dinheiro); instituto da delação premiada previstas na Lei 11.343, de 23 de Agosto de 2006 (Lei de tóxicos); instituto da colaboração criminosa previstas na lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013; Acordo de não persecução penal, previstos no Código de Processo Penal

[202] Me refiro às formas de autocomposição de conflitos

culpa.

Ressalvadas essas exceções e outras de caráter político,[203]o processo de cognição da verdade judicial deve se orientar pelo princípio da jurisdicionaridade, que estabelece a submissão do conflito ao Poder Judiciário,[204]o qual, por meio dos juízes, tem autoridade para a definição do predicado do "verdadeiro" com força de lei e com caráter de definitividade, conforme visto anteriormente.

A submissão dos conflitos à jurisdição constitui, no sistema jurídico, uma garantia processual, que vem acompanhada de outras premissas. Entre elas, a exigência do juiz natural, que constitui garantia para que o cidadão seja julgado por um juiz regularmente investido na função jurisdicional com competência previamente estabelecida na legislação processual.[205]As regras de definição da competência estão previstas na Constituição Federal de 1988 e na legislação processual, o que permite saber, de antemão, o critério de escolha do julgador da causa, sem correr riscos de designações subjetivistas, casuísticas ou de tribunal de exceção.[206]

Outro imperativo da jurisdição é a imparcialidade do julgador que é um pressuposto para a validade do processo judicial. Com base neste princípio as partes podem exigir que sua causa seja conduzida por um juiz imparcial, sem interesses pessoais no resultado da decisão. Como visto anteriormente, sempre haverá uma carga de subjetividade na interpretação dos fatos, sendo ilusório imaginar um juiz totalmente neutro. Porém, a legislação estabelece alguns critérios para afastar o julgador em situações de comprovado comprometimento da imparcialidade, ou seja, se caracterizado interesse na causa ou motivos suficientes para prejudicar ou favorecer alguma das partes.[207]

Outra característica da jurisdição, importante para a compreensão do regime de verdade é o princípio do dispositivo.[208] Como a Jurisdição é inerte, pois o Estado-juiz vai atuar apenas mediante provocação da parte interessada, cabe à parte a iniciativa para ingressar com a ação judicial. Essa característica está também relacionada à imparcialidade do julgador, como destaca Ada Pellegrini:

---

[203] A exemplo dos crimes de responsabilidade previstos na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950 e a competência do Senado para julgá-lo (artigo 52, I e II da Constituição Federal de 1988)

[204] Constituição Federal de 1988: Art. 5º, Inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[205] Constituição Federal de 1988: Art. 5º, Inciso LIII - "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;"

[206] Constituição Federal de 1988: Art. 5º, Inciso XXXVII - "não haverá juízo ou tribunal de exceção;"

[207] Cita-se os casos de impedimento (Art. 144, do Código de Processo Civil) e suspeição (Art. 145 do Código de Processo Civil); suspeição (Art. 95, inciso I e 252 do Código de Processo Penal) e impedimento (Art. 252, do Código de Processo Penal).

[208] Alguns denominam de princípio da ação ou da demanda.

> Tanto no processo penal como no civil a experiência mostra que o juiz que instaurasse o processo por iniciativa própria acabaria ligado psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela. Trata-se do denominado processo inquisitivo, que se mostrou sumamente inconveniente, pela constante ausência de imparcialidade do juiz. E, assim, a ideia de que *tout juge est procureur général* acabou por desacreditar-se, dando margem hoje ao processo de ação, que no processo penal corresponde ao processo acusatório. No processo inquisitivo, onde as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em um único órgão, é o juiz que inicia de ofício o processo, que recolhe as provas e que, a final, profere a decisão. (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2015, p. 82).

Como visto, essa noção de dispositivo vinculada à inércia da jurisdição não se refere apenas à propositura da ação judicial, mas sim à própria movimentação processual até a decisão final. Ressalvadas as previsões legais de impulso oficial e as exceções legais, embora o juiz seja a autoridade competente para decidir sobre a versão que estará no "verdadeiro" no processo judicial, caberá às partes, em regra, a iniciativa probatória.[209]

Em relação ao processo penal, entretanto, é necessário fazer algumas distinções, pois há um procedimento bifásico cuja operacionalidade influencia diretamente na produção da verdade. Para a maioria dos processualistas a persecução do crime[210]compreende a chamada fase preparatória, pré-processual ou fase de investigações preliminares,[211]conduzida principalmente pela polícia judiciária (Polícia Cívil, estadual e federal), responsável pela condução do inquérito policial,[212]e a fase processual, que consiste na ação penal, conduzida pelo juiz de direito, quando a imputação criminal é realizada.

Entende-se que a fase de investigação preliminar tem natureza administrativa[213]porque é realizada antes do início da ação penal, quando, então, a jurisdição é provocada por meio de uma denúncia (nas infrações de ação penal pública) ou queixa (nas infrações de ação penal privada). Essa sistemática foi esclarecida na própria exposição de motivos do Código de Processo Penal vigente: "As atribuições da Polícia Judiciária estão relacionadas no artigo 107

---

[209] Sabe-se que há dissensos na dogmática sobre a iniciativa probatória do juiz, que remete à discussão sobre os sistemas processuais (inquisitório ou acusatório) e o juiz de garantias. Deixa-se de aprofundar esse aspecto para não fugir do escopo da pesquisa. Sobre esse dissenso, veja-se, por exemplo: (Badaró, 2003; Khaled Jr, 2013; Lopes Jr, 2006; 2022).

[210] Cita-se, por exemplo: Nucci, 2023; Pacelli, 2018; Rangel, 2021:

[211] Por investigação preliminar, na acepção de Aury Lopes Junior, entende-se "o conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal; que pretende averiguar autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo)" (Lopes Jr, 2006, p. 40).

[212] nos termos do artigo 144, da Constituição Federal e do artigo 4º do Código de Processo Penal

[213] No Brasil, ao menos no plano formal, não se adota o modelo de investigação preliminar judicial, em que um juiz instrutor cumpriria a função de impulsionar as investigações preliminares.

do Projeto: cabe-lhe colher as provas na primeira fase da *persecutio criminis*, nos autos do denominado inquérito policial, destinado, eventualmente, a servir de base à acusação."[214],

Para Pacelli (2018, p. 58), "exatamente por isso se fala em fase pré-processual, tratando-se de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento do caso penal, destinado, pois, à formação do convencimento (*opinio delicti*) do responsável pela acusação." O juiz, nessa fase, só intervirá para tutelar os direitos e garantias individuais eventualmente violados pelos agentes na fase pré-processual e o faz mediante provocação do interessado. Seria uma espécie de juiz de garantias ou garantidor.

Embora o inquérito policial não seja indispensável à propositura da ação penal,[215]considerando que o titular da acusação (Ministério Público[216] ou a vítima[217]) poderá formar seu convencimento e obter evidências da materialidade e indícios de autoria por outros meios, este ainda é o principal instrumento de investigação preliminar no sistema processual brasileiro.

No processo em geral, fundado no pressuposto de um juiz equidistante e imparcial, sem iniciativa probatória, o entendimento corrente na dogmática é que cabe às partes a introdução da prova nos autos do processo, anexando aos autos judiciais as provas pré-existentes ou requerendo a produção de nova prova ao juiz. Do contrário, salvo nas exceções previstas na lei, não poderia o juiz substituir-se à parte, assumindo o protagonismo da produção da prova. Quando há situações controvertidas (se amplia ou não a atividade probatória do juiz?), esse entendimento acaba caindo na infundada separação entre verdade real e verdade material:

---

[214] BRASIL, Câmara dos Deputados, Código de Processo Penal. Exposição de Motivos Nº 212, de 9 de Maio de 1983. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html. Acesso em: 09.09.2023.

[215] Sobre a não obrigatoriedade do inquérito policial, confira em Pacelli, 2018, p. 58; Rangel, 2018, p. 74;

[216] Apesar da primazia do inquérito policial, é importante registrar a possibilidade de investigações promovidas pelo Ministério Público, por meio do denominado Procedimento Investigatório Preliminar - PIC, cujos poderes investigatórios já foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF, RE 593.727, Rel. Min Cezar Peluzo, julg. 14.05.2015). Cita-se ainda investigações por órgãos legislativos, por meio de comissões parlamentares de inquérito – CPIs; outros instrumentos de investigações internas de órgãos administrativos e de controle, que podem fornecer elementos para o oferecimento da ação penal, tais como os procedimentos ficais, de onde se originam representação fiscal para fins penais, dentre outros.

[217] Em relação à investigação particular, não podemos deixar de registrar a Lei 13.432, de 2017, que regulamentou a profissão de detetive particular, o qual, embora esteja habilitado para realização de investigação de natureza não criminal, pode colaborar com investigação policial em curso (Art. 4º). Sobre a possibilidade de investigação defensiva, Pacelli (2018, p. 58) entende que, sempre esteve à disposição dos réus e também das vítimas (ainda que à margem de previsão expressa), de modo que a lei dos detetives particulares não introduziu nenhuma novidade. Nucci (2017, p. 220), anota ainda a produção de prova pré-processuais nos crimes de ação penal privada, já que o advogado, com seus contatos e investigação particular, produziria a prova pré-constituída para a formulação da queixa.

> No processo penal sempre predominou o sistema da livre investigação de provas. Mesmo quando no processo civil se confiava exclusivamente no interesse das partes para o descobrimento da verdade, tal critério não poderia ser seguido nos casos em que o interesse público limitasse ou excluísse a autonomia privada — porque, enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a chamada verdade formal (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou verdade material) como fundamento da sentença. A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiem em atos ou omissões das partes. (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2015, p. 89).

Assim, sem levar em consideração indagações sobre o modelo ideal de sistema processual, fato é que a verdade judicial, sobretudo no âmbito do processo penal, tem fortes tradições inquisitórias.

Diante das várias exceções presentes na própria legislação processual autorizando iniciativa probatória do juiz nos processos em geral, o pensamento dogmático tende a invocar o princípio da livre apreciação das provas como solução técnica no interior do sistema jurídico.

O segundo marco referencial relevante se refere à **veracidade e aceitabilidade do juízo sobre os fatos**. Das reflexões que fiz anteriormente sobre a verdade judicial restou evidenciada a vinculação entre legitimidade (ou justificação) e a verdade, seja ela factual ou jurídica. Todas as formulações teóricas das concepções de verdade no direito processual civil (como demonstrado a partir dos ensinamentos de Taruffo) e no Direito Penal (com as contribuições de Ferrajoli) refletem o pensamento da dogmática processual acerca da necessidade de motivação das decisões, como pressuposto para sua legitimidade.

Tal vinculação é influenciada pela matriz do Estado Moderno, relacionado ao princípio da separação dos poderes e da independência do Poder Judiciário. Por isso Ferrajoli afirma:

> Uma atividade cognitiva, ainda que inclua inevitavelmente opções, convenções e momentos decisórios, não pode, por princípio, submeter-se a imperativos que não aqueles inerentes à procura da verdade. E qualquer condicionamento de poder externo, ainda que ética ou politicamente confiável, não só não contribui para o alcance da verdade como, ao contrário, desvia-se de tal fim. O princípio da autoridade, mesmo se a autoridade for "democrática" e exprimir a maioria ou até mesmo a unanimidade dos cidadãos, não pode jamais ser um critério de verdade. (Ferrajoli, 2010, p. 501).

Essa motivação (ou justificação) pode ser entendida do ponto de vista das características gerais do regime de verdade judicial sob o prisma do livre convencimento

motivado e da livre apreciação das provas, os quais, somados aos outros marcos referenciais, estabelecem as condições de aceitabilidade da decisão.

Pelo princípio do livre convencimento motivado, também chamado na dogmática jurídica de persuasão racional, exige-se do julgador[218] motivar suas decisões, indicando as razões de fato e de direito que levaram à formação da sua convicção sobre a causa. Ainda que o juiz tenha suas motivações pessoais ou esteja imerso numa visão de mundo que o leve a preconceitos acerca das partes ou dos interesses em litígio,[219]suas conclusões deverão ser tomadas por meio de um raciocínio lógico-dedutivo sobre os fatos apurados ao longo da instrução do processo (para definir qual a versão dos fatos estará no "verdadeiro") e a interpretação dos enunciados normativos aplicáveis (para definir a verdade jurídica).

Não está o juiz, portanto, vinculado à versão do autor ou do réu, tampouco obrigado a utilizar um critério taxativo[220] para atribuir valor probatório sobre os fatos. Daí a sua liberdade para, motivadamente, decidir a causa fixando a verdade judicial. Essa liberdade, na perspectiva da atividade probatória, pode ser entendida também como princípio da livre apreciação das provas.

A respeito da adoção desse princípio na ordem jurídica brasileira, afirma Ada Pellegrini:

> Conclui-se pois que o processo civil, hoje, não é mais eminentemente dispositivo, como era outrora; e o processo penal, por sua vez, transformando-se de inquisitivo em acusatório, não deixou completamente à margem uma parcela de dispositividade das provas. Impera, portanto, tanto no campo processual penal como no campo processual civil, o princípio da livre investigação das provas, embora com doses maiores de dispositividade no processo civil. (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2015, p. 90).

Ao motivar suas decisões o julgador, além de materializar uma garantia da parte interessada, possibilitando refutá-las na via recursal, está atendendo a uma exigência constitucional de fundamento das decisões,[221]cumprindo uma função política de dar satisfação para a sociedade acerca do exercício da função jurisdicional, além de fornecer instrumentos

---

[218] Ressalvado os jurados nos procedimentos do Júri, onde não se exige a motivação.
[219] Hipóteses que não estão descartadas, conforme abordado anteriormente.
[220] Como ocorria no sistema de prova legal ou de prova tarifada: "O princípio da prova legal também predominou largamente na Europa, no direito romano-canônico e no comum, com a determinação de regras aritméticas e de uma complicada doutrina envolvida em um sistema de presunções, na tentativa da lógica escolástica de resolver tudo a priori" (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2015, p. 89).
[221] Art. 93, inciso IV, da Constituição Federal de 1988: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;"

para se avaliar, no caso concreto, a imparcialidade do juízo.

Outra característica desse regime de verdade se refere à verificabilidade dos fatos, ou seja, a atividade probatória. Superada a questão sobre a iniciativa do julgador para a produção de provas, resta entender o procedimento legal para a busca da verdade dos fatos. O procedimento judicial é, na realidade, um procedimento de investigação sob a presidência da autoridade judicial. A parte autora imputa ao réu um fato (uma conduta) e pretende persuadir o juiz sobre a veracidade da imputação, assumindo o ônus probatório das suas alegações. O réu, por sua vez, pode concordar parcialmente ou integralmente, bem como negar o fato que lhe é imputado, assumindo igualmente o ônus de provar sua versão.[222] Caberá ao juiz, no presente, reconstruir os fatos passados por meio do procedimento judicial, para dizer se a proposição fática é "verdadeira" ou "falsa".

As provas dos fatos não podem ser livremente produzidas pelas partes, mas sim de acordo com as regras de aceitabilidade e de distribuição do ônus probatório. Na ordem jurídica brasileira, podem ser admitidas no processo todos os tipos de prova, desde que não obtidas por meio ilícitos (princípio da vedação da prova ilícita).[223]Essa regra constitucional possibilita às partes levar a juízo um amplo conjunto de elementos cognitivos para a elucidação dos fatos, cabendo ao juiz verificar a sua licitude e consequente aceitabilidade.[224] Apesar da amplitude dos meios de prova no texto constitucional, cada sistema processual estabelece um rol de provas (documental, pericial, testemunhal, acareação, interrogatório, reconhecimento de pessoas e coisas, etc) e regras específicas para sua produção.

Em complemento à característica acima, o sistema jurídico assegura aos acusados em geral a ampla defesa,[225]que consiste na prerrogativa de poder influir na formação do convencimento do julgador acerca de suas alegações e produzir as provas que entender convenientes. Na dogmática processual, o princípio da ampla defesa é entendido sob duas dimensões. A dimensão da autodefesa se traduz na possibilidade do acusado ser interrogado e participar dos atos da instrução processual, ao passo que a defesa técnica consiste no direito de a parte ser defendida por um advogado (particular ou público).

Todavia, a ampla defesa não é entendida no aspecto estritamente formal, mas sim

---

[222] Em regra, o ônus da prova é de quem alega, mas há exceções legais, a depender do sistema processual analisado, como, por exemplo, no processo penal, em que o ônus de provar a materialidade e autoria delitiva é da acusação.

[223] Constituição Federal, Art. 5º inciso LVI - "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;"

[224] A admissibilidade de provas ilícitas comporta algumas exceções, como, por exemplo, no âmbito penal, é possível utilizar provas quando em benefício do réu.

[225] Constituição Federal, Art. 5º inciso LV - "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

substancial, ou seja, ela se realiza se houver condições reais de produção da prova e participação da parte na instrução processual, em igualdade de condições com a parte adversária.

Em uma ordem jurídica que busca uma verdade aproximativa, essas regras serão mais ou menos rígidas a depender do subsistema processual analisado, mas a decisão sobre os fatos, quando o rito processual permitir chegar a esta fase, estará sujeita aos procedimentos de controle para produção da prova de tal modo que permita sua contestação pelas partes interessadas.

No âmbito penal, há ainda o princípio da presunção de inocência[226] que constitui importante parâmetro de controle para a decidibilidade judicial. Por esse princípio, enquanto não estabelecida a verdade judicial em caráter definitivo (trânsito em julgado da sentença penal condenatória) presumir-se-á o estado de não culpabilidade ou inocência. Essa exigência, corrobora a concepção de uma verdade por correspondência (no sentido aproximativo analisado anteriormente).

A atribuição da responsabilização penal depende da demonstração da ocorrência dos fatos (prova da materialidade) e da participação do réu (prova da autoria) com um razoável grau de certeza, caso contrário, ainda que o juiz, no seu íntimo, acredite na culpa do réu, deverá absolvê-lo. Nesse aspecto a presunção de inocência, enquanto regra técnico-jurídica de julgamento, confunde-se com o princípio do *in dubio pro reo*:

> Trata-se, pois, de uma disciplina de acertamento penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença penal condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza. (Badaró, 2003, p. 285).

Ao lado da ampla defesa está o princípio do contraditório, expressão do caráter bilateral da relação processual, estando o juiz numa posição equidistante das partes. É direito das partes serem ouvidas sobre as alegações e provas produzidas durante o processo. Sob essa perspectiva a ampla defesa pressupõe o exercício do contraditório:

> O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra. Somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. (Cintra; Grinover;

[226]Constituição Federal, Art. 5º inciso LVII - "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"

Dinamarco, 2015, p. 79).

O contraditório tem implicações práticas, entre as quais: a parte deve ser citada sobre a ação (citação) e deve ser dado ciência à parte para se manifestar sobre os atos praticados pela parte contrária ou pelo juiz no decorrer do processo (intimação).

O terceiro marco referencial é a **igualdade**. O tratamento igualitário entre as partes figura como uma das funções sociais da dogmática. O processo justo pressupõe essa igualdade de tratamento, que se conforma em diversas dimensões, algumas analisadas acima.

Para que a isonomia processual aconteça, é preciso que o contraditório seja garantido (princípio do contraditório); que as partes tenham as mesmas oportunidades e condições de influir no julgamento da causa (paridade de armas), inclusive de ser assistida por advogados (defesa técnica); que todas tenham direito a produzir as provas das suas alegações, ainda que, para tanto, em situação de evidente desequilíbrio na relação jurídico-processual e previsão legal, o juiz inverta o ônus da prova para garantir a ampla defesa[227] ou o efetivo acesso à justiça.

O quarto marco referencial se refere à **legitimidade das partes e adequada representação.** A legislação estabelece regras específicas para que a parte seja incluída no polo da relação processual. Entretanto, os parâmetros da legitimidade estão geralmente fora das regras processuais, pois o processo é apenas o meio para a satisfação das pretensões de direito alegados pelas partes e que estão estabelecidas na legislação própria.[228]

No processo judicial esse aspecto precisa ser verificado para estabelecer a legitimidade das partes que formam a relação processual. O que é relevante para o estudo do regime de verdade é a condição socioeconômica e a vulnerabilidade técnica das partes, pois a igualdade de tratamento não poderá ser alcançada se houver desequilíbrio na relação jurídico-processual. É importante lembrar que, em grande parte das ações judiciais, especialmente as ações penais, o titular da ação é o Ministério Público, que dispõe de um corpo jurídico e uma estrutura especializada para a defesa da ordem jurídica, com competência privativa para a ação penal pública.[229]

O sistema jurídico brasileiro busca amenizar os desequilíbrios materiais das partes disponibilizando defesa técnica gratuita aos hipossuficientes, por meio da Defensoria Pública, que tem a competência para a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos

---

[227] Exemplos: inversão do ônus da prova em favor do consumidor, prevista no Código de Defesa do Consumidor; inversão do ônus da prova do CPC; *in dubio pro reo*, no Código Penal.
[228] Exemplo: Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito Penal.
[229] Art. 129, I, da Constituição Federal de 1988.

individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.[230]

O quinto marco referencial é a **recorribilidade, que está diretamente relacionado com o duplo grau de jurisdição.** A recorribilidade das decisões judiciais tem a finalidade de evitar ou corrigir eventuais falhas de julgamento. O ser humano é passível de cometer erros e não seria diferente na atividade jurisdicional. A definição da verdade judicial é, como visto, um processo de investigação aproximativo, sujeito não apenas a falhas de compreensão, mas também a uma certa dose de subjetividade.

Na matriz do Estado Moderno essa recorribilidade é concretizada pelo princípio do duplo grau de jurisdição, que assegura à parte inconformada o direito de que a decisão judicial (geralmente proferida por um juiz monocrático) seja reapreciada, mediante recursos específicos, por uma instância superior (geralmente por um órgão colegiado). O princípio está disposto de maneira expressa no Pacto de São José da Costa Rica[231] e implicitamente em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988 e na legislação processual, onde são estabelecidas as hipóteses recursais. Por esse instrumento e, em reforço ao contraditório e à ampla defesa, as partes poderão influir no julgamento, levando suas razões à instância superior. É, como ressalta Theodoro Jr (2022, p. 50), um meio de sanar o julgamento abusivo, forçando a necessária consideração do Judiciário sobre a contribuição da parte.

Por fim, o último marco referencial que reputo relevante neste estudo está relacionado à **segurança jurídica e ao devido processo legal.** A segurança jurídica é um dos primeiros fundamentos do Estado Democrático de Direito, como diriam os processualistas,[232]e integra a autoimagem da dogmática jurídica, segundo abordamos anteriormente, pretendendo-se que o sistema jurídico busque maior uniformização e previsibilidade (certeza) das decisões judiciais. Para alcançar esse objetivo, a dogmática jurídica estabelece uma série de parâmetros de controle legais e conceituais (classificações e princípios), para racionalizar a decidibilidade judicial e possibilitar decisões "calculáveis", "seguras" e "igualitárias".

O devido processo legal, por sua vez,[233]é decorrência lógica do Estado de Direito, irradiando todo o sistema de garantias:

> Ele é composto por intransponíveis *landmarks* além dos quais não podem passar o próprio legislador, o administrador e sequer o juiz, sob pena de

[230] Art. 134, da Constituição Federal de 1988.
[231] Art. 9º, §4º Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.
[232] Cita-se Humberto Theodoro Jr (2022, p. 68).
[233] Constituição Federal, Art. 5º inciso LIV - "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;"

> violação ao regime democrático constitucionalmente assegurado. Em sua perspectiva processual (*procedural due process*) é entendido como o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. São garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição. (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2015, p. 79).

Como traço marcante do regime de verdade da atualidade, a promessa de segurança jurídica está imbricada com as garantias e ritos procedimentais previstos no ordenamento jurídico (devido processo legal). Nessa perspectiva, ambos se realizam de diversas maneiras, entre as quais: a) pelo respeito das regras do jogo processual; b) pela garantia do contraditório e da ampla defesa às partes; c) pela adoção de critérios racionais e controláveis de interpretação judicial;[234]d) pela observâncias das regras de produção da provas, sendo inadmissíveis as provas ilícitas; d) pelo respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido;[235]d) pela estabilização das decisões, por meio do instituto da coisa julgada;[236]e pelo respeito à boa fé objetiva e dos costumes no julgamento das causas.[237]

---

[234] Recentemente houve várias alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4567, de 04 de Setembro de 1942) para reforçar a necessidade de observância da segurança jurídica nas decisões nas esferas administrativas, controladoras e judicial (Arts. 20 a 26).

[235] Consagrado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nos termos do Art. 6º:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo começo do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

[236] "A sentença não mais suscetível de reforma por meio de recursos transita em julgado, tornando-se imutável dentro do processo. Configura-se a coisa julgada formal, pela qual a sentença, como ato daquele processo, não poderá ser reexaminada. E sua imutabilidade como ato processual, provinda da preclusão de todos os recursos eventualmente admissíveis. (...) Em princípio a coisa julgada formal é pressuposto da coisa julgada material. Enquanto a primeira torna imutável dentro do processo o ato processual sentença, pondo-a com isso ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos, a coisa julgada material toma imutáveis os efeitos produzidos por ela e lançados fora do processo. E a imutabilidade da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes. Em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica." (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2015, p. 344).

[237] "Consiste, pois, o princípio da boa-fé objetiva em exigir do agente que pratique o ato jurídico sempre pautado em valores acatados pelos costumes, identificados com a ideia de lealdade e lisura. Com isso, confere-se segurança às relações jurídicas, permitindo-se aos respectivos sujeitos confiar nos seus efeitos programados e esperados" (Theodoro Jr, 2022, p. 68).

5. RACIALIDADE DO REGIME DE VERDADE JUDICIAL

Além dos enunciados normativos, estritamente dogmáticos, há peculiaridades extraprocessuais que configuram condições de possibilidade do dizer verdadeiro. São elementos como as condições fáticas da institucionalidade e de funcionamento dos órgãos e atuação dos agentes do sistema de justiça, aspectos econômico-sociais das pessoas envolvidas no processo, visões de mundo compartilhadas pelos julgadores, etc. Tais aspectos geralmente não são tratadas pela Dogmática jurídica, pois, como já mencionado, sua tradição formalista tende a conceber o Direito como um sistema fechado que deve ser operado sem considerações sociológicas, antropológicas, filosóficas, morais, etc e, com isso, acaba mascarando a violência do direito operada especialmente sobre os corpos negros.

Partindo do referencial teórico foucaultiano adotado nesta pesquisa, para entender como a branquidade se manifesta (e os efeitos do poder) é necessário ir além da dogmática e lançar luzes sobre o Direito e o sistema de justiça, analisando o poder em suas extremidades, em seus últimos lineamentos, onde ele se torna capilar (Foucault, 1998a, p. 32). Isso significa investigar também os arranjos institucionais, os pressupostos econômicos-sociais e as condições materiais que influem na definição da verdade, demandando um olhar crítico sobre o funcionamento da maquinaria judicial e das agências oficiais relacionadas à atividade jurisdicional (Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia, entre outros)

Esse olhar sobre o funcionamento do Sistema de Justiça e a atuação de seus agentes é imprescindível para entender a racialização do regime de verdade:

> Para que o sistema penal funcione de maneira racializada, é preciso que todas as agências que o compõem estejam contaminadas/comprometidas em alguma medida com a perpetuação da discriminação racial. Do legislador ao agente carcerário, a manutenção do modelo pressupõe a apropriação por parte dos agentes públicos dos estereótipos e imagens depreciativas e hierarquizantes do negro. (Pires, 2013, p.257).

Portanto, a compreensão de regime de verdade judicial adotada nesta investigação considera os enunciados normativos (legais e classificações dogmáticas) de cada subsistema de Direito, sem perder de vista aspectos extrajurídicos e as condições materiais existentes fora dos autos do processo, as quais estabelecem procedimentos de inclusão e de exclusão para que as partes participem do processo de cognição, produção e definição da verdade judicial.

Para tanto, este capítulo a apresenta a emergência da legislação antiescravista, as características do Poder Judicial no período oitocentista e o funcionamento da justiça no

julgamento dos corpos negros, abordando os dilemas em torno da prova da posse da liberdade vivenciados pelo "negro-autor" nas ações cíveis de liberdade e de escravidão, pelo “negro-vítima” nas ações de crimes de redução de pessoa livre à escravidão. O texto prossegue apresentado o Direito Penal de Exceção que era aplicado ao “negro-réu” nas ações penais de crime praticados pelos escravos.

Na sequência, o capítulo trata da persistência da racialização nas práticas judiciais do século XX, apresentando a emergência da legislação antirracista, com destaque para tipificação das ofensas raciais na Lei Afonso Arinos, a constitucionalização do racismo da Constituição de 1988 e a legislação penal superveniente que tipificou os crimes de racismo e injúria racial, expondo, ainda, o funcionamento das práticas judiciais relacionada a essa legislação, que leva à imunização dos ofensores.

5.1 A emergência da legislação antiescravista

Para falar sobre o corpo negro no funcionamento do Sistema de Justiça brasileiro é preciso levar em consideração a mudança do seu estatuto jurídico na ordem normativa estatal.

Abordei no capítulo anterior que, até o século XVIII, o negro era apenas um escravo e sua natureza jurídica se explicava pelo direito de propriedade, razão pela qual estava à livre disposição dos seus senhores, inclusive no que se refere à justiça privada, com pouca ou nenhuma ingerência estatal. Com o avanço da doutrina econômica liberal sobre as práticas mercantilistas e a consolidação do capitalismo inglês, as nações celebraram tratados de cooperação e amizade para a abertura de portos e para o incremento do mercado consumidor europeu.

Assim, no início do século XIX a defesa da liberdade ganhou novos contornos devido a vários fatores, notadamente pelas exigências do capitalismo global para o qual a mão de obra escrava já não era um bom negócio, o que levou o Reino inglês a pressionar Portugal para a extinção do tráfico negreiro. Por isso, desde 1810 Portugal e Reino inglês vinham estabelecendo acordos diplomáticos de comércio e para abolição gradual do tráfico de escravos nas colônias portuguesas.

Pelo Tratado de 22 de Janeiro de 1815,[238]por exemplo, Portugal firmou compromisso

[238] As disposições do tratado foram complementadas com a convenção adicional de 28 de julho de 1817, ratificado no Brasil pela Carta de 08 de novembro de 1817. (PORTUGAL, Tratado de 22 de Janeiro de 1815, Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/carlei/anterioresa1824/cartadelei-39430-8-novembro-1817-569614-publicacaooriginal-92834-pe.html. Acesso em: 26.12.2022.

com o Reino Unido para a abolição do tráfico de escravos em todos os lugares da costa da África ao norte do Equador, o que incluía o Brasil.[239]Apesar do interesse eminentemente comercial, os signatários não perderam tempo em proclamar oficialmente que o tratado tinha o fim benéfico, humanitário e de justiça, qual seja, libertar os escravos do mal do tráfico negreiro:

> Sua Alteza Real o Principe Regente de Portugal, Tendo no artigo decimo do Tratado de Alliança feito no Rio de Janeiro em 19 de Fevereiro de 1810, declarado a sua Real Resolução de cooperar com sua majestade Britannica **na causa da humanidade e justiça**, adoptando os meios mais efficazes para promover a abolição gradual do Tratado de Escravos: e Sua Alteza Real em virtude da dita sus Declaração desejando effectuar, de commum accordo com Sua Magestade Britannica e com as outras Potencias da Europa, que se **prestarem a contribuir para este fim benefico, a abolição immediata do referido Trafico em todos os logares da Costa da Africa sitos ao Norte do Equador**: Sua Alteza Real o Principe Regente de Portugal e Sua Magestade Britannica, **ambos igualmente animados do sincero desejo de accelerar a epoca, em que as vantagens de uma industria pacifica, e de um commercio innocente, possam vir a promover-se por toda essa grande extensão do Continente Africano, libertado este do mal do Trafico de Escravos,** Ajustaram fazer um Tratado para esse fim. (Portugal, 1815) (grifo nosso)[240]

As disposições do tratado foram complementadas pela Convenção adicional de 28 de julho de 1817, ratificada no Brasil pela Carta de 08 de novembro de 1817.[241]Meses após a convenção adicional, o Rei de Portugal editou o Alvará de 26 de janeiro de 1818, reprimindo

---

[239] ARTIGO I: Que desde a Ratificação deste Tratado, e logo depois da sua publicação, ficará sendo prohibido a todo e qualquer Vassallo da Corôa de Portugal o comprar escravos, ou traficar nelles, em qualquer parte da Costa da Africa ao Norte do Equador, debaixo de qualquer pretexto, ou por qualquer modo que seja; exceptuando com tudo aquelle ou aquelles navios que tiverem sahido dos Portos do Brazil, antes que a sobredita Ratificação haja sido publicada; comtanto que a viagem desse ou desses navios se não estenda a mais de seis mezes depois da mencionada publicação.
(...)
ARTIGO IV: As Duas Altas Partes Contratantes se reservam e obrigam a fixar por um Tratado separado o periodo em que o Commercio de Escravos haja de cessar universalmente, e de ser prohibido em todos os Dominios de Portugal: e Sua Alteza Real o Principe Regente de Portugal Renova aqui a sua anterior Declaração e Ajuste de que, no intervallo que decorrer até que a sobredita abolição geral e final se verifique, não será licito aos Vassallos Portuguezes o comprarem ou traficarem em Escravos em qualquer parte da Costa de Africa, que não seja ao Sul da Costa de Africa, que não seja ao Sul da Linha Equinocial, com rica especificado no segundo artigo deste Tratado; nem tão pouco o emprehenderem este trafico debaixo da Bandeira Portugueza para outro fim que não seja o de supprir de Escravos as Possessões Transatlanticas da Corôa de Portugal. (PORTUGAL, Carta de Lei de 8 de Junho de 1815, Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/carlei/anterioresa1824/cartadelei-39527-8-junho-1815-569874-publicacaooriginal-93060-pe.html. Acesso em: 26.12.2022).

[240] Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/carlei/anterioresa1824/cartadelei-39527-8-junho-1815-569874-publicacaooriginal-93060-pe.html. Acesso em: 08.04.2023.

[241] Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/carlei/anterioresa1824/cartadelei-39430-8-novembro-1817-569614-publicacaooriginal-92834-pe.html; Acesso em: 26.12.2022.

a conduta de comércio proibido de escravos com pena de perdimento dos escravos, impondo ainda, como efeito secundário, a imediata libertação dos escravos. Essa libertação, se houvesse, apenas destinava os "libertos" para o trabalho compulsório em obras e serviços públicos ou para prestação de serviços a particulares sob a tutela de um curador. Mais uma vez o objetivo declarado na lei era humanitário, pois não seria justo simplesmente abandonar os libertos à própria sorte, conforme se extrai do §5º da Alvará:

> § 5. º Os escravos consignados á minha Real Fazenda, pelo modo prescripto no sobredito 7º artigo do regulamento por Commissões Mixtas, e todos os mais libertos pela maneira acima decretada, **por não ser justo que fiquem abandonados**, serão entregues no Juizo da Ouvidoria da Comarca, e onde o não houver, naquelle que estiver encarregado da Conservatoria dos Indios, que hei por bem ampliar unindo-lhe esta jurisdicção, para ahi serem **destinados a servir como libertos por tempo de 14 annos, ou em algum serviço publico de mar, fortalezas, agricultura e de officios, como melhor convier**, sendo para isso alistados nas respectivas Estações; **ou alugados em praça a, particulares de estabelecimento e probidade conhecida., assignando estes termo de os alimentar, vestir, doutrinar, e ensinar-lhe o officio ou trabalho que se convencionar**, e pelo tempo que fôr estipulado, renovando-se os termos e condições as vezes que fôr necessario, até preencher o sobredito tempo de 14 annos, **este tempo porém poderá ser diminuído por dous ou mais annos, aquelles libertos que por seu prestimo e bons costumes, se fizerem dignos de gozar antes delle do pleno direito da sua liberdade**. E no caso de serem destinados a serviço publico na maneira sobredita, quem tiver autoridade na respectiva Estação nomeará uma pessoa capaz para assignar o sobredito termo, e para ficar responsavel pela educação e ensino dos mesmos libertos. **Terão um Curador, pessoa de conhecida probidade**, que será proposto todos os triennios pelo Juiz, e approvado pela, Mesa do Desembargo do Paço desta Côrte, ou pelo Governador e Capitão General da respectiva Província; e a seu officio pertencerá requerer tudo o que fôr a bem dos libertos, e fiscalisar os abusos, procurar que no tempo competente se lhe dê resalva do serviço, e promover geralmente em seu beneficio a observancia do que se acha prescripto pela lei a favor dos orphãos, no que lhes puder ser applicado, pwa o que será sempre ouvido em tudo o que acerca delles se ordenar pelo sobredito Juizo. (Portugal, 1817) (grifo nosso)[242]

A Constituição Escravista Imperial de 1824, por sua vez, adotou a estratégia de legitimar a escravidão sem nominá-la expressamente, negando a cidadania aos escravos africanos, embora contemplasse a possibilidade restrita de alcance da cidadania para ingênuos e libertos.

Muitos apontam que a aparente omissão constitucional sobre a escravidão coloca em evidência os limites do liberalismo brasileiro que, segundo Gabriela Barreto de Sá (2009), era

---

[242] PORTUGAL, Convenção adicional de 28 de julho de 1817, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/alv/1818/alv-26-1-1818.html#:~:text=N%C3%A3o%20se%20poder%C3%A3o%20fazer%20seguros,para%20o%20caso%20de%20sinistro. Acesso em: 08.04.2023

incongruente diante da presença da escravidão como base fundamental da economia e das relações sociais da sociedade ao lado do princípio básico liberal de proteção das garantias e direitos individuais. Por isso a autora afirma que:

> As ambiguidades do projeto nacional são refletidas nas legislações elaboradas após a independência. O primeiro dos textos elaborados, a Constituição de 1824 trouxe em seu bojo a opção inaugural do Brasil em manter tacitamente a escravidão ao proteger o direito de propriedade em toda sua plenitude sem qualquer previsão acerca da possibilidade de emancipação gradual da parcela escravizada da população. (Sá, 2019, p. 70).

Todavia, se bem entendido o sentido do liberalismo brasileiro no período oitocentista, ver-se-á que, na verdade, trata-se de um falso impasse, como há muito desmistificou Alfredo Bosi (1988). Era, quando muito, apenas um paradoxo verbal, que só seria real se atribuirmos ao termo "liberalismo" um conteúdo pleno e concreto, equivalente à ideologia burguesa do trabalho livre que se afirmou ao longo da revolução industrial européia. Ocorre que, esse liberalismo não existiu, enquanto ideologia dominante, no período que se seguiu à Independência do Brasil até os anos centrais do Segundo Reinado (Bosi, 1988, p. 5)

Na visão do autor, numa análise semântico-histórica, levando em consideração o contexto brasileiro do período oitocentista, o sentido de liberalismo que a classe proprietária apreendeu no solo brasileiro, comportava quatro significados, que podiam estar isolados ou combinados: 1) Liberal, para a nossa classe dominante até os meados do século XIX, pôde significar *conservador das liberdades*, conquistadas em 1808, *de produzir, vender e compra*r; 2) Liberal pôde, então, significar *conservador da liberdade* alcançada em 1822*, de representar-se politicamente*, ou, em outros termos, ter o direito de eleger e de ser eleito na categoria de cidadão qualificado; 3) Liberal pôde, então, significar *conservador da liberdade* (recebida como instituto colonial e relançada pela expansão agrícola) *de submeter o trabalhador escravo mediante coação jurídica*; 4) Liberal pôde, enfim, significar *capaz de adquirir novas terras em regime de livre concorrência*, alterando assim o estatuto fundiário da Colônia no espírito capitalista da Lei de Terras de 1850 (Bosi, 1988, p. 8).

Em nenhum destes significados aparece a defesa da humanidade do negro, do africano escravizado nas colônias e tampouco a defesa da cidadania de escravos e libertos ou a igualdade jurídica entre brancos e negros, de modo que a existência da escravidão, nos termos em que o liberalismo foi concebido no Brasil Colônia não era contraditório com o que se entendia por liberalismo, mesmo no período do "escravismo tardio" e muito menos no "tempo saquarema". Ao contrário, pois, "o nosso liberalismo esteve assim apenas à altura do nosso

contexto". Contexto no qual o liberalismo assumiu um caráter funcional que estava fora do seu tempo, como asseverado no texto de Bosi. Portanto, "nada haveria, a rigor, de excêntrico, deslocado ou postiço na linguagem daqueles políticos brasileiros que, usando o termo *liberalismo* em um sentido datado, *pro domo sua*, legitimaram o cativeiro por um tempo tão longo e só o restringiram sob pressão internacional." (Bosi, 1988, p. 10)[243]

O que se viu de todos os "dirigentes saquaremas", para ficar com a expressão de Ilmar Mattos, foi a cumplicidade, o cinismo e a hipocrisia em torno da escravidão. Havia, como pontificou Alfredo Bosi, uma filtragem ideológica, que, no sentido foucaultiano utilizado nesta tese, era um dispositivo de poder que cumpria uma função estratégica na sociedade escravista:

> Até meados do século, o discurso, ou o silêncio, de todos foi cúmplice do tráfico e da escravidão. O seu liberalismo, parcial e seletivo não era incongruente: operava a filtragem dos significados compatíveis com a liberdade intra-oligárquica e descartava as conotações inoportunas, isto é, as exigências abstratas do liberalismo europeu que não se coadunasse com as particularidades da nova nação. (Bosi, 1988, p. 21)

Foi nesse contexto que surgiu a legislação antiescravista, arrancada da elite política pela luta dos escravos e do movimento abolicionista, pelas pressões inglesas e devido a vários outros fatores econômicos e sociais que contribuiram para a derrocada da escravidão no periodo do "escravismo tardio". Isso não significa que essa legislação tenha sido levada a sério pela sociedade escravista ou que tenha alcançado a eficácia esperada num sistema de justiça pautado pelas ideias daquele tempo.

Com a Lei Feijó (Lei de 07 de novembro de 1831), Dom Pedro II estabeleceu que todos os escravos que entrarem no território ou portos brasileiros vindos de fora eram declarados livres,[244]devendo ser aplicado aos importadores de escravos a pena correspondente

---

[243] Na verdade, a presença da escravidão não era problema não apenas no Brasil: "Mas esse projeto não se concebeu nem aqui, nem em Cuba, nem nas Antilhas inglesas e francesas que viviam o mesmo regime de *plantation*, nem no reino do algodão do Velho Sul americano. Em todas essas regiões, políticos, defensores do liberalismo econômico velar pela manutenção do trabalho escravo."(Bosi, 1988, p. 10)

[244] Art. 1º Todos os escravos, que entrarem no territorio ou portos do Brazil, vindos de fóra, ficam livres. Exceptuam-se:
1º Os escravos matriculados no serviço de embarcações pertencentes a paiz, onde a escravidão é permittida, emquanto empregados no serviço das mesmas embarcações.
2º Os que fugirem do territorio, ou embarcação estrangeira, os quaes serão entregues aos senhores que os reclamarem, e reexportados para fóra do Brazil.
Para os casos da excepção nº 1º, na visita da entrada se lavrará termo do numero dos escravos, com as declarações necessarias para verificar a identidade dos mesmos, e fiscalisar-se na visita da sahida se a embarcação leva aquelles, com que entrou. Os escravos, que forem achados depois da sahida da embarcação, serão apprehendidos, e retidos até serem reexportados. (BRASIL. Lei de 07 de novembro de 1831, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-7-11-1831.htm. Acesso em: 26.12.2022)

ao crime de redução à escravidão de pessoas livres[245]que acabara de ser previsto no Código Criminal do Império de 1830.

Com base nessa legislação, portanto, tanto os residentes que possuíam o *status* de "livres" a partir de 1830 quanto aqueles que, a partir de 1831 ingressassem no país em decorrência do tráfico proibido de escravos, além da garantia legal da sua liberdade, teriam o respaldo da lei penal para a punição dos agressores (senhores de escravos, importadores de escravos, etc). E, quanto aos escravos apreendidos no tráfico ilegal, o Decreto de 12 de Abril de 1832,[246]que regulamentou a Lei Feijó, estabeleceu o procedimento que deveria ser observado para o processamento e julgamento do crime, bem como para a destinação dos "pretos" apreendidos ao depósito enquanto durasse o julgamento e a nomeação dos seus depositários.

Entretanto, apesar do crescimento do movimento abolicionista, das pressões comerciais inglesas, dos tratados entre os Reinos e da legislação imperial infraconstitucional, o sistema escravista estava em pleno funcionamento no Brasil e o tráfico ilegal de escravos vigorava intensamente. Na prática, a Constituição Escravista Imperial de 1824 respaldou a manutenção do *status quo* escravista, mesmo após a edição das legislações supramencionadas:

> Os diversos avanços e retrocessos nas negociações entre Rio de Janeiro e Londres parecem chegar ao final em 7 de novembro de 1831, quando a Assembléia Legislativa aprovou a lei de proibição do tráfico. A Grã-Bretanha continua buscando deter traficantes e não poupava esforços para impedir a pirataria. Entretanto, estimativas contabilizam a entrada de cerca de 470 mil africanos, via tráfico ilegal, no período de 1831 a 1845. (Araújo, 2018, p. 232).

A pujança do tráfico negreiro foi levantada pelo Ministério da Justiça na época, conforme aponta Gabriela Barreto de Sá:

> Em 1852, o Relatório do Ministério de Justiça informa que o governo continuava com perseverança e energia a empregar todos os meios ao seu alcance para a completa extinção do tráfico de africanos e apresenta o número

[245] Art. 2º Os importadores de escravos no Brazil incorrerão na pena corporal do artigo cento e setenta e nove do Codigo Criminal, imposta aos que reduzem á escravidão pessoas livres, e na multa de duzentos mil réis por cabeça de cada um dos escravos importados, além de pagarem as despezas da reexportação para qualquer parte da Africa; reexportação, que o Governo fará effectiva com a maior possivel brevidade, contrastando com as autoridades africanas para lhes darem um asylo. Os infractores responderão cada um por si, e por todos. (BRASIL. Lei de 07 de novembro de 1831, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-7-11-1831.htm. Acesso em: 26.12.2022)

[246] BRASIL, Decreto de 12 de Abril de 1832. Disponível em: https://www.camara.leg.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-15/Legimp-15_33.pdf#page=. Acesso em: 26.12.2022

> de africanos entrados no Brasil entre 1842 e 1851. Os dados são os mesmos apresentados na citação acima, no entanto chama a atenção o fato de que a maior quantidade de entradas está registrada para os períodos de 1846 e 1849 com uma média de 55.000 africanos a cada ano. É dizer, pouco antes da lei de 1850 houve significativo aumento nos números do comércio ilegal de seres humanos para a escravidão**.** (Sá, 2019, p. 128).

Com a persistência do tráfico negreiro e as pressões inglesas,[247]foi editada a Lei Eusébio de Queiroz (Lei nº 581, de 04 de Setembro de 1850),[248] que reforçou as medidas para a repressão do tráfico de "africanos", proibido internamente desde a Lei Feijó (de 1831), aumentando o rol de condutas proibidas, tais como a tentativa e a cumplicidade à importação dos escravos. Na prática, a lei tinha um objetivo conciliador de atender às pressões inglesas[249] e, ao mesmo tempo, favorecer os interesses econômicos dos senhores de escravos[250] ao garantir a manutenção dos escravos que ingressaram ilegalmente no país desde sua proibição em 1831 (até 1845) na condição de cativos.

Após a edição da Lei Eusébio de Queiroz e o reforço legislativo da Lei Nabuco de Araújo (Decreto nº 731 de 1854)[251] que ampliou a punição para os que acobertassem a prática, começam a ser estabelecidas medidas mais concretas para a abolição do tráfico negreiro. Segundo os historiadores, "entre 1850 a 1856, ano da última apreensão de que se tem registro, ainda entraram no país mais de 38 mil africanos, que correspondem a cerca de 5% das mais de 700 mil pessoas entradas ilegalmente no Brasil entre 1831 e 1849" (Araújo, 2018, p. 236).

A abolição do tráfico negreiro não representou mudança significativa na vida dos cativos, pois o Brasil manteve o sistema escravista por mais algumas décadas, de um lado com uma massa de negros já escravizados legalmente e, de outro, com o surgimento gradual de pessoas livres de cor que continuavam vivendo como cativos apesar da lei lhe assegurar a "posse" da sua liberdade em virtude de terem sido importados ilegalmente. No cotidiano das

---

[247]A *Bill Aberdeen*, que entrou em vigor em agosto de 1845, foi uma das estratégias adotadas pelo Reino Inglês. Sobre o assunto: "Furioso com a 'passividade brasileira, o secretário de Assuntos Estrangeiros, Lord Aberdeen, conseguiu então aprovar no Parlamento britânico o Bill Aberdeen, que concedia à marinha britânica poderes para aprisionar navios negreiros brasileiros em qualquer lugar do Atlântico, inclusive em águas nacionais, e de julgá-los como piratas nos tribunais ingleses." (Araújo, 2018. p. 233).

[248] BRASIL, Lei nº 581, de 04 de Setembro de 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM581.htm. Acesso em: 26.12.2022

[249]A Inglaterra voltou a pressionar o Brasil na década de 1840, quando se devida decidir sobre a renovação do tratado de comércio de 1827. Desta vez o governo inglês usou a força, mandando a sua Marinha apreender navios dentro das águas territoriais brasileiras. Em 1850, a Marinha inglesa invadiu portos brasileiros para afundar navios suspeitos de transportar escravos. Só então o governo brasileiro interrompeu o tráfico de maneira definitiva." (Carvalho, 2017, p. 51).

[250] Vide anais discurso do Ministro Eusébio de Queiroz (Brasil, 1852)

[251] BRASIL, Decreto nº 731 de 1854. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-731-5-junho-1854-558301-publicacaooriginal-79449-pl.html. Acesso em: 26.12.2022.

fazendas, da casa-grande, das senzalas, das ruas e praças vigorava uma ordem jurídico-social escravista que sucumbiu apenas no final daquele século não pelas razões humanitárias proclamadas oficialmente pelos governantes, mas sim pela resistência escrava e para se adaptar às exigências do capitalismo europeu, além de outros fatores econômicos e sociais da segunda metade do século XIX que criaram as condições para o fortalecimento do movimento abolicionista.

Frisa-se que o tráfico ilegal de escravos passou a ser um grande negócio na costa brasileira e, se de um lado crescia um sincero movimento abolicionista, de pessoas que realmente acreditavam que era necessário extirpar o mal da escravidão, de outro havia muita gente que lucrava com o tráfico ilegal, principalmente no litoral. É o que nos conta o historiador Marcus Carvalho:

> Nos locais de desembarque, muitos passaram a depender do tráfico, senão para sobrevivência, ao menos como uma fonte de renda antes inexistente. Depois de 1831, muitas localidades costeiras receberam uma brutal injeção de capital mercantil, gerando renda nas mais diversas atividades. É ingênuo supor que a falta de denúncias de desembarques era apenas por temor aos traficantes. É duro admitir, mas havia gente que não podia ser radicalmente contra seu próprio ganha-pão. O famoso relatório Alcoforado narra uma complexa escala de propinas, desde os mais altos escalões até as autoridades locais menos expressivas. O dinheiro do tráfico pulverizava-se. Dizer que a maioria da população o apoiava é uma proposta absurda. Mas não podemos negar que muita gente dele se beneficiava. (Carvalho, 2012, p. 255).

Pela legislação supramencionada, os negros escravizados ilegalmente passariam à condição de "libertos". Com a intensificação do movimento abolicionista, novas leis foram surgindo, impondo a gradual abolição da escravidão no país.

De acordo com a Lei do Ventre Livre (Lei nº 2.040 de 28 de setembro de 1871), os filhos de mulheres escravas que nascessem no Império a partir de então foram considerados de condição livre. Entretanto, eles continuariam sob a autoridade e cuidados dos seus senhores prestando-lhes serviços compulsórios até completar 21 anos de idade, a menos que, tendo completado 08 anos, fossem indenizados pelo Estado, pelo menor ou pela mãe. Interessante notar que o direito dos senhores de utilizar a mão de obra dos filhos libertos até que completassem os 21 anos de idade se transmitia por sucessão hereditária, devendo o filho da escrava prestar serviços compulsórios à pessoa a quem nas partilhas pertencer a mesma escrava.

A lei é fruto também de práticas consuetudinária estabelecidas a partir de direitos que

os escravos vinham “arrancando” ou “conquistando”[252] no cotidiano da sociedade escravista, como apontou Chalhoub:

> em algumas de suas disposições mais importantes, como em relação ao pecúlio dos escravos e ao direito à alforria por indenização de preço, a lei do ventre livre representou o reconhecimento legal de uma série de direitos que os escravos vinham adquirindo pelo costume, e a aceitação de alguns dos objetivos das lutas dos negros. Na realidade, é possível interpretar a lei de 28 de setembro, entre outras coisas, como exemplo de uma lei cujas disposições mais essenciais foram “arrancadas” pelos escravos às classes proprietárias. (Chalhoub, 1990, p. 27).

A Lei do Ventre Livre disciplinou as situações de alforria, como, por exemplo, se fosse comprovado e reconhecido, por sentença judicial, que os senhores de escravos maltratavam os cativos, infligindo-lhes castigos excessivos, o que, dada as relações de poder da sociedade escravista, dificilmente ocorreria. A lei previa ainda a possibilidade de alforria quando os senhores cedessem ou abandonassem os filhos da escrava, hipótese pouco plausível já que isso implicaria a perda de mão de obra compulsória e gratuita. Em todo caso, se houvesse a cessão ou abandono, os filhos libertos deveriam ser entregues a abrigos ou associações de menores autorizadas pelo Governo, que passariam a ter o direito aos serviços compulsórios e gratuitos dos libertos até que completassem os 21 anos de idade.

Por meio da Lei do Ventre livre foram instituídos meios legais para angariar recursos para a compra da alforria, como a criação do fundo governamental para indenização pela emancipação de escravos, a formação de pecúlio pelos escravos com o que lhe proviessem de doações, legados e heranças, e com o que, por consentimento do senhor, obtivessem do seu trabalho e economias.[253] O pecúlio poderia ser utilizado pelo escravo para “comprar” sua liberdade pagando o valor de indenização acordada com o seu senhor ou fixada judicialmente. Outra forma de angariar dinheiro era a prestação de serviços a terceiros, caso houvesse consentimento do senhor de escravos e a aprovação do juiz de órfãos.

---

[252]O sentido de conquista aqui é utilizado a pretexto da visão de Chalhoub, para quem a abolição da escravidão e os direitos conquistados não foram meras concessões de uma elite ilustrada, de bacharéis abolicionistas, mas também fruto das estratégias utilizadas pelos escravos nos diversos campos de possibilidade de resistência: “Eles aprenderam a fazer valer certos direitos que, mesmo se compreendidos de maneira flexível, eram conquistas suas que precisavam ser respeitadas para que seu cativeiro tivesse continuidade: suas relações afetivas tinham de ser consideradas de alguma forma; os castigos precisavam ser moderados e aplicados por motivo justo; havia formas mais ou menos estabelecidas de os negros manifestarem suas preferências no momento decisivo da venda.” (Chalhoub, 1990, p. 59).

[253] A formação de pecúlio já era um costume na sociedade escravista, mas apenas com a lei foi regulamentada, o que dava mais segurança aos escravos, os quais até então ficavam a mercê dos senhores, inclusive com a possibilidade destes tomarem para si os valores angariados pelos escravos com prestação de serviços, doações, etc, sob o argumento de que os frutos do escravo pertencem ao seu proprietário.

Além da alforria aos filhos de escravas nascidos a partir da Lei do Ventre Livre e da possibilidade de se comprar a alforria, foram declarados libertos os escravos pertencentes à nação (para os quais o Governo deveria atribuir alguma ocupação), os escravos dados em usufruto à Coroa, os escravos das heranças vagas e os escravos abandonados por seus senhores.

Todos os escravos que alcançassem a condição de libertos em virtude da lei ficariam sob inspeção do Governo durante cinco anos e seriam obrigados a apresentar contrato de trabalho para comprovar que não eram "vadios", sob pena de serem conduzidos a trabalho compulsório em estabelecimento público. E, para facilitar o controle da população escrava e o processo gradual de emancipação, foi determinada a realização de matrícula especial de todos os escravos existentes do Império.

Com tais instrumentos, a Lei do Ventre Livre foi um avanço, do ponto de vista legislativo, na abolição da escravidão, na medida em que criou diversas hipóteses legais de assunção do *status* de liberdade que poderiam, doravante, ser utilizadas pelos escravos para pleitear a alforria, até mesmo de forma compulsória, mediante ações de liberdade, às quais a lei imprimiu rito sumário e com a possibilidade de recurso "de ofício" quando as decisões fossem denegatórias da liberdade.

O arcabouço legal para a extinção gradual da escravidão foi ampliado com a chamada Lei dos Sexagenários (Lei nº 3270 de 1885), que determinou a rematrícula da população escrava, dessa vez com a necessidade de indicação do valor correspondente de cada escravo, que passaria a ser a referência para fins de indenização em caso de alforria comprada pelo fundo de emancipação, por pecúlio e outras rendas angariadas pelos escravos ou por terceiros que tivessem interesse na liberdade dos escravos. A rematrícula deveria ser feita por iniciativa do senhor de escravo ou de quem tivesse obrigação legal para tanto no prazo estabelecido pelo Governo, sob pena de serem declarados libertos os escravos não matriculados. A lei ampliou o fundo de emancipação e os recursos poderiam ser utilizados para alforrias dos rematriculados.

Além disso, a lei declarou libertos os maiores de sessenta anos ou que viessem a completar essa idade, fixando condições especiais para a indenização por meio de prestação de serviços. Nesse aspecto, entretanto, lei acabou tendo efeitos mais simbólicos do que práticos, pois os sexagenários continuaram mantidos em cativeiro.

Ao lado da ampliação das hipóteses de alforria, a lei recrudesceu o controle policial e criminal dos libertos, uma vez que qualquer liberto encontrado sem ocupação seria obrigado a empregar-se ou a contratar seus serviços no prazo determinado pela Polícia, sob pena de

prisão ou trabalho compulsório que seria fixado pelo juiz.[254]

Três anos após e chegando ao fim do Império, foi editada a Lei Áurea (Lei nº 3353, de 13 de maio de 1888), que declarou extinta a escravidão no Brasil a partir de então, sem qualquer condicionante ou indenização. Até então, a vida das pessoas "livres" de cor beneficiadas pelas leis anteriores estava longe de experimentar o *status* de liberdade e de ter seu direito reconhecido pelas autoridades judiciárias.

É importante ressaltar que a violação do *status* de liberdade dessas pessoas livres de cor não era por falta de previsão legal, já que o direito à liberdade poderia ser pleiteado com base nas leis de proibição do tráfico negreiro que davam condição de libertos aos escravos importados ilegalmente ao menos desde 1831 ou nas diversas hipóteses previstas na Lei do Ventre Livre (1871) e na Lei dos Sexagenários (1885), conforme mencionado acima, entre as quais cita-se a condição de liberto pelo nascimento, pela assunção da idade sexagenária, pela mera ausência da matrícula no livro especial de escravos, pelo abandono dos escravos pelos senhores ou mesmo com base nas alforrias compradas pelos próprios escravos ou por terceiros interessados na sua liberdade, prática esta que já era um costume mesmo antes da regulamentação, embora nem sempre os senhores ou seus herdeiros cumprissem a obrigação assumida perante o escravo.

O discurso do Ministro Eusébio de Queiróz sobre o projeto que originou a Lei nº 581, de 04 de Setembro de 1850 é elucidativo quanto aos interesses subliminares da repressão ao tráfico de escravo:

> Sejamos francos: o tráfico no Brasil prendia-se a interesses, ou para melhor dizer, a presumidos interesses dos nossos agricultores; é um pais em que a agricultura tem tamanha força, era natural que a opinião pública se manifestasse a favor do tráfico, a opinião pública que tamanha influência tem, não só nos governos representativos, como até nas próprias monarchias absolutas. (*Apoiados*). O que ha pois para admirar em que os nossos homens políticos se curvassem a essa lei da necessidade? **O que ha para admirar que nós todos, amigos ou inimigos do trafico, nos curvássemos a essa necessidade? Senhores, se isso fosse crime, seria um crime geral no Brazil (*apoiados*), mas eu sustento que, quando em uma nação todos partidos políticos occupão o poder, quando todos os seus homens políticos têm sido chamados a exercei-o, e todos elles são concordes em uma conducta, é preciso que essa conducta seja apoiada em razões mais fortes; é impossível que ella seja um crime (*apoiados*), e haveria temeridade chama-la um erro (*Apoiados*.)** (grifo nosso). (Brasil, 1852)

[254] Art. 3º…§ 17. Qualquer liberto encontrado sem occupação será obrigado a empregar-se ou a contratar seus serviços no prazo que lhe fôr marcado pela Policia.
§ 18. Terminado o prazo, sem que o liberto mostre ter cumprido a determinação da Policia, será por esta enviado ao Juiz de Orphãos, que o constrangerá a celebrar contrato de locação de serviços, sob pena de 15 dias de prisão com trabalho e de ser enviado para alguma colonia agricola no caso de reincidencia.

Nessa toada, a "lei para inglês ver",[255]como ficou conhecida a primeira lei contra o tráfico negreiro (Lei Feijó, de 1831), não parece ter sido apenas uma metáfora utilizada para se referir à legislação antiescravista do Brasil Império, pois, de fato, o direito e as práticas institucionais convergiram para a manutenção do tráfico de escravos enquanto este foi necessário aos interesses econômicos do sistema de produção capitalista, o qual nasceu escravista no mercantilismo colonial e teve de se adaptar à lógica do trabalho livre assalariado do capitalismo inglês.

Não por acaso grande parte dos africanos considerados libertos em virtude do tráfico ilegal foram destinados para realizar trabalhos compulsórios à própria elite escravista. Segundo Gabriela Barreto de Sá:

> Apesar da lei de 7 de novembro de 1831 estabelecer no artigo 2º que os importadores de africanos deveriam pagar pelo valor da reexportação dos mesmos a qualquer lugar do continente africano, não se verificou na prática o cumprimento da medida e a possibilidade do trabalho involuntário dos africanos livres terminou sendo umas das formas de resolver a situação de acordo com os interesses dominantes. (Sá, 2019, p. 125).

Na realidade, pretos livres de cor continuavam escravos, ainda que indiretamente, pois eram submetidos a trabalhos compulsórios para particulares, para o Governo e entidades assistenciais, além de ter de conviver com intenso controle policial no vai e vem das cidades negras.

Diante desse cenário e das palavras do Ministro Eusébio de Queiróz proferida perante o parlamento brasileiro após aprovação do seu projeto da Lei de 1850 (Brasil, 1852) é possível inferir que, reprimir o tráfico negreiro, punir os responsáveis pela escravização ilegal de pessoas livres de cor ou ainda ousar incluir o negro liberto na categoria de "cidadãos brasileiros" tiveram sérias dificuldades para penetrar na política e na gramática jurídica de direitos do Brasil Imperial do século XIX.

Ainda assim, houve espaço para resistências e, entre ditos e não ditos, avanços e

---

[255] Sobre o sentido político da Lei de 1831, Grinberg destaca que, embora no início a lei não tenha sido efetivamente aplicada, na década de 60 foram utilizadas nas estratégias dos advogados para pleitear a liberdade dos escravos, atribuindo outro sentido - o jurídico - e, de fato, houve casos em que a lei foi aplicada: " Assim, pode-se dizer que a lei tenha sido utilizada com o intuito político, no sentido atribuído por Chalhoub, e num ponto particularmente importante: os termos empregados pela lei de 1831. Eles definem, se contextualizando o seu significado, que sentidos deles podem ser extraídos. Em 1831, havia determinadas possibilidades de leitura. Em 1868, as possibilidades eram outras, e foi isso que permitiu a estratégia daqueles advogados do sul, e o convencimento dos juízes. Porque, além de terem utilizado, eles conseguiram tornar verossímil uma leitura. E, no limite, acabaram criando um novo significado." (Grinberg, 1994, p. 90).

retrocessos, pode-se afirmar que, mesmo no campo judicial, essa legislação produziu algum efeito, pois, como se verá adiante, a historiografia da escravidão demonstra que as demandas de liberdade e de escravidão chegaram a ter resultados favoráveis para a população escrava perante os tribunais brasileiros.

A racialidade do regime de verdade judicial vai além da produção do ato legiferante ou dos dados estatísticos que constatam a reduzida eficácia da legislação antiescravista. Entre a lei e seus efeitos latentes existiam complexas relações de poder e um feixe de regras e condições do "dizer-verdadeiro" sobre o direito de "posse" da liberdade das pessoas livres de cor que confirmam sua racialidade.

Para entender melhor as características desse regime de verdade judicial nesse período, valho-me de um conjunto de pesquisas historiográficas e também no campo do Direito acerca das ações criminais contra os escravos, das ações de liberdade promovidas pelos escravos e das ações penais relacionadas ao crime de redução de pessoas livres à escravidão contra os senhores, como base nas quais é possível identificar traços comuns de racialização no julgamento de corpos negros quando estes figuravam como "reus", "autores" de demandas pela liberdade ou como "vítimas" de crimes de redução de pessoa livre à escravidão. Independentemente do polo da relação processual e do momento histórico analisado, como se verá, a racialidade é traço marcante.

5.2 O Poder Judicial no período oitocentista e a justiça de conveniência

Dogmática jurídica casuística e justiça de conveniência! A coexistência da escravidão ao longo do século XIX com o projeto de formação de um Estado Liberal só foi possível pela simbiose entre esses dois elementos.

As ciências humanas e sociais vêm produzindo estudos sobre os fatores econômicos e sociais que deram sustentação ou ajudam a explicar a escravidão no Brasil. Sob um viés jurídico, mas sem se afastar dos aportes teóricos produzidos sobretudo pela historiografia da escravidão nas últimas décadas, é possível afirmar que houve uma aliança estratégica, implícita e silenciosa, entre a elite política e jurídica do Império para dar uma roupagem de legitimidade ao direito de propriedade de seres humanos, assegurar o controle dos corpos negros (escravos ou pessoas livres de cor) pelo Estado e pelos seus senhores e mascarar a violência produzida, reproduzida e legitimada sob os auspícios do Direito.

No âmbito da legislação, a legitimação da propriedade de seres humanos e a cidadania restrita aos libertos pela Constituição Escravista Imperial de 1824, os conceitos vagos das

Ordenações do Reino, a falta de regulamentação das relações civis entre senhores e escravos e dos direitos civis dos libertos e o tratamento jurídico-penal dispensado pelo Código Criminal de 1830, pelo Código de Processo Criminal de 1832 e por outras leis, decretos e avisos imperiais não deixavam dúvidas sobre a condição do negro na ordem jurídica imperial, fornecendo o arcabouço legal para o domínio senhorial e para as violências perpetradas sobre os corpos negros. A promessa do fim da escravidão, por sua vez, foi marcada por uma legislação antiescravista engendrada num contexto de tensões, resistências e disputas de poder que contribuiu para o adiamento do problema até o final do século XIX.

A esse arcabouço legal soma-se a elaboração de uma dogmática jurídica casuística, na qual o mal da escravidão era repudiado por meio da retórica jurídica e de fugas discursivas e ao mesmo tempo sustentada por uma lógica ambivalente de proteção dos direitos adquiridos dos senhores sobre a propriedade de seres humanos, acompanhada de algumas flexibilizações ou "concessões" aos escravos com base na Lei da Boa Razão, na doutrina romana do `"favor à liberdade" ou mesmo nos princípios humanitários consagrados pelo iluminismo.

O sistema de justiça, por sua vez, cumpriu o seu papel na empreitada escravista. Na dogmática jurídica, a jurisdição é entendida como o "poder de dizer o direito". Assim, a verdade que é produzida na arena judicial a partir do regime de verdade forjado pela legislação e pela dogmática jurídica exerce um papel relevante no mascaramento da violência do Direito estatal. Por isso, a maquinaria judicial do período imperial não pode ser negligenciada na análise da escravidão. A atuação dos agentes do sistema de justiça (desde os delegados, subdelegados e promotores públicos até os juízes, desembargadores e ministros dos órgãos judiciais) "dava a liga" necessária ao "pacto escravista". Era a blindagem jurídica da escravização ilegal de africanos que passou a ser comum após as medidas de extinção do tráfico negreiro. Nas décadas de 70 e 80 do século XIX, por exemplo, pode-se afirmar, com base em meros cálculos matemáticos (considerando as idades e a expectativa de vida dos escravos), ou ainda com base na ausência de informação da origem e filiação nas matrículas dos africanos, que a maioria dos escravos do Império era fruto do tráfico proibido em 1831 e, consequentemente, deveriam ser declarados livres. Porém, era comum os títulos de propriedade circularem com naturalidade na burocracia judicial fazendo prova bastante dos direitos dos senhores.

Tem sido recorrente nos estudos sobre o assunto a ideia de que havia um verdadeiro pacto de favores entre as elites política, jurídica e econômica do Império. Luiz Felipe

Alencastro,[256] por exemplo, a partir da percepção do Ministro da Justiça Nabuco de Araújo, um dos principais integrantes da burocracia jurídica imperial, sustenta que havia um "conluio geral", referindo-se à existência de um pacto implícito em favor da violação da lei que contribuía para a manutenção da escravização ilegal:

> Para que não estourassem rebeliões de escravos e de gente ilegalmente escravizada, para que a ilegalidade da posse de cada senhor, de cada seqüestrador, não se transformasse em insegurança coletiva dos proprietários, de seus sócios e credores -, abalando todo o país -, era preciso que vigorasse um conluio geral, um pacto implícito em favor da violação da lei. Um pacto fundado nos "interesses coletivos da sociedade", como sentenciou, em 1854, o ministro da Justiça, Nabuco de Araújo, pai de Joaquim Nabuco. (Alencastro, 2010. p, 3).

A tese de Alencastro é amparada pela visão de Joaquim Nabuco,[257]um observador participante, uma testemunha ocular, que vivenciou a escravidão e se lançou na defesa da abolição do regime escravista na segunda metade do século XIX. Para Joaquim Nabuco, a escravização ilegal não passaria ilesa a um tribunal escrupuloso:

> Durante cinqüenta anos a grande maioria da propriedade escrava foi possuída ilegalmente. Nada seria mais difícil aos senhores, tomados coletivamente, do que justificar perante um tribunal escrupuloso a legalidade daquela propriedade, tomada também em massa**.** (Nabuco, 2000, p. 157).

É que, para Joaquim Nabuco, havia uma indiferença dos poderes públicos em relação ao problema e o Poder Judicial não estava alheio a esta situação, pois, em certa medida, representava os proprietários de escravos:

> No nosso direito não se revogam cartas de liberdade, e qualquer governo, que ousasse propor às Câmaras a legalização do cativeiro dos africanos importados depois de 1831, teria a prova de que a nação não está inclinada a fazer o que não consente que outros façam. O escândalo continua, mas pela indiferença dos poderes públicos e impotência da magistratura, composta, também, em parte de proprietários de africanos; e não porque pretenda seriamente que a lei de 1831 seja jamais revogada. (Nabuco, 2000, p. 75).

Por isso, Alencastro (2010) afirma que "tribunal escrupuloso" jamais instaurou-se nas

---

[256] Parecer sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF/186, apresentada ao Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/stf_alencastro.doc] Acesso em: 09.04.2023.

[257] Filho do então Ministro da Justiça Nabuco de Araújo.

Cortes judiciárias e que, ressalvadas as ações impetradas por um certo número de advogados e magistrados abolicionistas, o assunto permaneceu encoberto na época e foi praticamente ignorado pelas gerações seguintes, inclusive pela historiografia. Com isso, firmava-se o princípio da impunidade e do casuísmo da lei que marca nossa história e permanece como um desafio constante aos tribunais.

Apesar da contundente posição de Alencastro e das evidências de que havia uma aliança estratégica implícita e silenciosa da elite política para a manutenção do *status quo* escravista, penso que a forma como o problema da escravidão foi conduzida no interior da burocracia judicial é melhor compreendida sob a ótica da racialização do regime de verdade. Com isso, não se está desconsiderando a existência de conluios, pactos escravistas, arranjos institucionais e trocas de favores entre senhores de escravos e os responsáveis pela aplicação da lei, o que ocorreu em alguma medida, conforme será demonstrado adiante.

Todavia, essa generalização é insuficiente para compreender a complexidade das relações de poder do Império e da sociedade escravista, as particularidades regionais, a precariedade da organização e funcionamento da burocracia judicial nas Províncias e na Corte, a simbiose da estrutura judicial com as instâncias policiais, a influência do Poder Moderador e do Conselho de Estado na interpretação da lei e no exercício da atividade judicante, a precariedade das condições da população escrava de influir na formação da verdade judicial (inclusive a produção de prova da posse da liberdade), as estratégias jurídicas utilizadas pelos sujeitos (não apenas as partes, mas também agentes públicos como delegados, subdelegados e promotores públicos) perante os Tribunais, os procedimentos de exclusão dos discursos judiciais, que não apenas interditavam a voz do corpo negro no processo de veridição (dado que o escravo não tinha capacidade processual e sua palavra não tinha o mesmo peso da palavra dos homens livres)[258]como também excluíam determinados discursos da moldura do "verdadeiro".

Então, se analisarmos essas relações de poder da sociedade escravista nas suas extremidades, tarefa que envolve ampla pesquisa com estratégias metodológicas diversas,[259]se verá que a tese da existência de um "conluio geral" seria apenas mais um dos elementos da racialidade do regime de verdade sobre os corpos negros no Império oitocentista.

Magistrados, desembargadores e ministros de Justiça também estavam imersos nessa correlação de forças e arranjos institucionais e legais racializados. Assim, até mesmo as

[258] O negro só podia reivindicar "direitos" e demandar judicialmente por meio de terceiros (curadores, advogados, promotores ou "pessoas de boa vontade", conforme o caso), já que não tinha capacidade processual, a exemplo do que ocorria com os "menores".
[259] Tarefa impossível também na presente investigação científica.

poucas vozes abolicionistas da elite imperial se esbarravam nas premissas e condições de produção do discurso da verdade no período oitocentista. Não é difícil imaginar que estar "no verdadeiro", ter credibilidade, pertencer e ser respeitado naquela sociedade do "tempo saquarema" e, principalmente, romper com os privilégios da branquidade, tinha um custo altíssimo que as vozes abolicionistas do Poder Judicial não estavam dispostas a pagar. O resultado disso tudo é um regime de verdade racializado, não apenas pela ação ou omissão deliberada de agentes públicos, mas sobretudo pela excepcionalidade com que a lei era interpretada e aplicada aos corpos negros, somada à existência de diversos obstáculos formais e informais para que o negro pudesse influir na produção da verdade jurídica (ou judicial).

A estruturação incipiente do Poder Judicial no Brasil Império e a ausência de garantias como a independência, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos - tão caras nos dias atuais - era um desafio para a imparcialidade de juízes que transitavam entre as funções da magistratura e outras atividades da burocracia imperial e do Poder Legislativo. Além disso, os cargos relacionados à atividade judicial e policial eram distribuídos geralmente aos representantes da própria elite econômica escravista ou entre os poucos bacharéis que, oriundos desta mesma elite, conseguiam a formação jurídica na Universidade de Coimbra e nas Universidades de Olinda/Recife e de São Paulo.

De forma sucinta, nos anos subsequentes à Constituição Imperial, a organização judiciária da primeira instância era a seguinte: em cada distrito havia um juiz de paz, um escrivão, tantos inspetores quantos fossem os quarteirões e tantos oficiais de justiça que fossem necessários. Em cada termo, havia um conselho de jurados, um juiz municipal, um promotor público, um escrivão das execuções e tantos oficiais de justiça quantos necessitassem os juízes; em cada comarca, havia um juiz de direito ou mais, até três, nas mais populosas, com jurisdição cumulativa, e sendo um deles o chefe de polícia; havia também as juntas de paz, integradas por um número maior ou menor de juízes de paz, sob a presidência de um deles, e às quais competia conhecer dos recursos das sentenças proferidas pelos seus membros (Nequete, 2000, p. 53-54).

Com a reforma de 1841, o Poder Judicial manteve a seguinte composição: cada termo tinha um juiz municipal, um júri, um promotor público, um escrivão das execuções e oficiais de justiça. Em cada distrito havia um juiz de paz eleito, um escrivão, oficiais de justiça e inspetores de quarteirão. Os promotores e os juízes municipais eram nomeados para quatro anos pelo Imperador, com a possibilidade de recondução. Os juízes de direito eram nomeados pelo Imperador e tinham a garantia constitucional da vitaliciedade, mas não a primeira a inamovibilidade. Em algumas capitais havia também varas com competência privativa no

cível, de órfãos (escravos), do crime e da fazenda. Os delegados e subdelegados eram nomeados pelo chefe de polícia, este era escolhido dentre os desembargadores ou juízes de direito, que não poderiam recusar o cargo. O chefe de polícia exercia o comando da jurisdição criminal na província, tendo ele próprio funções judiciais (Koerner, 2010, p.36).

Em sede recursal, havia os Tribunais da Relação. As Relações eram compostas por desembargadores escolhidos de uma lista de quinze juízes mais antigos e lhes competia julgar agravos, apelações cíveis em certos casos, revistas e crimes de responsabilidade de promotores, juízes municipais e juízes de direito. Até 1873, havia quatro Relações (Maranhão, Pernambuco, Bahia e na Corte), quando foram criadas mais sete. Já o Supremo Tribunal de Justiça, criado em 1828, era formado por ministros escolhidos dentre os desembargadores, por antiguidade e tinha atribuição de julgar os recursos de revistas proferidos em todos os juízos de última instância, julgar delitos dos seus ministros, dos desembargadores, empregados do corpo diplomático e dos presidentes de províncias e julgar conflitos de jurisdição entre as Relações (Koerner, 2010, p.36).

Na segunda metade do século XIX, com as reformas de 1871, 1873 e 1875, a organização judiciária brasileira se distribuía entre os seguintes juízes e Tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça, com dezessete ministros; b) Onze Tribunais da Relação, sendo estes o da Corte e as do Maranhão, Pernambuco, Bahia, Pará, Ceará, São Paulo, Minas Gerais, Mato Grosso, Goiás e Rio Grande do Sul; c) juízes de direito, um em cada comarca, com exceção na Corte, onde havia onze varas, sendo uma de juiz dos Feitos da Fazenda Pública, um Provedor de Capelas e Resíduos, dois juízes do Comércio, dois de Órfãos, dois auditores (um de guerra, outro de marinha) e três juízes do Cível; na Bahia e no Recife, onde havia um juiz dos Feitos da Fazenda, um Provedor de Capelas e Resíduos, um juiz do Comércio e dois do Cível; e no Maranhão, onde havia um juiz do Comércio, um de órfãos, um Provedor de Capelas e Resíduos e dois do Cível; d) juízes substitutos, que auxiliavam os juízes de direito no preparo dos processos e os substituíam em seus impedimentos, sendo nove na Corte, seis em cada um das capitais da Bahia e Pernambuco e cinco na capital do Maranhão; e) juízes municipais, adjuntos aos respectivos termos, em que se dividiram as comarcas - especiais, de 1ª, 2ª ou 3ª entrância, nomeados pelo Governo Imperial, por quatro anos, podendo ser reconduzidos, tinham cada um, três suplentes escolhidos pelos Presidentes das Províncias; f) juízes de paz, eleitos para um período de quatro anos; g) O Júri, em cada sede de comarca ou termo, composto por quarenta e oito jurados, do qual eram sorteados dozes para compor o conselho de julgamento (Nequete, 2000, p. 88; Koerner, 2010, p.36).

Acerca da remuneração desses agentes públicos, Koerner anota que apenas os cargos

de promotor, de juiz municipal, de juiz de direito e dos tribunais superiores eram remunerados pelo Governo central, além do que estes também cobravam custas e emolumentos pelos atos judiciais praticados. Quanto aos demais cargos, que eram ocupados geralmente por leigos, os agentes recebiam apenas custas, sem qualquer remuneração do Governo central (Koerner, 2010, p.37).[260]

O acesso a qualquer desses cargos públicos dependia da afinidade do pretendente com a elite política e econômica, já que, ressalvados os juízes de paz, que eram eleitos, e os jurados, os demais eram indicados ou nomeados, conforme o caso, pelas Câmaras Municipais, pelos Presidentes das Províncias ou pelo Imperador.[261]Ao que parece, alçar um cargo na burocracia judicial exigia muita conversa, negociação e troca de favores entre autoridades políticas de diversos escalões e os representantes dos proprietários:

> Embora a formação de juízes e promotores fosse atribuição do imperador, ela era exercida na prática pelo Ministério da Justiça, o qual devia levar em consideração as recomendações de presidentes de província, políticos locais, e outras considerações de tipo político. Do mesmo modo, o chefe de polícia atendia normalmente às indicações das Câmaras locais para os cargos de delegado e subdelegado. Os magistrados de qualquer nível podiam ser suspensos ou aposentados pelo Poder Moderador, ouvido o Conselho de Estado. As Assembleias Provinciais recebiam representações dos chefes de polícia contra os juízes de direito, podendo suspendê-los nos crimes de responsabilidade, ou representar ao Poder Moderador pedindo sua remoção. Os juízes podiam ser removidos ainda por iniciativa do Ministro da Justiça. (Koerner, 2010, p. 37).

Na visão de Andrei Koerner, o Poder Judicial era distinto apenas formalmente do poder imperial, já que:

> A magistratura imperial não constituía uma burocracia, em primeiro lugar porque o ingresso, a promoção e as remoções não eram executadas segundo normas estabelecidas em estatuto. A magistratura era a forma privilegiada de ingresso na carreira política imperial, e a carreira dos magistrados era marcada

---

[260] Ressalvados os jurados, que, como hoje, era um *munus* gratuito.

[261] Os Juízes de Paz continuavam eleitos em cada distrito, enquanto que os inspetores de quarteirão e os escrivães de paz eram nomeados pelas Câmaras Municipais, mediante proposta daqueles.
Os Juízes Municipais e os Promotores Públicos eram nomeados pelo Governo, na Corte, e pelos Presidentes nas Províncias, por indicação trienal das Câmaras Municipais, em listas tríplices, devendo ser preferidos os graduados em direitos ou instruídos em leis. Os escrivães das cidades e vilas que antes serviam perante os Juízes locais e ouvidores, continuariam a servir perante os Juízes de Direito e Municipais.
Os Juízes de Direito eram nomeados pelo Imperador, dentre bacharéis formados em leis, maiores de 22 anos e com prática forense de um ano no mínimo, preferindo-se os que já houvessem sido Juízes Municipais ou Promotores. Cumpria-lhes, afora as atribuições normais, presidir o júri aplicando a lei ao fato, conceder finanças ou revogá-las, conforme o caso, e exercer inspeção sobre os Juízes Municipais e os Juízes de Paz." (Nequete, 2000, p. 53-54).

> pela passagem por diversos cargos do Estado, nos quais eles adquiriam experiência e era testada a sua fidelidade política. Em segundo lugar, as atribuições exercidas pelos magistrados não lhes eram exclusivas. Eles desempenhavam simultaneamente funções administrativas e judiciais e, além disso, havia funções judiciais executadas por leigos e pela polícia. Enfim, a atividade dos magistrados não era nem exclusiva nem predominantemente judicial. Os magistrados exerciam a mediação entre o poder central e as localidades, como representantes do poder imperial, como integrantes dos partidos políticos, como aliados dos interesses dominantes da sociedade escravista e também como juízes. Esse múltiplos papéis dos magistrados implicavam diferentes expectativas de comportamento e criavam tensões e conflitos. (Koerner, 2010, p. 34-35).

Para Koerner, o objetivo dessa mediação judicial era a manutenção da estabilidade da sociedade escravista, na qual os juízes atuavam em colaboração com o governo e com os proprietários. Nesse cenário, o juiz que não seguisse a cartilha da elite política ou que interpretasse a lei contra os interesses dos senhores de escravos ficavam vulneráveis às retaliações e pressões de toda sorte.

Aplicar a lei e mediar os interesses do governo central e do poder local não era uma tarefa fácil para os magistrados:

> Ao atribuir determinados poderes a magistrados cuja nomeação, remoção e promoção estavam sob seu controle, o governo central garantia para si a decisão sobre a maneira pela qual uma lei seria aplicada. A aplicação da lei era, no entanto, condicionada a resistência encontrada no nível local, a qual poderia manifestar-se, por exemplo, numa representação dos chefes locais às autoridades superiores contra a conduta do magistrado. Por sua vez, o magistrado não podia simplesmente desobedecer as leis nas suas decisões em virtude precisamente dos mecanismos de controle funcional detidos pelo governo central. Os magistrados eram então mais do que aplicadores das leis gerais do Império; eles eram os juízes dos conflitos locais, mas também, como representantes do poder imperial, os mediadores das relações destes com os poderes locais. Nesses dois tipos de mediação, seu objetivo seria resolver os conflitos de modo que não se voltassem contra a própria ordem política e a estabilidade da sociedade do Império. (Koerner, 2010, p. 52).

Num cenário desse, é possível que muitos juízes sucumbissem ao poder local, que outros negociassem as decisões segundo os interesses dos poderosos, e que outros se mantivessem firmes na aplicação desinteressada da lei. De uma forma ou de outra, o universo não conspirava a favor de um julgamento imparcial!

Ao estudar o Poder Judicial no Brasil a partir da independência do Brasil, Lenine Nequete (2000) apresenta alguns registros do cenário de pressões, negociatas e desprestígio que a magistratura gozava no início do período oitocentista. O autor lembra do recado dado por Dom João VI, em 1812, quando da criação do Tribunal da Relação do Maranhão,

recomendando ao "Governador daquela Província que vigiasse aos Desembargadores, e seus criados, para que nenhum dano nem opressão causassem aos moradores da cidade de São Luís ou de outros lugares, tomando-lhes os mantimentos contra sua vontade, ou por menores preços que os usuais" (Nequete, 2000, p. 50).

A manifestação de um deputado (Manoel Antonio Galvão) perante a Assembléia de 21 de outubro de 1823 contém um desabafo sobre as pressões sofridas quando era juiz em Goiás e sobre a necessidade de reforma do Judiciário:

> E ainda se a Justiça, se a inteireza formasse o seu caráter…porém, com quanta magoa o digo! Desgrassado daquele que não tinha no antigo ministério, dinheiro para fazer valer o seus direitos; a justiça era um fraco escudo; a magistratura portuguesa tinha chegado a tal ponto de corrupção que é difícil de conceber; e o povo estava tão convencido de que a ambição era o seu primeiro móvel, que afrontava cara a cara ainda aqueles que para tais assaltos não tinham dado azo. Logo no princípio de minha judicatura em Goiás ofereceram-me 50 oitavos de ouro para uns sapatinhos (dizia o ofertante), se eu desse o julgamento a seu favor; e se parasse aí a arbitrariedade dessa classe, bem estávamos; porém até violências eram seus recursos: magistrados havia que deitavam a parte a pontapés pela escada, quando se não prestava às condições que propunham e quando mesmo não juravam o que convinha ao Juiz; fui magistrado; conheço a necessidade de uma reforma; (Galvão, *apud* Nequete, 2000, p. 50).

O prestígio dos magistrados perante a classe política realmente não ia nada bem no ínicio do Império, como se percebe dos Anais da Câmara dos Deputados e do Senado por ocasião das discussões do projeto que resultou na Lei de 14 de junho de 1831, pela qual a suspensão dos juízes passava a ser exercida cumulativamente pelos Presidentes das Províncias. Vale aqui o registro feito por Nequete:

> nenhuma voz se levantou em favor da magistratura brasileira: acusaram-na, todas, invariavelmente: PAULO E SOUZA sustentou que, infelizmente, havia muitos magistrados que desonraram a classe, tendo o povo do Brasil sofrido mais incômodos e vexames da parte deles do que dos outros poderes política, porque lhes tocava mais de perto e não havia recurso, as mais das vezes, por causa da falta de comunicação e das distâncias. Carneiro DA CUNHA, esse assegurava que os magistrados eram as únicas autoridades que lhe tinham feito conhecer o despotismo, e que, à exceção de uns poucos, bons e honrados, os mais todos vendiam publicamente a justiça…E, no mesmo diapasão, prosseguiram os demais: dever-se-ia opor uma barreira às prevaricações da magistratura, à sua perversidade que tantas vítimas fazia nas Províncias, à sua arbitrariedade, enfim, que era a que mais pesava sobre o país - dado que lhe cabia decidir do fato e do direito e ainda não se organizara na forma da Constituição….Apenas no Senado ocupou-se alguém da sua defesa: "Não sei - ponderou o Marquês de INHAMBUPE - Não sei donde se desenvolve um ódio tamanho a esta classe da magistratura! Todos os

> litigantes, principalmente demandistas, julgam que têm a razão de sua parte e que devem ter uma sentença a seu favor; em consequência disto, tudo faz censurar esta classe, principalmente pela corporação militar que não sei por que fatalidade é sempre oposta à magistratura"...Ora, vá um ouvidor meter-se com um presidente, mormente de Província pequena, ver-se-á logo suspenso, tendo de sofrer todos os males que não são reparáveis, principalmente os da honra! O maior galardão que tem um magistrado, no fim de sua vida, é o dizer eu não tive queixas e não fui a um tribunal". (Nequete, 2000, p. 50-51).

Ainda nos debates parlamentares, são esclarecedoras as palavras do Ministro Paulino José Soares de Souza[262], o qual depois veio a ser condecorado com o título de Visconde do Uruguai e teve participação relevante no Conselho de Estado quanto à temática da escravidão. Na sessão de debate do projeto de reforma do Código de Processo Criminal, em 03 de novembro de 1841, constam as seguintes declarações:

> Vamos à instituição dos juízes municipais. Eleitos pelos vereadores, esses juízes nem sempre têm sido escolhidos dentre as pessoas mais idôneas do município. Entrega-se a um homem que nunca ouviu enunciar o princípio mais trivial da jurisprudência o conhecimento de causas que jogam com a nossa complicada legislação civil. Homens ocupados em suas lavouras ou comércio, quando querem proceder com consciência têm de pagar assessores; os menos escrupulosos se entregam cegamente às próprias partes para que vão buscar despachos e sentenças, de que muitas vezes encarregam os seus próprios letrados. E muitos outros inconvenientes, que o projeto busca remediar, autorizando o governo a marcar um ordenado aos juízes municipais, quando forem profissionais, nos lugares onde assim convenha, anexando-lhes as funções de juízes de órfãos e algumas do crime e dando a nomeação desses juízes ao governo. (Souza, *apud* Nequete, 2000, p. 68).

A irresignação do Visconde do Uruguai se referia aos resultados nefastos da forma de escolha dos juízes locais (municipais e de órfãos), à prática de juízes não remunerados pelo governo de pagar assessores (geralmente bacharéis) para fazer seu trabalho, à necessidade de se estabelecer remunerações compatíveis com os cargos, inclusive para o cargo de promotor, em relação ao qual entendia ser necessária formação jurídica e que fosse nomeado pelo Governo, entre outros aspectos.

Não é possível, apenas com base nesses discursos parlamentares, afirmar que a Justiça Imperial fazia parte de um "conluio geral" no sentido de que não buscava a aplicação da lei e que estava voltada aos interesses dos proprietários. As regiões brasileiras tinham suas peculiaridades, seus interesses e problemas, e as relações de poder na Corte eram bem diferentes das Províncias. É provável que juízes, promotores e delegados nas cidades sofressem mais interferências políticas sobre suas decisões em comparação aos

[262] O mesmo que integrou a Comissão Revisora da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas.

desembargadores dos Tribunais da Relação e aos ministros do Supremo Tribunal de Justiça que estavam mais distantes das partes. As redes de relações da população escrava com a elite local também é um fator preponderante, pois os escravos não tinham capacidade de direitos e dependiam da boa vontade de juízes, promotores, curadores, advogados e de pessoas livres "de boa vontade" para abraçar a causa da liberdade perante os tribunais. De fato, conforme se verá na sequência, o funcionamento da Justiça em relação às causas da liberdade e da escravidão não era homogêneo e a historiografia da escravidão mostra que havia decisões contra e a favor dos escravos em todas as instâncias judiciais.

Em que pese essas observações, a estrutura e o funcionamento do Poder Judicial do Império e as intrínsecas relações entre os agentes do poder público e os senhores de escravos reforçam a percepção de Nabuco de Araújo e de seu filho, Joaquim Nabuco, os quais vivenciaram essas relações de perto e foram testemunhas oculares da influência dos interesses da elite escravista nas causas da escravidão. Partindo desse pressuposto, dificilmente haveria espaço para um "tribunal escrupuloso" nas cortes judiciárias, na linha do entendimento de Alencastro (2010).

E, ao que parece, essa também era a percepção de viajantes e pesquisadores estrangeiros que tiveram a oportunidade de acompanhar a realidade da Justiça do Brasil Império no período de 1802 a 1871, segundo excertos colacionados na obra de Lenine Nequete (2000, 149-195).

A visão desses forasteiros sobre nosso sistema deve ser analisada com ressalvas, dado que possuíam referenciais de Justiça europeus, engendrados no seio das ideias iluministas e liberais, com experiências de administração de justiça bem diferentes da brasileira, e partilhavam uma visão de mundo eurocêntrica carregada de preconceitos.

De todo modo, os relatos de Auguste de Saint-Hilaire em suas andanças pelas Províncias do Rio de Janeiro e Minas Gerais entre os anos de 1816 e 1822, quando abordou a ordem judiciária e administrativa no Brasil, não estão distantes do que se viu até aqui. Bem alinhado às preocupações externadas anteriormente pelo Visconde do Uruguai acerca das pressões sofridas pelos juízes, os critérios de escolhas e remuneração dos agentes do Sistema de Justiça, o viajante anotou que:

> Como vimos acima, em cada termo apenas existe um juiz de fora ou dois juízes ordinários. A razão dessa diferença é fácil de compreender. Os juízes de fora, percebendo vencimentos, são compensados dos sacrifícios que deles exigem os deveres de seu cargo. Os juízes ordinários, pelo contrário, só recebem 100 réis por sentença, e se nomeiam dois de cada vez para que possam, durante o mês, exercer alternativamente suas funções de juiz e tratar

> de seus interesses particulares.
> Como os juízes ordinários, geralmente saídos da classe dos proprietários, são estranhos à jurisprudência, recorrem a um assessor que estudou Direito, e que pagam de seu bolso. Quando o juiz ordinário profere uma sentença em seu próprio nome, pode, quando transcorrido o tempo de suas funções, ser acusado de injustiça por quem ele condenou; quando porém, a sentença foi dada em nome do assessor, o juiz está ao abrigo de qualquer ataque (Saint-Hilaire, *apud* Nequete, 2000, p. 165).

Como a distância das comarcas em relação à sede dos Tribunais da Relação era muito grande, o que aumentava a despesa para as demandas judiciais, o viajante chama a atenção para a força da Justiça local e para as dificuldades dos pobres terem acesso à justiça:

> Pode-se, como já o disse, apelar das sentenças do juiz de fora para o ouvidor da Comarca, e, deste para a corte suprema do Rio de Janeiro; mas, quanta gente existe que, na esperança incerta de fazer reformar na capital uma sentença iníqua, se decide a viajar durante dois ou três meses por um país deserto, e aumentar, com novas despesas e longa ausência, os prejuízos já sofridos! As próprias sedes de termo são muitas vezes distantes de vários dias de viagem das capitais de comarca. O pobre fica no lugar e sofre a injustiça. A tal ponto chega o imenso inconveniente da dispersão de um povo tão pouco numeroso, por extensões tão grandes de terras. Embora o poder real seja absoluto, as autoridades subalternas se sentem de tal forma fortalecidas pela distância, que podem opor mil entraves à execução das ordens do soberano, quando estas contrariam algum dos seus interesses. Desse modo, até o indivíduo que se foi lançar aos pés do príncipe e dele obteve uma decisão favorável a seus direitos, está longe de ter triunfado de todos os obstáculos. Antes de obter justiça, ainda é necessário lutar por muito tempo contra as autoridades subalternas que lhe são hostis. (Saint-Hilaire, *apud* Nequete, 2000, p. 166).

É neste cenário que o viajante constata a reduzida probabilidade de êxito das causas da escravidão, já que:

> A justiça se distribui a portas fechadas, e, tanto em primeira como em segunda instâncias, um juiz singular se pronuncia, como vimos, sobre os interesses dos cidadãos. Assim, em um país no qual uma longa escravidão fez, por assim dizer, da corrupção uma espécie de hábito, os magistrados, libertos de qualquer espécie de vigilância, podem impunemente ceder às tentações. (Saint-Hilaire, *apud* Nequete, 2000, p. 166).

Nas andanças pela Justiça de Alagoas em 1842, o viajante Daniel P. Kidder registrou um discurso do presidente da Província, Sr. Manuel Felizardo de Sousa Melo, durante a sessão da Assembléia Legislativa sobre a administração da Justiça e os julgamentos dos tribunais do júri, em relação aos quais destacou:

> Esta constitui a página mais negra dos relatórios de todos os presidentes provinciais, o que indica que outros, além de nós, têm de lutar contra os absorventes males decorrentes de uma completa falta de justiça e contra a delinquência dos próprios indivíduos encarregados de administrá-la. Os nossos juízes de paz seguem a trilha costumeira, nada fazendo por absoluta indolência ou devido a um covarde retraimento, ou, ainda, o que é pior, praticando injustiças clamorosas quando instigados por paixões egoísticas ou por pessoas influentes das redondezas.
> As sessões do júri constituem verdadeiro jubileu para os criminosos. Sendo os jurados, no geral, indivíduos mal indicados, destituídos de conhecimentos gerais, incapazes de avaliar a importância da sua missão no júri, e, o que ainda é mais grave, sem nenhuma segurança pessoal, não pode a eles confiar a administração da justiça e a punição dos culpados. Poucos são os réus, mesmo entre os mais desprezíveis, que não conseguem encontrar um protetor; e, os que têm o bafejo de algum poderoso, têm também a certeza da absolvição. Esse escândalo atingiu o seu ponto culminante. (Kidder, *apud* Nequete, 2000, p. 178).

A venalidade e o cinismo da magistratura surpreenderam o Conde de Suzannet que viajava pelo Brasil em 1845. À primeira vista, a administração da Justiça no Brasil lhe pareceu ser constituída em bases regulares, na medida em que o governo havia estabelecido Tribunais por todo o país.[263]Porém, a percepção do viajante era que "desde o desembargador até o pobre juiz municipal, todos estenderam a mão a só dar a sentença depois de fartamente recompensados". (Suzannet, *apud* Nequete, 2000, p. 183). E acrescenta:

> a venalidade dos juízes é, no entanto, igualada pelo cinismo. Certa vez o advogado de uma causa importante recebeu de seu cliente uma quantia considerável para repartir pelos juízes, por não ousar abordá-lo pessoalmente. O advogado desempenhou-se da missão, mas dentro de alguns dias, um dos juízes veio queixar-se de ter recebido menos do que seus colegas: tinha direito a mais e reclamava a diferença. Compreende-se, pois, qual deve ser a atitude das famílias poderosas em face de uma administração de tal modo corrompida. A justiça lhes é inteiramente submissa. Em Pernambuco, as famílias ricas têm assassinos à sua disposição. Se um desses homens for aprisionado, por crime de morte, permanecerá na prisão por alguns dias apenas, porque nenhum juiz ousaria iniciar um processo criminal contra ele. Aliás, não se encontrariam testemunhas que ousasse declarar a verdade. Somente são condenados os assassinos que não inspiram nenhum terror por não poderem invocar proteção de algum poderoso. Poderíamos citar uma série infinita de exemplos para apoiar nossas palavras.(Suzannet, *apud* Nequete, 2000, p. 183).

O viajante narra dois fatos que, segundo ele, confirmam suas impressões. O primeiro deles se refere a um suborno do suborno do chefe de Justiça no Pará:

---

[263] Na verdade, até esse período, havia apenas quatro Tribunais de Relação, que absorviam as causas de todas as Províncias. Havia sim juízes locais nos termos e comarcas, conforme abordado anteriormente.

> Um assassino foi preso no Pará; como a família da vítima tivesse insistido no prosseguimento do processo judicial, o homem ia ser condenado, quando lhe veio a idéia de recorrer ao suborno para livrar-se. Tratou com o Chefe de Justiça, Dr. Jaguarete, que se fosse absolvido lhe enviaria seiscentos francos. Foi o suficiente; o assassino foi absolvido; mas, uma vez livre, esqueceu-se do compromisso. Alguns meses mais tarde, o Dr. Jaguarete, tendo sabido que esse mesmo homem havia entregado mercadorias a um negociante, apresentou-se para cobrar a sua dívida, explicando sem rodeios os motivos que tinham obrigado o devedor a assumir esse compromisso, sem o qual teria sido condenado como assassino. (Suzannet, *apud* Nequete, 2000, p. 183).

Em outro caso, narra a situação de suborno de um juiz na região de Minas Gerais:

> Certo negociante, chamado Abron, que se dedicava a um comércio importante entre Belmonte e Minas Nova, vivia com uma moça; teve ele a infelicidade de falar diante do irmão da sua amante a respeito de quantias consideráveis de que era possuidor. O irmão que, até esse dia, havia aprovado as relações de sua irmã com esse amante, resolveu assassiná-lo por ver nisso um bom negócio. A Justiça do país apossou-se do espólio da vítima; o juiz e o assassino repartiram entre si as mercadorias e o dinheiro. Um sobrinho do morto, esperando obter os despojos da herança do seu tio, foi a Belmonte tratar do assunto e insistiu com o juiz para que lhe entregasse as mercadorias que ainda não tinham sido vendidas. O juiz fatigado lhe respondeu: "Você sabe o que aconteceu ao seu tio, fique quieto senão terá o mesmo fim". O pobre sobrinho amedrontado teve que renunciar aos seus direitos, para que a ameaça não fosse levada a efeito. (Suzannet, *apud* Nequete, 2000, p. 183-184).

E, para reforçar sua descrença com o sistema de justiça brasileiro, o viajante citou o relatório do próprio Ministério da Justiça, de 1843, reconhecendo a impotência da Justiça diante do poder dos fazendeiros que ordenaram assassinatos:

> Custa crer, mas o Ministério da Justiça declara no seu relatório que nenhum criminoso pôde ser detido. "Os assassinos são mandados por homens ricos, que oferecem asilo e proteção aos que eles empregam a fim de se fazerem respeitados e temidos pelos seus vizinhos proprietários. É difícil admitir que esses homens façam parte de um povo livre e sejam cidadãos em um Império constitucional. Parecem ser, apenas, um grupo de senhores e vassalos. Toda a autoridade política e judiciária depende dos senhores, que têm o direito de escolher e nomear os funcionários que lhes convém." Reina o feudalismo em um estado constitucional, e é o próprio governo que constata esse fato, confessando a sua importância. (Suzannet, *apud* Nequete, 2000, p.184).

Nas viagens pelas províncias do Rio de Janeiro e Minas Gerais em 1820, Hermann Burmeister enfatizou o peso das relações pessoais, da corrupção e da troca de favores no Poder Judicial brasileiro, que afetava não apenas os juízes remunerados, mas também os que não recebiam vencimentos, como os jurados. Esse hábito levava ao descrédito da população

que já não confiavam mais na Justiça. No seu relato destaca não apenas a prática de suborno, mas também o peso da posição social e da cor da parte no julgamento dos casos:

> O hábito já inveterado das decisões injustas faz com que ninguém se preocupe mais com o direito, mas antes com as condições que hão de prevalecer para as deliberações. Assim, o mais rico sempre ganhará do mais pobre; o branco, do homem de cor; e, no caso de um processo entre brancos, vencerá o que tiver mais prestígio ou posição social, o mesmo acontecendo nas demandas entre mulatos ou pretos. Ninguém pode remediar tal deficiência, e um homem que, por correção ousasse opor-se à maioria, ver-se-ia expulso do seio da sociedade ou apontado como réprobo. (Burmeister, *apud* Nequete, 2000, p.188).

O relato do viajante prossegue, citando exemplo de um europeu naturalizado[264] que, na qualidade de jurado, querendo defender seu ponto de vista, se viu obrigado a fazer riscar seu nome da lista de jurados sob a alegação de que não sabia suficientemente o vernáculo para poder acompanhar os debates. Segundo o viajante, nos julgamentos pelo Júri a acusação geralmente perde,[265]e atribui esse desfecho ao fato de que ninguém se atreveria a absolver assassinos notórios e defraudadores e muito menos quando os acusados são ricos ou membros de alguma família influente. Porém, o mau exemplo vinha principalmente do Governo, que concedia honrarias a pessoas ricas, inclusive título de nobreza (como de baronato) a pessoas ricas, cuja fortuna provinha, na maioria dos casos, de fraudes cometidas contra o fisco. Nesse modelo de Justiça, "quem não for condenado é considerado íntegro, embora tenha cometido grande número de fraudes e falcatruas, e quem pode pagar é absolvido" (Burmeister, *apud* Nequete, 2000, p.188).

O papel do governo no sistema de troca de favores da sociedade imperial foi considerado também nos estudos de Andrei Koerner, segundo o qual:

> os grandes proprietários rurais reconheciam a ordem política imperial, tendo como contrapartida o controle do exercício desta no âmbito local. Por outro lado, o governo central concedia títulos nobiliárquicos, delegava funções e permitia o controle do aparato estatal pelos proprietários rurais. Por outro lado, os proprietários atuavam sobre o governo central por mecanismos clientelistas de representação política, não só a fim de obter vantagens específicas, mas também na defesa de seus interesses comuns. (Koerner, 2010, p. 50-51).

O desalento do viajante Hermann Burmeister em relação à justiça brasileira é notório,

[264] Não se pode descartar a abordagem enviesada do viajante, dada a tendência dos europeus de se apresentar como ser civilizado, evoluído, honesto, em contraponto a tudo que vinha das colônias. Mas o relato merece crédito, dado o contexto analisado.

[265] A generalização é equivocada, pois, ao menos quando o negro era réu, os casos geralmente levavam à condenação, aspecto que será analisado no tópico seguinte.

pois acreditava que, apesar da suposta igualdade perante a lei, a justiça era distribuída de modo desigual:

> Conforme disse, não há diferença de cor, posição ou riqueza perante a lei, mas hábitos já inveterados fazem com que tais diferenças de fato existam.[266]Nos anais da justiça brasileira, será difícil encontrar um caso em que um pobre ganhe de um rico ou que tenha sido feita justiça a um mulato contra um branco. Ninguém se admira, pois, de que cada um se defenda como pode, que o pobre e o homem de cor prefiram tornar-se criminosos antes de serem marcados como tais, injustamente, por um tribunal que carece de sentido da justiça.[267] O número dos que fazem justiça pela própria força é bastante grande, sempre com certos motivos para justificar-lhes a atitude. (Burmeister, *apud* Nequete, 2000, p.188).

Apesar da visão distorcida do viajante sobre alguns aspectos da realidade brasileira, os relatos convergem com as impressões de notáveis brasileiros da época quanto ao descrédito do Sistema de Justiça, conforme apresentado anteriormente. E, pelo visto, o péssimo hábito de favorecimento da elite imperial perante as Cortes de Justiça não passou despercebido aos olhos dos forasteiros!

Outro fator que precisa ser considerado para entender a falta de independência do Poder Judicial do período oitocentista é a existência do Poder Moderador e a atuação do Conselho de Estado, tendo este influenciado decisivamente na interpretação da lei e nos desfechos dos casos julgados pelos magistrados.

De acordo com o artigo 10 da Constituição Imperial de 1824, havia quatro poderes: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial. Na configuração de poder do Império, o Poder Moderador, exercido soberana e privativamente pelo Imperador, tinha como objetivo a manutenção da independência, equilíbrio, e a harmonia dos demais poderes. Para tanto, os artigos 101[268] e 154[269] lhes conferia prerrogativas que

[266] Vê-se que o viajante conhece pouco da realidade brasileira, já que o instituto da escrvidão perdurou até o final do século. Até então o negro não era formalmente cidadão e não havia sequer clareza, na legislação, quanto ao gozo dos direitos civis pelas pessoas livres de cor. A luta do Conselheiro Rebouças, conforme abordado anteriormente, era para assegurar a igualdade de direitos para os libertos.

[267] O relato contém clara distorção da realidade brasileira no que concerne à igualdade formal entre as pessoas e à origem da criminalidade. A historiografia da escravidão demonstra, inclusive, que uma das estratégias utilizadas pelos negros era o cometimento de crimes para se livrar dos excessos dos castigos senhoriais. Esse aspecto será abordado nos tópicos seguintes.

[268] Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador
(...)
VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.
VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.
VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.
IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

[269] Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórma da Lei

possibilitaram interferências diretas no Poder Judicial, tais como suspender magistrados, perdoar e comutar penas impostas aos réus e conceder anistias.

Fato é que, apesar do artigo 151,[270]da Constituição Imperial estabelecer que o Poder Judicial era independente e de haver sinalização no artigo 153[271] de uma espécie de vitaliciedade dos juízes de dreito, a possibilidade de remoção dos mesmos era constitucionalmente assegurada, na forma que a lei estabelecesse.

A Constituição autorizou a criação de um Supremo Tribunal de Justiça, que veio a ser instituído em 1828, para exercer funções meramente recursais, sem qualquer atribuição política de guardião da Constituição.[272]

Restaria ao Poder Moderador, então, o papel de intérprete último da Constituição e das leis, o que, aliado à prerrogativa do Imperador para indicação, nomeação e suspensão dos magistrados em todas as instâncias, aumentava a subserviência ou, ao menos, o receio dos magistrados de desagradar o soberano. Não cabia ao Poder Judicial, portanto, fazer qualquer controle de constitucionalidade das leis e tampouco o controle dos atos do Imperador e da Administração Pública (da Corte e das Províncias).

Quanto ao Conselho de Estado, este foi criado pela Lei nº 234 de 23 de novembro de 1841,[273] regulamentada pelo Regulamento nº 124, de 05 de fevereiro de 1842,[274]para auxiliar o Poder Moderador no exercício de seu mister.[275] Composto por doze conselheiros titulares, além dos substitutos, ambos nomeados pelo Imperador[276]com *status* semelhante ao de

---

[270] Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Civel, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

[271] Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar.

[272] Vide artigo 164:

Art. 164. A este Tribunal Compete:

I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.

II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.

III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes.

[273] BRASIL. Lei nº 234 de 23 de novembro de 1841. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM234.htm. Acesso em: 20.02.2023

[274] BRASIL. Regulamento nº 124, de 05 de fevereiro de 1842. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/regula/1824-1899/regulamento-124-5-fevereiro-1842-560844-publicacaooriginal-84051-pe.html. Acesso em: 20.02.2023

[275] A forma de governar com o auxílio do Conselho já tinha sido inaugurada antes, logo após a Constituição Imperial. Nesse sentido: "Na construção da identidade do Estado Imperial brasileiro, o Conselho de Estado assumiu um papel central. A instituição havia sido criada oficialmente logo após a Independência e confirmada pela Carta constitucional de 1824. Seguia o modelo dos velhos conselhos áulicos europeus, com membros vitalícios, sofrendo a influência de uma prática político-administrativa tradicionalmente associada ao regime monárquico no velho continente. O primeiro Conselho atuou junto ao imperador Pedro I desde 1823, sobrevivendo à sua abdicação em 1831. Extinto no conjunto das medidas de caráter liberal presentes na reforma constitucional de 1834, foi restabelecido em 1841 como expressão dos esforços de reforma e pacificação do país e manutenção da ordem pública após os conturbados anos das regências." (Martins, 2006, p.179)

[276] O Imperador, tão logo completasse 18 anos, teria assento no Conselho, conforme artigo 6º, da Lei de 23 de novembro de 1841.

Ministro de Estado,[277]este Conselho de notáveis gozava de grande prestígio no Império, cabendo-lhe, na forma do art. 4º da citada lei, aconselhar o Imperador quanto aos interesses do Estado e aos negócios relativos ao exercício do Poder Moderador. O art. 7º da lei[278] detalha as atribuições do Conselho, destacando seu papel consultivo.

A configuração do Conselho e os procedimentos criados no regulamento para restringir a atuação judicial dos atos administrativos restauraram uma espécie de contencioso administrativo com mais poderes que na época da reforma do Marquês de Pombal de 1761, conforme anota Nequete (2000, p. 74).[279]Na visão de Maria Fernanda Vieira Martins (2000), a existência de um conselho de notáveis tinha um cunho conciliatório, pois, indiretamente, sempre esteve ligado à idéia de que representava uma saída conciliatória à aceitação do poder pessoal do monarca em uma sociedade política que, mesmo que moderadamente, não ousava desprezar os preceitos liberais que imperavam no cenário internacional (Martins, 2006, p. 180).

Os integrantes do Conselho eram figuras conhecidas no Império, que transitavam na elite política, jurídica e econômica. Eram os "dirigentes saquaremas", na acepção de Ilmar Mattos (1990). Essa composição, é claro, vai ao encontro à ideia de que o Poder Moderador (e o Conselho de Estado, como sua materialização) deveria acomodar os interesses do Imperador, da elite política e econômica.[280] A esse respeito, Maria Fernanda Vieira Martins esclarece que o Conselho traduziu, por um lado, o pensamento do Governo, e, por outro, sua adequação aos interesses dos grupos dirigentes e das elites ali presentes (Martins, 2006, p.

---

[277] A remuneração dos Conselheiros equivale a ⅓ da remuneração dos Ministros, conforme dispunha o artigo 8º da Lei de 23 de novembro de 1841.

[278] Art. 7º Incumbe ao Conselho de Estado consultar em todos os negocios, em que o Imperador Houver por bem ouvi-lo, para resolvê-los; e principalmente:
1º Em todas as occasiões, em que o Imperador se propuzer exercer qualquer das attribuições do Poder Moderador, indicadas no artigo cento e um da Constituição.
2º Sobre declaração de guerra, ajustes de paz, e negociações com as Nações estrangeiras.
3º Sobre questões de presas, e indemnisações.
4º Sobre conflictos de jurisdicção entre as Autoridades Administrativas, e entre estas, e as Judiciarias.
5º Sobre abusos das Autoridades Ecclesiasticas.
6º Sobre Decretos, Regulamentos, e Instrucções para a boa execução das Leis, e sobre Propostas, que o Poder Executivo tenha de apresentar á Assembléa Geral.

[279] O descontentamento da magistratura com a falta de independência era notória e reverberou nas tentativas de reforma do Poder Judicial ao longo do Império. Sobre esse assunto, a obra de Nequete (2000) e de Andrei Koerner (2010) abordam com mais detalhes as propostas de reforma, as leis, decretos e avisos imperiais que possibilitavam uma espécie de controle da atividade jurisdicional, até mesmo por Presidentes de Províncias, e insatisfações de magistrados e integrantes da elite jurídica sobre a falta de independência do Poder Judicial.

[280]No estudo sobre a composição do Conselho, Maria Fernanda Vieira Martins constata o seguinte: "Nesse sentido, observa-se que, no que concerne aos 54 conselheiros que eram também senadores, 43 ou 80% elegeram-se por suas províncias de nascimento ou de atuação; dos 11 conselheiros que haviam representado outras províncias, três eram militares de carreira e dois tinham nacionalidade portuguesa. O mesmo se pode afirmar em relação aos 62 conselheiros que foram deputados, dos quais 47 ou 75% representaram suas províncias. Nesses casos, freqüentemente já possuíam uma carreira sólida na região, como vereadores ou deputados provinciais, vice-presidentes, juízes, inspetores do Tesouro etc." (Martins, 2006, p. 183).

180).

Não surpreende, portanto, que essas figuras notáveis, algumas delas citadas ao longo deste trabalho, transitavam em vários espaços de poder e aparecem na História do Império ocupando diversos cargos (ora como ministros de Justiça, ora como deputados ou senadores, ora como conselheiros de Estado ou como magistrados e procuradores da Coroa). Quanto aos juristas, é importante notar que, aqueles que circulavam no Instituto dos Advogados Brasileiros exerceram forte influência nas indicações para as funções jurídicas, pois seus integrantes aparecem com frequência em cargos importantes na burocracia imperial. A formação jurídica era àquela época uma credencial para participar dos círculos de poder:

> As instituições formais e informais da elite brasileira reforçavam essas relações, servindo como espaços privilegiados de debate e produção intelectual. A convivência nos salões da moda, nos grandes eventos sociais, nos bancos escolares, nos órgãos da administração, nas diretorias de empresas públicas e privadas aproximava naturalmente o grupo. Tal processo de integração tinha continuidade nas Faculdades de Direito de Olinda, São Paulo ou Coimbra, uma formação acadêmica comum que lhes havia proporcionado uma identidade intelectual e cultural que complementava as relações provenientes de uma origem ou convívio cada vez mais estreitos, intensificando os laços. (Martins, 2006, p. 186).

Mas "nem só de juristas vivia o Conselho de Estado",[281]pois ele também acomodava representantes dos proprietários. O peso da representatividade do interesse econômico refletia a geografia do poder, abrindo espaço para famílias de Províncias mais relevantes:

> A nomeação para o Conselho de Estado levava em conta o poder e a influência política, social e econômica desses atores, denunciada por suas próprias origens e trajetórias pessoais e por suas relações sociais e políticas. No que se refere às suas origens, nota-se a concentração nas regiões tradicionalmente reconhecidas como as mais dinâmicas do país — Rio de Janeiro, Bahia, Minas Gerais, São Paulo e Pernambuco —, em função do poderio econômico, social, demográfico e político, dada a importância das famílias oriundas dessas províncias. (Martins, 2006, p. 183).

Os arranjos políticos e institucionais em torno do Conselho de Estado, cujas deliberações impactavam diretamente nas grandes questões do Império, reforçavam as relações de poder imperial. Na visão de Martins, através de suas trajetórias, seguindo conjunturas específicas, seus integrantes alimentavam e refaziam as complexas ligações

[281] Na verdade, além de juristas, o Conselho acomodava também representantes de diversas áreas importantes para a vida econômica do Império, como funcionários ligados à Fazenda Nacional, pessoas de empresas e empreendimentos privados. O estudo de Maria Fernanda Vieira Martins (2006) contém uma análise mais detalhada sobre o assunto.

parentais, sociais e clientelares que mantinham e reproduziam o poderio de suas famílias (Martins, 2006, p. 183).

Com isso, o Conselho de Estado acabou reunindo os mais importantes representantes da política imperial:

> Quanto à principal área de atuação dos conselheiros, pode-se observar que o Conselho de Estado configurava-se indiscutivelmente como uma instituição que priorizava a ação política. Quase todos os conselheiros possuíam uma trajetória ligada à máquina administrativa do Estado, quer como conseqüência de uma formação de nível superior em Direito, como a ocupação dos cargos de juízes e magistrados, quer simplesmente devido a uma vida profissional que lhes permitiu chegar à Corte como membros do Senado, da Assembléia ou do Conselho de Ministros, passando muitas vezes por funções administrativas e legislativas locais, como deputados ou presidentes de províncias. Considerando-se a importância deliberativa dessas instituições, pode-se afirmar que o Conselho de Estado reuniu os mais importantes representantes da política imperial, aqueles que possuíam o poder da tomada de decisões como membros do alto escalão da administração pública. (Martins, 2006, p. 184).

Em relação à legislação, é importante ressaltar que, dos pareceres do Conselho de Estado, emanavam decretos e avisos imperiais assinados pelo Ministro da Justiça e pelo Imperador, regulamentando as leis ou fixando entendimentos sobre sua aplicação, que deveriam ser observados pelos magistrados no julgamento das demandas.

Assim, o Conselho de Estado acabou exercendo o papel de intérprete autêntico das leis e da Constituição, determinando, em termos genéricos, o "verdadeiro" sentido ou disposição de uma norma legal, que deveria ser observado sem mais dúvidas ou hesitação (Koerner, 2010, p. 42).

A ingerência e a influência da Seção de Justiça do Conselho de Estado nas questões jurídicas do Império estão bem esclarecidas nessa passagem do estudo de Maria Fernando Vieira Martins:

> A Seção de Justiça poderia ser considerada a verdadeira responsável pela construção de uma unidade administrativa e jurídica no país. Funcionando, na prática, como uma instância superior, fixou os limites legais, definiu a compreensão da legislação, reformou-a quando julgou necessário, propôs novas leis e regulamentações. A Seção também serviu como árbitro em questões jurídico-administrativas que freqüentemente opunham as autoridades centrais às provinciais ou, como parecia mais comum, na administração dos conflitos entre as próprias autoridades provinciais. Tal atuação mostrou-se fundamental no que se referiu aos freqüentes impasses que envolveram o Legislativo, Judiciário e Executivo regionais diante da disputa permanente de poder, ao menos em meados do século, quando era maior a resistência de

> antigos poderes locais à influência reguladora e centralizadora dos presidentes de província e chefes de polícia nomeados pelo governo central. Juntamente com a Seção do Império, procurou fixar as atribuições dos cargos e autoridades provinciais e municipais, muitas vezes chocando-se frontalmente com os antigos Tribunais de Relação, onde se encastelavam os magistrados representantes dos poderes locais. (Martins, 2006, p. 193-194).

O pensamento desses conselheiros da Corte influenciou a condução dos grandes temas da nação independente que estava se formando, e não seria diferente em relação à escravidão. Cabia ao Conselho orientar o Imperador sobre os projetos de leis, decretos e avisos imperiais para a regulamentação, uniformização e interpretação da legislação escravista (que àquela época era esparsa e abria margem para interpretações de todo tipo) e sobre a gestão da criminalidade escrava, especialmente quanto ao controle das sentenças criminais por meio da concessão de graça, comutação de penas e perdão imperial nas condenações à pena capital.

Com todas essas vicissitudes, é difícil acreditar que "o poder de dizer o direito" incumbido ao Poder Judicial tenha resistido às tentações dos interesses senhoriais e políticos no "tempo saquarema", seja nas microrrelações locais, seja nos arranjos engendrados nas instâncias superiores, passando inclusive pelo Conselho de Estado, pelo Ministério da Justiça e pelo gabinete do Imperador. A saída para os magistrados,[282] segundo se verá no julgamento das ações relacionadas aos corpos negros, era fazer a mediação possível entre as reinvindicações da população escrava e os interesses senhoriais e políticos, tentando conciliar o direito de propriedade dos senhores e a liberdade dos escravos.

Nessa tarefa, os juízes, que viviam o mesmo dilema dos juristas do Império frente à ilegitimidade da escravidão, acabaram contribuindo para a formação de uma justiça de conveniência, que encontrava terreno fértil em uma legislação esparsa, confusa e cheia de lacunas, que dava margem a intepretações contraditórias e se sustentava em uma dogmática cuja consciência "liberal" transitava entre a defesa dos direitos adquiridos dos senhores de escravos sobre a propriedade de seres humanos e o "favor à liberdade" dos escravos africanos.

5.2.1 O "negro-autor" e os dilemas da prova da posse da liberdade nas ações cíveis de liberdade

As reivindicações de liberdade de escravos que chegaram ao Poder Judicial do Império é uma fonte importante para entender a racialização do regime de verdade judicial sobre os corpos negros no período oitocentista. Como em todo regime de verdade, a disputa para estar

[282] Uma típica saída "magistral".

"no verdadeiro" e obter uma sentença favorável do juiz envolveu tensões e resistências, avanços e retrocessos. Embora o corpo negro estivesse em um "jogo de cartas marcadas", as ações cíveis de liberdade talvez tenha sido a estratégia de resistência escrava mais complexa. Utilizando os próprios instrumentos dos dominadores (o sistema jurídico) na luta por reconhecimento de direitos, a população escrava chamou para o "jogo da verdade": os costumes,[283]a lei,[284] os donos da lei,[285]as autoridades responsáveis pela aplicação da lei[286]e uma rede de pessoas livres que transitavam em torno da defesa da liberdade no período oitocentista.[287]Muitos escravos perderam esse jogo, outros conseguiram virar o polo da relação de poder, para a surpresa daqueles que acreditam que a justiça de conveniência levaria inexoravelmente à vitória dos senhores de escravos. É que o dilema entre a liberdade e a escravidão que assombrava a dogmática jurídica e os operadores do Sistema de Justiça produziu algum efeito na aplicação da lei, abrindo brechas para que a luta do corpo negro conseguisse penetrar no discurso judicial, ainda que restritamente.

Como dizia Foucault (2018), as relações de poder não são estáticas e definitivas.[288]Ao contrário, são sempre tensas e há espaço para resistências. Mesmo em situações de dominação engessadas, como era o regime escravista, era possível a inversão do polo das relações de poder. As ações de liberdade foram, nesse contexto, um exemplo de resistência que, pontuais ou não, sacudiram o sistema escravista e, em muitos casos, os escravos foram vencedores.

A utilização do dispositivo jurídico como possibilidade de luta por reconhecimento dos escravos no Século XIX foi enfatizada pela historiadora Keila Grinberg (1994), que, com base nos aportes teóricos de Eugene Genovese (1988) e Edward P. Thompson (1987), ressalta

---

[283] Me refiro às práticas costumeiras que, mesmo antes das leis antiescravistas, possibilitaram as reivindicações perante o Poder Judicial com base na doutrina civilista. Cita-se as promessas de alforria gratuita ou condicional, a compra de alforria por meio de pecúlio, etc, práticas que eram comuns na sociedade escrava, e quando o senhor ou seus herdeiros não cumpriam as obrigações (o que não é nenhuma surpresa), dava margem para ação judicial.

[284] Me refiro especialmente à legislação antiescravista elencadas acima, com base nas quais passou a ser possível se afirmar direitos à alforria ou contestar a escravização ilegal.

[285] Me refiro à classe política e também aos senhores de escravos, os quais eram não apenas parte em uma ação judicial, mas também porque muitos dos senhores de escravos integravam a classe política e exerciam cargos nas Províncias ou na Corte, ou tinham fiéis representantes para defender seus interesses nos espaços de produção da lei (Câmara, Senado) e no Executivo (especialmente nas Províncias).

[286] Com todas as complexidades do Poder Judicial que vimos acima, envolvendo desde o subdelegado até as autoridades da Corte, como o Ministério da Justiça e o Conselho de Estado.

[287] Muitos bacharéis, advogados ou pessoas leigas atuavam nos processos como meros depositários, curadores ou advogados nomeados pelo Estado. Mas houve também advogados abolicionistas e outras vozes em defesa da liberdade escrava ou pessoas que, por razões diversas, tinham interesse na liberdade de um escravo específico, fruto dos agenciamentos mobilizados pelos próprios escravos nas relações cotidianas.

[288] No tópico 2.1 deste trabalho abordei a relação saber-poder, no qual a questão da resistência e possibilidade de alteração dos polos da relação de poder foi colocada. Na visão de Foucault, a resistência é inerente e interna às correlações de força e é formada a partir de uma multiplicidade de pontos de resistência que representam, nas relações de poder, o papel de adversário, de alvo, de apoio, de saliência que permite apreensão. Esses múltiplos pontos de resistência estão presentes em toda a rede de poder. (Foucault, 2018, p.102-105).

a importância do estudo das dinâmicas judiciais para a compreensão do tema. O Direito, nesse sentido, é um campo de possibilidade dos atores sociais e "seu futuro não está apenas marcado pelos limites de classes, se alguém entrar com um processo na justiça, poderá realmente ganhá-lo, embora seja difícil. Afinal, se a possibilidade não existisse, porque os escravos procurariam a justiça?" (Grinberg, 1994, p. 36).

Nessa perspectiva, ainda que, como afirmei acima, existisse um "jogo de cartas marcadas", às vezes os dominadores caíam em suas próprias armadilhas, conforme afirmou a historiadora, na linha dos estudos de Thompson:

> Ele compartilha a idéia de que às vezes os próprios juízes, baseados numa tradição jurídica, entendem que a razão está com os "dominados". Não importa, nesse caso, que tenham sido os representantes dos poderosos os formuladores das bases da tradição: afinal, as regras, mesmo que provavelmente injustas, eram criadas para serem seguidas por todos (e há lugares em que esta premissa não é uma brincadeira); às vezes, os dominantes caíam em suas próprias armadilhas (Grinberg, 1994, p. 36).

O uso dos meios institucionais, entretanto, não significa que os escravos tenham simplesmente "espelhado" ou "refletido" as representações de seus "outros" sociais, como advertiu Chalhoub, pois:

> agiram de acordo com lógicas ou racionalidades próprias, e seus movimentos estiveram sempre firmemente vinculados a experiências e tradições históricas particulares e originais. E isto ocorria mesmo quando escolhiam buscar a liberdade dentro do campo de possibilidades existente na própria instituição da escravidão — e lutavam então para alargar, quiçá transformar, este campo de possibilidades. (Chalhoub, 1990, p. 77).

Não tenho elementos para avaliar o peso das ações de liberdade no processo de abolição da escravidão. Há um longo caminho de pesquisas pela frente e, infelizmente, nossa tradição jurídica dogmático-formalista dificultou, e ainda dificulta, a produção de pesquisas acadêmicas com um olhar jurídico mais crítico sobre a aplicabilidade e a eficácia da legislação antiescravista. Felizmente, a historiografia da escravidão tem feito um relevante trabalho há algumas décadas e vem contribuído para romper com esse silenciamento acadêmico.

As pesquisas historiográficas apontam algumas hipóteses das dinâmicas de acesso da população escrava às Cortes de Justiça. Nos primeiros estudos sobre o assunto, havia a crença de que as demandas de liberdade dos escravos estavam alheias ao aparato judicial, ao menos

até a regulamentação do direito de alforrias pela Lei do Ventre Livre, de 1871, e pela legislação subsequente. O silêncio da lei e a indiferença do sistema de justiça sobre a relação de propriedade entre senhores e escravos seriam, nesse sentido, propositais. Para a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha (1983), por exemplo, o Estado teria optado por deixar esses conflitos por conta da justiça senhorial e do direito costumeiro, já que a concessão de alforria privada era um instrumento de controle e obediência da população escrava:

> o controle privado da alforria tinha assim uma importância crucial: não só mantinha a sujeição, mas permitia a produção de libertos dependentes. Entre escravos mantinha a esperança, por pequena que fosse a probabilidade estatística de conseguir a liberdade, incentivava à poupança e à ética do trabalho; mas condicionava também a liberdade a relações pessoais com o senhor. Entre libertos, abria-lhes a condição de dependentes, mantendo os laços de gratidão e de dívidas pessoais em troca de proteção do patrono. (Cunha, 1983, p. 19).

Avisos do Ministério da Justiça, de 1830,[289] pesquisados pela antropóloga, confirmam a posição oficial do Império em não se intrometer no domínio senhorial nas primeiras décadas do século XIX. Nesses avisos, o Governo foi provocado sobre recusas de senhores em cumprirem as alforrias prometidas aos seus escravos, porém o Ministério da Justiça se limitou a recomendar que fossem priorizados meios conciliatórios para persuadir os senhores a aceitarem o pagamento do valor de seus escravos que desejassem remir-se. Em um desses avisos, o Ministério da Justiça deixou clara a intenção de não se intrometer nas relações privadas, sugerindo que se buscasse "meios dóceis e persuasivos" para convencer uma senhora a conceder a liberdade que havia prometido a sua escrava em troca do valor por ela estipulada:

> "Sobre a liberdade requerida por dois escravos"
> "Desejando Sua Majestade o Imperador facilitar e promover a liberdade de escravos, **sem todavia coactar o exercício do direito dos senhores permitidos (sic) por lei**. Há por bem V.S. procure por meios dóceis e persuasivos, fazerem realizar os suplicantes, João e Manoel, mencionados no requerimento incluso a liberdade prometida por sua senhora uma vez que eles entreguem a soma pela mesma designada" (Queiroz, *apud* Cunha, 1983, p. 7) (grifo nosso)

Na visão de Cunha, a lei positiva, sobretudo as reformas legislativas ocorridas após a

[289] O texto da autora não informa como essas demandas chegaram ao Ministério da Justiça, se por meio de órgãos judiciais, policiais ou outra instância provincial.

Constituição Imperial de 1824, tinha como destinatário os homens livres mais humildes (a "gentinha"). Para os que estavam acima da lei (a elite imperial) e os que estavam abaixo (os escravos), a realidade era bem diferente:

> Mas há outras duas camadas, a dos que estão acima da lei e a dos que estão abaixo dela. Escravos, negros livres e libertos, assim como os homens ricos aparecem nos tribunais e nas proporções francamente abaixo das suas proporções na população (...) Para os que estão aquém como para os que estão além da lei, vigora o direito costumeiro, caracterizado pela ausência de instituições formais que o sustentam. (Cunha, 1983, p. 21).

Sob essa ótica, às relações entre senhores e escravos prevaleciam o direito costumeiro e a justiça particular dos senhores. Então, o sistema judicial teria tido papel irrelevante na luta pela liberdade dos escravos no período oitocentista.

Pesquisas posteriores, porém, têm demonstrado que a arena judicial, embora restrita, foi um palco importante de disputas em torno da liberdade de escravos.[290] É bem verdade que as instituições judiciais eram um espaço de resistência restrito para população escrava e nisso a afirmação de Cunha sobre os canais legais que tinha o escravo para fazer valer seus direitos deve ser levada em consideração:

> Que canais legais tinha um escravo para fazer valer os direitos dessas eventuais leis? Para dar queixa, necessitava da intermediação de seu senhor. À falta deste, havia - mas segundo algumas interpretações apenas - a possibilidade de recorrer à intermediação do Promotor Público ou de "qualquer do povo". Supondo que ainda assim conseguisse dar queixa de seu senhor, o que vimos ter acontecido, que apoio poderia esperar dos juízes? (Cunha, 1983, p. 10).

Analiso adiante esses canais legais que foram utilizados pelos escravos na luta por reconhecimento de seus direitos de liberdade no período oitocentista e, com o auxílio da historiografia da escravidão, procuro entender como o Poder Judicial conduziu essas demandas.

Nesse percurso, não se pode perder de vista alguns traços desse regime de verdade já

[290] Vale aqui a advertência de Grinberg, que divergia de Manuela Carneiro da Cunha sobre a relevância da lei positiva e o papel do Poder Judicial na liberdade dos escravos no período oitocentista: "Afinal, mesmo que tenha sido relativamente pequeno o número de escravos agraciados pelas sentenças desses tribunais não pode ser considerado de pouca monta.
Retomando o artigo e Manuela Cunha, não se trata, aqui, apenas de questonar suas conclusões, teimando na participação do Estado na passagem da liberdade para a escravidão e vice-versa; a crítica básica é o fato de ela ter limitado as formas de o escravo conseguir a sua liberdade, e daí ter formulado afirmações gerais sobre a questão. É caso, portanto, de insistir que a relação senhor, escravo, Estado, é um pouco mais complexa do que compartimentar os campos de ação entre direito costumeiro e direito positivo, senhores e escravos de um lado, cidadãos e Estado de outro." (Grinberg, 1994, p. 46-47).

abordados anteriormente, quais sejam: a) A Constituição Imperial não deixava dúvidas sobre a condição do negro na ordem jurídica imperial, legitimando a escravidão, negando a plena cidadania aos libertos e dando sustentação à criação e aplicação de uma legislação ordinária que legitimava o domínio senhorial e as violências perpetradas contra a população escrava ao lado de uma legislação antiescravista engendrada num contexto de tensões, resistências e disputas de poder que contribuiu para o adiamento da abolição da escravidão até o final do século XIX; b) a dogmática jurídica casuística, na qual o mal da escravidão era repudiado por meio da retórica jurídica e de fugas discursivas e ao mesmo tempo sustentada por uma lógica ambivalente de proteção dos direitos adquiridos dos senhores sobre a propriedade de seres humanos, acompanhada de algumas flexibilizações ou "concessões" aos escravos com base na Lei da Boa Razão, na doutrina romana do "favor à liberdade" ou mesmo em princípios humanitários herdados do iluminismo; e c) a justiça de conveniência, cuja função era fazer a mediação possível entre as reivindicações da população escrava, os interesses senhoriais e os interesses políticos, tentando conciliar o direito de propriedade dos senhores e a liberdade dos escravos.

Com base no que foi visto até aqui, é possível elencar as hipóteses legais que poderiam fundamentar o direito dos escravos de obter a alforria compulsória, ou seja, compelir o senhor, por meio das instâncias judiciais, a conceder a liberdade.

A primeira hipótese se refere à prática estabelecida pelos costumes, existente antes mesmo de qualquer regulamentação da alforria e do pecúlio pelas leis supramencionadas. Na dogmática de Perdigão Malheiro (1866, p. 53) não havia, entre nós, nenhuma lei que garantisse ao escravo o pecúlio, mas a prática era aceita pelos senhores e deveria ser respeitada.

> Nâo é raro, sobretudo no campo, ver entre nós cultivarem escravos para si terras nas fazendas dos senhores, de consentimento destes; fazem seus todos os frutos, que sâo seu pecúlio. — Mesmo nas cidades e povoados alguns permitem que os seus escravos trabalhem como livres, dando-lhes porém um certo jornal; o excesso é seu pecúlio: — e que até vivam em casas que nâo as dos senhores, com mais liberdade"(Malheiro, 1866, p. 55).

Os estudos jurídicos e historiográficos sobre a escravidão atestam que a concessão de alforria (gratuita ou onerosa, condicional ou incondicional) por iniciativa dos senhores de escravos, era uma prática comum na sociedade escravista. A propósito, a promessa de alforria, como já relatado anteriormente, foi uma estratégia disciplinar utilizada pelos senhores para

controle e obediência da população escrava.[291] Havia também a prática dos escravos juntarem recursos financeiros, prestando serviços e atividades que lhe rendiam algum valor quando lhe permitisse o senhor, ou mesmo, por meio de doações e esmolas. Assim, antes da regulamentação jurídica do pecúlio, já era costume os escravos formarem uma espécie de poupança para comprar a sua liberdade, pagando a indenização fixada pelo senhor.[292] A historiografia da escravidão aponta também a existência de pessoas que, por circunstâncias diversas, se interessavam pela liberdade dos escravos e pagavam o preço pela sua liberdade, negociando diretamente com o senhor do escravo ou entregando a quantia correspondente negociada entre este e o escravo.

Sob a perspectiva jurídica, tendo em vista que o escravo era coisa móvel, essas práticas costumeiras estavam amparadas na dogmática civilista como qualquer contrato de compra e venda, doação ou disposições de última vontade (testamentos), conforme o caso, abrangidas que estavam no direito dos proprietários de dispor livremente dos seus bens. Assim, eventuais conflitos sobre o ato ou o negócio jurídico, como a recusa do senhor ou de seus herdeiros em cumprir a obrigação assumida, poderiam ser resolvidos nas instâncias judiciais.

Somente a partir de 1831 é possível afirmar que a lei positiva passou a contemplar expressamente o direito subjetivo de liberdade por parte dos escravos. Isto porque, a proibição do tráfico negreiro[293] inaugurou o projeto de abolição gradual da escravidão no Brasil, sobrevindo uma sucessão de leis que concediam direitos de liberdade aos escravos.[294]

Pela Lei Feijó, de 1831, todos os escravos que entraram no território ou portos brasileiros vindos de fora do país tinham assegurado o direito de serem declarados livres. Considerando que o tráfico negreiro não cessou, o número de escravos com direitos à liberdade cresceu paulatinamente na medida em que a importação ilegal de africanos continuava a todo vapor. Então, nas derradeiras décadas do século XIX, é possível que grande

---

[291] "Um dos pilares da política de controle social na escravidão era o fato de que o ato de alforriar se constituía numa prerrogativa exclusiva dos senhores. Ou seja, cada cativo sabia perfeitamente que, excluídas as fugas e outras formas radicais de resistência, sua esperança de liberdade estava contida no tipo de relacionamento que mantivesse com seu senhor particular. A idéia aqui era convencer os escravos de que o caminho para a alforria passava necessariamente pela obediência e fidelidade em relação aos senhores. Mais ainda, e como veremos detalhadamente adiante, a concentração do poder de alforriar exclusivamente nas mãos dos senhores fazia parte de uma ampla estratégia de produção de dependentes, de transformação de ex-escravos em negros libertos ainda fiéis e submissos a seus antigos proprietários." (Chalhoub, 1990, p. 100).

[292] A título exemplificativo cita-se a prática ocorrida no Rio de janeiro: "Uma boa parte dos escravos trabalhava no ganho, ficando obrigados a dar ao senhor um jornal previamente estipulado; havia aqueles que viviam longe dos senhores, morando em cortiços ou nos locais de trabalho; não havia como evitar que os negros conseguissem dinheiro através de jornadas extras de trabalho, de empréstimos, ou então com a ajuda de amigos e familiares." (Chalhoub, 1990, p. 161).

[293] Que se concretizou em 1854, com a Lei Eusébio de Queiroz.

[294] Conforme abordado no tópico 5.1 deste trabalho.

parte da população escrava existente no Brasil[295] fosse vítima de escravização ilegal e, em tese, poderia utilizar a via judicial para pleitear a liberdade.

As hipóteses legais aumentaram com a Lei do Ventre Livre (Lei nº 2.040 de 28 de setembro de 1871) e com a Lei dos Sexagenários (Lei nº 3270 de 28 de Setembro de 1885), que contemplaram diversas situações de alforria, tais como os filhos de escravas nascidos após a publicação da Lei do Ventre Livre, os que alcançasse a idade sexagenária, a ausência da matrícula no livro especial de escravos, o abandono dos senhores, a compra de alforrias por pecúlio dos escravos, por terceiros ou pelo fundo de emancipação, os escravos pertencentes à Nação, os dados em usufruto à Coroa, os de heranças vagas.

Por fim, havia outras situações que, estando o indivíduo na condição de livre, poderia ser vítima de escravização ilegal, o que abrangia, por exemplo, a tentativa de reescravização de libertos, a escravização de escravos que eventualmente tivesse reingressado no Brasil vindo de país onde a escravização não era permitida, o que, em tese, lhe conferia a condição de liberto, e outras hipóteses que batiam às portas da Justiça sob as mais variadas alegações.

Os instrumentos processuais para tanto eram as chamadas ações de liberdade cujas hipóteses de cabimento foram resumidas, de forma precisa, por um jurista do século XIX, Adolfo Cirne, em um artigo publicado em 1930, incorporado na obra de Lenine Nequete (1988, p. 291-298):

> As ações de liberdade entre nós tem lugar em diversas hipóteses: assim, ou pode ser restituído à sua liberdade natural aquele que ilegal e abusivamente está dela privado; ou aquele que, tendo estado a princípio legalmente sujeito à escravidão, deixou entretanto de o ser por qualquer circunstância; ou finalmente aquele que, reconhecendo e confessando a legalidade de seu estado servil, oferece entretanto uma indenização em troca de sua liberdade. (Cirne, *apud* Nequete, 1988, p. 292).

Partindo das hipóteses de cabimento abordadas acima e da doutrina processual do jurista oitocentista, temos que o sistema jurídico do século XIX admitia quatro tipos de ações que poderiam ser formuladas em nome dos escravos:[296]a) ação de liberdade oprimida; b) a ação de liberdade por pecúlio; c) ação de liberdade pelo fundo de emancipação; e d) a ação de liberdade por disposição de lei. (Cirne, *apud* Nequete, 1988).

---

[295] De acordo com o Censo Demográfico de 1872 (o único realizado na época da escravidão), a população brasileira possuía aproximadamente 10 milhões de habitantes, dos quais 1,5 milhão eram escravizados (15% dos habitantes). (BRASIL. Primeiro Censo Demográfico de 187. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/1o-censo-do-brasil-feito-ha-150-anos-contou-1-5-milhao-de-escravizados. Acesso em: 09/04/2023).

[296] "Em nome dos" escravos, já que estes não tinham capacidade de direitos, necessitando, portanto, de intermediários para demandar em juízo.

Dos ensinamentos de Cirne, tem-se que a **ação de liberdade oprimida** tinha lugar nas situações em que o escravo, na condição de livre, fosse vítima de injusto e ilegal cativeiro. Antes da Lei do Ventre Livre, o rito dessa ação era utilizado nas hipóteses de escravização ilegal, tais como nos casos de vítimas de tráfico ilegal, os que reingressavam de países onde a escravidão não era permitida, ou até mesmo nos pedidos de liberdade decorrentes de práticas costumeiras não reguladas pela lei. Entre os fundamentos legais dessa ação estava o Alvará de 10 de março de 1682, que estabelecia um rito sumário para as causas de liberdade. Segundo o aludido alvará: "seria sumário o conhecimento da causa, pelos danos que do contrário resultariam, tanto aos senhores, como aos escravos, da demora das causas ordinárias" (BRASIL, 1870, p. 1045-1047).

Em linhas gerais, esse rito sumário implicava o seguinte: a) a desnecessidade de audiência de conciliação;[297]b) isenção de custas processuais; c) a inversão do ônus da prova, ou seja, o ônus da prova caberia ao réu, não ao autor; d) a apelação de ofício quando a sentença fosse contra a liberdade; e) em caso de dúvidas, o juiz deveria decidir em favor da liberdade, que era a doutrina romana do "favor à liberdade", presente também no Alvará de 16 de janeiro de 1773 (Silva, 1858, p. 639-640) e no Livro 4 das Ordenações Filipinas; (BRASIL, 1870); f) quando o autor apresentasse documento comprobatório da condição de livre, o juiz poderia conceder um mandado de manutenção em seu favor, nomeando-lhe um depositário que ficaria responsável pelos valores que o escravo obtivesse com serviços prestados durante a ação para, ao final, ser entregue à parte vencedora, se fosse o caso.

A **ação de liberdade por pecúlio**, por sua vez, tinha fundamento na Lei do Ventre Livre e no decreto regulamentador.[298]Competia ao escravo, mediante indenização, requerer a sua liberdade. A lei estabelecia três formas de manejo dessa ação: a) pedido de indenização por acordo, em que se peticionava ao juiz para depositar o valor da indenização, o senhor de escravo era notificado sobre o pedido e, havendo acordo sobre o valor e com o respectivo depósito da quantia correspondente, seria expedida a carta de alforria, sendo então extinto o processo; b) quando o valor da indenização pelo escravo já estava fixado em inventário ou outro documento de avaliação, o escravo poderia peticionar ao juiz, juntando o comprovante da avaliação e o depósito da quantia correspondente. Nesse caso, deveria o juiz expedir a carta

[297] Segundo Adolfo Cirne, "tendo a conciliação por fim alguma transação sobre o direito que se vai demandar, nenhuma transação pode ser feita contra a liberdade, que é direito natural e não pode ser voluntariamente renunciada" (Cirne *apud* Nequete, 1988, p. 293).

[298] O Decreto nº 5135, de 13 de Novembro de 1872, aprova o regulamento geral da lei; ao passo que o Decreto nº 4.835, de 1º de dezembro de 1871, regulamenta a matrícula especial dos escravos e dos filhos livres de mulher escrava.

de alforria e intimar o senhor de escravo ou seus herdeiros, conforme o caso, para levantar o preço da avaliação que foi depositado, pondo fim ao processo; c) pecúlio por arbitramento judicial, em que o juiz determinava o depósito judicial do escravo, nomeando-lhe o curador, sob a guarda e responsabilidade de quem ficava o escravo durante a ação, cabendo ao curador defender o direito do escravo na ação. O senhor de escravo era citado sobre o pedido de arbitramento, nomeava-se o avaliador da confiança do juiz. Feito o arbitramento judicial e pago o valor correspondente, seria emitida a carta de alforria, com a consequente extinção do processo.

Quanto à **ação de liberdade pelo fundo de emancipação,** esta era baseada na Lei do Ventre Livre, que criou o fundo de emancipação governamental para indenizações por alforrias de escravos. Seu rito era similar à ação de alforria por pecúlio, com as seguintes peculiaridades: quem iniciava a ação era a Fazenda Nacional contra o senhor do escravo classificado para ser alforriado pelo fundo de emancipação. Notificado o senhor, este deveria declarar o valor estimado de indenização do escravo. Se o senhor não declarasse o valor durante o processo ou se declarasse valor considerado excessivo, o processo seguia o rito do arbitramento judicial.

Por fim, a **ação de liberdade por disposição de lei** era a medida judicial cabível naquelas hipóteses de concessão de alforria previstas na legislação antiescravista mencionadas acima, as quais reconheceram a condição de liberto em várias situações. O escravo que estivesse nessa condição poderia ajuizar a ação para que fosse declarado livre e ter restituída a posse da sua liberdade. O rito dessa ação era sumário, similar à ação de liberdade oprimida, e, ressalvadas algumas peculiaridades relacionadas ao fundamento da ação, procedia-se da seguinte forma: o escravo, por pessoa interposta, deveria peticionar ao juiz requerendo sua liberdade com base em alguma das hipóteses legais, instruindo a ação com a prova das suas alegações. O juiz nomeava o curador para a defesa do escravo, notificava o senhor para manifestação e procedia-se as diligências necessárias para o esclarecimento (interrogatório do escravo, do senhor, herdeiros, testemunhas, etc), decidindo ao final sobre o estado de liberdade do escravo. Cabia apelação "de ofício" quando a sentença fosse contra a liberdade,[299]mas havia divergência sobre a possibilidade de apelação das decisões contrárias.

Às ações de liberdade soma-se às chamadas **ações de escravidão,**[300]que eram

[299] O Art. 7º, da Lei do Ventre livre previa o seguinte:
Art. 7º Nas causas em favor da liberdade:
§ 1º O processo será summario.
§ 2º Haverá appellações ex-officio quando as decisões forem contrarias á liberdade
[300] também denominadas de ação de reescravização ou de manutenção da escravidão

formuladas pelos senhores com o objetivo de reescravizar os escravos que entendiam estar ilegalmente em liberdade.

É importante ressaltar que, como ainda não havia um Código de Processo Civil no Brasil e a legislação processual era esparsa, o rito adotado nessas ações podia sofrer alterações, a depender da interpretação do juiz e das peculiaridades do caso concreto.

Em uma passagem do texto do Cirne consta que, nas ações de liberdade por disposição legal, o juiz deveria proceder "administrativamente",[301]sem forma alguma de juízo, por não haver propriamente ação de liberdade, mas antes de simples reconhecimento de pessoa livre.[302](Cirne, *apud* Nequete, 1988, p. 297). À primeira vista, pelas palavras do jurista, a ação de liberdade não demandaria muito trabalho da burocracia judicial, pois o magistrado não precisaria se preocupar em fazer muito esforço interpretativo sobre direito à liberdade, mas tão somente reconhecer o estado de liberdade com base nas provas documentais e orais produzidas nos autos.

Entretanto, a dinâmica das ações de liberdade não era tão simples assim, pois os escravos tiveram de enfrentar um regime de verdade judicial racializado. Por mais simples que fosse o fundamento do pedido, havia uma série de obstáculos ao longo da marcha processual que dificultava, e em certas situações, até mesmo, impedia o efetivo acesso dos escravos à Justiça do Império.

De qualquer maneira, não há elementos para afirmar que essas ações eram ineficazes ou que a legislação antiescravista não tenha produzido nenhum efeito.[303]Segundo o levantamento feito pela historiadora Keila Grinberg (1994) relativamente às ações que tramitam no Tribunal da Relação da Corte (Rio de Janeiro) no Século XIX**,** foram contabilizadas 158 ações de liberdade cujo desfecho final foi a libertação do escravo, contra 165 que resolveram pela permanência da condição de escravo. (Grinberg, 1994, p. 24), ou seja, quase metade das ações foi favorável aos escravos.

Para a historiadora, não se pode precisar o período em que existiram ações de liberdade no Brasil, mas é possível que esse tipo de demanda tenha aportado aos tribunais já no final do século XVIII. Das ações a que teve acesso, havia um ação de liberdade do ano de 1806, e as demais estavam distribuídas ao longo de todo o século XIX. Esse aspecto confirma que, mesmo antes da Lei Feijó, de 1831 (que declarou livre os escravos que viessem a ser

---

[301] Com base no art 85, do Decreto nº 5135, de 13 de Novembro de 1872, que assim dispõe: "Art. 85. Nos casos para que este regulamento não designa fôrma de processo, o juiz procederá administrativamente."
[302] O autor faz referência à previsão do Alvará de 16 de janeiro de 1773. (Silva, 1858, p. 639-640).
[303] A autora analisou 671 documentos, sendo 380 relativos às ações de liberdade e 291 de processos criminais, obtidas junto ao Arquivo Nacional do Rio de Janeiro. (Grinberg, 1994, p. 22).

importados ilegalmente), e das hipóteses legais de alforria e liberdade criadas pelas leis de 1871 (Lei do Ventre Livre) e de 1885 (lei dos sexagenários), o direito costumeiro serviu de fundamento para os escravos buscarem o reconhecimento judicial da liberdade.

Quanto à distribuição espacial dessas ações na Corte, Grinberg esclarece que os processos tramitaram nas mais diversas regiões do país, mas principalmente no Sudeste e no Sul, com recursos perante o Tribunal da Relação da Corte, talvez pelo fato de que até 1874 era o único responsável por estas regiões. Os principais argumentos dessas ações eram: o direito à carta de alforria; a alegação de que o escravo (ou a mãe, avó, bisavó) já havia sido libertado antes; a tentativa de compra de alforria; as acusações de violência, e a alegação de ter chegado ao Brasil após o término do tráfico negreiro; e ações de liberdade impetradas pelos senhores para chamar de volta escravos que viviam ilegalmente em liberdade (Grinberg, 1994, p. 25).

Em linhas gerais, os fatos eram os seguintes:

> Os casos em que os escravos alegam o direito à carta de alforria são aqueles em que os senhores prometeram-lhes dar a liberdade, geralmente verbalmente, e não cumpriram, ou então eles os alforriaram em testamentos e seus herdeiros não os quiseram libertar. O termo jurídico para as ações em que o argumento é o de que o escravo já tinha sido libertado antes é "ação de manutenção de liberdade": é quando o liberto, já vivendo como tal, sofre tentativas de rescravização por parte de seu antigo senhor ou de qualquer outro homem livre. Nas ações de "ventre livre", os escravos alegam ser descendentes de uma mulher livre; portanto, seriam também livres e não poderiam ser rescravizados. Os casos de compra de alforria são aqueles em que o escravo tenta comprar sua liberdade e o senhor não permite, ou então quando este desrespeita um acordo anteriormente feito com o primeiro sobre o valor. Os processos com base na data de chegada ao Brasil são alegações de que o escravo teria chegado depois da primeira proibição do tráfico negreiro, em 1831; e os de violência são aqueles em que o senhor é acusado de ser muito violento no trato com seus escravos ou de forçar alguma escrava à prostituição. (Grinberg, 1994, p. 25).

A pergunta que Grinberg coloca é, como foi possível quase metade do número de ações ter chegado à Corte de Apelação do Rio de Janeiro e ter tido resultado favorável? Essa pergunta ficou mais complexa quando comparou o resultado das decisões do juiz de primeira instância e as decisões dos recursos de apelação:

> Às vezes, ele concedia a liberdade, o Tribunal da Relação voltava atrás e a negava; mas o juiz também podia considerar que o escravo em questão não tinha direito à libertação, e o Tribunal resolveu concedê-la. **O curioso é que casos como este último ocorreram em número maior do que o primeiro**. Assim, de acordo com os dados desta amostragem, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro libertou mais escravos que os juízes de primeira instância o fizeram. (Grinberg, 1994, p. 27). (grifo nosso)

Partindo dos dados pesquisados por Grinberg, se, por um lado, não é possível afirmar que o Poder Judicial era indiferente aos direitos dos escravos, ao menos em segunda instância, por outro, havia obstáculos processuais para a população escrava acessar a Justiça. Assim, ainda que tenha havido relativo êxito nas demandas existentes, é certo que a escravização ilegal era disseminada no período oitocentista, notadamente a partir da proibição do tráfico negreiro em 1850. Então, a análise dos processos, independentemente da amostra, embora seja relevante para entender as dinâmicas das disputas judiciais pela liberdade na burocracia judicial, não afasta a inexorável constatação de que o número de escravos que bateram à porta da Justiça era inexpressivo em comparação ao elevado número de escravos reduzidos ilegalmente à escravidão. A cifra oculta, nesse sentido, deixa um frondoso espaço para pesquisas vindouras.

Ao que pertine a este trabalho, interessa enfatizar os obstáculos jurídicos que o escravo enfrentava para o acesso à justiça, pois, poucos escravos conseguiam acesso ao instrumento judicial em primeira instância e os poucos que conseguiram se esbarravam numa justiça de conveniência que tendia a ser mais favorável aos senhores de escravo. Outros tantos obstáculos haviam para que os processos chegassem aos Tribunais de Relação. Apesar da regra da "apelação de ofício", é bem provável que grande parte dos casos tenha estacionado na primeira instância, onde a chance de êxito dos escravos era menor, na medida em que os julgadores estavam mais propícios às relações de compadrio, às pressões do poder local dos senhores de escravos e à toda sorte de troca de favores típica da sociedade imperial.

Um dos traços do funcionamento do regime de verdade judicial nessas ações cíveis de liberdade é o conjunto de obstáculos processuais para o acesso do escravo ao Poder Judicial que, por razões de método, denomino de interdição do corpo negro no processo de veridição, pois havia procedimentos legais de exclusão da voz do negro nas ações de liberdade: sua voz entrava no discurso judicial geralmente por pessoas interpostas (curadores, advogados, juízes) e quando era vocalizada pelo próprio escravo (e atermada nos autos do processo por meio de interrogatórios) não era ouvida com a mesma credibilidade das pessoas livres.

Na lei positiva e na dogmática jurídica, o escravo era considerado coisa. Nas palavras de Teixeira de Freitas, na classe dos bens móveis entram os semoventes, e na classe dos semoventes entram os escravos. (Freitas, 2003a, p. 35). Consequentemente, para o Direito Civil, ele não tinha capacidade de direito. Era assemelhado aos que, na época, eram considerados incapazes para os atos da vida civil, como os menores, os loucos e as mulheres. Com isso, a dogmática jurídica sempre restringiu a legitimidade ativa do escravo para estar

em juízo e o valor de suas declarações, seja como parte seja como testemunhas. A dogmática de Perdigão Malheiro resumiu bem as exceções em que o escravo poderia ser considerado em juízo:

> O escravo não póde estar em Juizo; excepto: 1.° nas causas espirituais, v. g. sobre matrimonio; 2º nas concernentes à sua liberdade; 3.° nas. que forem de evidente interesse publico. - Igualmente não póde ser testemunha, excepto: 1º se é havido geralmente por homem livre; 2º se a verdade se não póde provar de outro modo; 3º Como informante. (Malheiro, 1866, p. 62).

Essa formulação jurídica levava à incapacidade processual do escravo para demandar em juízo nas causas em geral, porém, mesmo nas ações de liberdade, era necessário que uma pessoa livre encampasse suas demandas, pois o escravo sequer era alfabetizado e não saberia redigir uma petição. Se, na condição de escravo, seus interesses eram representados pelo senhor, como fazer para litigar contra o seu patrono natural? Embora, em algumas situações, o processo pudesse ser iniciado de ofício pelo juiz de órfãos, o que não era comum, em regra o escravo necessitava de um intermediário com capacidade civil para tanto, ou seja, uma pessoa livre que, assinando a petição a rogo do escravo, fizesse o pedido chegar ao órgão judicial.

A rejeição da fala do corpo negro na arena judicial era similar ao do louco da idade média, analisado por Foucault (2010a, p. 204-205). Aqui também o negro não era visto como portador da verdade, ainda que pudesse ser autêntico. A palavra só lhe era dada simbolicamente, visto que poderia ser portador de "verdades" capazes de desarticular as tramas de poder senhoriais.

Mas esse é apenas o primeiro obstáculo jurídico, pois, para o prosseguimento da ação, o escravo teria de enfrentar mais três barreiras legais: conseguir um curador, ser levado a depósito sob a responsabilidade do curador, e ser representado por um advogado. Preenchendo os elementos necessários para o processamento da ação, o juiz nomeava um curador para representar o escravo e ordenava o seu depósito, cabendo geralmente ao curador o encargo de depositário.

Até meados do século XIX, a possibilidade de nomeação de curador para representar os interesses do escravo não era consenso na dogmática jurídica do Império, pois não havia uma disposição legal expressa. A saída jurídica para o problema era a aplicação, por analogia, da condição de miserável prevista no Livro 3º, Título 5, parágrafo 3 a 5, das Ordenações Filipinas (Portugal, 1870, p. 566-567), que previa a figura do curador para representar "o órfão, a viúva ou outra pessoa miserável" para suprir suas próprias incapacidades de administrar seus interesses (Grinberg, 1994, p. 65)

Somente em 1843, com o Aviso nº 7, de 25 de janeiro, o Ministério da Justiça pacificou a questão, determinando que "fossem considerados miseráveis os pobres, os cativos, os presos em cumprimento de sentença, os loucos, (...) a Igreja e os religiosos mendicantes (...)" (Grinberg, 1994, p. 65).

Mas o acesso a um curador não era algo fácil, como bem aponta Grinberg:

> Que nem todos o conseguiam, é presumível. Provavelmente, nem todos sabiam da existência de tais ações e, mesmo que soubessem, não se pode partir do princípio de que sempre teriam motivos ou seriam suficientemente audaciosos para procurar a Justiça. Que o acesso ao curador também variava no tempo e no espaço, é presumível. O crescimento do número de ações no decorrer do século e a atuação do movimento abolicionista a partir de princípios da década de 1870 são exemplos de fatores importantes que contribuem para a necessária contextualização desse escravo que consegue curador. (Grinberg, 1994, p. 63).

Na pesquisa documental feita pela historiadora sobre os processos que tramitaram no Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, foi possível perceber que, geralmente, o curador nomeado pelo juiz era a mesma pessoa que assinou o primeiro requerimento, "a rogo" do escravo. A pessoa já era do relacionamento do escravo, ou seja, "mesmo antes de começada a ação, este já teria acesso ao curador, que seria depois empossado pelo juiz. Às vezes, ele era o depositário. Só que este homem era também um advogado. Assim, ao defender um escravo, está exercendo a sua profissão" (Grinberg, 1994, p. 64).

Nesse contexto, o acesso aos intermediários que atuavam na defesa dos interesses do escravo estava associado à rede de relacionamentos que este mantinha com pessoas livres e poderosas que estivessem dispostas a enfrentar o senhor de escravo:

> para um escravo conseguir curador é preciso que, antes de tudo, ele conheça homens livres que se disponham a redigir um requerimento em seu nome, a requerer de fato o curador e, possivelmente, a protegê-lo em caso de retaliações do senhor. Não era qualquer um que podia fazer isso. Ele precisaria para tal ter relações pessoais bem consolidadas. Só um escravo bem estabelecido em um plantel, dispondo provavelmente de privilégios concedidos pelo senhor (como morar em casa própria, ou ter uma roça) poderia estabelecer esse contato. (Grinberg, 1994, p. 69-70).

Nesse cenário, o escravo, mesmo que por pessoa interposta, tinha de percorrer um longo caminho para estabelecer vínculos e ter voz na Justiça:

> Mostrar-se mais perto do mundo dos livres, por ter posses ou conhecer pessoas influentes, parecia também ser fundamental para o prosseguimento da

> ação. Sem estas prerrogativas, um escravo de uma vila do interior, provavelmente, nunca conseguiria voz na justiça. Seguindo este raciocínio, chegamos à ideia de que o acesso à estrutura jurídica e ao judiciário dependia, e muito, das relações pessoais que o escravo mantivesse com homens livres e poderosos do local (Grinberg, 1994, p. 67).

É igualmente presumível que esses intermediários não assumiam o encargo se não houvesse fortes razões para tanto, o que não significa dizer que estivessem necessariamente comprometidos com a causa abolicionista, pois circunstâncias variadas influenciavam nessa aproximação, inclusive motivos pessoais, financeiros e profissionais[304].

No caso da escrava Liberata, que deu nome à obra de Grinberg, foi resgatado dos autos judiciais o teor do pedido de renúncia do curador José Rebello, ao desistir da ação de Liberata, onde fica evidente seu interesse financeiro na curadoria: "Como desde o princípio desta presente causa, e até o presente nunca recebi um só real por ela, o que juro aos Santos Evangelhos, parece-me justo que o Meritíssimo Senhor Julgador haja por bem de nomear outro curador que acabe de concluí-la" (Grinberg, 1994, p. 64).

Quanto à versão contada nos autos das ações de liberdade, não se sabe em que medida os relatos das pessoas livres, dos curadores ou dos advogados que intermediavam a relação processual representavam a versão dos escravos, mas pode-se afirmar que era a "voz possível" de chegar ao órgão judicial. Essas vozes de pessoas interpostas,[305] é bom que se diga, partilhavam os dilemas da dogmática jurídica de conveniência abordada anteriormente. Expressavam-se, como enfatizou Grinberg,[306]"no contexto da ideologia dominante no meio judicial" (Grinberg, 1994, p. 34).

Outro aspecto que merece destaque é o depósito de escravos.[307] O depósito era uma exigência prevista no Decreto de 12 de Abril de 1832 que regulamentou a Lei Feijó, para o processamento e julgamento do crime de redução de pessoa livre à escravidão. Nesse caso, os "pretos" apreendidos deveriam ser destinados para depósito público ou particular enquanto durasse o julgamento com o fim de garantir sua segurança, porém, era comum nomear um

---

[304] Mas não vamos reduzir tudo à paixão pecuniária, como ironizou Sidney Chalhoub (1990, p. 170), já que era chiquérrimo assumir fumaças abolicionistas naqueles anos finais da escravidão e destaca que houve ações concretas pela causa da abolição: "Ao apagar das luzes, os abolicionistas se tornam ao mesmo tempo mais implacáveis e sutis. Além de continuarem a auxiliar os negros que conseguiam formar um pecúlio, eles começam a examinar as listas de matrícula em busca de escravos cuja propriedade não estava regularizada. Procuram se aproveitar, por exemplo, do fato de que era freqüente que as listas de matrícula não informassem os nomes dos pais dos escravos, que eram então tidos como de 'filiação desconhecida'". (Chalhoub, 1990, p. 171).

[305] Dos intermediários.

[306] Citando Thompson e Genovese.

[307] Este "depósito" refere-se ao contrato de depósito, no qual alguém obriga-se a aguardar e restituir, quando lhe for exigido, qualquer objeto móvel que de outrem receba. Neste caso, o escravo cuja ação é aceita deixa de ficar sob a guarda de seu senhor, indo para um "depósito", provavelmente aos cuidados de seu curador. (Grinberg, 1994, p. 22).

particular como depositário. Esse procedimento acabou se estendendo às ações de liberdade, a critério do juiz, pois, uma vez demandando contra o senhor, estaria o escravo correndo risco de violência se voltasse à sua tutela.

Ocorre que a aceitação da função de depositário nem sempre era desinteressada, pois o depositário se servia dos serviços gratuitos do escravo durante o julgamento da ação de liberdade:

> provável, na verdade, que houvesse fortes motivações econômicas por trás da ajuda que depositários, e até pessoas que tinham os cativos alugados em suas casas, prestavam aos libertandos. Os processos de liberdade duravam geralmente alguns meses, e o depositário do escravo estava legalmente desobrigado de pagar qualquer aluguel enquanto durasse a ação judicial. (Chalhoub, 1990, p. 170).

Na pesquisa historiográfica de Sidney Chalhoub[308] sobre as ações de liberdade da Corte durante o século XIX há evidências dessa prática, inclusive de utilização de manobras por parte dos depositários para protelar a ação com o objetivo de desfrutar dos serviços do escravo por mais tempo.

Outro traço da racialização do regime de verdade judicial do período oitocentista é a presunção da condição de escravo em detrimento da posse da liberdade. Para Chalhoub (2009), a fronteira entre a escravização ilegal e a precarização da liberdade são duas faces da mesma moeda, já que "ninguém poderia ser negro - preto ou pardo - livre ou liberto, em segurança, numa sociedade em que escravizar ao arrepio das leis vigentes se fizera direito senhorial costumeiro." (Chalhoub, 2009, p. 26). Uma das facetas da insegurança dos pretos livres e libertos em relação à sua liberdade era a suspeição generalizada que se construiu em torno do negro na sociedade escravista, a qual não conseguia dissociá-lo da condição de escravo. Estar diante um negro era estar diante de um escravo, até que se provasse o contrário. Essa presunção da condição de escravo não se limitava às relações sociais, pois estava arraigada também nas instituições estatais incumbidas do controle da população negra, produzindo efeitos concretos na atuação dos órgãos de segurança e do Poder Judicial, na medida em que essa presunção se refletia diretamente na atuação do policial nas ruas e, como não poderia ser diferente, na atuação do juiz no julgamento das ações de liberdade e de escravidão.

---

[308] "Em março de 1884, quase dois anos após o início do processo, d. Francisca ainda permanecia na Corte e tentava arrancar Onofre da posse de Jeremias, o depositário, que 'tem movido todos os meios de protelação com o fim de ter esse escravo em seu poder desfrutando-lhe os serviços.'" (Chalhoub, 1990, p. 106).

Para exemplificar essa presunção, Chalhoub (2009, p. 27-30) resgatou correspondências trocadas entre o então Ministro da Justiça Limpio de Abreu e o chefe de polícia Eusébio de Queiroz,[309]nos anos seguintes à Lei Feijó, de 1831. No aviso do Ministério da Justiça de 12 de agosto de 1834, havia a determinação de que os escravos, que dentro de seis meses da apreensão e detenção no calabouço não fossem reclamados pelos senhores, deveriam ser encaminhados ao juiz de órfãos como "bens de ausentes", leiloados e entregues a novos proprietários. Então, o Ministro Limpio de Abreu enviou ofício para Eusébio de Queiroz, em 1835, para saber os procedimentos que eram adotados para esclarecer se um preto detido por parecer escravo era de fato um escravo fugido. Esperava-se que a polícia realizasse alguma investigação para apurar esta condição. Mas, pela resposta de Eusébio de Queiroz ao Ministro, esta não era a preocupação da polícia, a qual apenas presumia a condição de escravo, recolhia os pretos no calabouço e, caso estes apresentassem algum documento ou passados seis meses sem reclamação do proprietário, seriam encaminhados para o juiz de órfãos decidir sobre o destino dos pretos. Apesar da relutância, o Ministro Límpio de Abreu determinou que a Polícia fizesse as averiguações necessárias, soltando os pretos sempre que, depois de tais pesquisas, não resultassem provas de serem cativos. Claro que Eusébio de Queiroz não gostou nada daquela determinação, pois a presunção da condição de escravo deveria ser mais forte do que a presunção de liberdade. Para ele, como era "costume mor dos pretos fugidos inculcarem-se forros quando são apreendidos" seria "mais razoável a respeito dos pretos presumir a escravidão, enquanto por assento de batismo, ou carta de liberdade não mostrarem o contrário" (Queiroz, *apud* Chalhoub, 2009, p. 28).

Essa presunção pautou a atuação da Polícia da Corte, com forte influência do pensamento de Eusébio de Queiroz, e fragilizou o combate à escravização ilegal. Para Chalhoub, "como 'parecer escravo' era conceito subjetivo, muitíssimo amplo na visão de mundo queiroziana, temos que o processo de enraizamento ilegal no *modus operandi* do Estado imperial tornou mais precária a liberdade de pretos e pardos forros e livres em geral" (Chalhoub, 2009, p. 29-30).

Nas ações de liberdade do período oitocentista há muitos exemplos dessa presunção, de como, mesmo com provas bastantes de que o negro vivia como se livre fosse, ainda assim a interpretação judicial privilegiava a condição de escravo, a exemplo de uma africana livre que vivia de lavar roupas, mas cuja liberdade foi vista pelo juiz como uma tentativa da escrava de se passar por pessoa livre:

---

[309] O mesmo Eusébio de Queiroz que veio a se tornar Ministro da Justiça, deu nome à Lei de 1854 e se tornou figura notável da burocracia imperial no século XIX.

> [...] não exibiu ela nos autos a menor prova, apenas constando dos depoimentos das testemunhas que trouxe a Juízo, que passava ela por africana livre no Catete, onde residiu em um quarto, e vivendo de lavar roupas de alguns fregueses, conhecendo-a as testemunhas há sete ou oito anos [...]. Dado mesmo esse fato por averiguado, não importa ele o reconhecimento da Notificante como Africana livre, e podendo obter hoje a sua emancipação, quando apareçam provas mais valentes, que ilidam o direito da Notificante. É certo, que alguns senhores dão muitas vezes autorização a escravos seus para com o modo de vida que eles escolherem, lhes darem um certo e determinado jornal, esses escravos procuram ganhar o jornal, e andam muitas vezes ocupando quartos, em cortiços, ou em casas particulares, para cujo pequeno aluguel concorrem, e não é de admirar que não queiram passar como escravos, antes o seu amor próprio lhes aconselha que se inculquem como livres. Eis a razão porque as testemunhas da Notificante depõem que sempre a tiveram como livre [...]. (Chalhoub, 1990, p. 234).

A presunção era reforçada pela dificuldade de provas em contrário, ou seja, da prova da posse da liberdade por parte dos escravos. A subvalorização das provas produzidas pelos cativos, era, nesse contexto, outro traço marcante desse regime de verdade judicial. Apesar da doutrina romana do "favor a liberdade" e de haver entendimentos jurídicos pela inversão do ônus da prova em favor do escravo, na prática não era tão difícil ao senhor se desincumbir desse ônus, pois ele tinha amplas possibilidades de produção probatória e poderia mobilizar sua vasta rede de relacionamentos, inclusive institucionais, para forjar provas em seu favor.

Um dos principais fundamentos para as ações de liberdade, especialmente antes da Lei do Ventre Livre, era a promessa de alforria feita muitas vezes oralmente ou em testamentos. Quando era verbal, as palavras do escravo sobre a promessa que teria ouvido do senhor ficavam no vazio caso não conseguisse confirmá-la por meio de testemunhos de pessoas livres.

Outro caminho seria a prova documental da alforria, mas dificilmente o escravo teria acesso aos documentos testamentários. Muitas vezes o próprio conhecimento da promessa de alforria por parte do escravo só viria após a morte do senhor, com a abertura do testamento. E mesmo que o escravo tomasse conhecimento da promessa antes da morte do seu senhor, era comum os herdeiros falsificarem ou até mesmo destruírem testamentos e cartas de alforrias para ilidir a prova da promessa de liberdade. Nesse cenário, a morte do senhor representava uma ponta de esperança de liberdade para o escravo, mas também "era para os escravos o início de um período de incerteza, talvez semelhante em alguns aspectos à experiência de ser comprado ou vendido" (Chalhoub, 1990, p. 111).

Nas pesquisas de Chalhoub não faltaram exemplos dessas manobras, por isso afirmou que:

> Os escravos ficavam preocupados em garantir os direitos supostamente adquiridos através da doação do senhor, mas freqüentemente encontravam a oposição de herdeiros decididos a impedir qualquer subtração ao seu legado — mesmo que para isso tivessem de dar sumiço em testamentos e cartas de alforria. (Chalhoub, 1990, p. 111).

As manobras dos herdeiros para dar sumiço às cartas de alforrias eram as mais variadas possíveis, como no caso em que um herdeiro (capitão Venceslau), que escreveu um bilhete, em nome do pai, no qual solicitava ao irmão (Manoel da Silva Brandão) a devolução de várias cartas de liberdade que Bartolomeu lhe havia dado para guardar. Brandão mordeu a isca e devolveu os documentos, que foram prontamente destruídos pelo capitão (Chalhoub, 1990, p. 114).

Outro subterfúrgio muito utilizado pelos senhores para forjar a prova da propriedade escrava era mandar batizar o negro para conseguir uma certidão de batismo ou encomendar uma certidão de batismo falsa. No mesmo caso citado acima, o capitão Venceslau não apenas deu sumiço às cartas de alforria e aos autos de um processo judicial que conferia liberdade ao preto Joaquim, como também mandou batizá-lo, conforme consta na defesa elaborada pelo curador dos escravos:

> As complicações, porém, não terminariam aí. O preto Joaquim, avô, curador e protetor de Leopoldina, é quem morre tempos depois da vitória judicial. A pardinha então ficou "debaixo da tutela de sua mãe escrava do mesmo réu"; ou seja, a negra estava novamente sob as garras do capitão Venceslau. Passados alguns anos, o capitão conseguiu, através da influência de um amigo, "obter em confiança" e depois dar sumiço nos autos de liberdade que registravam a vitória do preto Joaquim. O passo seguinte foi mandar batizar Leopoldo e Perpétua, filhos que Leopoldina tivera nesse ínterim, como seus escravos. Essa é, em síntese, a história narrada — e razoavelmente documentada por certidões e depoimentos — pelo curador das negras no libelo iniciado em 1859. O curador esperava provar que Bartolomeu jamais decidira revogar a alforria concedida a Leopoldina, e que a destruição das cartas de liberdade fora conseguida pelo capitão através do golpe do bilhete. O defensor das negras prossegue explicando que Bartolomeu morrera "mal" com o filho "por causa de seu mau proceder ofensas, e ingratidões" , ficando "exuberantemente provado que não mandou escrever a carta a Brandão em seu nome". Finalmente, o curador das negras pretendia mostrar que esse capitão Venceslau tinha o lucrativo hábito de "mandar batizar e dar no rol de família pessoas livres como seus escravos" . (Chalhoub, 1990, p. 116).

A destruição da carta de liberdade nesse caso foi suficiente para o juiz municipal indeferir o pleito da escrava Leopoldina:

> O desfecho do caso Leopoldina é complicado. Aqui, mais uma vez, a complexidade da jurisprudência sobre a escravidão provoca interpretações divergentes entre os juízes. O juiz municipal da segunda vara, em sentença proferida em agosto de 1860, achou que a parda Leopoldina e seus filhos nunca adquiriram o direito de liberdade pois o fato de achar-se distribuída uma carta de liberdade, nada prova a respeito de sua legitimidade. (Chalhoub, 1990, p. 116).

O rigor com que os juízes interpretavam as provas em desfavor do escravo era apenas mais um reforço da dogmática de conveniência. Dogmática casuística e justiça de conveniência se reforçavam mutuamente!

O registro da alforria no livro de distribuição do cartório não foi suficiente para dar credibilidade às alegações da escrava, conforme consta na sentença: "é inteiramente improcedente visto como foi isso [o registro no livro de distribuição] feito há bastantes [sic] anos, e só hoje pretendem esse direito tendo sempre aceitado a condição de escravos" (*apud* Chalhoub, 1990, p. 120).

O caso sofreu uma reviravolta na segunda instância, perante o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, que entendeu que "acha-se plenamente provado que a parda Leopoldina fora liberta por seu falecido senhor Bartolomeu Cordovil de Siqueira e Mello." (Chalhoub, 1990, p. 120).

Mas não nos iludamos! O Supremo Tribunal de Justiça, que em casos excepcionais julgavam este tipo de ação,[310]acompanhou o entendimento do juiz municipal e devolveu os escravos ao réu:

> Esse tribunal concluiu que havia ocorrido "injustiça manifesta" nas duas sentenças anteriores. Agora, a distribuição não era suficiente para comprovar a existência da carta. Além disso, Bartolomeu não podia ter concedido liberdade a Leopoldina porque fora considerado incapaz de reger seus bens desde 1823, sendo que a carta de alforria seria de 1824. Realmente, estava difícil "arrancar aos fatos um a significação". O Supremo Tribunal de Justiça, porém, é o fim do caminho. Já estamos em 10 de julho de 1863 quando Leopoldina, Leopoldo e Perpétua são devolvidos ao capitão Venceslau e desaparecem dos nossos registros. (Chalhoub, 1990, p. 121).

Essas e tantas outras histórias encontradas na historiografia da escravidão (Chalhoub, 1990; Grinberg, 1994; Mattos, 2013) são expressões da racialização do sitema de justiça imperial. Vencer a barreira "da prova suficiente" para a liberdade e conseguir êxito nas ações exigia muito esforço argumentativo dos magistrados para contrariar os interesses dos

[310]A Lei de 18 de Setembro de 1828, que criou o Supremo Tribunal de Justiça, disciplinava no artigo 6º o seguinte: "Art. 6º As revistas sómente serão concedidas nas causas civeis, e crimes, quando se verificar um dos dous casos: manifesta nullidade, ou injustiça notoria nas sentenças proferidas em todos os Juizos em ultima instância."

senhores. Apesar do princípio do "favor à liberdade" e da regra da inversão do ônus da prova, não era tarefa fácil superar o fundamento jurídico da proteção da propriedade privada.[311]Era mais cômodo seguir a dogmática de conveniência e gerar menos conflito com a classe proprietária, o que representava, de certa forma, a adesão ao pacto pela abolição gradual da escravidão:

> Na verdade, os escravos não esbarravam apenas na avareza dos herdeiros, mas no próprio pacto de classe que garantia a continuidade da escravidão: a defesa do princípio da propriedade privada. O dilema da peteca, a contradição entre os princípios da liberdade e da propriedade privada, colocava um problema delicado: era preciso encaminhar a questão da extinção gradual da escravidão evitando-se o perigo de desavenças ou divisões mais sérias entre os próprios grupos proprietários e governantes. (Chalhoub, 1990, p. 122).

E por falar em dogmática de conveniência, eis um dos traços mais marcantes desse regime de verdade judicial aplicado aos corpos negros no período oitocentista: **o uso estratégico da dogmática jurídica para ocultar o funcionamento de uma justiça de conveniência.** Essa característica é facilmente percebida pela contemporização da ilegalidade da escravidão decorrente da atuação dos juristas e dos bacharéis de chibata em todos os tipos de ações que envolviam os escravos.

O uso estratégico da dogmática jurídica em favor dos interesses da elite escravista encontrava terreno fértil nos conceitos legais vagos e abertos da legislação antiescravista, dando margem a intepretação flexível sobre a prova do direito de propriedade e do justo título em favor dos senhores de escravo em prejuízo da posse da liberdade e da sua comprovação alegadas pelos pretos livres de cor, consagrando um legalismo de conveniência que demonstra como o direito foi agenciado para a produção e reprodução da escravização ilegal.

Como abordado no tópico 4.2 deste estudo, havia fundamentos jurídicos e filosóficos para afastar a legitimidade da escravidão no período oitocentista. A cultura jurídica brasileira tinha sido influenciada pelas ideias liberais daquele tempo, com forte apelo nas concepções de direito natural e, em muitas exposições dos advogados nas ações de liberdade, ou mesmo nas sentenças prolatadas pelos magistrados, o "favor à liberdade" foi utilizado para favorecer o escravo em um caso ou outro. Porém, o argumento baseado na liberdade, podia até "ser aceito num caso particular de um escravo, mas isto não significava, obrigatoriamente, que o Tribunal que concedeu a libertação tivesse adotado a doutrina do direito natural. Se assim fosse, não haveria escravidão no Brasil em meados do século XIX." (Grinberg, 1994, p. 77)

Sobre esse assunto, o caso da promessa de alforria "verbal" feita pelo senhor da

[311] Argumento jurídico de fácil fácil e "autoaplicável" para utilizar o jargão jurídico da atualidade.

escrava Rubina e de sua filha Fortunata no leito de morte em 08 de novembro de 1855, narrado pela historiografia de Sidney Chalhoub (1990), é emblemático, pois evidencia o uso estratégico da dogmática de conveniência pelos magistrados.

No ano de 1864, o curador das escravas tentou, por duas vezes, a liberdade de Rubina e sua filha Fortunata. Em relação à Rubina, alegou que o senhor das escravas (Custódio), estando à beira da morte, pediu à sua esposa (Dona Rosa) que lhe concedesse alforria em razão dos bons serviços que a preta lhe havia prestado. No pedido de liberdade, argumentou que o falecido também teria manifestado desejo de libertar a filha de Rubina, de nome Fortunata, acrescentando ainda que a mesma tinha recebido castigos cruéis. Fato é que a viúva do falecido e seu novo marido resistiram à cumprir a promessa de alforria, alegando que a vontade do falecido era, na verdade, que se evitasse que Rubina e sua filha Fortunata fossem vendidas como forma de saldar as muitas dívidas que deixava, vontade esta que os herdeiros afirmavam estarem cumprindo. Entretanto, a promessa de alforria verbal não seria suficiente para convencer os magistrados do Império e a perícia feita pelos médicos da época não comprovou os maus tratos sofridos.[312]O desfecho dessa ação não foi favorável às escravas, pois "uma simples suspeita era pouco para fundamentar uma ação de liberdade. (Chalhoub, 1990, p. 103)

Mas o curador não se deu por vencido. No ano de 1865 fez uma terceira tentativa, agora alegando que o novo marido da viúva, Sr. Joaquim Guimarães, havia tentado vender Fortunata a um negociante de escravos por 1 conto e 500 mil-réis. Ora, se o senhor prometeu vendê-la por este valor, já estaria estimado o valor de indenização para fins de compra da alforria. Por isso, o curador requereu ao juiz a liberdade de Fortunata mediante indenização, sob o argumento de que a escrava possuía o dinheiro para pagar a indenização correspondente. Nas palavras do curador, o fato do senhor ter colocado a escrava Fortunata à venda daria a ela "o incontestável direito de remir-se da escravidão, mediante aquela soma de 1 conto e 500 mil-réis, ou na que for avaliada a Juízo de peritos como se pratica nas desapropriações" (Chalhoub, 1990, p. 104)

É provável que houvesse alguma pessoa livre na rede de relações de Fortunata a quem interessava sua liberdade e estava por trás das investidas judiciais e também da origem dos recursos para pagar a indenização. Além de negar que teria tentado negociar a venda da escrava, a defesa dos senhores questionou a existência desse tal "sedutor", que permanecia escondido.

---

[312] Seria uma surpresa se a perícia fosse favorável, pois os rastros da violência não física já poderia ter desaparecido.

Dessa vez, na primeira instância, Fortunata conseguiu uma sentença favorável do juiz da segunda vara Cível do Rio de Janeiro, que se baseou no princípio do "favor à liberdade":

> Dos Autos consta, pelo que juraram as testemunhas, que o Réu deliberou alienar a Autora, nestas condições conhecida a intenção do Réu e tendo a Autora o preço da venda, é de direito que seja preferida, porque o estado de liberdade deve ser favorecido, segundo o expresso teor da Ordenação do Livro Quarto título 11 parágrafo 4 que em favor da liberdade determina ser muitas causas outorgadas contra as regras gerais de Direito. Não prevalece a alegação que faz o Réu em referência à amplitude do direito de propriedade; pois [...] que na hipótese vertente deve esse direito ser entendido de acordo com a ordenação [...].(Chalhoub, 1990, p. 105).

Os senhores de Fortunata embargaram da sentença, mas o juiz sentenciante foi contundente e saiu em defesa do projeto de abolição gradual da escravidão:

> Acresce que o direito de propriedade não é tão absoluto como se persuade o embargante. A própria Constituição no artigo 179 parágrafo 22 sujeita esse direito a certas restrições, que a utilidade pública reclamar, precedendo indenização. Ora, é fora de qualquer dúvida, que a cessação gradual da escravidão entre nós está na ordem da pública utilidade e assim se tendo definido a nossa moderna legislação; não há duvidar da limitação razoável que deve sofrer, e que realmente padece tal direito. Subsista portanto a sentença [...]. (Chalhoub, 1990, p. 106).

De fato, a parte final do parágrafo 22 do artigo 179, da Constituição Imperial fazia referência à possibilidade de restrição ao direito de propriedade:

> XXII. É Garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

A restrição ao direito de propriedade, entretanto, dependia de lei. Nesse sentido, o argumento do juiz, seria um verdadeiro "ativismo judicial",[313]pois caberia ao Poder Legislativo criar hipóteses de desapropriação que veio a ser regulamentado apenas em 1871, por meio da Lei do Ventre Livre. Por isso, Chalhoub acredita que, ao afastar o direito de propriedade no caso de Fortunata, o juiz tomou uma decisão política, pois era "improvável que ele tenha esquecido de "ler o texto completo do parágrafo da Constituição. Ele havia tomado uma decisão política, e estava apostando nas suas convicções" (Chalhoub, 1990, p.

[313] Para utilizar a expressão em voga na cultura jurídica da atualidade.

106)

Como era de se esperar, os senhores de Fortunata não se contentaram com a decisão daquele rebelde magistrado. Recorreram e conseguiram reverter a decisão perante o Tribunal da Relação da Corte, o qual extraiu da mesma disposição legal (o art. 179, da Constituição Imperial) os fundamentos contrários à liberdade e um exemplo contundente de como a dogmática jurídica foi um instrumento potente para a manutenção do regime escravista.

Na decisão do Tribunal da Relação constam os seguintes fundamentos:

> Que menos bem julgada fora [a causa] pelo Juiz [...] na sua sentença [...] porquanto sendo o direito de propriedade garantido pela Constituição do Império a limitação a este direito não compete ao poder Judiciário, e sim ao poder Legislativo; sendo como é a doutrina consignada na Sentença apelada uma verdadeira limitação deste direito que em toda a plenitude deve exercer o apelante sobre a apelada sua escrava: não constam sevícias que o apelante fizesse à apelada, consta porém dos exames e vistorias justamente o contrário, não consta que a apelada fosse liberta pelo primeiro marido da mulher do apelante, antes que entrara em inventário e fora partilhada, também não consta o que serviu de base ou fundamento à Sentença apelada, porque o fato de haver o apelante na qualidade de Senhor da apelada tentado vendê-la pela quantia de 1 conto e 500 mil-réis — quanto verdadeiro fosse não importa o estabelecimento de preço para sua liberdade, porquanto o preço dos Escravos é flutuante conforme as circunstâncias do momento; umas vezes valem mais, outras vezes valem menos, não é taxativo por Lei para o caso de liberdade, como seria para desejar. Portanto e mais dos autos reformam a sentença apelada, e mandam que o Apelante entre na posse de sua escrava [...] apelada, que pagará as custas. (Chalhoub, 1990, p. 107).

O Tribunal não se insurgiu apenas contra a ausência de provas robustas das alegações da escrava, afinal, era comum subvalorizar as provas a favor da liberdade! O argumento central da apelação, na verdade, foi o fato do juiz ter validado o direito de alforria por pecúlio sem qualquer previsão legal. Ao agir assim o Tribunal ignorou o costume como fonte do direito, privilegiando a lei positiva e fechando os olhos para uma prática do direito costumeiro que não era novidade, já que muito antes da Lei do Ventre Livre ações de liberdade aportavam aos órgãos judiciais para fazer valer alforrias prometidas mediante indenização paga pelo escravo.

Além de negar a liberdade a Fortunata, o Tribunal ainda condenou a escrava ao pagamento de custas do processo, calculadas em aproximadamente 300 mil-réis. Nas causas de liberdade, em regra, sequer havia previsão de custas, até porque, se o Tribunal entendeu que Fortunata era escrava, o instituto das custas judiciais lhe seria inaplicável, pois, tendo natureza jurídica de coisa móvel, a escrava integrava o patrimônio do proprietário. O conjunto da argumentação do Tribunal da Relação era igualmente político, como ocorreu na primeira

instância. Porém, em sentido contrário à liberdade:

> Ou seja, as economias dos escravos, assim como a alforria mediante indenização de preço, eram práticas cotidianas relativamente comuns, porém não foram objeto de legislação específica antes de 1871. Isto significa que Fortunata, que legalmente é coisa e não pessoa, não tem rigorosamente direito a economias; ela não pode possuir coisa alguma — tudo que um escravo produz pertence ao senhor —, e logo não pode arcar com o custo do processo. Em outras palavras, os sábios magistrados superiores, neste ponto específico, tomaram uma decisão política semelhante àquela que condenaram no juiz "rebelde" da segunda vara; no entanto, há uma diferença essencial: os juízes da relação militam em favor da propriedade privada, mesmo em se tratando de escravos, e o juiz da segunda vara é um militante da liberdade. Era o problema da peteca, a dificuldade "em arrancar aos fatos um a significação" . (Chalhoub, 1990, p. 108).

Como visto, qualquer semelhança entre a ambivalência do discurso judicial no caso de Fortunata com a dogmática de conveniência de Perdigão Malheiro, Teixeira de Freitas e Antônio Rebouças não é mera coincidência!

5.2.2 O "negro-vítima" e os dilemas da prova da posse da liberdade nos crimes de redução de pessoa livre à escravidão

De acordo com o argumento central dessa tese, independentemente do tipo de demanda judicial, o regime de verdade acionado para julgar demandas que envolvem os corpos negros é de exceção, ou, mais precisamente, racializado. Basta o corpo negro entrar em cena na arena judicial, como autor, como vítima, como réu, ou como uma simples testemunha, a branquidade se encarrega de acionar um conjunto de dispositivos estratégicos de poder que obliteram a voz do corpo negro ao longo da marcha processual, lhe retirando ou dificultando a sua participação efetiva na produção da verdade.

Essa racializaçao foi demonstrada acima tendo como parâmetro a participação do "negro-autor" nas ações cíveis de liberdade. Dialogando com a historiografia da escravidão foi possível demonstrar que, apesar das barreiras dogmáticas e judiciais, ainda assim muitos escravos se utilizaram da via judicial como estratégia de resistência e de luta pela liberdade, conseguindo romper os obstáculos desse regime de verdade. Embora restrita a uma pequena parcela da população escrava, havia, de fato, chances de obter uma sentença favorável à liberdade, o que representava uma intervenção do Poder Judicial nas relações privadas entre senhores e escravos.

As chances de êxito para o escravo, entretanto, são mais remotas quando mudamos a posição do corpo negro na relação processual. Sai de cena o "negro-autor" das ações cíveis de

liberdade para dar lugar ao "negro-vítima" de crimes de redução de pessoa livre à escravidão no qual figuram como réus os senhores de escravos. Os traços da racialidade do regime de verdade judicial analisados acima ganham novos componentes nesse tipo de ação criminal. Agora, não está em discussão apenas uma relação privada de propriedade e seu contraponto (a liberdade do escravo-coisa), mas sim a possibilidade de colocar um senhor de escravo no banco dos réus pela prática de crime.

Ora, se já era difícil acessar o Poder Judicial para tutelar a liberdade do escravo nas ações cíveis, é presumível que a condenação de um senhor pela prática desse crime fosse praticamente impossível numa sociedade em que a escravização ilegal era disseminada. A propósito, o Ministro Eusébio de Queiroz, em seu discurso na Câmara dos Deputados na década de 1850 (Brasil, 1852), reconheceu que a punição dos senhores de escravos nunca foi e nem era para ser levada a sério.

Abordei anteriormente que, desde o início do século XIX, Portugal assumiu compromisso perante o Reino inglês de extinguir a escravidão. Em decorrência do Tratado de 22 de Janeiro de 1815[314]e da Convenção adicional de 28 de julho de 1817, ratificado no Brasil pela Carta de 08 de novembro de 1817,[315] o Rei de Portugal editou o Alvará de 26 de janeiro de 1818, no qual já se previa a responsabilização dos importadores de escravos com pena de perdimento dos escravos e, como efeito secundário, a imediata libertação dos escravos.

Então, apesar da legalidade da escravidão em solo brasileiro áquela época, a proibição do ingresso de pessoas escravizadas vindas de outros países criou uma classe de pessoas que poderia estar na “posse da sua liberdade”: as pessoas livres “de cor” vítima de escravização ilegal decorrente da importação proibida de escravos.

No Código Criminal do Império de 1830 havia a previsão do crime de redução de pessoa livre à escravidão:

> Art. 179. Reduzir á escravidão a pessoa livre, que se achar em posse da sua liberdade.
> Penas - de prisão por tres a nove annos, e de multa correspondente á terça parte do tempo; nunca porém o tempo de prisão será menor, que o do captiveiro injusto, e mais uma terça parte.

Pela literalidade do texto, as pessoas que tinham “posse da sua liberdade” não

[314] Disponível em: https://bdlb.bn.gov.br/acervo/handle/20.500.12156.3/16352. Acesso em: 26.12.2022.
[315] As disposições do tratado foram complementadas com a convenção adicional de 28 de julho de 1817, ratificado no Brasil pela Carta de 08 de novembro de 1817. (PORTUGAL, Carta de Lei de 8 de Novembro de 1817. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/carlei/anterioresa1824/cartadelei-39430-8-novembro-1817-569614-publicacaooriginal-92834-pe.html. Acesso em: 26.12.2022).

poderiam ser escravizadas. Logo, além das pessoas brancas (que naturalmente tinham posse da liberdade) era juridicamente possível que pessoas livres "de cor" fossem consideradas vítimas desse crime.

Do ponto de vista normativo, a Lei Feijó (Lei de 07 de novembro de 1831) estendeu a criminalização da conduta prevista no art. 179 do Código Criminal às situações de tráfico proibido de escravos, já que todos os escravos que entrassem no território ou portos brasileiros vindos de fora a partir de então eram declarados livres,[316]devendo ser aplicado aos importadores de escravos a pena correspondente ao crime de redução de pessoas livres à escravidão [317]

Soma-se a isso as diversas hipóteses legais de assunção da condição de liberto previstas nas leis posteriores, de modo que, durante mais de metade do século XIX havia previsão legal expressa de responsabilização criminal de quem reduzisse à escravidão pessoas livres de cor.

Levando em consideração que, a despeito da lei de 1831, milhares de escravos ingressaram ilegalmente no território brasileiro ao menos até 1956 e que, apesar das várias hipóteses de alforria criadas a partir de 1871, a maioria dos negros continuavam sob o jugo dos seus senhores até final do século, é de se presumir que grande parte da elite escravista oitocentista estava incursa no art. 179 do Código Criminal do Império. O crime fazia parte do cotidiano dos senhores de escravos, que praticavam, com habitualidade, o crime de redução de pessoa livre à escravidão. Sob essa ótica, o crime era *conditio sine qua non* para o funcionamento da sociedade escravista no século XIX, dado que a maior parte dos escravos eram homens livres criminosamente escravizados, segundo afirmava Joaquim Nabuco:

---

[316] Art. 1º Todos os escravos, que entrarem no territorio ou portos do Brazil, vindos de fóra, ficam livres. Exceptuam-se:
1º Os escravos matriculados no serviço de embarcações pertencentes a paiz, onde a escravidão é permittida, emquanto empregados no serviço das mesmas embarcações.
2º Os que fugirem do territorio, ou embarcação estrangeira, os quaes serão entregues aos senhores que os reclamarem, e reexportados para fóra do Brazil.
Para os casos da excepção nº 1º, na visita da entrada se lavrará termo do numero dos escravos, com as declarações necessarias para verificar a identidade dos mesmos, e fiscalisar-se na visita da sahida se a embarcação leva aquelles, com que entrou. Os escravos, que forem achados depois da sahida da embarcação, serão apprehendidos, e retidos até serem reexportados. (BRASIL. Lei de 07 de novembro de 1831, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-7-11-1831.htm. Acesso em: 26.12.2022).

[317] Art. 2º Os importadores de escravos no Brazil incorrerão na pena corporal do artigo cento e setenta e nove do Codigo Criminal, imposta aos que reduzem á escravidão pessoas livres, e na multa de duzentos mil réis por cabeça de cada um dos escravos importados, além de pagarem as despezas da reexportação para qualquer parte da Africa; reexportação, que o Governo fará effectiva com a maior possivel brevidade, contrastando com as autoridades africanas para lhes darem um asylo. Os infractores responderão cada um por si, e por todos. (BRASIL. Lei de 07 de novembro de 1831, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-7-11-1831.htm. Acesso em: 26.12.2022).

> Que semelhante base é perante a moral monstruosa; que a nossa lei não podia reduzir africanos, isto é, estrangeiros, a escravos; que os filhos desses africanos continuam a sofrer a mesma violência que seus pais, e por isso o título por que são possuídos, o fato do nascimento, não vale mais perante qualquer direito, que não seja a legalização brutal da pirataria, do que o título de propriedade sobre aqueles; são princípios que estão para a consciência humana fora de questão. Mas, mesmo perante a legalidade estrita, ou perante a legalidade abstraindo da competência e da moralidade da lei, a maior parte dos escravos entre nós são homens livres criminosamente escravizados. (Nabuco, 2000, p. 71).

Além disso, as condições de possibilidade do "dizer verdadeiro" do sistema de justiça obstaculizavam a responsabilização criminal dos senhores de escravos.

Para corroborar esse argumento, valho-me do estudo empreendido por Gabriela Barreto de Sá (2019), que contém casos ilustrativos dessas condições de possibilidade e do que entendo por racialidade do regime de verdade sobre os corpos negros no Século XIX. Na obra, a autora demonstra como as suspeitas da ocorrência desse crime eram conduzidas pelo Poder Judicial do Império e como funcionava a maquinaria penal antiescravista. A autora investigou a precariedade da liberdade e a ilegalidade da propriedade escrava no Rio Grande do Sul entre os anos de 1835 e 1874, enfatizando o tratamento dado pelas autoridades judiciais ao problema da propriedade supostamente ilegal e das provas utilizadas nas demandas judiciais.

Os casos analisados demonstram a baixa resolutividade da persecução penal dos infratores e a precarização da liberdade das pessoas livres "de cor":

> A escravização ilegal de pessoas livres ou a reescravização de libertos foi prática recorrente ao longo do período escravista brasileiro e evidencia a precariedade da liberdade experimentada pela população de cor. Tal realidade demonstra ainda a impossibilidade da estrutura judicial em fiscalizar a tênue fronteira entre escravidão e liberdade e, consequentemente, garantir a efetividade da legislação surgida com o intuito de disciplinar juridicamente a propriedade escrava. (Sá, 2019, p.163).

Apropriando-se da criteriosa análise documental constante nessa obra acerca das relações de poder subjacentes ao funcionamento do sistema penal da época e da dinâmica das ações criminais, foi possível identificar os traços de racialidade analisados acima.

A partir da pesquisa de Sá, constata-se que a justiça de conveniência foi um fator determinante para a não aplicabilidade da lei penal no crime de redução de pessoa livre à escravidão. O véu da branquidade exerceu papel fundamental no desfecho das investigações e das ações criminais, a ponto da escravização ilegal ter se generalizado no seio da sociedade

sem que isso causasse nenhum clamor social. A reprovabilidade da conduta,[318]aspecto relevante para a dogmática penal, teve pouca ou nenhuma serventia para esse tipo de criminalidade no período oitocentista, como, aliás, é comum na criminalidade de pessoas mais abastadas.[319]

O sistema de justiça criminal era moldado por complexas relações de poder. Os cargos de delegado, subdelegado, promotor público e as funções judiciais eram distribuídas entre os bacharéis e os representantes da elite escravista, sem qualquer garantia de imparcialidade ou contraposição com o *status quo* escravista.

Nesse sentido, Sá destaca que a competência dos delegados de polícia para julgamento de crimes em ritos sumários, a inserção das figuras do delegado e subdelegado na estrutura do judiciário local com competência inclusive para julgar as contravenções previstas nas posturas das câmaras municipais e alguns crimes faziam parte dessa orientação conservadora. No **caso da parda Porfíria e seus filhos**,[320]por exemplo, apesar da insistência do promotor público, o delegado de polícia Serafim dos Anjos França Junior não acolheu a imputação. Em grau de recurso, a decisão foi mantida pelo juiz municipal interino capitão Manoel José da Câmara e, daí em diante, o caso se esbarrou em entraves sociais e burocráticos, com despachos meramente protelatórios, redistribuição de processos para outras varas sem despacho, como feito pelo juiz Francisco Coelho Borges, ou devido à declarada proximidade entre os envolvidos, como no caso do Juiz de Direito da segunda vara crime Manoel José de Freitas Travassos Filho que se declarou suspeito para julgar "por ser padrinho, e amigo do Recorrido".

> A alegação de suspeição de Travassos Filho parece auxiliar a compreensão da aparente recusa de Francisco Coelho Borges em sentenciar o destino do acusado, apadrinhado do titular da segunda vara crime. É compreensível que o imparcial julgamento da decisão restaria comprometido e com repercussões muito além das jurídicas e sociais, transbordando para as estruturas corporativas dos bacharéis da estrutura judiciária local. Acerca das relações de poder verificadas entre as autoridades policiais de Porto Alegre: (...) A menos que se acredite na imparcialidade do poder judiciário, é possível desprezar a possibilidade de que o Doutor Travassos Filho se limitava a acompanhar de perto a questão da possibilidade de criminalização do afilhado, cuidando como fosse possível para evitar a pior resolução do feito. (Sá, 2019, p. 114).

---

[318] Que, em apertada síntese, se refere ao juízo de desaprovação jurídica da conduta que recai sobre autor da infração penal.

[319] Me refiro à criminalidade de colarinho branco, na perspectiva de Sutherland (1961).

[320] Nesse caso, o senhor de escravo Manoel José Pereira Tavares foi denunciado pelo promotor público em 1849, pelo crime de pretender reduzir à escravidão a parda Porfíria e seus dois filhos, Lino e Leopoldino.

O recurso interposto contra a decisão do delegado de polícia acabou sendo negado em 13 de setembro de 1849 por decisão do juiz Oliveira Bello pelas jurídicas razões presentes no despacho do Delegado Serafim dos Anjos França Junior. Cumprindo as funções de controle social e de manutenção do *status quo* escravista, o processo judicial foi eficaz, pois além do réu não ter sido responsabilizado pelo crime de redução de pessoa livre à escravidão, o senhor de escravo recebeu, por mandado de entrega expedido pela Justiça, as vítimas Porfíria, Lino e Leopoldino como legítimos escravos de sua propriedade, apesar das controvertidas provas do justo título.

No **caso dos escravos Mariana e Antônio,**[321]por sua vez, havia fortes evidências de que os mesmos faziam parte do grupo de africanos que desembarcaram ilegalmente na Barra de Bertioga em outubro de 1831, fato que era de amplo conhecimento das autoridades brasileiras e contou com notícias na imprensa paulistana.

O juiz municipal iniciou as investigações para averiguar a suspeita de que o mestre da embarcação, Sr. Ignácio Antônio Cardozo, teria praticado o crime do art. 179 do Código Criminal do Império, já que os africanos teriam chegado no Brasil após a proibição do tráfico de escravos. Apesar dos indícios do tráfico ilegal dos escravos, o juiz de paz determinou que os mesmos fossem levados à depósito, nomeando-lhes depositário, tendo os escravos permanecido nessa situação por três meses sem qualquer andamento da investigação. O processo foi retomado apenas em função do recebimento de uma carta precatória, na qual o juiz da comarca de órfãos de Santos atendeu pedido de terceira pessoa (José Vicente Garcez Franc), o qual teria arrematado os africanos. Imediatamente o juiz de paz de Porto Alegre cumpriu a precatória, ordenando a entrega dos africanos, deixando de lado a questão criminal que tinha motivado as apurações:

> No caso concreto, porém, a decisão do judiciário de Porto Alegre não pareceu considerar a existência da ilegalidade acerca da situação dos africanos livres, o que terminou por afastar qualquer indício de ocorrência do crime de reduzir pessoa livre à escravidão. Apesar de invocado o artigo 179 do Código Criminal do Império não foi aplicado ao fim da investigação. Acerca da condição de trabalho vivenciada por Mariana e Antônio, nada sabemos, tampouco se chegaram a ser emancipados ou se serviram por tempo superior àquele determinado por lei. (Sá, 2019, p. 128).

[321] "No dia 03 de novembro de 1835, foi iniciado o processo pelo juiz de paz do primeiro distrito da cidade de Porto Alegre. O fato foi levado a conhecimento pelo inspetor da Marinha, Sr. Joseph Pereira de Barros, que informou ter encontrado dois pretos africanos, vindo de Santos, no Patacho Amizade Constante, embarcação cujo mestre era o Sr. Ignácio Antônio Cardozo." (Sá, 2019, p. 89).

Dada a proximidade entre o desembarque ilegal e o início do processo perante o juiz de paz, é plausível que o "esquecimento" das autoridades judiciais acerca do desembarque ilegal dos africanos na Barra de Bertioga esteja relacionado à justiça de conveniência. De fato, não fazia sentido desprezar as pistas que tornavam evidentes a relação entre a chegada dos escravos ao Império e um desembarque ilegal de africanos ocorrido na Barra de Bertioga em outubro de 1831 (Sá, 2019, p. 122).

Em outro caso similar, os **escravos Antônio, Rafael e Mabungo,** vítimas de tráfico ilegal, também reforça a justiça de conveniência, pois a notícia do desembarque ilegal de africanos ocorrido na costa do Tramanddahy em 11 de abril de 1852 também era de amplo conhecimento:

> Se os boatos acerca da chegada ilegal de africanos alcançavam até os ocupados ouvidos das autoridades governamentais, realmente soa estranho o desconhecimento de Godoy e Guterres acerca de fato notório ocorrido em sua mesma província, em suas mesmas fazendas. (Sá, 2019, p. 134).

No dia 30 de abril de 1852, foi iniciado um processo sumário contra os agricultores José Geraldo de Godoy e Nicolau dos Santos Guterres, os quais foram indiciados pelo crime de redução de pessoa livre à escravidão por haverem comprado "africano boçaes" que foram apreendidos. O caso foi iniciado por provocação de um cidadão chamado Joaquim Domingues D'Oliviera. A suspeita era de que tais africanos estavam entre os vários outros que foram ilegalmente desembarcados na costa do Tramanddahy e que estavam sob cativeiro ilegal na região.

Apesar das evidências do desembarque ilegal e da ausência de provas da implausível versão dos agricultores sobre os fatos,[322]o delegado julgou improcedente o sumário da culpa. De acordo com as cartas de liberdade pesquisadas por Sá, as vítimas foram declaradas livres em 26 de junho de 1852. Os réus, entretanto, ficaram impunes do crime previsto no art. 179 do Código Criminal do Império.

Quanto à negligência das autoridades locais sobre a apuração e a formação de culpa dos envolvidos na aquisição dos africanos livres e o desembarque clandestino ocorrido no Tramandahy, a autora traz à tona relatório do então Ministério da Justiça, segundo o qual as

[322] "Da leitura do trecho supratranscrito, é incontornável a impressão de evidente incoerência do evasivo depoimento de Godoy. Quase incompreensível é também a aparente tranquilidade que o chefe de polícia adota frente a insinuação de que os africanos surgiram deliberadamente ou por causas outras que extrapolam a nossa imaginação em terras de fazendeiros do Brasil meridional e aí decidem instalar-se a servir de cativo." (Sá, 2019, p. 132).

autoridades teriam sido demitidas e processadas. Ao que tudo indica, o chefe de polícia Antonio Ladislau de Figueredo Rocha, responsável pela apuração do tráfico ilegal dos escravos Antônio, Rafael e Mabungo, não teve o destino informado no Relatório, já que o mesmo passou a integrar posto ainda mais alto na estrutura de poder imperial:

> No entanto, temos indício para suspeitar que o desempenho do chefe de polícia Antonio Ladislau de Figueredo Rocha no caso dos africanos Antonio, Rafael e Mabungo não foi bastante para inseri-lo no rol das ditas autoridades punidas pela negligência nas investigações relacionadas ao desembarque clandestino. Ao que tudo indica, a opção de julgamento que assumiu no caso em nada atrapalhou a sua reputação e trajetória no círculo que José Murilo Carvalho (2003) denomina como "elite política imperial", posto que em 1868 o encontramos como vice-presidente da província da Bahia. (Sá, 2019, p. 136).

O desfecho dos casos de redução de pessoa livre à escravidão tem relação com o pacto de favores da sociedade escravista. Como afirma Sá:

> não se pode ignorar que, na sociedade da época, as relações econômicas, políticas e sociais eram marcadas pela escravidão e seus atores, exigindo dos magistrados grande dose de coragem na hora de conduzir ao banco dos réus algum senhor da época em beneficio da liberdade de pretos, que, seguramente, possuíam menos influência local do que os referidos acusados. (Sá, 2019, p. 166).

O desembarque ilegal de africanos contava com a conivência das autoridades locais para fugir da fiscalização dos ingleses, conforme conta o historiador Marcos Carvalho:

> Não seria difícil para algum senhor de engenho assumir seu cargo de juiz de paz, ou sua patente de oficial a Guarda Nacional, ou mesmo do (oficialmente) extinto corpo de ordenanças, armar seus dependentes e até seus cativos de confiança e se apropriar de africanos ilegalmente desembarcados nos limites de suas terras. É por isso que os juízes de paz foram os que primeiro lucraram com as propinas do tráfico segundo o relatório Alcoforado. As autoridades locais se regalaram com o tráfico. Em um dos principais portos do tráfico de Pernambuco, na foz do rio Una, era o vigário quem cobrava 10 mil réis por cada cativo desembarcado em segurança (Carvalho, 2012, p. 243).

Por conseguinte, o risco de punição criminal dos envolvidos na escravização ilegal abria caminho para o exercício de uma justiça de conveniência. Segundo Sá, era necessário estabelecer redes e alianças estratégicas com delegados de polícia e juízes de paz. (Sá, 2019, p. 122).

Ser imparcial e aplicar a lei segundo a consciência jurídica neste cenário era um desafio e tanto! Nos achados da pesquisa de Sá, há uma matéria do jornal "A Federação",[323] que circulou em Porto Alegre, na seção Secretaria de Polícia, onde consta a notícia de que um cidadão (José Bernardino) estava sendo processado por ter atirado em um juiz (Dr. Rutiro) que estava processando o mesmo indivíduo pelo crime de reduzir pessoa livre à escravidão:

> A partir da transcrição das notícias acima referidas é possível perceber que a prática de reduzir pessoa livre à escravidão tinha sua ilegalidade publicamente conhecida pela sociedade da época. Da análise da primeira notícia apresentada, é interessante observar que o Excelentíssimo Dr. Juiz Rutiro Tavares de Almeida foi agredido em virtude do mero fato de cumprir o dever legal e conduzir processo criminal contra réu que incorreu no crime previsto no artigo 179 do Código Criminal do Império. Diante de tal fato, não parece descabido imaginar os temores que tomavam os juízes da época, perante a decisão de levar adiante um processo criminal relativo à redução de pessoas livres à escravidão. (Sá, 2019, p. 166).

Aderindo ou não às pressões do poder local sobre os magistrados, não se pode ignorar que dogmática de conveniência também foi instrumento eficaz no tratamento dos crimes de redução de pessoa livre à escravidão**.** Seu uso estratégico é facilmente percebido pela contemporização da ilegalidade da escravidão:

> Através de fontes policiais, correspondências entre autoridades e arquivos da casa de correção da Corte, a atuação dos juristas e dos bacharéis da burocracia imperial revela a oscilação entre esforços pela manutenção da lei e, na maioria dos casos, pela contemporização da ilegalidade, resultando quase sempre numa justiça de conveniência adequada aos interesses escravistas. (Sá, 2019, p. 34-35).

O excesso de zelo na interpretação da lei em favor dos senhores de escravo é exemplificado no **caso de Pedro e Moysés,** filhos da africana Izabel, supostamente importada após a lei de 1831:

> Inobstante a suspeita de ser autor do crime de reduzir à escravidão o cidadão uruguaio, a ação do delegado de polícia diante da revelia de Ismael, revela muita prudência e preocupação com aquele que poderia estar sendo ilegalmente destituído da sua propriedade. Isso porque, longe de empreender uma espécie de busca ao acusado e suspeito do crime previsto no artigo 179

[323] "De S. José do Norte, comunicam ao Echo do Sul do Rio Grande que vai apresentar-se à justiça réu José Bernardino, que há tempos disparou alguns tiros de revólver sobre o Dr. Rutiro Tavares de Almeida, então juiz municipal do termo daquela vila e que processava o mesmo indivíduo pelo crime de reduzir pessoa livre à escravidão. (A Federação, 18 de setembro de 1886)" (Sá, 2019, p. 165).

> do Código Criminal do Império, a mesma decisão judicial que passa o mandado de manutenção de liberdade em favor de Carlos, estabelece "prazo de três meses a Ismael Soares de Lima para propor a sua ação contra o mesmo". (Sá, 2019, p. 158).

O caso acima indica o rigor interpretativo dos juristas sobre a prova da posse da liberdade e as dificuldades enfrentadas pelas pessoas livres de cor perante a burocracia judicial para a produção de provas e para influir no convencimento dos delegados e juízes sobre a escravização ilegal, pois, tal como os filhos de Izabel, "como provas em seu favor possuíam apenas memórias afetivas e histórias transmitidas pela tradição oral que de nada serviam frente ao legalismo de conveniência que orientava a atuação da estrutura judicial" (Sá, 2019,p. 164).

No **caso da parda Porfíria e seus filhos**, o recurso à ausência de prova da má-fé do senhor de escravo foi argumento decisivo para o delegado afastar a responsabilidade criminal e deslocar a discussão para o direito de propriedade no âmbito civil:

> O artigo 3º do Código Criminal do Império previa que não podia ser considerado criminoso aquele que não agisse de má fé e não tivesse conhecimento do mal implicado na sua conduta. Logo, a conclusão do Doutor Serafim dos Anjos França Júnior pela ausência de provas para configurar a existência do crime de reduzir pessoa livre à escravidão ao lado do não reconhecimento da liquidez do direito à liberdade das vítimas constituiu a base argumentativa necessária para recusar a dimensão criminal da demanda e deslocar o caso para o campo de uma ação de liberdade. Importante salientar que o teor da decisão guardou consonância com as alegações apresentadas pelo advogado de defesa de Manoel Albuquerque. (Sá, 2019, p. 107-108).

O uso estratégico da dogmática jurídica reduziu a justiça a casuísmos que eram recorrentes na análise dos corpos negros, como evidenciado na pesquisa de Sá, dificultando a prova da posse da liberdade em um cenário em que já era sobremaneira difícil a produção de prova documental pelos escravos e pessoas livre de cor.

> Verificamos um casuísmo na atuação da justiça frente aos casos de reduzir pessoa livre à escravidão no Rio Grande do Sul. O único comportamento que pode ser verificado em todos os casos é a pouca exigência de documentos legais aos acusados capazes de demonstrar a inocência frente à acusação do artigo 179 do Código Criminal. Ainda assim, em nenhum dos casos, houve pessoas efetivamente condenadas pela autoria do crime, sendo todas as acusações indeferidas diante da ausência de provas suficientes. A partir deste quadro é possível sugerir a hipótese de impunidade para os supostos responsáveis por tal crime. (Sá, 2019, p. 164).

Esse aspecto não passou despercebido por Evandro Piza Duarte (2022), que, na perspectiva foucaultiana, ressalta como o direito foi agenciado nesse período, em seu silêncio e em suas permissões, pensando a punição não apenas como negatividade, mas também como uma positividade, capaz de produzir, ao invés de simplesmente impedir de algo acontecer. O gerenciamento das ilegalidades, nesse contexto, fazia parte da estratégia de dominação da sociedade escravista:

> Por sua vez, para Michel Foucault, a penalidade seria "uma maneira de ferir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tomar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles". A "gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade" faria parte dos mecanismos de dominação. "Os castigos legais! De "uma estratégia global das ilegalidades" (Duarte, 2022, p. 121).

Nesse sentido, Sá aduz que "é significativo observar que a precariedade da possibilidade de punição do crime na sua modalidade tentada se verifica nos enunciados da referida lei que estabelece critérios ligados à subjetividade interpretativa daqueles que fazem a inspeção do navio" (Sá, 2019, p. 79).

Soma-se a isso a precarização das possibilidades de produção da prova da posse da liberdade e de influenciar na construção da "verdade judicial". Vários elementos convergem nesse sentido: a palavra do negro não tinha credibilidade perante os julgadores em comparação com as palavras dos acusados e das suas testemunhas, quase todos integrantes das relações de compadrio e de troca de favores da época.[324]

O dilema da produção da prova documental da posse da liberdade dava margem a "averiguações de cunho subjetivo quanto à boa fé do suposto autor do crime" (Sá, 2019, p. 76), como **no caso da Parda Porfíria e seus filhos**, no qual prevaleceram os documentos produzidos pelo réu apesar da ausência de registro em livro de notas ou qualquer outro procedimento legal capaz de atestar a sua autenticidade:

> Em alguns casos, a exemplo do processo em defesa da liberdade de Porfíria Lino e Leopoldino, verificamos como as decisões judiciais poderiam refletir as relações de poder locais, chegando mesmo a dispensar a apresentação de documentos probatórios legalmente produzidos, bem como não questionar a apresentação de provas com evidências de falsidade. (Sá, 2019, p. 163-164).

[324] "Os cidadãos chamados a testemunhar no caso de Porfíria ainda que não mantivessem relações pessoais entre si, transitavam pelo mesmo mundo, eram brancos e proprietários, duas qualidades que se inter-relacionavam e garantiam a presença no mundo dos homens de bem descrito por Moreira." (Sá, 2019, p.94-95).

O descrédito das autoridades acerca da prova oral produzida pelos negros sobre o tráfico ilegal de **Antonio, Rafael e Mabungo** e a indiferença quanto ao fato público e notório do desembarque ilegal dos africanos na região levou ao não indiciamento dos agricultores por falta de provas.[325]No caso dos filhos de Izabel, a prova testemunhal em favor das vítimas foi colocada em suspeição e apenas a "palavra dita" não foi suficiente para afastar o comprovar a escravização ilegal:

> Pedro e Moyses, como outras pessoas que buscavam a saída do cativeiro, possuíam em defesa da liberdade apenas a palavra dita. Palavras ditas por eles, por Izabel e por pessoas que viviam na mesma região onde moravam e afirmavam conhecer a história dos mesmos. Talvez a única prova bastante a favor de Pedro e seu irmão houvesse sido a existência de palavras reduzidas a termo em um papel, capazes de atestar a condição de africana livre de sua mãe. Porém, quais as possibilidades de existência de documento que atestasse a situação criminosa referente à redução à escravidão de uma africana livre? (Sá, 2019, p.150).

É importante consignar que, ressalvadas a atuação de boa vontade de advogados que aderiram à causa abolicionista, os negros não contavam com assistência jurídica e as ações penais eram propostas pelos promotores públicos que integravam a burocracia jurídica Imperial.[326]Ademais, o corpo negro sofria interdições judicias de toda sorte, como por exemplo em relação à legitimidade processual, pois não podiam denunciar o senhor pela prática de crimes, conforme previsão expressa do art. 75, §2º, do Código de Processo Criminal do Império de 1832.[327]

Quanto ao valor probatório do testemunho da vítima, a interdição da palavra do escravo no processo de produção da verdade judicial também era explícita, já que, conforme

---

[325] Em sentido diverso ao julgamento do promotor público, os autos foram conclusos ao chefe de polícia que apresentou decisão que nos remete a questionar o que seria considerado prova bastante para o indiciamento dos acusados pelo crime de redução de pessoas livres à escravidão. Seria necessário haver testemunhos que confirmassem que Godoy e Guterres compraram os africanos cientes de que os mesmos haviam sido desembarcados por contrabando? Sem a oitiva dos africanos acerca das circunstâncias da sua chegada na terra dos acusados ou de qualquer outra testemunha que não os policiais envolvidos na apreensão de Rafael, Mabungo e Guterres, eis a decisão apresentada: (Sá, 2019, p. 135).

[326] O Código de Processo Penal do Império estabelecia a titularidade do promotor de justiça:
"Art. 37. Ao Promotor pertencem as attribuições seguintes:
1º Denunciar os crimes publicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir á escravidão pessoas livres, carcere privado, homicidio, ou a tentativa delle, ou ferimentos com as qualificações dos artigos 202, 203, 204 do Codigo Criminal; e roubos, calumnias, e injurias contra o Imperador, e membros da Familia Imperial, contra a Regencia, e cada um de seus membros, contra a Assembléa Geral, e contra cada uma das Camaras."

[327] Art. 75. Não serão admittidas denuncias:
(...)
§ 2º Do escravo contra o senhor.

afirmei anteriormente, o escravo não era digno de fé pública e, portanto, não poderia servir como testemunha por expressa previsão legal contida no art. 89, do referido Código de Processo Criminal:

> Art. 89. Não podem ser testemunhas o ascendente, descendente, marido, ou mulher, parente até o segundo gráo, o escravo, e o menor de quatorze annos; mas o Juiz poderá informar-se delles sobre o objecto da queixa, ou denuncia, e reduzir a termo a informação, que será assignada pelos informantes, a quem se não deferirá juramento
> Esta informação terá o credito, que o Juiz entender que lhe deve dar, em attenção ás circumstancias.

A palavra, quando lhe era dada, tinha uma conotação meramente simbólica para a produção de uma verdade mascarada a partir da conveniência do julgador, o qual, como sobredito, estava imerso numa rede de interesses voltada para a manutenção da escravidão ilegal e não responsabilização criminal dos senhores de escravos.

A vítima (escravo) era esquecida nos depósitos durante o julgamento,[328]enquanto a ação penal contra os agressores se perdia na burocracia judicial por tempo suficiente para o acionamento do pacto de favores supramencionado, inclusive para silenciar as testemunhas que poderiam favorecer o escravo, como aconteceu no **caso dos filhos de Izabel**:

> Quanto às testemunhas indicadas pelos supostos libertandos, como cobrar-lhes coerência para romper com o "sistema moral de troca de favores" (Koerner, 2010, p.48) que regulava as relações sociais da época e assumir a defesa dos africanos mediante a denúncia da ilegalidade da propriedade de um vizinho? (Sá, 2019, p.150).

Nesse cenário, não havia preocupação em ouvir com detalhes a versão dos negros e de suas testemunhas, que eram desacreditadas pelas provas orais e documentais de duvidosa autenticidade produzidas pelos senhores, mas suficientes para afastar materialidade do crime e a autoria delitiva. A rede de troca de favores da sociedade escravista acabou facilitando a utilização de documentos falsos sobre a propriedade dos escravos que eram acriticamente aceitos nos processos judiciais sem se questionar a autenticidade.

Nesse contexto, as certidões de batismo, por exemplo, cumpriam um papel

---

[328] "A prática de recolher os escravos à prisão a pedido dos seus senhores, sem razão criminal que justificasse o pleito, era comum ao longo do século XIX e simbolizava a união das elites locais com o aparato policial em prol da atividade de controle social de escravos e libertos necessária a manutenção da ordem na sociedade escravista." (Sá, 2019, p. 139).

fundamental, dado seu valor probatório na solução dos conflitos relacionados ao estado das pessoas:

> Além de servir de evidência acerca da autoridade probatória conferida pela justiça aos papéis produzidos pela Igreja Católica, o caso do crime de reduzir crianças livres à escravidão através de certidões de batismo forjadas, indica que a ocorrência desta e outras práticas de escravização ilegal encontravam um terreno fértil para seu sucesso. (Sá, 2019, p. 157).

Os senhores réus nas ações criminais se valiam das suas redes de relacionamento para produzir provas o bastante para infirmar as alegações dos escravos. A falsificação de papéis de escravidão, segundo afirmou Sá, "garantia a roupagem legal necessária para afastar os indícios de ilegalidade, ao tempo que, a presunção de escravidão que orientava a sociedade terminava por servir como prova inconteste da condição daquelas pessoas que, apesar de livres, possuíam a indelével cor da escravidão" (Sá, 2019, p. 157).

Essa presunção da condição de escravo criava ainda mais obstáculos a que testemunhas reconhecessem a condição de liberto das pessoas pretas, como restou constatado nos casos de crimes de redução de pessoa livre à escravidão:

> Para configurar a característica de proprietário, mais que títulos e documentos legais, valia a aparência, a manifestação pública de propriedade sobre os bens que lhes eram atribuídos, incluídos os escravos. A importância da condição na atribuição de lugar social e estatuto na sociedade escravista pode ser apreendida da leitura dos depoimentos de testemunhas nos processos analisados para este trabalho. Ao serem indagadas sobre a condição das vítimas, quase sempre as testemunhas afirmam que "sempre soube que o preto ou a preta reside na casa do réu como sua propriedade" ou ainda, como se verifica do depoimento do comerciante português José Gaspar Ladeira que "sabia por ouvir dizer" que Porfíria era escrava de seu antigo senhor Oliveira. (Sá, 2019, p.95).

Igual presunção foi feita pelo escrivão na condução do **caso de Mariana e Antônio**:

> Dessa forma, se num primeiro momento o escrivão pareceu presumir a condição civil de Mariana e Antônio como escravos, ao dar-se conta do equívoco julgou melhor tratá-los como pretos, termo que após a celebração dos acordos com a Inglaterra para a proibição do tráfico tornava-se ainda mais amplo e podia referir-se a cativos, libertos ou africanos livres. (Sá, 2019, p.120).

Outro traço da racialidade característico dessas ações criminais é a imunização dos agressores da responsabilidade penal, levando à absolvição ou à desclassificação da conduta

para questões de direito de propriedade civil. Com isso, os réus de crime de redução de pessoas livres à escravidão dificilmente eram alcançados pela pena criminal, na medida em que, "quase sempre a discussão jurídica permanecia limitada às consequências de ordem civil, relacionadas ao direito de propriedade, sem ser tangenciada a responsabilização criminal dos responsáveis por condutas como a re-escravização ilegal e cativeiro ilícito de pessoas livres." (Sá, 2019, p.34).

Como prefaciado por Evandro Piza Duarte (2022, p. 25), é preciso superar o pensamento dominante de que o Brasil seria diferente do ponto de vista de suas relações raciais porque o direito aqui teria sido usado de forma distinta. O modo de comprovação da racialidade das práticas sociais deve ir além da existência de normas explícitas ou motivações explícitas na aplicação da lei genérica:

> a racialização da escravidão pode ser produzida por um sistema de imunização presente nas práticas jurídicas e sociais que, ao prever a sanção, ao revés, garantia a continuidade da escravidão negra. Gabriela traz à tona uma parte dessas práticas jurídicas responsáveis por tornar legal, no cotidiano do século XIX, a "escravidão para os negros". Havia tantas outras, como as ações de liberdade, os regulamentos das manumissões, as normas de abolição gradual etc. De tudo, não deveria restar dúvidas, no Brasil a "lei", entendida como sistema jurídico, tratou sim da escravidão negra e, para ser mais preciso, o fundamento principal do sistema jurídico foi, e parece continuar sendo, a escravidão de pessoas que são racializadas, negras e indígenas. (Duarte, 2022, p. 122).

A racialidade do regime de verdade judicial no âmbito das ações criminais de redução de pessoa livre à escravidão tem uma marca distintiva. Pode-se afirmar que os efeitos do poder da branquidade se refletiu não apenas na manutenção da escravização ilegal, mas, sobretudo, na imunização dos agressores.

A propósito, a imunização da branquidade não era surpresa nem mesmo para as autoridades do Império, dado que o poder de estabelecer a verdade judicial estava nas mãos da elite escravista. Essa hipótese é confirmada pelas palavras do próprio Ministro da Justiça Eusébio de Queiroz:

> A legislação actual é de uma ineficacia já demonstrada pela experiencia, portanto não assusta a ninguém; ella entrega o julgamento às mãos dos próprios réos ou de seus complices, pois nesse crime a complicidade é geral, e portanto ninguem mais funda em taes processos esperança ou receio. (Brasil, 1852)

Esse regime de verdade deu sustentação às práticas costumeiras da justiça senhorial, a

qual reinou de forma praticamente soberana sobre os corpos negros com pouca ou nenhuma ingerência do poder imperial, contando ainda com a conivência do aparato policial para a prisão ilegal de pessoas livre de cor e com as posturas municipais.[329]

E, claro, mais uma vez o uso estratégico da dogmática jurídica contribuía para jogar a questão criminal para debaixo do tapete. Não por acaso o jurista Adolfo Cirne (1930), no seu artigo sobre as ações de liberdade, sugeria que o manejo das ações cíveis para a solução do problema da escravização ilegal seria mais profícuo para os escravos. Essa postura demonstra como o caráter criminoso do ato de reduzir pessoa livre à escravidão parecia ficar em segundo plano frente ao pleito de defesa da liberdade**:**

> Como possível interpretação acerca da formulação de Adolfo Cirne e trazida por Lenine Nequete, arriscamos levantar a hipótese de que o entendimento de Cirne parece sugerir que a punição do crime de reduzir pessoa livre à escravidão se constitui enquanto fato de direito criminal que pode ser relegado ao segundo plano frente à defesa da liberdade. (Sá, 2019, p. 68).

A precariedade da liberdade das pessoas livres de cor e os dilemas da prova da posse da liberdade levava inevitavelmente à baixa resolutividade das ações penais do crime do art. 179, do Código Criminal do Império, completando o ciclo de operatividade do regime de verdade judicial desse tipo de ação, produzindo os efeitos não declarados, porém reais, da ordem jurídica vigente, imunizando a branquidade quanto aos bens negativos (a pena criminal) e mantendo os seus privilégios (a propriedade escrava) na sociedade brasileira do período oitocentista.

5.2.3 O "negro-réu" no Império e o Direito Penal de Exceção

A imunização dos senhores de escravos acusados de crime de redução de pessoa livre (negros) à escravidão não era uma desfuncionalidade do sistema de justiça criminal no período oitocentista, mas sim marca da sua operacionalidade, pois o Direito Penal, desde então, não era direcionado para punir “homens” e “mulheres” de bem (ou, melhor dizendo, “brancos” e de “bens”). Por outro lado, quando o banco dos réus era ocupado pela população escrava, a punição era praticamente inevitável.

---

[329] Que estava a serviço dos proprietários para controle da população escrava. Nesse sentido: "É reveladora a fórmula utilizada por estes códigos — elaborados por administradores-proprietários em defesa de seus bens — contra os despossuídos desta sociedade: ou se enquadram na categoria de trabalhadores compulsórios, os escravos, ou caem numa categoria que se vinha ampliando constantemente ao longo do século XIX — ou quem sabe desde muito antes —, as ‘pessoas, que se julgue não possuírem [...] objetos’, ou as ‘pessoas suspeitas’” . (Chalhoub, 1990, p. 77).

O processo criminal, entendido a partir da sua funcionalidade legal, qual seja, a "de documento oficial, normativo, interessado no estabelecimento da verdade sobre o crime," (Machado, 1987, p. 22), precisava cumprir o ritual necessário para legitimar o resultado pretendido: o controle dos corpos negros.

A "verdade" sobre a autoria e materialidade que se produziria ao longo da marcha processual já estava pré-estabelecida, bastando definir o "como" e "quando" se daria a punição do negro, embora a puniçao final pudesse sofrer alterações para acomodar os interesses senhoriais envolvidos na demanda. Então, se algo extraordinário não acontecesse no curso da marcha processual (o que não estava descartado diante das resistências e de agenciamentos feitos pelos escravos nas redes de relações com pessoas livres), o desfecho condenatório seria apenas uma questão de tempo.

Desenvolvi linhas atrás que a racialidade do regime de verdade judicial sobre os corpos negros nas ações cíveis de liberdade e nas ações de crime de redução de pessoa livre à escravidão, por todos os dispositivos de poder acionados pela branquidade, criou uma espécie de regime de exceção na arena judicial. A precariedade das condições de possibilidade dos negros falarem nos autos e de produzirem provas das suas alegações, bem como a excepcionalidade com que as regras do jogo processual eram manipuladas para tratar de questões relacionadas ao corpo negro ficam ainda mais evidentes quando analisamos o "negro-réu" no período oitocentista, para o qual foi cuidadosamente forjado um Direito Penal de Exceção.

Os juristas da época viam com naturalidade o rigor do sistema penal sobre os corpos negros. Afirmei anteriormente que Perdigão Malheiro (1986) achava legítimo o direito dos senhores de castigar os seus escravos, desde que o fizesse moderadamente, e, quanto à punição estatal, embora defendesse a moderação das penas, justificava o rigor punitivo em nome da ordem pública e da proteção dos cidadãos e das famílias.[330]

Enquanto a Constituição Imperial de 1824 se silenciou sobre a condição dos escravos na ordem interna, o Código Criminal de 1830, o Código de Processo Criminal de 1832 e a Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835, fizeram clara diferenciação entre as pessoas livres e os escravos.

A condição do escravo no Código Criminal do Império era reflexo da "doutrina do escravo-coisa", que levou à elaboração de uma dogmática penal ainda mais incoerente, pois, de um lado retirava a capacidade de direitos dos escravos por serem entes desprovidos de

[330] De todo modo, é importante fazer justiça ao jurista, o qual criticava a pena de morte, de açoites e a vedação de recursos contra decisão condenatória dos escravos. (Malheiro, 1866, p. 24-27).

personalidade jurídica tal como um animal semovente, e, por outro, aceitava sua imputabilidade penal, reconhecendo-lhe capacidade de discernimento para a prática de crimes e de responsabilização penal. Era preciso muita criatividade argumentativa para os penalistas da época encontrarem justificação dogmática para tamanha incongruência! Mas encontraram! E a legislação criminal fornecia o arcabouço legal para tanto. É que, o escravo, nesse contexto, não deixava de ser um ator social importante, que precisava ser contido.

Para tanto, havia uma ampla rede de controle social capaz de combinar o argumento da força com outros mecanismos de dominação, entre os quais, os juízes, padres, feitores, camaradas, agregados, e outros, que manipulavam diferentes mecanismos de dominação. Nesse conjunto heterogêneo de controles sociais, o aparato penal tinha papel central, embora paradoxal, pois, apesar de admitir a nulidade jurídica do escravo, por outro, o tornava réu, responsável pelos seus atos (Machado, 1987, p. 18).

Para atender o objetivo de controle social dos escravos pouco importava à dogmática penal a falta de coerência interna do discurso. Questionar por que o escravo era imputável se era "coisa", ou por que era "coisa" se era imputável, não estava na ordem do dia dos juristas e dos operadores do Direito do Império, os quais entendiam muito bem sua função na sociedade escravista: fornecer instrumentos técnico-científicos para o controle da população escrava.

A primeira referência ao escravo no Código Criminal do Império se encontra no parágrafo 6º, do artigo 14,[331]que tinha a finalidade de garantir respaldo legal ao exercício da vingança privada dos senhores, inserindo o direito de castigar os escravos entre as justificantes penais e, assim, afastar a ilicitude da conduta dos senhores. Com isso, senhores e feitores poderiam continuar gerindo a economia do castigo sem se preocupar com a interferência estatal.

A condição de "coisa" é enfatizada no artigo 28,[332]o qual, partindo da compreensão de que o escravo integrava o patrimônio do senhor, transferia a este o dever de arcar com os danos causados a terceiros pelos crimes praticados pelos escravos.

Pela redação original do artigo 60, do Código Criminal,[333]não havia dúvidas sobre a

---

[331] Art. 14. Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição delle:
(...)
6º Quando o mal consistir no castigo moderado, que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discipulos; ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade delle, não seja contraria ás Leis em vigor.

[332] Art. 28. Serão obrigados á satisfação, posto que não sejam delinquentes:
1º O senhor pelo escravo até o valor deste.
(...)

[333] Art. 60. Se o réo fôr escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condemnado na de açoutes, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazel-o com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar. (Revogado pela Lei 3.310, de 3.310, de 1886)

imputabilidade penal dos escravos, para os quais a punição vinha acompanhada de um requinte de crueldade, pois a eles poderiam ser aplicadas penas de açoites e de ferro que não eram admitidas para as pessoas livres. De repente - não mais que de repente[334] - a dogmática penal saca a ficção jurídica: o "escravo-coisa" passa à condição de "humano" exclusivamente para que pudesse ser submetido à pena criminal e, consequentemente, figurar como réu de diversos crimes previstos no Código Criminal.

O Código contava com um capítulo específico para o crime de insurreição (Capítulo IV),[335]criado para reprimir as revoltas de escravos e a luta pela liberdade. O artigo 113 punia a conduta com pena de morte, de galés perpétuas ou por quinze anos, além da pena de açoites. Os artigos 114 e 115 estabeleciam a punição para os cabeças e para os cúmplices dos movimentos. Importante salientar que, no Código Crimial do Império, a pena de morte era excepcional, prevista apenas para o crime de homicídio (art. 192)[336] e de latrocínio (art.271).[337]

Os procedimentos para o julgamentos dos crimes estavam no Código de Processo Criminal de 1932, o qual afastava a possibilidade dos escravos, por iniciativa própria, denunciarem os seus senhores, conforme vedação expressa do art. 75, §2º,[338]embora, em tese, o escravo pudesse ser vítima dos mais variados crimes. Até mesmo quando era vítima de crime de redução de pessoa livre à escravidão, a ação era de iniciativa do promotor público, segundo previsão do artigo 37.[339]

O numero de açoutes será fixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de cincoenta. (Revogado pela Lei 3.310, de 3.310, de 1886).

[334] Parafraseando o poetinha Vinicius de Moraes

[335] Art. 113. Julgar-se-ha commettido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força.

Penas - Aos cabeças - de morte no gráo maximo; de galés perpetuas no médio; e por quinze annos no minimo; - aos mais - açoutes.

Art. 114. Se os cabeças da insurreição forem pessoas livres, incorrerão nas mesmas penas impostas, no artigo antecedente, aos cabeças, quando são escravos.

Art. 115. Ajudar, excitar, ou aconselhar escravos á insurgir-se, fornecendo-lhes armas, munições, ou outros meios para o mesmo fim.

Penas - de prisão com trabalho por vinte annos no gráo maximo; por doze no médio; e por oito no minimo.

[336] Art. 192. Matar alguém com qualquer das circumstancias aggravantes mencionadas no artigo dezaseis, numeros dous, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezasete.

Penas - de morte no gráo maximo; galés perpetuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte annos no minimo.

[337] Art. 271. Se para verificação do roubo, ou no acto delle, se commetter morte.

Penas - de morte no gráo maximo; galés perpetuas no médio; e por vinte annos no minimo.

[338] Art. 75. Não serão admittidas denuncias:

(...)

§ 2º Do escravo contra o senhor.

[339] Art. 37. Ao Promotor pertencem as attribuições seguintes:

1º Denunciar os crimes publicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir á escravidão pessoas livres, carcere privado, homicidio, ou a tentativa delle, ou ferimentos com as qualificações dos artigos 202, 203, 204 do Codigo Criminal; e roubos, calumnias, e injurias contra o Imperador,

Outra excepcionalidade, que reforça a interdição do corpo negro no período oitocentista, era a vedação de os escravos serem testemunhas, prevista no artigo 89,[340]equiparando-os às pessoas que, por razões de parentesco (ascendente, descendente, cônjuge e parente até o segundo grau) ou desenvolvimento incompleto (menores de quatorze anos), não se lhes poderia exigir a necessária credibilidade, isenção e compromisso de dizer a verdade. Nessa circunstância, essas pessoas poderiam, a critério do juiz, ser ouvidas apenas como informantes, o que não teria o mesmo valor probatório das testemunhas.

Numa sociedade escravista, em que dificilmente os escravos poderiam contar com pessoas livres para depor a seu favor contra os senhores de escravos, esta vedação constituía um obstáculo legal à produção probatória**,** reduzindo as possibilidades dos escravos influenciarem na produção da verdade judicial. Mas, curiosamente, quando os escravos eram acusados da prática de crimes, nem sempre os investigadores e juízes se apegavam a essa vedação, pois os interrogatórios e os depoimentos de testemunhas escravas nesses casos eram ricos em detalhes. Os investigadores não poupavam perguntas aos escravos para extraírem a confissão e o máximo de informações necessárias para a formação da culpa. Num passe de mágica, os escravos, que só falavam por meio de "intermediários" nas ações cíveis de liberdade e nas ações criminais de redução de pessoa livre à escravidão, ou quando lhe era dado a palavra pouco lhe era perguntado, passavam a ser a principal fonte de prova da sua própria culpa. Essa sobrevalorização da voz do corpo negro era conveniente à instrução criminal, sua palavra passa a ter a máxima credibilidade, desde que fosse em seu desfavor.

O Direito Penal de Exceção ganhou acabamento perfeito com a Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835, que punia com pena de morte os escravos ou escravas que mantivessem, por qualquer maneira que fosse, propinassem veneno, ferissem gravemente ou fizessem outra qualquer grave ofensa física a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morassem, a administrador, feitor e às suas mulheres, que com eles vivessem. Caso o ferimento ou a ofensa física fossem leves, a pena seria de açoites, conforme a gravidade do delito.

A excepcionalidade desse regime não estava apenas na extensão da pena de morte e de açoites para os crimes praticados contra os senhores, seus parentes e feitores, mas também no

---

e membros da Familia Imperial, contra a Regencia, e cada um de seus membros, contra a Assembléa Geral, e contra cada uma das Camaras.

[340] Art. 89. Não podem ser testemunhas o ascendente, descendente, marido, ou mulher, parente até o segundo gráo, o escravo, e o menor de quatorze annos; mas o Juiz poderá informar-se delles sobre o objecto da queixa, ou denuncia, e reduzir a termo a informação, que será assignada pelos informantes, a quem se não deferirá juramento.

Esta informação terá o credito, que o Juiz entender que lhe deve dar, em attenção ás circumstancias.

procedimento sumário que foi criado.

De acordo com a Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835, no crime de insurreição e qualquer outro crime praticado por escravos em que coubesse a pena de morte, o juiz de direito deveria ser imediatamente comunicado para que convocasse uma reunião extraordinária do Júri para julgar o escravo. Para viabilizar a celeridade do julgamento, a lei atribuiu aos juízes de paz a jurisdição cumulativa para prisão dos envolvidos, investigação e processamento do sumário da culpa e posterior envio ao promotor público para a pronúncia. O juiz de direito, tão logo recebesse os autos, deveria realizar a sessão do Júri.

E, para que não houvesse dúvida sobre a excepcionalidade do procedimento, o art. 3º, da citada lei,[341]além de diminuir o quórum para o julgamento dos crimes praticados pelos escravos (que, no art. 270 do Código de Processo Criminal,[342] era de maioria absoluta, e passou a ser de dois terços dos votos, em caso de pena de morte, e de maioria simples, para as outras penas) vedou a possibilidade de recurso, devendo a pena ser executada imediatamente. Pela literalidade da norma, caberia recurso apenas em caso de absolvição do escravo, pois o regime de exceção não podia se afastar do objetivo original e se contentar com eventual absolvição pelo Júri sem a reapreciação da matéria nas instâncias superiores.

Compreender como esse Direito Penal de Exceção foi aplicado ao longo do século XIX é um caminho produtivo para se pensar a racialidade do regime de verdade judicial na criminalidade escrava. Para tanto, dialogo mais uma vez com a historiografia da escravidão, a partir das pesquisas de Maria Helena Machado (1987) e de Ricardo Pirola (2015), os quais analisaram um conjunto de ações criminais do Século XIX para entender as lutas, as resistências e o controle jurídico-penal dos escravos.

Importante salientar que, mesmo quando consideramos o medo de insurreições e de rebeldia escrava[343] que motivaram a formulação de um Direito Penal de Exceção, as demandas criminais que batiam à porta do Poder Judicial não correspondem à realidade. Provavelmente há uma cifra oculta relevante de casos subnotificados, seja porque muitas transgressões eram resolvidas no âmbito da justiça privada dos senhores, seja porque a punição pública nem sempre era conveniente aos interesses privatísticos senhoriais.

---

[341] Art. 3º Os Juizes de Paz terão jurisdicção cumulativa em todo o Municipio para processarem taes delictos até a pronuncia com as diligencias legaes posteriores, e prisão dos delinquentes, e concluido que seja o processo, o enviaráõ ao Juiz de Direito para este apresenta-lo no Jury, logo que esteja reunido e seguir-se os mais termos.

[342] Art. 270. Retirando-se os Jurados a outra sala, conferenciarão sós, e a portas fechadas, sobre cada uma das questões propostas, e o que fôr julgado pela maioria absoluta de votos, será escripto, e publicado como no Jury de accusação.

[343] Esse medo não estava dissociado das agressões dos escravos contra os senhores. Na pesquisa de Machado, por exemplo, na cidade de Taubaté, entre 43 processos nos quais o escravo eram réus, 37 se referiam a homicídios e lesões corporais. Deste total, 38% foram enquadrados na Lei de 10 de Junho de 1835 (Machado, 1987, p. 65)

Esse aspecto foi ressaltado por Maria Helena Machado, na análise dos 178 processos de crimes relacionados a escravos referentes à cidade de Campinas e Taubaté, no período de 1830-1889[344]. A historiadora destaca o receio dos senhores em levar os casos à Justiça:

> Ciosos de seu poderio, os senhores procuravam resolver parte dos conflitos que envolviam os escravos nos limites das próprias unidades rurais. Supõe-se que, mesmo quando autuados pelas autoridades policiais, os senhores, usando de suas prerrogativas tradicionais, que incluíam o direito ao castigo e correção de certas faltas - tais como pequenos roubos, embriaguez e imprudência - puderam livrá-los das penalidades da lei. De modo geral, percebe-se que a autoridade senhorial ressentia-se da intromissão da Justiça em sua esfera de poder particular, resistindo à apresentação de seus escravos à autoridade. (Machado, 1987, p. 28).

Além disso, a possibilidade de perda de um escravo para a Justiça (em caso de galés ou pena de morte) representava uma diminuição do patrimônio e dos ganhos dos senhores. O valor econômico do cativo e os prejuízos acarretados pela sua prisão ou pelos reflexos das mutilações impostas pelas leis, para Machado (1987), é fundamental para entender a sub-notificação da criminalidade escrava.

Nos processos criminais pesquisados pela historiadora, é possível perceber que os juízes tratavam com rigor os escravos, aplicando efetivamente a penas de açoites[345] em patamares inclusive superiores à previsão legal.[346]Pelo art. 60, do Código Criminal de 1830, o limite da pena era de 50 açoites por dia, e caberia ao juiz fixar a quantidade a ser aplicada ao escravo conforme a gravidade e as circunstâncias do caso. Porém, a realidade era bem diferente:

> Embora a lei estipulasse o número de açoites que o escravo poderia receber por dia, o estabelecimento de sua quantidade ficava a cargo dos juízes inferiores, os quais eram aconselhados a aplicar a lei com moderação, de forma a que a pena não resultasse na morte ou invalidez do escravo. No

---

[344] Dos processos analisados pela autora, grande parte dos crimes da cidade de Campinas eram contra a pessoa (98 casos), dos quais 41 foram enquadrados na Lei de 10 de Junho de 1835 e 57 no Código Penal, pois as vítimas eram outros homens livres (33) ou escravos (24). Os demais casos eram crimes contra a propriedade (18) crimes contra a ordem pública (9) ou se referiam a execução de sentença (19), totalizando 144 tipos de processo ou crimes. Quanto aos crimes da cidade de Taubaté, grande parte dos crimes eram contra a pessoa (37 casos), dos quais 14 foram enquadrados na Lei de 10 de Junho de 1835 e 23 no Código Penal pois as vítimas eram homens livres (11) ou escravos (8) ou libertos (4). Os demais casos eram crimes contra a propriedade (13) ou crimes contra a ordem pública (3), totalizando 53 tipos de processo ou crimes. (Machado, 1987, p. 39-40).

[345] A pena de açoites foi abolida apenas em 15 de Outubro de 1886 (Lei nº 3310).

[346] Dos processo analisados pela autora, na Cidade de Campinas, entre as década de 30 a 80, as penas aplicadas foram: 12 de morte; 16 de galés; 8 de 50 açoites; 13 de 100 açoites; 17 de 200 açoites; 20 de 300 açoites; 9 de 400 açoites; 8 de 500 açoites; 5 de 600 açoites; e 2 com mais de 600 açoites. Na cidade de Taubaté, não houve pena de morte; 8 de galés; 4 de 50 açoites; 5 de 100 açoites; 2 de 200 açoites; 1 de 500 açoites e 1 de 600 açoites. (Machado, 1987, p. 53).

> entanto, os processos criminais de escravos comprovam que a imposição de penas de açoites eram altíssimas, 300 ou mais chibatadas, não eram incomuns, acarretando danos físicos irreversíveis ao suplicado. (Machado, 1987, p. 30).

A justiça de conveniência no julgamento dos crimes praticados pelo escravo tinha ainda um efeito paradoxal: poderia até mesmo redundar em penas mais brandas para o escravo ou evitar a pena de morte. Não porque os senhores se compadecessem do sofrimento dos escravos, mas simplesmente pela necessidade de proteção da sua propriedade privada. Há evidências de manobras dos senhores, delegados e juízes para evitar a aplicação da Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835, pois a pena capital e as galés perpétuas poderia causar a perda total do valor do escravo:

> A primeira penalidade referia-se aos crimes contra a autoridade senhorial e seus correlatos e parece ter sido razoavelmente bem aceita quando se tratava de punir os escravos homicidas de seus senhores e familiares. Porém, quando a vítima exercia o papel de feitor e ainda, fosse escravo ou liberto, os senhores costumavam burlar a aplicação das leis, negando que o ofendido estivesse investido de poderes de feitorização. Tal expediente contava, de forma geral, com o beneplácito das autoridades judiciais, que convenientemente pediam ao júri a confirmação da situação funcional da vítima no momento do crime.(...) O objetivo muitas vezes alcançado com a colaboração da Justiça e dos jurados era fugir da pena capital. (Machado, 1987, p. 30).

Em um dos casos analisados por Ricardo Pirola (2015), restou evidente as manobras dos herdeiros da vítima junto ao delegado para evitar a pronúncia de um de seus escravos acusados do crime. Sem justificativa plausível, o delegado instaurou dois inquéritos, um para cada réu, provavelmente sob pressão exercida pelos herdeiros do senhor morto para aliviar a pronúncia do réu-escravo Isaías a fim de que ele não fosse condenado à pena de morte ou de galés perpétua. (Pirola, 2015, p. 197). Em outro caso, o senhor dos escravos, ao tomar conhecimento de que seu feitor foi morto a golpe de foice e enxada por uma turma de dez de seus escravos, ao invés de comunicar o fato às autoridades locais, mandou enterrar o feitor morto e proibiu seus cativos de comentarem a respeito do caso. (Pirola, 2015, p. 199)

As penas de galés, por sua vez, nunca foram bem recebidas pelos senhores, pois funcionam como incentivo para os escravos praticarem crimes contra os senhores e feitores:

> Constata-se parcialmente tal propósito pelo fato de os escravos homicidas costumarem dirigir-se espontaneamente à delegacia mais próxima onde confessavam seus crimes. Sem dúvidas, o temor aos castigos senhoriais induziam os cativos a representar a justiça - entidade distanciada de suas vidas - com uma imagem mais benigna e equilibrada do que aquela externada pelo senhor. (Machado, 1987, p. 31).

Apesar das intromissões senhoriais, a historiadora constatou que, ao longo do século XIX, houve um crescente aumento de crimes de escravos encaminhados à Justiça, sobretudo a partir dos anos 50:

> O encaminhamento mais frequente do escravo criminoso à Justiça, no entanto, manifestou-se mais como tendência do que comportamento geral, atingindo sobretudo setores mais profundamente colocados sob pressão e, por tal, mais realistas quanto ao futuro da escravidão. Seriam estes os grandes proprietários locais, os "barões do café", enfim, aqueles homens que tinham por trás de si grande número de cativos e centenas de arrobas de café, atraindo, portanto, a atenção da opinião pública. (Machado, 1987, p. 32).

A partir dos estudos de Ricardo Pirola (2015), sobre os casos julgados sob a Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835[347]que chegaram ao Poder Moderador, é possível entender alguns padrões de processamento e julgamento que reforçam os traços da racialidade analisados precedentemente. Dos 79 casos analisados com base nos documentos localizados nos arquivos do Conselho de Estado e do Ministério da Justiça, foram identificados 123 escravos pronunciados, dos quais 109 foram condenados,[348]ou seja 88% levaram à condenação:

> Isso significa que a pronúncia já era indicativo importante de que dificilmente se conseguiria escapar ao crivo dos jurados. Se for certo que muitos proprietários faziam pressão no conselho de jurados para evitar condenações em massa de sua escravaria, como descrevem alguns relatos do século XIX, não deixa de ser notável que tal influência se mostrasse tão pouco produtiva. Talvez mais eficiente do que tentar interferir no trabalho dos jurados fosse pressionar as autoridades policiais e judiciais para impedir a pronúncia dos escravos. (Pirola, 2015, p. 237-238).

Pelo visto, o promotor público não tinha muita dificuldade para convencer os jurados acerca da materialidade e autoria delitiva do escravo. Ocorre que a confissão do escravo era, geralmente, o principal, senão o único, meio de prova, o que levantava a discussão sobre a

---

[347] "A forca era o destino da grande maioria, especialmente na primeira metade do século XIX. Não é fácil saber hoje em dia quantos cativos cumpriram essa sina. A dispersão das informações pelas mais diferentes localidades do país torna a obtenção de tal conhecimento uma tarefa difícil. Fala-se em cerca de duas centenas de réus enforcados, mas sem muita precisão. Fato é que a lei teve vida longa, vigorando até o fim da escravidão. Mesmo quando da polêmica suscitada pelas comutações, nas últimas décadas do Império, momento em que muito se debateu sobre a eficácia dessa lei, ou quando da abolição dos açoites do Código Criminal, já nos anos 80 do século XIX, ela se manteve em pé. A lei de 10 de junho de 1835 tornara-se o símbolo da própria escravidão no Brasil. (Pirola, 2015, p. 19-20).

[348] "É bom lembrar, contudo, que a amostra desta pesquisa guarda as limitações de reunir apenas os casos que necessariamente levaram os réus à condenação, ou seja não contém, por exemplo, os processos em que os pronunciados foram absolvidos. De qualquer forma, a crítica que se fazia, no século XIX, ao fato dos conselhos de jurados apresentarem tendência para absolvição dos réus não se aplicava aos casos da lei de 10 de junho de 1835, ao que parece". (Pirola, 2015, p.238).

aplicação do art. 94 do Código de Processo Criminal[349]aos crimes julgados pelo rito da Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835. Isto porque, pela regra geral, em caso de pena de morte, a confissão, por si só, não era suficiente para a condenação. Em outras palavras, havendo apenas a confissão do escravo, deveria haver absolvição.

Na pesquisa de Pirola, há vários julgados exemplificativos dessa controvérsia. No **caso do escravo Donato** (Pirola, 2015, p. 107-116), acusado de ter assassinado seu senhor, em 18 de maio de 1847, no interior da Paraíba, com duas facadas no peito e uma no ombro em frente à porteira do sítio da Barragem, consta que o escravo foi preso e interrogado pelo subdelegado, tendo confessado o crime:

> Ele disse que por volta das 8 horas da manhã de 18 de maio escondeu-se perto da porteira do sítio e aguardou até que seu senhor aparecesse. Quando Anselmo chegou à porteira do sítio, Donato avançou sobre a vítima com uma faca e o feriu mortalmente no peito. O escravo utilizava uma máscara no momento do crime para que ninguém o pudesse identificar. (Pirola, 2015, p. 107).

Joana, a escrava mãe de Donato, também foi acusada do crime, diante da suspeita levantada pelo senhor-moço (filho da vítima) de que ela teria fornecido a arma utilizada no crime e de ter alimentado Donato enquanto o mesmo estava fugido. Donato não informou a motivação do crime, mas, segundo a versão do senhor-moço, o crime estaria relacionado ao fato da vítima ter prometido alforria a Joana para depois do seu falecimento. Joana, entretanto, negou qualquer participação no crime:

> destacou que no momento do crime se encontrava no chiqueiro das cabras cuidando de seu serviço e que jamais entregara faca alguma a seu filho. Joana disse ainda que foi escrava inicialmente da mãe de Anselmo Laurindo, antes de lhe ser entregue como parte da herança, destacando que desde longa data mantinha boas relações com a família Teixeira. (Pirola, 2015, p. 107).

Além dos acusados e do filho da vítima, o subdelegado ouviu ainda mais 05 homens livres, que nada acrescentaram, se limitando a repetir a versão contada pelo filho da vítima de que Donato teria matado o seu senhor a mando da sua mãe. O subdelegado concluiu o inquérito em 10 dias, encaminhando-o para o Promotor da cidade de Patos, em 28 de maio de 1847, o qual acompanhou as conclusões do subdelegado e pronunciou os acusados (Donato e Joana) em 31 de maio de 1847 com base no art. 192 do Código Penal (homicídio). O juiz

[349] Art. 94. A confissão do réo em Juizo competente, sendo livre, coincidindo com as circumstancias do facto, prova o delicto; mas, no caso de morte, só póde sujeital-o á pena immediata, quando não haja outra prova.

municipal da cidade acolheu o pedido, sem fazer qualquer ressalva, e encaminhou o processo para julgamento perante o Júri, que se deu na Comarca de Pombal. A sessão do Júri ocorreu em 21 de junho de 1847. Nesta, o juiz de direito realizou o interrogatório de Donato, o qual mudou sua versão inicial, passando a negar a autoria delitiva, afirmando que, no momento do assassinato, estava escondido na serra do Teixeira, longe do local do crime. Joana, por sua vez, manteve a versão anterior, igualmente negando participação no crime.

Mesmo diante da negativa de autoria dos acusados na sessão do Júri e da ausência de prova testemunhal, o promotor que atuou no julgamento repetiu a versão produzida na fase de sumário da culpa, ressaltando que Donato havia confessado o crime na fase policial e que a motivação estava relacionada com a promessa de alforria a Joana. Divergindo do promotor da pronúncia quanto ao enquadramento do crime, o promotor do Júri pediu a condenação dos acusados tanto pelo artigo 192 do Código Criminal quanto pelo artigo primeiro da Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835. O Júri acolheu a versão da acusação e concluiu pela culpa dos acusados pelo homicídio do seu senhor. Na sentença, o juiz de direito manteve o enquadramento no artigo 192 do Código Criminal e condenou Donato a pena de galés perpétuas e Joana à prisão perpétua com trabalho. Para aplicar a pena de galés perpétua a Donato, o juiz se baseou no artigo 94 do Código de Processo Criminal, que permitia a aplicação da pena imediata à morte (galés perpétua) quando houvesse apenas a confissão, e para aplicar a pena de prisão perpétua a Joana se valeu do artigo 45 do Código Criminal,[350] que não permitia galés perpétua para mulher. De toda forma, a única prova de autoria constante nos autos era a confissão de Donato feita na fase policial e não confirmada perante o Tribunal do Júri, o que foi suficiente, entretanto, para levar à condenação dos acusados, embora a confissão não tenha sido corroborada por nenhuma outra prova.

O **caso da escrava Josefa** (Pirola, 2015, p. 177-179) teve o mesmo destino: condenação com base exclusivamente na confissão. A escrava foi acusada de, em 02 de março 1851, na vila Piratinim, província de São Pedro do Rio Grande do Sul, ter assassinado sua senhora Dona Florisbela Silveira Rosa e o senhor-moço Manoel. Houve a confissão perante o subdelegado e na fase judicial, perante o juiz de direito. Ao juiz disse Josefa que se aproveitou do fato de que Joaquim Rodrigues Goulart, seu senhor, não estava em casa para atacar e matar Florisbela, no momento em que esta lavava roupa em um riacho, afogando-a no riacho e, que quando lutava com a vítima, o senhor-moço interveio, vindo a ter o mesmo destino da mãe. A

[350] Art. 45. A pena de galés nunca será imposta:
1º A's mulheres, as quaes quando tiverem commettido crimes, para que esteja estabelecida esta pena, serão condemnadas pelo mesmo tempo a prisão em lugar, e com serviço analogo ao seu sexo.

escrava disse que cometeu o crime porque tinha raiva da vítima, pois era amancebada com o seu senhor antes dele se casar e que lhe pedira diversas vezes para ser vendida (Pirola, 2015, p. 178).

Apesar das teses levantadas pelo curador de ter a escrava menos de 20 anos no momento do crime e de não haver prova testemunhal, sendo a confissão a única prova existente nos autos, Josefa foi condenada pelo Tribunal do Júri, tendo o juiz de direito aplicado a pena de morte em sentença lavrada em 16 de maio de 1851.

No **caso do escravo Manoel Joaquim** (Pirola, 2015, p. 184-186), acusado de matar seu senhor Vicente Ambrósio de Abreu no dia 06 de Setembro de 1871, em Minas do Rio das Contas, na Bahia, consta que o irmão da vítima, Francisco Castro de Abreu, ouviu um tiro e correu para o local com alguns amigos para ver o que havia ocorrido e lá encontrou a vítima agonizando com dois ferimentos à bala na garganta.

Em um procedimento que parecia padrão da Polícia do período oitocentista, o**s** primeiros suspeitos dos crimes eram sempre os escravos, os quais eram imediatamente interrogados de forma um tanto quanto violenta:

> Ainda no começo da noite daquele mesmo dia, o subdelegado foi avisado e se dirigiu, juntamente com o inspetor de quarteirão, para a casa do falecido. **Mandou que todos os escravos da propriedade fossem amarrados a fim de que fossem interrogados**. Não demorou para que o cativo Manoel Joaquim confessasse o crime. Ele contou que dias antes tinha retirado da casa de seu senhor uma espingarda e três balas e havia guardado tudo na casa do engenho. No dia do crime, se escondeu atrás das bananeiras próximas ao caminho onde seu senhor costumava passar a fim de surpreendê-lo. Ao perceber que a vítima se aproximava, o escravo contou que fez barulho com uma das mãos na folhagem das bananeiras para chamar a atenção de Abreu, que, ao se virar, recebeu um tiro que atingiu sua garganta. Depois disso, Manoel Joaquim disse que se pôs a correr em fuga e na fuga acabou caindo dentro de uma vala de água. Passado um tempo, porém, retornou à casa senhorial. (Pirola, 2015, p. 185). (grifo nosso)

Com base na confissão, e, segundo afirmou o juiz em sua sentença, nas demais provas (que consistia apenas em provas da materialidade, como a arma do crime e nas balas utilizadas, e não de autoria), o réu foi preso, pronunciado e condenado pelo Júri, como incurso no artigo 1º, da Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835, tendo o juiz de direito aplicado a pena capital. No relatório do juiz, enviado posteriormente ao Poder Moderador, foi destacado que a condenação à forca serviria de exemplo para os demais cativos.

Outro aspecto intrigante se refere à vedação legal para o escravo ser admitido como testemunha, já que este meio de prova era usualmente utilizado pela polícia e pelo juiz para a

formação da culpa dos acusados.

No **caso do escravo Narciso** (Pirola, 2015, p. 179-181), por exemplo, os testemunhos dos escravos da fazenda fizeram prova o bastante para a condenação, embora o acusado tivesse negado a prática do crime. Narciso foi acusado por ter matado o administrador da fazenda. Consta que, no dia 08 de agosto de 1863, Narciso obteve autorização do administrador para se licenciar por um dia da fazenda, mas voltou apenas no dia 10. Ao tomar satisfação de Narciso, o administrador acabou sendo golpeado com golpes de facão, cujos gritos teriam sido ouvidos pela turma de escravos que cortava lenha:

> A turma de escravos que cortava lenha, ao ouvir os gritos do administrador, correu para dentro do mato, encontrando Joaquim Pinto da Silva caído no chão, agonizando seus últimos momentos de vida. Narciso, em pé ao seu lado, segurava um facão todo ensanguentado. Temeroso do estado de "raiva" em que se achava Narciso, os cativos nada fizeram para tentar capturá-lo. Narciso amarrou o corpo da vítima a um cavalo e o arrastou à beira de um rio onde o abandonou. O escravo ainda colocou fogo na mata próxima ao local. (Pirola, 2015, p. 180).

Narciso retornou à Fazenda e se apresentou ao feitor, que, até o momento, não tinha conhecimento do ocorrido, pois os cativos não falaram nada a respeito. Com o sumiço do administrador, o feitor procurou o subdelegado e pouco tempo depois o corpo da vítima foi encontrado. Imediatamente o subdelegado realizou o interrogatório de todos os escravos da fazenda, tendo a turma de escravos que presenciou a cena acima descrita relatado o ocorrido ao subdelegado. Narciso, por sua vez, foi preso e interrogado, porém, negou o crime e ainda apontou o índio Rafael, que morava na fazenda, como autor do crime. A voz solitária de Narciso não foi suficiente para convencer o subdelegado, promotor, juiz e jurados, vindo a ser condenado a pena de morte, como incurso no artigo 1º, da Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835, com base exclusivamente nos testemunhos dos seus colegas escravos.

O mesmo desfecho teve o **caso do escravo Joaquim** (Pirola, 2015, p. 181-184), acusado da morte do senhor Modesto José Muniz, em Tamboril, na Bahia. Consta que, em uma das idas à roça para fiscalizar o trabalho dos escravos no dia 07 de outubro de 1862, o senhor não regressou. Diante do sumiço do senhor, no dia 12 de outubro começaram as buscas. Procurado pela esposa, pelo inspetor do quarteirão e pelos vizinhos, foram encontradas apenas as botas e uma sacola que o senhor costumava carregar. Então começou-se a desconfiar do escravo Joaquim que até então também estava ajudando nas buscas. A suspeita foi suficiente para levar o escravo preso, onde confessou que havia matado a vítima no dia 07 de outubro de 1862. Segundo a confissão do escravo, naquele dia,

aproveitou que a vítima estava distraída e o atingiu com dois golpes de foice na cabeça quando o mesmo chegou em Tamboril para vistoriar o trabalho dos escravos.

Na fazenda em Tamboril, além de Joaquim, moravam e trabalham os escravos Joaquina, Benedito e Venceslau, os quais também foram ouvidos. Embora tenham negado participação no homicídio, contaram detalhes que ajudaram na investigação:

> Esses três escravos disseram que não viram o momento exato em que Modesto José Muniz foi morto, mas que, logo após o crime, Joaquim foi ao encontro deles intimando-os a colaborar no sumiço do corpo. Disse Joaquina ao delegado que resistiu inicialmente à proposta do escravo, mas que cedera, pois ele se mostrava com muita "fúria" e também os ameaçara de morte. Assim, Joaquina e Venceslau ajudaram a carregar o corpo do senhor até uma coivara, próxima ao local em que trabalhavam, e Benedito encarregou-se de raspar o chão para sumir com as manchas de sangue. (Pirola, 2015, p. 182).

Questionados porque não denunciou Joaquim à Polícia antes, Joaquina e Venceslau relataram que temiam as ameaças do réu. Levado a Júri, Joaquim foi declarado culpado e condenado, no dia 07 de outubro de 1863, como incurso no artigo 1º, da Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835, com base na sua confissão e nos testemunhos dos outros escravos da fazenda. Apesar da vedação legal, o uso estratégico das "testemunhas" escravas para sustentar a condenação de seus pares era uma prática comum. De fato, nunca o testemunho escravo valeu tanto na formação da verdade judicial como no julgamento de crimes praticados pelos próprios escravos! Dois pesos e duas medidas, um casuísmo que fazia parte da justiça de conveniência do Império.

Como se não bastasse as pressões locais que subdelegados e juízes sofriam dos senhores, a formação do Corpo de Jurados, na sua maioria de proprietários de escravos, também era uma barreira difícil de ser vencida pelos escravos e seus curadores. Os requisitos para ser jurado estava previsto no art. 27 da Lei nº 261, de 03 de Dezembro de 1841[351] e dificultava a participação de pessoas comuns, pois afastava os analfabetos e pessoas que não tivessem renda ou bens:

> De qualquer maneira, a reforma judiciária de 1841, no que diz respeito a esse aspecto, restringiu fortemente a participação de amplos setores da sociedade brasileira na formação dos conselhos de jurados. Talvez com exceção dos

[351] Art. 27. São aptos para Jurados os cidadãos que puderem ser Eleitores, com a excepção dos declarados no art. 23 do Codigo do Processo Criminal, e os Clerigos de Ordens Sacras, com tanto que esses cidadãos saibão ler e escrever, e tenhão de rendimento annual por bens de raiz, ou Emprego Publico, quatrocentos mil reis, nos Termos das Cidades do Rio de Janeiro, Bahia, Recife e S. Luiz do Maranhão: trezentos mil réis nos Termos das outras Cidades do Imperio; e duzentos em todos os mais Termos.
Quando o rendimento provier do commercio ou industria, deveráõ ter o duplo.

> grandes centros urbanos do Império, particularmente na corte, onde existia um importante número de funcionários públicos, não parece exagero dizer que os conselhos de jurados nas demais regiões eram formados principalmente por proprietários de escravos e terras. (Pirola, 2015, p. 130).

Diante de um corpo de jurados senhorial pouco ou nada poderia fazer a defesa dos escravos para influenciar no veredicto. Soma-se ainda o fato de que, na estrutura inquisitória da Justiça Penal do Império, havia graves problemas para o exercício da defesa técnica, feita por curadores e advogados nomeados pelo Poder Judicial. No **caso do escravo José Crioulo** (Pirola, 2015, p. 116-118), o qual foi condenado a forca pela morte de seu senhor na cidade de Serro, Minas Gerais, ocorrida no ano 1º de dezembro de 1842, a culpa foi formada e o réu condenado pelo Júri apenas com base na sua confissão e, absurdamente, sem qualquer manifestação do seu defensor/curador ao longo do processo e tampouco perante a sessão do Júri:

> Segundo o juiz de direito, em seu relatório sobre o caso, o curador nomeado para defender José Crioulo não chegou a apresentar a defesa do réu por escrito, nem tampouco se pronunciou durante o julgamento. Esse fato por si só evidencia o quanto o caso de José Crioulo impactou aquela comunidade mineira, ficando o réu desprovido de defesa adequada em seu julgamento. No momento de propor as questões para o conselho de jurados, o juiz de direito elaborou apenas uma pergunta: 1) o réu matou o seu senhor? Onze dos doze jurados responderam afirmativamente à questão (bastava oito para condenar José Crioulo). A sentença veio logo em seguida: pena de morte na forca, segundo as disposições do artigo primeiro da lei de 10 de junho de 1835. (Pirola, 2015, p. 117).

A precariedade da defesa estava tão evidente, que o juiz de direito, em 03 de agosto de 1843, em carta encaminhada ao Presidente da Província, o qual àquela altura tinha prerrogativa de suspender as penas capitais,[352]enfatizou a ausência de provas e o desleixo do curador:

> Primeiro, o juiz de direito mencionou o pouco ânimo do curador na defesa de José Crioulo. Além de não defender o réu em julgamento, o curador não protestou contra o fato de que alguns dos jurados sorteados eram provenientes "do local onde fora cometido o crime". O Código de Processo garantia aos acusados a possibilidade de recusar até 12 jurados, substituídos por novo sorteio, a fim de formar um júri justo e isento para o julgamento. O curador, contudo, não se opôs aos nomes sorteados, permitindo a formação do júri com moradores da localidade em que José Crioulo matou seu senhor. Em segundo

[352] "No ano de 1843 ainda vigorava o decreto de 1829 que permitia a aplicação da pena de morte nos réus escravos condenados pelo assassinato de seus senhores sem consulta prévia ao Poder Moderador. A única exigência legal para a execução da sentença era a comunicação ao presidente da Província." (Pirola, 2015, p. 131).

> lugar, o juiz de direito destacou que nenhuma outra prova além da confissão do réu foi levantada pela acusação, o que poderia livrar o réu da forca, segundo as disposições do art. 94, do Código de Processo. (Pirola, 2015, p. 117-118).

Apesar da manifestação contundente do juiz de direito quanto às ilegalidades do julgamento que presidira, o fato de não ter, ele próprio, aplicado o artigo 94, do Código de Processo Criminal no momento da sentença, quando podia fazê-lo, é uma evidência do funcionamento da justiça de conveniência. É provável que o juiz de direito estivesse com receio de confrontar as pressões locais e sentenciou contra sua consciência jurídica, deixando a possibilidade de reversão da pena capital para o Presidente da Província.[353]

Entre tantas outras excepcionalidades do funcionamento desse Direito Penal de Exceção, merece destaque a polêmica em torno da vedação ao direito de apelação. A previsão do art. 3º da Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835 foi um golpe processual para a defesa dos escravos. Mesmo assim, há registros de tentativa de apelação por parte dos curadores. No **caso do escravo Donato,** citado acima, a defesa aproveitou a manobra jurídica do promotor e do juiz, os quais enquadraram o crime no art. 192 do Código Penal (homicídio), para tentar reverter a condenação ou abrandar a pena no Tribunal da Relação.

Não há elementos para avaliar porque o subdelegado e o promotor concluíram pela incidência do 192 do Código Criminal e porque o juiz municipal acolheu a pronúncia nesses termos, ao invés da lei especial. A hipótese levantada por Pirola (2015, p. 109-111) é de que provavelmente houve interferências do senhor-moço junto às autoridades locais para evitar a condenação dos réus pela Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835, que poderia levar à pena de morte e consequente perda da propriedade dos dois escravos. Mas durante a sessão do Júri, o promotor que participou do julgamento pediu a condenação também pela lei especial. Fato é que o juiz de direito, ao sentenciar, utilizou apenas a legislação comum, o que deu margem para o curador acionar a via recursal.

Paradoxalmente, o Tribunal da Relação de Pernambuco não conheceu da apelação, utilizando exatamente a vedação da Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835, muito embora o caso concreto tenha sido julgado na primeira instância com base na legislação comum:

> O relator do caso na Relação de Pernambuco respondeu que "não tomava conhecimento das apelações por não caber recurso algum das decisões ou

[353] Esse também é o posicionamento de Pirola: "É certo que o juiz de direito poderia ter decidido a respeito desse último ponto e ter aplicado ao réu a pena de galés perpétua, no momento de apresentar a sentença, mas não o fez, deixando a decisão de uma eventual suspensão da pena de morte para o presidente da província. (Pirola, 2015, p. 118).

> sentenças proferidas contra escravos acusados por crime com as qualificações da lei de 10 de junho de 1835, nos termos do artigo quarto da mesma". (Pirola, 2015, p. 111).

A polêmica sobre o direito de apelação chegou ao Conselho de Estado algumas vezes. Um caso relevante se refere à consulta do juiz de direito da Comarca do Pará, Francisco José Furtado, em 17 de outubro de 1851 (Pirola, 2015, p. 165-167), que questionava a possibilidade de apelação, por parte da vítima, quando o julgamento resultasse na absolvição dos réus nos casos da Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835, e na possibilidade do juiz de direito apelar "de ofício" para um tribunal superior, quando a sentença proferida pelo júri fosse menor do que indicassem as provas, com base nas previsões da Lei nº 261, de 03 de Dezembro de 1841.[354]Na visão do juiz:

> as rígidas disposições da lei de 10 de junho de 1835 não bastavam por si mesmas, sendo necessário torná-las ainda mais severas. Em outro momento de sua carta, o magistrado destacou que se a seção de Justiça do Conselho de Estado entendesse que não tinha autoridade suficiente para resolver aquela questão, por se tratar de um assunto do Legislativo, então, que encaminhasse a discussão ao Parlamento para uma interpretação definitiva. (Pirola, 2015, p. 165).

O Conselho de Estado, no voto do relator, Conselheiro Limpio de Abreu, concluiu pela impossibilidade de recurso frente aos casos da Lei de nº 04 de 10 de junho de 1835, tendo como base o art. 80, da Lei nº 261, de 03 de Dezembro de 1841,[355] cujas disposições:

> explicam-se por um modo tão amplo e genérico que sem fazer distinção alguma compreendem necessariamente na sua disposição literal tanto as sentenças que condenam, como as que absorvem; sendo bem sabida a regra de Direito que prescreve que não é lícito distinguir aonde a Lei não distingue. (Abreu *apud* Pirola, 2015, p. 166).

---

[354] Art. 69. Dar-se-ha recurso:
1º Da decisão que obriga a termo de bem viver, e de segurança, e a apresentar Passaporte.
2º Da decisão que declara improcedente o Corpo de delicto.
3º Da que pronuncia, ou não pronuncia, e que sustenta ou revoga a pronuncia.
4º Da concessão, ou denegação de fiança, e do seu arbitramento.
5º Da decisão que julga perdida a quantia afiançada.
6º Da decisão contra a prescripção allegada.
7º Da decisão que concede soltura em consequencia de Habeas-corpus: este recurso será interposto ex-officio. E' sómente competente para conceder Habeas-corpus o Juiz Superior ao que decretou a prisão.
Art. 70. Estes recursos serão interpostos para a Relação do Districto quando as decisões forem proferidas pelos Juizes do Direito, ou Chefes de Policia, nos casos em que lhes competirem.
Dar-se-hão, porém, para o Juiz de Direito, quando proferidas por outras Autoridades Judiciarias inferiores. O recurso de não pronuncia, nos casos de responsabilidade será interposto ex-officio.

[355] Art. 80. Das sentenças proferidas nos crimes, de que trata a Lei do 10 de Junho de 1835, não haverá recurso algum, nem mesmo o de revista.

O conselheiro afirmou ainda que o texto era expresso ao proibir apelação *ex offício* e que um dos principais fins da lei excepcional era o pronto castigo do delinquente. A resposta clara e contundente do Conselho de Estado não significa dizer que o assunto era pacífico entre os Conselheiros.

Em outros momentos, o Conselho decidiu pela possibilidade de recurso, como na consulta que questionava se os réus escravos processados em regiões de fronteira poderiam apelar para os tribunais superiores. Após manifestação da Seção de Justiça, com voto favorável do Conselheiro Paulino José Soares de Sousa, de 16 de agosto de 1854, o Imperador achou melhor obstar a decisão e provocou a manifestação do Pleno do Conselho de Estado. O assunto rendeu intensos debates entre os conselheiros, envolvendo questionamentos relevantes em torno da lei excepcional. Ao final, o Pleno deliberou por encaminhar a Assembleia Legislativa para fazer uma interpretação legítima da lei. Diante da polêmica, o imperador deixou o tema suspenso por três meses e, no final, acabou enviando a questão para o Parlamento (Pirola, 2015, p. 167-170). Assim, o tema continuou em aberto no âmbito do Conselho de Estado e do Poder Moderador.

Diante do Direito Penal de Exceção e de condições desfavoráveis para os curadores e advogados de defesa alterarem o desfecho condenatório, a única possibilidade concreta dos escravos para escaparem da forca ou ter o abrandamento da sua situação, seria a graça imperial. Como abordado anteriormente, o Poder Moderador tinha a prerrogativa de conceder graça e indulto, podendo perdoar a pena ou fazer a comutação, moderando as penas impostas aos réus condenados pelo Poder Judicial.

A partir de 1853, o Imperador determinou que todos os casos de réus escravos condenados à morte deveriam subir ao Poder Moderador, antes da execução da sentença:

> A partir daquela data, nenhum escravo seria mais enviado à forca sem que seu respectivo processo passasse pelas mãos do imperador. Forjava-se, assim, um dos mecanismos fundamentais para que as comutações, a partir da década seguinte, atingissem níveis inéditos em todo o país. A consulta ao monarca passava a contemplar agora todos os réus escravos sentenciados à pena de morte. (Pirola, 2015, p. 147).

Como se sabe, o Imperador usava estrategicamente essa prerrogativa, ciente das vantagens políticas da graça imperial,[356]mas sem perder de vista a necessidade de acomodação

[356] O imperador buscava construir uma imagem de benevolente perante os súditos. Essa preocupação se mostrou clara nas posições do Conselho de Estado em relação às penas de açoites, previstas no Código Criminal do Império: "Em parecer, por exemplo, proferido na década de 1870, a seção justificou sua posição pelo fato de considerar a pena de açoites ainda mais severa que a de prisão. É certo que nessa época ja avançavam com maior força as críticas contra o uso dos açoites. Contudo, é possível que o Conselho de Estado no começo da década de

dos interesses dos proprietários.

Nos pareceres da Seção de Justiça do Conselho de Estado, que embasaram os pedidos de graça e comutação, nota-se que os posicionamentos dos Conselheiros apesar de heterogêneos, também eram influenciados pelos interesses da sociedade escravista. De qualquer maneira, a jurisprudência formada no Conselho contribuiu para a progressiva concessão dos benefícios, especialmente a comutação de penas, e para a flexibilização das regras penais e processuais de exceção que vigiam desde o início do Império. Em várias oportunidades, como se percebe na obra de Ricardo Pirola (2015), o Conselho argumentou em favor dos escravos com base nas disposições da legislação comum, reconhecendo a fragilidade de condenações baseadas na confissão ou em testemunhos de escravos, e a ocorrência de diversos erros judiciários na primeira instância judicial que justificariam a graça imperial ou a comutação das penas impostas injustamente aos escravos.

As concessões imperiais, entretanto, não apagam as mortes na forca, as dores e sofrimentos réus escravos diante dos açoites, das prisões arbitrários, as confissões e testemunhos obtidos dos escravos sem qualquer garantia de voluntariedade, as manifestações arbitrárias de delegados, subdelegados, promotores e juízes, as decisões de jurados sem qualquer garantia de julgamento justo e imparcial, enfim, não apagam as mazelas produzidas pelo Direito Penal de Exceção que a memória da escravidão ainda está por revelar em pesquisas científicas vindouras.

5.3 A emergência da legislação "antirracista" no século XX

Com a abolição oficial da escravidão em 1888,[357]rompeu-se a desigualação formal entre negros e brancos. Os ex-escravos foram inseridos no estatuto legal do "humano" e, juntamente com as pessoas livres de cor que já haviam alcançado a posse da liberdade ao longo do período oitocentista, chega-se ao início da Primeira República, em 1890, com uma população de mais de 14 milhões de habitantes, dos quais 44% eram pessoas brancas e os demais (56%) eram não-brancas,[358]segundo padrões censitários oficiais.[359]

1840 quisesse evitar a associação da pena de açoites com as comutações promovidas por d. Pedro II. Para muitos contemporâneos, tal pena era justamente o calcanhar de aquiles do Código Criminal de 1830, vista como expressão evidente da permanência de tradições típicas da Colônia do século XIX. Além disso, à imagem do imperador buscava-se ligar a benevolência, não elementos que lembrassem castigos senhoriais.(Pirola, 2015, p. 133).

[357] Por meio da Lei Áurea (Lei nº 3353, de 13 de maio de 1888).

[358] Pretos (14,6%), pardos (32,4%) e indígenas (9%).

[359] Os dados do censos demográficos realizados no Brasil entre 1872 a 2010 estão sistematizados na página do Laboratório de Demografia e Estudos Demográficos populacionais, da Universidade Federal de Juiz de Fora. Disponível em:

A presença de pretos e pardos na população brasileira seguiu expressiva ao longo do século XX. Na década de 50, os brancos representavam 61%, enquanto pretos e pardos somavam 37,5%,[360]de uma população de quase 52 milhões de habitantes. Na década de 80, a população era de 119 milhões de habitantes, em relação aos quais houve um decréscimo da população branca, que representava 54,2%, enquanto pretos e pardos somavam 44,7%[361] da população. No início dos anos 90, o Brasil já possuía uma população de mais de 147 milhões de habitantes, sendo 51,6% de brancos e 47,4% de pretos e pardos,[362]ao passo, de acordo com o censo de 2010[363] e de 2022[364] e a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua),[365] se verifica a preponderância de pretos e pardos na população brasileira.

Apesar da estratégia oficial de embranquecimento da população, inclusive nos censos demográficos, nos quais houve a diluição do corpo negro na categoria "pardo", fato é que a presença dos negros na população brasileira se manteve forte ao longo do século XX.[366]

A despeito da igualdade formal e da expressiva presença negra na população brasileira, a vida de pretos e pardos desde a abolição da escravidão, passando pela Primeira República até chegar ao Estado Democrático de Direito pós Constituição de 1988, tem sido marcada por privações e violências. O Estado e a branquidade continuam inscrevendo o corpo negro no signo da morte, da criminalidade e da desigualdade social.

A abolição da escravidão, nesse contexto, não representou a igualdade material entre brancos e negros no Brasil. Ao contrário, pois, segundo abordei anteriormente,[367]a

---

https://www.ufjf.br/ladem/2015/11/20/a-cor-e-a-raca-nos-censos-demograficos-nacionais-por-adriano-senkevics] Acesso em: 07/10/2023.

[360] Pretos (59%), pardos (26,5%) e indígenas (38.9%).

[361] Pretos (11%), pardos (26,5%).

[362] Pretos (5%), pardos (42,4%).

[363] No Censo de 2010, a população brasileira era de aproximadamente 191 milhões de pessoas, sendo que os brancos correspondiam a 47,7%, ao passo que os pretos eram 7,6% e pardos 43,10%.

[364] De acordo com a prévia do último Censo, realizado em 2022, a população brasileira é de 203.062.512 de pessoas. (BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: https://painel.ibge.gov.br/pnadc/. Acesso em 07.10.2023; Em relação aos raça/cor, os dados divulgados em dezembro de 2023, apontam que: Em 2022, cerca de 92,1 milhões de pessoas (ou 45,3% da população do país) se declararam pardas. Foi a primeira vez, desde 1991, que esse grupo predominou; Outros 88,2 milhões (43,5%) se declararam brancos, 20,6 milhões (10,2%), pretos, 1,7 milhões (0,8%), indígenas e 850,1 mil (0,4%), amarelas. (BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38719-censo-2022-pela-primeira-vez-desde-1991-a-maior-parte-da-populacao-do-brasil-se-declara-parda . Acesso em: 13.12.2023).

[365] De acordo com os dados a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua) do 2º trimestre de 2022, a proporção de negros na população total é de 55,8% da população total. (BRASIL. Departamento Intersindica de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, 2023. Disponível em: [https://www.dieese.org.br/infografico/2022/populacaoNegra2022/index.html?page=3. Acesso em: 07/10/2023

[366] "O crescimento populacional não constituiu privilégios à determinada raça, de modo que o Brasil, malgrado todos os esforços da sociedade política e civil, e resistindo a todas as ações racistas institucionais, individuais e culturais, resulta num país predominantemente negro e, devido às condições materiais."(Bertúlio, 1989, p.42).

[367] Vide tópico 3.2 deste trabalho.

branquidade assumiu a função estratégica de distribuição desigual dos bens sociais, reservando aos brancos a posição de privilégios e aos negros a posição de subalternidade. Nessa ordem de ideias, Maria Aparecida Bento (2002) alertou para o déficit de cidadania da população negra em todas as dimensões da vida (na saúde, na educação, no trabalho), o que vai além do passado escravista ou da questão de classe social, pois o privilégio branco se manifesta em todas as dimensões da sociedade brasileira. No mesmo sentido, José Murilo de Carvalho (2017) chamou atenção para o fato de que o pós-abolição não representou mudanças significativas nesse estado de coisas, com consequências duradouras para a população negra, que até os dias atuais representam a parcela da população com piores indicadores econômico-sociais.

Desde a década de 60, as ciências sociais vêm alertando para a coexistência de vários fatores e estratégias de dominação implantadas no pós-abolição que possibilitaram (e vem possibilitando) o aprofundamento da desigualdade social entre negros e brancos, o que significa dizer que o passado escravista, por sí só, é insuficiente para compreender a persistência dessa situação. Como assinalou Thomas Skidmore, a cor prosseguiu sendo fator preponderante da mobilidade social na chamada "democracia racial" brasileira, pois os limites sociais da mobilidade do negro dependiam sem dúvida da aparência (quanto mais "negróide", menos móvel) e do grau de "brancura" cultural (educação, maneiras, riqueza) que era capaz de atingir (Skidmore, 1976, p. 56).

Isso se deve a vários fatores, dentre os quais a política de branqueamento e de imigração levada a cabo pelo Governo brasileiro no século XIX e acentuada nas primeiras décadas do século XX. Como base ideológica dessas políticas, sobretudo no século passado, ganha destaque o mito da democracia racial que escamoteia a desigualdade racial intrínseca à realidade brasileira.[368]

A condiçõ social dos negros no pós-abolição, então, deve ser contextualizada com diversas circunstâncias histórico-sociais e com as estratégias de poder que foram reatualizadas ao longo do século XX para assegurar o privilégio branco e dificultar o acesso dos negros aos bens positivos da sociedade. Foi pensando sobre as primeiras décadas do pós-abolição que Carlos Hasenbalg esclareceu que:

> um complexo de circunstâncias históricas atuou no sentido de limitar as oportunidades socioeconômicas da população de cor, durante quatro décadas seguintes à abolição. Dentre essas circunstâncias, como foi visto anteriormente, a mais importante foi a política de imigração, seguida durante

[368] Esses aspectos foram abordados no tópico 2.5 deste trabalho.

> esse período. Impregnada como estava de matizes racistas, essa política resultou não apenas na marginalização de negros e mulatos no Sudeste, mas também reforçou o padrão de distribuição regional de brancos e não-brancos que se desenvolveu durante o regime escravista. Como consequência, uma maioria da população não-branca permaneceu fora do Sudeste, na região economicamente mais atrasada do país, onde as oportunidades educacionais e ocupacionais eram muito limitadas (Hasenbalg, 1979, p. 167).

Com a Lei Áurea de 1888, foi declarada extinta a escravidão, mas a legislação ordinária subsequente ampliou o controle estatal sobre os corpos negros. Se, antes da abolição os negros estavam submetidos à vingança privada dos senhores nas senzalas, o controle social passou a ser exercido com proeminência pelo Estado policial, com respaldo no Código Criminal de 1890, o qual, além de ampliar o rol de crimes relacionados à vadiagem e à mendicância previstos no Código Criminal de 1830,[369] criou um tipo penal específico para punir a prática de capoeiragem. O capítulo XII[370] do novo código associou a mendicância à

---

[369]Que previa as condutas do artigos 295 a 296, da seguinte forma:
Art. 295. Não tomar qualquer pessoa uma occupação honesta, e util, de que passa subsistir, depois de advertido pelo Juiz de Paz, não tendo renda sufficiente.
Pena - de prisão com trabalho por oito a vinte e quatro dias.
Art. 296. Andar mendigando:
1º Nos lugares, em que existem estabelecimentos publicos para os mendigos, ou havendo pessoa, que se offereça a sustental-os.
2º Quando os que mendigarem estiverem em termos de trabalhar, ainda que nos lugares não hajam os ditos estabelecimentos.
3º Quando fingirem chagas, ou outras enfermidades.
4º Quando mesmo invalidos mendigarem em reunião de quatro, ou mais, não sendo pai, e filhos, e não se incluindo tambem no numero dos quatro as mulheres, que acompanharem seus maridos, e os moços, que guiarem os cégos.
Penas - de prisão simples, ou com trabalho, segundo o estado das forças do mendigo, por oito dias a um mez.

[370] O rol estava previsto no Capítulo XII (artigos a 398), do Código Criminal de 1890, da seguinte forma:
Art. 391. Mendigar, tendo saude e aptidão para trabalhar:
Pena - de prisão cellular por oito a trinta dias.
Art. 392. Mendigar, sendo inhabil para trabalhar, nos logares onde existem hospicios e asylos para mendigos:
Pena - de prisão cellular por cinco a quinze dias.
Art. 393. Mendigar fingindo enfermidades, simulando motivo para armar á commiseração, ou usando de modo ameaçador e vexatorio:
Pena - de prisão cellular por um a dous mezes.
Art. 394. Mendigar aos bandos, ou em ajuntamento, não sendo pae ou mãe e seus filhos impuberes, marido e mulher, cego ou aleijado e seu conductor:
Pena - de prisão cellular por um a tres mezes.
Art. 395. Permittir que uma pessoa menor de 14 annos sujeita a seu poder, ou confiada á sua guarda e vigilancia, ande a mendigar, tire ou não lucro para si ou para outrem:
Pena - de prisão cellular por um a tres mezes.
Art. 396. Embriagar-se por habito, ou apresentar-se em publico em estado de embriaguez manifesta:
Pena - de prisão cellular por quinze a trinta dias.
Art. 397. Fornecer a alguem, em logar frequentado pelo publico, bebidas com o fim de embriagal-o, ou de augmentar-lhe a embriaguez:
Pena - de prisão cellular por quinze a trinta dias.
Paragrapho unico. Si o facto for praticado com alguma pessoa menor, ou que se ache manifestamente em estado anormal por fraqueza ou alteração da intelligencia:
Pena - de prisão cellular por dous a quatro mezes.
Art. 398. Si o infractor for dono de casa de vender bebidas, ou substancias inebriantes:
Penas - de prisão cellular por um a quatro mezes e multa de 50$ a 100$000.

embriaguez para aumentar o rigor punitivo da população negra que, sendo livre, sem trabalho e sem amparo estatal, estaria mais propensa a incorrer nas condutas típicas. O Capítulo XIII,[371]por sua vez, associava a vadiagem à capoeiragem, com igual desiderato de perseguir a população negra, que era presa fácil para a Polícia, autorizada a prender qualquer pessoa negra encontrada na rua sem trabalho, sem moradia ou que estivesse se comportando (no que se refere aos costumes, moral, esporte, cultura) de forma "não civilizada", ou seja, fora dos padrões morais dos brancos.

A capoeiragem inspirava medo à elite escravista (mais uma vez o "medo branco") e a resposta penal não deixava de ser expressão desse medo, conforme assinalou Thomas Skidmore:

> Originária da África, a capoeira fazia-os oponentes temíveis para quem quer que não andasse previamente armado. Essa ameaça direta à lei e à ordem confirmou os piores temores de muitos membros da elite, que achavam menos embaraçoso preocupar-se com criminosos urbanos do que com as consequências sociais da abolição. A atitude do público era influenciada mais pela dramatização do processo abolicionista do que pelo número de escravos alforriados que abandonavam o campo. Em consequência: a força policial foi aumentada, e os grupos de capoeira tornaram-se alvo de penas repressivas no novo Código Penal de 1890, com inclusive expulsão do país. Tais violências reforçavam a imagem do negro como um elemento atrasado e anti-social,

[371] Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes:
Pena - de prisão cellular por quinze a trinta dias.
§ 1º Pela mesma sentença que condemnar o infractor como vadio, ou vagabundo, será elle obrigado a assignar termo de tomar occupação dentro de 15 dias, contados do cumprimento da pena.
§ 2º Os maiores de 14 annos serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, onde poderão ser conservados até á idade de 21 annos.
Art. 400. Si o termo for quebrado, o que importará reincidencia, o infractor será recolhido, por um a tres annos, a colonias penaes que se fundarem em ilhas maritimas, ou nas fronteiras do territorio nacional, podendo para esse fim ser aproveitados os presidios militares existentes.
Paragrapho unico. Si o infractor for estrangeiro será deportado.
Art. 401. A pena imposta aos infractores, a que se referem os artigos precedentes, ficará extincta, si o condemnado provar superveniente acquisição de renda bastante para sua subsistencia; e suspensa, si apresentar fiador idoneo que por elle se obrigue.
Paragrapho unico. A sentença que, a requerimento do fiador, julgar quebrada a fiança, tornará effectiva a condemnação suspensa por virtude della.
Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal:
Pena - de prisão cellular por dous a seis mezes.
Paragrapho unico. E' considerado circumstancia aggravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta.
Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro.
Art. 403. No caso de reincidencia, será applicada ao capoeira, no gráo maximo, a pena do art. 400.
Paragrapho unico. Si for estrangeiro, será deportado depois de cumprida a pena.
Art. 404. Si nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, perturbar a ordem, a tranquilidade ou segurança publica, ou for encontrado com armas, incorrerá cumulativamente nas penas comminadas para taes crimes.

> dando assim à elite novo incentivo para trabalhar por um Brasil mais branco. (Skidmore, 1976, p. 63-64).

Enquanto a Constituição Escravista Imperial de 1824, apesar do seu aparente e estratégico silêncio, legitimava a escravidão, a primeira Constituição Republicana de 1891 se manteve alheia às precárias condições sociais dos negros no pós-abolição, seguindo a onda liberal do constitucionalismo do século XX, se limitando a proclamar direitos políticos e individuais de cunho universalista. Na declaração de direitos constante no art. 72, assegurava-se os direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, sendo enfática no §2º quanto à igualdade formal perante a lei, ressaltando que a República não admitia privilégios de nascimento, desconhecia foros de nobreza, além de extinguir as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

Além de ignorar a desigualdade latente entre brancos e negros no pós-abolição e não prever mecanismos para superação do problema, a Constituição de 1891 afastou a possibilidade dos negros participarem da vida política, pois o artigo 70 vedava o direito de votar e ser votado aos mendigos e analfabetos, condição a que estava submetida a maioria da população negra, dado que os negros ou não eram alfabetizados ou não possuíam trabalho formal, ou ambos.

Logo, essa vedação institucionalizou as diferenças como padrão apreensão (hierarquizada), do outro: o branco trabalha, o negro não trabalha; o negro é mendigo, o mendigo é negro. O mesmo ocorria em relação aos escravos, já que a situação de escravizado era, igualmente, de analfabeto (Bertúlio, 1989, p. 159).

Em 1916, veio à tona o tão esperado Código Civil brasileiro, elaborado por Clóvis Beviláqua, que passou a regular as relações privadas. A questão da igualdade formal entre negros e brancos não era mais um problema para o tratamento da personalidade civil, embora se saiba que, em relação à propriedade e à sucessão hereditária, a legislação civil tenha exercido papel importante na manutenção do *status quo*, por meio da proteção dos direitos de propriedade da elite escravista e de seus herdeiros, pois a massa de ex-escravos e libertos ainda não reunia as condições materiais para o efetivo acesso à propriedade e constituição de herança que pudesse deixar para seus descendentes.

A Constituição de 1934, por sua vez, é um marco para o que os constitucionalistas denominam de Estado Social, inaugurando a positivação constitucional de direitos sociais no Brasil, pois proclamou um regime democrático que pretendia assegurar à Nação a unidade e a

liberdade, ao lado da justiça social e do bem-estar social e econômico. Embora a Constituição não tenha previsto políticas públicas específicas para o combate à desigualdade racial, tentou compatibilizar a propriedade privada e a livre iniciativa com a busca da justiça social, da existência digna e de condições e direitos para os trabalhadores na cidade e no campo. O silêncio do texto sobre a questão racial é rompido no artigo 136, mas para acentuar a face racista da elite política da década de 30, pois estabeleceu a educação eugênica como diretriz constitucional, acomodando as teses do branqueamento e da imigração para lidar com o "problema do negro" no Brasil.

Quanto aos cargos políticos, a Constituição manteve o elitismo, vedando o acesso aos mendigos e aos que não sabiam ler e escrever, o que consistia em mais um eufemismo para dizer que os negros estavam excluídos da vida política, pois a desigualdade racial de oportunidades educacionais era exponencial na década de 40 e perdurou nas décadas seguintes.[372]Essa desigualdade educacional também era empecilho para que os negros participassem da burocracia estatal, cuja exclusão estava oficializada pela Constituição de 1934 ao condicionar o acesso aos cargos públicos à realização de concurso de provas e títulos, tarefa praticamente inalcançável aos negros diante da desigualdade educacional. Essa exigência passou a ser uma constante em todas as Constituições posteriores.

A Constituição do Estado Novo (Constituição de 1937) manteve a vedação aos mendigos e analfabetos para votar e ser votado, barreira que foi suprimida do texto constitucional apenas em 1945. Por outro lado, retirou-se a eugenia da diretriz educacional. No aspecto econômico e social, se afastou da busca da justiça social, restringindo-se à proteção dos direitos dos trabalhadores, a qual foi ampliada pela legislação infraconstitucional, culminando com a Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943.

No que tange à legislação infraconstitucional, também merece destaque as reformas penais do século XX. Em dezembro de 1940 foi aprovado o Código Penal que, com sucessivas atualizações, está vigente até os dias atuais. A principal inovação, com reflexos na questão racial, foi a descriminalização da mendicância, da vadiagem e da capoeiragem, embora tenha mantido a vadiagem e a ociosidade como critério para a definição do tipo de

[372] A respeito da desigualdade educacional nessa época esclarece Carlos Hasenbalg: "No país como um todo, em 1940 os brancos tinham uma possibilidade 3,8 vezes maior de completar a escola primaria, que os não-brancos; uma possibilidade 9,6 vezes maior de completar a escola secundária; e uma possibilidade 13,7 vezes maior de receber um grau universitário. Inequivocamente, entre 1940 e 1950 a população não-branca só manteve sua posição relativa no nível da escola primária, onde o número total de formandos aumentos 245% naquela década. No entanto, nos níveis secundário e universitário, onde o número de diplomados aumentou 175% e 48% respectivamente, a posição relativa dos não-brancos se deteriorou. Em 1950, os brancos - representando 63,5% da população total - detinham 97% dos diplomas universitários, 94% dos secundários e 84% dos diplomas da escola primária." (Hasenbalg, 1979, p. 185-186).

estabelecimento para cumprimento de medida de segurança.[373]É que o Código Penal de 1940 se concentrou na ideia de proteção de bens jurídicos relevantes. Entretanto, não deixou de lado o viés elitista e seletivo ao dar ênfase aos crimes contra o patrimônio.

Mas a questão da mendicância e da vadiagem não foi retirada do controle policial. Houve apenas a migração para a Lei de Contravenções Penais de 1941,[374]onde havia a presunção de que os condenados por vadiagem ou mendicância eram perigosos e deviam ser internados em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, pelo prazo mínimo de um ano. De acordo com o art. 25, para a caracterização da contravenção penal bastava o indivíduo ser conhecido como "vadio" ou "mendigo", expressão com alta carga de subjetividade, ou então, na forma do art. 65, mendigar, por ociosidade ou cupidez.

Dessume-se dessa legislação penal que o legislador não foi indiferente à manutenção do *status quo* racializado e ao controle penal dos corpos negros e se dedicou à criação de tipos penais e instrumentos legais para mantê-los sob o jugo do sistema de justiça e colocá-los no banco dos réus. Soma-se a esse arcabouço legal as posturas municipais, que exerciam papel relevante no controle dos corpos negros nas cidades.[375]

Apenas na Constituição de 1946, pela primeira vez, o texto constitucional prevê que não será tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.[376] O comando, entretanto, não é uma resposta às ofensas raciais sofridas pela população negra brasileira ao longo dos séculos, mas sim, aos horrores do nazismo, que exigiu uma resposta institucional da comunidade

---

[373] A redação original do artigo 93, do citado código assim dispunha:
Art 93. São internados em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo 88, § 1°, n. III, segundo pareça ao juiz mais conveniente:
I - durante dois anos, pelo menos, o condenado por crime doloso, se reincidente;
II - durante um ano, pelo menos:
a) o condenado a reclusão por mais de cinco anos;
b) o condenado a pena privativa de liberdade, se o crime se relaciona com a ociosidade, a vadiagem ou a prostituição.

[374] Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de Outubro de 1941.

[375] "Estas Posturas, por se encontrarem mais próximas dos indivíduos, auxiliavam no controle estabelecido pelas leis gerais. Era a delimitação do lugar do negro na sociedade e a forma de apreensão e tratamento devido ao negro pelos brancos, objetivo bem cumprido por aquelas normas, nos diversos municípios brasileiros.(Bertúlio, 1989, p 39-40).

[376] Art. 141…
§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

internacional após o término da Segunda Guerra Mundial.[377] Internamente, reinava o silêncio das leis ordinárias em relação às violências cotidianas perpetradas contra a população negra:

> Estas normas, porém, permanecem adormecidas nos Códigos e coletâneas de Leis, sem viabilidade de aplicação prática. Os juristas, doutrinadores ou cientistas políticos não tomam conhecimento do fato. Na esfera repressiva do Estado, entretanto, as manifestações racistas são frequentes. Este duplo papel, de instância da "justiça" e perpetuador das diferenças raciais hierarquizadas que o Direito brasileiro exerce no todo social foi considerado, no presente trabalho, como elemento de reprodução e perpetuação do racismo contra os negros. Algumas falas dos membros do poder Judiciário, Legislativo e Executivo ilustram a carga racista do cotidiano das instituições do Poder do Estado. A sociedade brasileira, por seu lado, recebe e alimenta o sistema de discriminação racial, sem, todavia, discutir ou examinar seu racismo. A negação do racismo é exatamente a forma de sua perpetuação. (Bertúlio, 1989, p. VI).

A omissão legislativa acerca da violência racial sofrida pela população negra no cotidiano, foi timidamente rompida na década de 50, com a Lei Afonso Arinos, que será abordada adiante.

5.3.1 A tipificação das ofensas raciais na Lei Afonso Arinos

Apesar das violências cotidianas a que população negra continuou submetida após o fim da escravidão, somente em 1951, após um longo tempo de luta e resistências da população e movimentos negros, o véu da branquidade foi tensionado para fazer uma espécie de "concessão" à negritude, inserindo a prática de discriminação e preconceito racial no rol de contravenções penais.

Ao falar em "concessão", é bom que se diga, não estamos desconsiderando o sentido de conquista, já abordado anteriormente em relação à legislação antiescravista, sobre a qual Chalhoub asseverou que a abolição da escravidão e os direitos conquistados não foram meras concessões de uma elite ilustrada, de bacharéis abolicionistas, mas também fruto das estratégias utilizadas pelos escravos nos diversos campos de possibilidade de resistência (Chalhoub, 1990, p. 59). Essa observação é importante porque a Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390, de 03 de julho de 1951) e a legislação antirracista posterior também é resultado da luta cotidiana dos negros-vítima que não se calaram diante da violência racial, das vozes de lideranças negras (e também das não-negras que aderiram à luta) e dos movimentos negros

[377] Àquela altura a Carta das Nações Unidas, de 1945, já tinha definido como um dos fundamentos da cooperação internacional, o "respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião".

em geral que, no campo discursivo e nos espaços de poder que conseguiram ocupar, lutaram para a implementação das pautas antirracistas e para o convencimento dos "dirigentes saquaremas" de nosso tempo mais recente.

No início do século XX, o movimento negro foi fortalecido:

> Datam deste período, igualmente, as primeiras formações organizadas de negros. A Frente Negra Brasileira é criada em 1924 em São Paulo, e o Jornal Clarim da Alvorada é criado como legítimo órgão da mocidade negra carioca. Abdias do Nascimento, em 1944, funda com outros negros o Teatro Experimental do Negro, reiniciando o protesto, as denúncias e reivindicações ao Governo e à sociedade como um todo, da discriminação e preconceito racial, exigindo medidas asseguradoras de seus direitos e de combate ao racismo. (Bertúlio, 1989, p. 52).

O movimento tinha o desafio de combater o racismo e a desigualdade racial. Além dos problemas econômico-sociais que acometiam a população negra, a discriminação e o preconceito racial fazia parte do cotidiano, inclusive nas instituições estatais, como na marinha e nas guardas estaduais, segundo destacou Thomas Skidmore:

> Embora os brasileiros fizessem praça da ausência de preconceito racial, a imprensa dava notícia, diariamente, de discriminação contra pretos e mulatos escuros. Os incidentes envolviam as instituições oficiais que tinham contato com estrangeiros. Em 1904, o Correio da Manhã queixava-se de que os pretos eram impedidos de servir como guardas no Teatro Lírico, um famoso teatro do Rio. Em 1906, um editorial alegava discriminação tanto contra preto como contra mulatos, no recrutamento da Guarda Cívica, ou milícia estadual, de São Paulo. Dizia-se que isso era uma medida preparatória da chegada de uma missão de treinamento do exército francês, que os paulistas não queriam ofender. O Correio da Manhã ridicularizava essa atitude, lembrando aos seus leitores um rol de brasileiros ilustres de sangue mulato, inclusive Tobias Barreto e André Rebouças. Dizia-se, inclusive, que até o grande Rodrigues Alves, presidente da República e antigo governador de São Paulo, tinha sangue negro. (Skidmore, 1976, p. 64).

Entre as personalidades citadas pelo autor consta André Rebouças, filho de outro ilustrado mulato, Antônio Pereira Rebouças, o nosso jurista e político do período oitocentista abordado no tópico 4.2.3 deste estudo. No século XIX, Antônio Rebouças também se queixava do tratamento que era dispensado aos pretos e mulatos libertos, o que o levou a tentar se descolar do seu passado escravista e, no campo político e jurídico, se dedicou à defesa dos direitos civis e políticos dos libertos. Sob esse aspecto, Antonio Rebouças, que não questionava a legitimidade da escravidão, embora defendesse os dirietos civís dos libertos, antevia os desafios que estes teriam de enfrentar no pós-abolição.

A lei que formalmente reconheceu a prática de racismo como penalmente reprovável não foi apenas uma resposta direta às reivindicações da população negra. O projeto de lei foi de iniciativa do senador Afonso Arinos, o qual, em suas memórias, se regozijava pelo fato de que a projeto de lei teve tramitação tranquila, sem emendas[378] e, em tom paternalista, justificava seu empenho:

> Criado entre negros e negras como todos os meninos brasileiros de velhas famílias, eu guardava recordações entorpecidas de alguns daqueles mestres submissos de minha infância, nas casa paterna e avoenga. Muito aprendi com estes primeiros guias da minha infância. (Arinos, *apud* JESUS, 1980, p. 227).

As palavras amorosas não comoveram Eunice Aparecida de Jesus, segundo a qual as circunstâncias descritas pelo senador revela o relacionamento vertical branco-negro, onde o negro não é um amigo, mas um subalterno. Segundo a autora, a lei entrou no mundo jurídico de forma improvisada e emotiva, tendo como uma das causas imediatas a discriminação racial sofrida pelo motorista do senador que há trinta e cinco anos servia à sua família e que teve a entrada barrada em uma confeitaria no Rio de Janeiro. A segunda causa se refere à uma atriz norte-americana que teve a entrada barrada em um hotel carioca (Jesus, 1980, p. 228).

No mesmo sentido, afirmou Carlos Hasenbalg:

> Há um toque de ironia no fato de que a principal concessão nominal à demanda de igualdade racial - a promulgação da Lei Afonso Arinos em 1851, que pune a discriminação de raça ou de cor em lugares públicos - tenha se originado de um incidente discriminatório em que um negro americano esteve envolvido. (Hasenbalg, 1979, p. 224).

Ademais, o senador Afonso Arinos estava mais comprometido com as forças políticas tradicionais do que com as questões raciais propriamente ditas, como enfatizou Dora Lucia de Lima Bertúlio (1989), a qual relembra que, tempos depois, por ocasião da discussão da emenda que transformou o racismo em crime inafiançável perante a Assembleia Constituinte de 1987-1988, o político foi manifestamente contra a criminalização do racismo:

> mesmo já tendo preparado seu discurso sobre o Centenário da Abolição, encomendado pelo Presidente do Congresso Nacional, (...) revelou que não havia tomado conhecimento da emenda (...) e, se tivesse presente, teria votado contra, porque "não acho bom, ela é inconveniente e inoportuna. Pode surgir uma situação de antagonismo entre negros e brancos", justificou. (Bertúlio, 1989, p.61).

[378] A única emenda ao projeto foi proposta pelo próprio Afonso Arinos.

Fato é que o caso de racismo da atriz norte-americana ganhou as páginas do noticiário e teve repercussão internacional. O incidente poderia manchar a imagem de um Brasil que se pretendia fazer crer ser o paraíso da democracia racial. Mais uma vez é a preocupação com as pressões internacionais (como a "Lei para Inglês ver" da época do tráfico negreiro) que denuncia o simbolismo da produção legislativa, como bem apontou Thomas Skidmore:

> Significativamente, isso ocorreu logo depois da dançarina negra Katherine Duham, em *tourneé* pelo Brasil, queixou-se de lhe ter sido recusada hospedagem por um hotel de São Paulo.[379]Mas a lei ficou sendo um belo gesto simbólico. Nenhum esforço governamental foi feito para investigar possíveis discriminações dessa espécie. (Skidmore, 1976, p. 232).

A aprovação da Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390, de 03 de julho de 1951), uma conquista da população, não é motivo para efusivas comemorações, pois sua aplicação nunca foi levada a sério e, para aqueles que acreditam no dogma da *voluntas legislatoris*, pode-se afirmar que, assim como em relação ao crime de redução de pessoa livre à escravidão do Código Penal de 1830, não era vontade do legislador de 1951 responsabilizar criminalmente seus compatriotas brancos pelas ofensas e discriminações raciais.

Eunice Aparecida de Jesus (1980) tratou da euforia com que a Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390, de 03 de julho de 1951) foi recebida em todos os meios políticos e intelectuais da época e alertou que os elogios era devido ao fato de que, finalmente, o Brasil (internacionalmente conhecido como uma democracia racial), tomou partido contra a discriminação racial. Não era preocupação da elite política a certeza da aplicação da lei.

Considerando as violências perpetradas contra a população negra brasileira desde a abolição, a resposta legislativa era, de fato, bastante tímida:

> Desde o fim do escravismo, as iniquidades raciais têm persistido sem o recurso de formas severas de repressão. Assim, a tímida resposta branca às formas de protesto racial é indicativa da modesta ameaça colocada pelos negros ao *status quo* racial. A repetida afirmação de que "não temos problema racial no Brasil" é não apenas uma questão de orgulho nacional, como parece, também, ter sido suficientemente efetiva para conter as esparsas manifestações de inconformismo racial. Nenhuma ideologia racista elaborada ou formas de organização branca para lidar com uma "ameaça negra" são distinguíveis. (Hasenbalg, 1979, p. 224).

Para Thula Pires, a punição do racismo na condição de contravenção penal:

---

[379] Há divergência nos textos consultados sobre o local do episódio/ofensa envolvendo a artista americana (se em um Hotel no Rio de Janeiro ou em São Paulo).

> não garantiu à população afrobrasileira sequer a possibilidade de acreditar no sistema penal como o mecanismo inibidor da conduta desrespeitosa. Além de afirmar publicamente que as práticas racistas cingem-se à esfera privada de ações não graves, as penas previstas para seus autores apresentavam-se como completamente inócuas. (Pires, 2013, p.221-222).

Sendo contravenção penal, não se pune a tentativa e, ainda que consumada, as penas leves dificilmente levariam à prisão do agressor. A rigor, as condutas típicas não eram consideradas graves, pois, segundo a dogmática penal, a contravenção penal é entendida como "crime-anão". Eunice Aparecida de Jesus repudiou esse tratamento dado às ofensas raciais:

> É evidente que a discriminação racial não é um "delito-anão". Ora, o sofrimento imposto ao negro, principalmente quando é preterido no setor profissional, ou quando sua imagem é injuriada pelos meios de comunicação, constitui conduta danosa, lesiva a bens e interesses jurídicos, os mais relevantes. (Jesus, 1980, p. 237).

O caráter elitista da lei não passou despercebido nos estudos de Dora Lúcia de Lima Bertúlio (1989), a qual ressaltou que as condutas tipificadas se limitavam a atos discriminatórios e preconceituosos ocorridos em locais públicos, tais como bar, restaurantes, teatros, afastando, por exemplo, fatos ocorridos no âmbito das relações de trabalho.

Segundo Thula Pires, enquanto vigorou, a lei "não produziu efeitos concretos no processo de enfrentamento do racismo e das desigualdades raciais. A militância negra atribuiu sua inefetividade ao tipo de delito e às penas por ela descritas, passando a direcionar a luta para que a conduta fosse tipificada como crime" (Pires, 2013, p.222).

As evidências de que os legisladores não visavam, de fato, a punição dos agressores, o tratamento brando da conduta, na forma de contravenção penal, a dificuldade de enquadramento das condutas na prática cotidiana, a reduzido número de ações penais e efetiva punição dos agressores, entre outros aspectos, têm levado alguns estudiosos a "taxar" a Lei Afonso Arinos, e, em certa medida, a legislação antirracista do século XX, bem como a legislação antiescravista do século XIX, como simbólica, apropriando-se das formulações de Winfried Hassemer (1995, 2008) Alessandro Baratta (1994; 2006), Marcelo Neves (2011) e Harald Kindermann (*apud* Neves, 2011) para ficar em apenas quatro expoentes, que teorizaram em torno da dicotomia entre a produção do ato legiferante (ato de produção e do texto produzido) e seu descompasso com a realidade.

A experiência alemã abordada por Hassemer (2008), por exemplo, evidenciava notável incremento da legislação penal simbólica, com a profusão de leis que são meras declarações de princípios legislativos, leis com caráter de apelo (moral), reações compensatórias do

legislador (leis-álibi ou leis de crise) e leis de compromisso.

Ciente do problema semântico dos termos simbólico e legislação simbólica, Hassemer (2008) aponta para um consenso "global" sobre o que se entende por Direito Simbólico enquanto oposição entre "realidade" e "aparência", entre "manifesto" e "latente", entre "realmente pretendido" e "realmente realizado", enfim, trata dos efeitos reais das leis penais. Assim, simbólico se associa a "ilusório", em sentido transitivo e reflexivo. As funções latentes estabelecem o que aqui vem sendo chamado de "ilusão" ou "dissimulação": os objetivos de regulamentação proclamados pela norma são, comparativamente, diversos dos efetivamente esperados; não é possível confiar naquilo que a norma publicamente proclama. (Hassemer, 2008, p. 221). Alessandro Baratta (1994; 2006), por sua vez, enfatiza a noção de "engano" desenvolvida por Hassemer, que representaria uma disfunção entre estrutura política e comunicativa da sociedade.

A noção de legislação simbólica não é específica do Direito Penal. Foi nesse contexto de efeitos simbólicos da legislação que ocorre na produção do ato legiferante (ato de produção e do texto produzido) que, entre nós, Marcelo Neves (2011) apresenta sua perspectiva de Constitucionalização Simbólica.

Na mesma linha de Harold Kindermann (*apud* Neves, 2011 e Hassemer (1995, 2008), Neves (2011) se refere à quantidade considerável de leis que desempenham funções sociais latentes (político-ideológica) em detrimento da eficácia normativo-jurídica (função instrumental), que passa a ser secundária neste tipo de legislação. Segundo Neves, esse fenômeno está relacionado ao ato de produção e do texto legislativo produzido, mas que se constata, no plano da concretização, negligenciada pelo Estado, havendo uma hipertrofia da função simbólica da legislação.

Depreende-se da análise de Neves, que a legislação simbólica ocorreria na produção do ato legiferante (ato de produção e do texto produzido) e se completaria pelo descompromisso com sua concretização. Daí porque o autor vai enfatizar a hipertrofia da função simbólica, destacando que a legislação simbólica não decorre de uma concepção simplista da inexistência ou irrelevância social da legislação ou dos textos legais carentes de eficácia normativa. A partir dessas reflexões, Neves exemplifica a prática de legislação simbólica no Direito Penal. Como exemplo de legislação-álibi, no Brasil, o autor se refere às reformas legislativas que surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atividade estatal mais drástica contra determinados crimes, por leis penais mais rigorosas, que servem como álibi, "uma vez que o problema não decorre da falta de legislação

tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência de pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação em vigor" (Neves, 2011 p. 38).

Rodrigo José Fuziger (2014) vai mais adiante, compreendendo que essa prática de esconder, sob seu sentido manifesto, intenções subliminares é percebida na atuação dos diversos agentes do sistema penal: agentes policiais (executivo), congressistas (legislativo) e magistrados (judiciário). Em relação aos magistrados, estudos recentes, como em Mellim Filho (2014), destacam o manejo dos critérios interpretativos, "entremeados por regras processuais e de provas e procedimentos, a incidirem sobre condutas humanas carregadas de sentido", operando a seleção dos criminosos em um universo de vagueza e ambiguidade da lei penal e processual penal. [380]

Nessa ordem de ideais, Thula Pires enfatiza a função estratégica dos grupos políticos dominantes na produção de legislação simbólica:

> Uma estratégia interessante de responder ao grupo político descontente, sem alterar significativamente sua realidade, está no uso simbólico da legislação. Conforme apontado na parte final do primeiro capítulo, pode-se encontrar no aparato normativo do Estado legislações que tenham apenas o intuito de representar compromissos dilatórios (exercendo a função de retardar conflitos sociais iminentes: de um lado, responde a demandas e pressões populares no sentido de regulamentação de dada medida; de outro, são criadas tantas dificuldades para real implementação da norma que seus efeitos concretos ficam anulados); e as chamadas 'legislações-álibi' (que tem por objetivo fomentar a confiança do indivíduo no Estado, ou em determinado governo, construindo uma aparente solução dos problemas sociais, ao mesmo tempo em que obstrui o caminho para seu real enfrentamento). (Pires, 2013, p.253).

Pensando a legilação antiescravista e antirracista sob a ótica da legislação simbólica no campo penal, Thula Pires assinala que a "falta ou falso reconhecimento atribuído ao negro desde o processo de formação da sociedade brasileira encontra na atuação do sistema penal o seu melhor exemplo e suas mais consistentes evidências" (Pires, 2013, p.256). É que a autora está preocupada com a forma precária de reconhecimento de direitos da população negra,

[380] Exemplo do que aqui se afirma como aplicação simbólica da lei penal pelo juiz, porém no âmbito do tráfico de drogas, pode ser visto no Relatório de Pesquisa "Tráfico de Drogas e Constituição", no que se refere à aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Diante da indefinição das categorias de dedicação à vida criminosa e integração de organização criminosa, os juízes optam pela não aplicação da minorante "a partir da adoção da perspectiva estereotipada sobre o sujeito criminalizado por tráfico de drogas – criminoso integrante de complexa rede de tráfico de drogas –, desacompanhada da análise efetiva da participação do réu nessa teia.
Em outros casos, os magistrados se abstiveram de analisar essa circunstância, alegando não haver nos autos elementos sufi cientes a embasar a decisão, de forma concreta e específica. Ou, ainda, no caso da estreita via do habeas corpus, justificou-se o não conhecimento do pedido pela impossibilidade de dilação probatória ou de revolvimento da matéria fática." (BRASIL. Grupo de Pesquisa em Política de Drogas e Direitos Humanos FND/UFRJ; Grupo de Pesquisa da Universidade de Brasilia/UnB. Sumário Executivo Relatório de Pesquisa "Tráfico de Drogas e Constituição". Série Pensando o Direito. Rio de Janeiro/Brasília: 2009).

desde o período oitocentista até os dias atuais:

> Além de serem referenciados como "coisas" no âmbito civil e como "pessoas" apenas nas normas penais de caráter punitivo que o identificavam como potenciais agressores, suas principais demandas e necessidades foram historicamente negligenciadas e quando muito refletidas em políticas públicas universais. (Pires, 2013, p.70).

De fato, o uso do direito penal como estratégia de luta por reconhecimento de direitos tem rendido intensos debates, inclusive nos estudos raciais e na Criminologia Crítica. Não por acaso, Ana Flauzina (2008) critica o uso do Direito Penal como pauta antirracista, argumentando que:

> Num plano mais geral, entendemos que o Estado acolhe as pressões do movimento negro a partir do Direito Penal pelo simples fato de que os efeitos de tais postulações serão necessariamente inócuos. São inócuos porque o Direito Penal, ao contrário, dos demais ramos do direito, é um campo da negatividade e da repressão, não se constituindo como espaço para promover interesses de caráter emancipatório. Além disso, e mais importante, o Direito Penal se materializa pelo sistema penal. Como engrenagem que toma o racismo como pressuposto de sua atuação, esse sistema é um espaço comprometido, inadequado e incapaz de gerir as demandas a partir de uma perspectiva de igualdade, a exemplo do que ocorre com as demandas femininas. Esse é o campo por excelência de vulnerabilização, e não de resguardo, dos interesses da população negra. (Flauzina, 2008, p. 91-92).

A compreensão da Flauzina é bastante pessimista quanto à estratégia de criminalização do racismo, não se podendo descartar que, em certa medida, há um caráter simbólico no seu uso, o que acaba servindo como blindagem institucional da discriminação racial. Na sua visão, então, "o campo penal não oferece qualquer possibilidade efetiva de quebra das práticas racistas, não as alcança de fato e, quando as reconhece, diluiu o aspecto racial num espectro mais amplo de discriminação". (Flauzina, 2008, p. 92).

Por outro lado, Thula Pires (2013) ressalta que não se pode desqualificar, *a priori*, esse tipo de legislação simbólica que, apesar de enunciar política de reconhecimento da população negra, possui dificuldades de concretização. Isto porque, na visão da autora, ainda que as classes dominantes facilitem uma dada negociação de demandas com grupos tradicionalmente excluídos com um dos objetivos simbólicos, não se pode desconsiderar, tampouco subestimar, a potência de sujeitos políticos cujas vozes ficam consolidadas em enunciados normativos (Pires, 2013, p. 84-85).

Entretanto, por tudo que foi visto ao longo deste trabalho, percebe-se que, tanto as leis antiescravistas do século XIX quanto as leis antirracistas do século XX, emergiram em um campo de tensão, de disputa de poder, de jogos estratégicos que, inclusive, não foram lineares.

Na fase do "escravismo pleno", por exemplo, as condições em que os discursos de verdade sobre a escravidão e sua legitimidade foram produzidos eram bem diferentes das do "escravismo tardio". Naquele, havia um consenso em torno da apropriação de seres humanos e da sua exploração econômica, de modo que era difícil "estar no verdadeiro" sem compartilhar daquela visão de mundo escravista. Claro que havia dissensos, vozes insurgentes e, principalmente, luta e resistência escrava, mas somente na fase do "escravismo tardio" é que foram dadas as condições para que uma certa "verdade" sobre a legitimidade da escravidão pudesse não apenas ser questionada moral e juridicamente, mas, sobretudo, superada no campo social, político e jurídico.

Posteriormente, no "escravismo tardio", as condições para o fortalecimento do movimento abolicionista eram mais favoráveis, conforme visto anteriormente, abrindo caminhos para o reconhecimento de direitos da população negra, a despeito da filtragem ideológica dos "dirigentes saquaremas".

No pós-abolição até os dias atuais, por sua vez, luta antirracista avançou através de uma rede de correlação de forças cada vez mais difusa, ampliando-se as possibilidades de resistência da população negra. Muitos direitos foram conquistados, mas não há garantia contra retrocessos e a população negra, de forma individual ou coletiva, segue vigilante e atuante na "luta pelo direito".

Portanto, embora, em alguma medida, a legislação antiescravista arrancada dos "dirigentes saquaremas", que culminou com a Lei Áurea, em 1888, ou mesmo a legislação antirracistas do século XX, sobretudo a Lei Afonso Arinos e a legislação antirracista superveniente[381]conquistadas pela população negra, possam ter também um caráter simbólico (o que, a rigor, é inerente a qualquer legislação); embora não se possa descartar que determinados agentes políticos favoráveis a essa legislação, especialmente as leis de cunho penal, no seu íntimo, não desejasse o fim do tráfico negreiro, a abolição da escravidão ou a punição dos agressores pelas violências raciais; embora a elite política e jurídica do período oitocentista, em grande parte, mantivessem fiéis aos interesses dos proprietários, assumindo compromissos dilatórios em relação à abolição da escravidão; embora, no presente, a racialização do regime de verdade judicial opere na contramão das funções declaradas pela criminalização do racismo; embora, inclusive, a criminalização do racismo enfrente uma série

[381] Que serão melhor analisadas adiante.

de obstáculos para a sua aplicação e responsabilização dos agressores;...Apesar de tudo isso e de outros fatores que, ainda hoje, contribuem para a reduzida eficácia da legislação antirracista, penso que reduzir a legislação antiescravista e antirracista sob a categoria de "legislação simbólica", além de ser uma redução epistemológica que desconsidera a materialidade do processo histórico e as relações de poder subjacentes à sua formulação, acaba minimizando o papel do negro enquanto sujeito histórico, que lutou e continua lutando para o reconhecimento da sua humanidade por todos os meios disponíveis, inclusive pelo Direito.

Ademais, como defende Marcos Queiroz, a pretexto do silêncio dos juristas sobre a Constituição Escravista de 1824, as noções de simbolismo, ineficácia e inautenticidade acabam reforçando as estratégias do silêncio da cultura jurídica dominante, na medida em que as Constituições, os textos constitucionais não são meros instrumentos de dominação ou cartas de papel simbólicas, pois surgem de tensões, contradições e fissuras políticas, assim como vivem e são reinventados nelas.[382]

Portanto, a apropriação dos instrumentos dos dominadores (o direito), como estratégia de reconhecimento por parte da população negra, faz parte do processo de luta e resistência no campo das correlações de força, onde o poder de enunciação da verdade (e do direito) está sempre em disputa. Essa compreensão não afasta, evidentemente, o fato de que o sistema de justiça está estruturado e funciona vigorosamente de forma racializada para manter os privilégios da branquidade e escamotear as violações perpetradas contra a população negra, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho.

5.3.2 A constitucionalização do racismo e a tipificação dos crimes raciais após a Constituição de 1988

O golpe de 1964 rompeu com a ordem democrática iniciada em 1946, instaurando uma ditadura militar que durou mais de vinte anos. Numa interpretação autoritária do §5º, do artigo 141, da Constituição de 1946, que proibia propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe, os militares passaram a reprimir todo e qualquer movimento de contestação política e social. No Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, a parte final do dispositivo foi alterada, para deixar ainda mais abrangente o que se poderia entender por subversão e ordem, passando à

[382] QUEIROZ, Marcos. Assombros da Casa-Grande: Constituição de 1824 e as vidas póstumas da escravidão. (no prelo)

seguinte redação: "Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de subversão, da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe."

Com um pequeno ajuste redacional, a proibição desse tipo de propaganda se manteve no § 8º, do art. 150, da Constituição de 1967,[383]a qual introduziu também um mandado de criminalização no §1º do citado dispositivo: "§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei." Cita-se ainda, no campo da ordem econômica e social, a inclusão da proibição de diferença salarial em razão da "cor" prevista no inciso III, do art. 158.[384]

Na legislação infraconstitucional, a resposta à agenda internacional de combate aos horrores do nazismo e o mandado de criminalização citado acima, foram contempladas na Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei nº 898, de 29 de Setembro de 1969) com a tipificação, no inciso VI, do art. 39, do crime de incitação à discriminação racial, ao lado das condutas consideradas subversivas e ofensivas à ordem e à segurança nacional, com penas elevadíssimas, que poderiam chegar à pena capital.[385]

O crime de incitação à discriminação racial permaneceu, com redação semelhante, na versão posterior da Lei de Segurança Nacional (artigo 36, da Lei nº 6.620, de 17 de Dezembro de 1978),[386]porém, foi descriminalizada pela Lei nº 7.170, de 14 de Dezembro de

---

[383] Art. 150…
§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

[384] Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:
(...)
III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil;

[385] Art. 39. Incitar:
I - A guerra ou à subversão da ordem político-social;
II - A desobediência coletiva às leis;
III - A animosidade entre as Fôrças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;
IV - A luta pela violência entre as classes sociais;
V - A paralisação de serviços públicos, ou atividades essenciais;
VI - Ao ódio ou à discriminação racial:
Pena: reclusão, de 10 a 20 anos.
§ 1º Se os crimes previstos nos itens I a IV forem praticados por meio de imprensa, rádio difusão ou televisão:
Pena: reclusão, de 15 a 30 anos.
§ 2º Ressalvados os crimes de que tratam os itens V e VI, se, do incitamento, decorrer morte:
Pena: morte.
§ 3º Se a responsabilidade pela incitação couber a diretor ou responsável de jornal, periódico, estação de rádio ou de televisão, além da pena, privativa da liberdade será imposta a multa de 50 a 100 vêzes o valor do maior salário-mínimo vigente à época do delito.

[386] Art. 36 - Incitar:
I - à guerra ou à subversão da ordem politico-social;
II - à desobediência coletiva às leis;
III - à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;

1983,[387] que a retirou do rol das condutas típicas.

A manipulação da lei contra a população negra, a exemplo do que ocorria no período colonial, não tardou. Durante o regime militar houve o uso arbitrário desses dispositivos, perseguindo-se e reprimindo-se qualquer movimento de contestação àquela ordem autoritária. Tudo poderia ser interpretado como sendo contra a ordem, os bons costumes, a segurança nacional. Assim, os movimentos de combate ao racismo e suas lideranças, como Abdias Nascimento, não escaparam da sanha autoritária dos militares:

> O golpe de 64 desarticulou todos os movimentos sociais brasileiros. A repressão desmobilizou as lideranças negras, como de todos os demais movimentos reivindicatórios e contestadores da ordem político-sócio-jurídica, lançando-os numa espécie de "semi (ou total) clandestinidade" (Bertúlio, 1989, p.166).

Para Ivair Augusto Alves dos Santos, a vigilância do Serviço de Segurança de Informação e a violência policial contra o movimento negro era constante:

> Na verdade, porém, o governo simplesmente considerava qualquer movimento de conscientização negra como uma ameaça ou agressão retaliativa, sendo até mencionado que, nessas ocasiões, os negros estavam tratando de impor ao país uma suposta superioridade racial negra. Qualquer esforço por parte do movimento negro esbarrava nesse obstáculo. A ele não se permitia esclarecer e compreender a própria situação no contexto do país, o que significava, para as forças no poder, ameaça à segurança nacional, tentativa de desintegração da sociedade brasileira e da unidade nacional. (Santos, 2015, p. 40).

A ditadura militar representou grande retrocesso na luta contra o racismo no Brasil. Após a redemocratização, o movimento negro retorna à arena pública, levando suas reivindicações à Assembléia Nacional Constituinte de 1987-88:

IV - à luta pela violência entre as classes sociais;
V - à paralisação de serviços públicos, ou atividades essenciais;
VI - ao ódio ou à discriminação racial.
Pena: reclusão, de 2 a 12 anos.
Parágrafo único - Se, do incitamento, decorrer lesão corporal grave ou morte.
Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

[387] Nessa última versão da Lei de Segurança Nacional, já no periodo de transição para a ordem democrática, foram suprimidos diversos dispositivos autoritários. O rol dos crimes de incitação foi sobremaneira reduzido, passando a constar no artigo 23, da seguinte forma:
Art. 23 - Incitar:
I - à subversão da ordem política ou social;
II - à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;
III - à luta com violência entre as classes sociais;
IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.
Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

> Ainda que sufocados pela repressão empreendida pela ditadura militar, assim como os demais movimentos sociais, o desejo pela criminalização do racismo continuou sendo difundido e preservado como uma das principais reivindicações do movimento negro. Ressalta-se que essa não era a única demanda e não se está reduzindo o trabalho dos ativistas negros a esse fator, mas como as ações afirmativas e outras políticas de reconhecimento já foram tratadas anteriormente, o estudo dedica-se agora apenas a hipótese da criminalização do racismo. (Pires, 2013, p.222).

As pressões do movimento e a participação ativa de lideranças e intelectuais negros tiveram como resultado a inclusão do crime de racismo no rol dos direitos e garantias individuais do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988,[388]que dispõe o seguinte: "XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;" A grande inovação em relação ao texto constitucional anterior, que já previa o mandado de criminalização, é o fato de que o crime de racismo passou a ser inafiançável e imprescritível.

> Não se pode desconsiderar o fato de que a criminalização do racismo tenha adentrado o texto constitucional na década de oitenta, mesmo sendo uma demanda do movimento social, pelo menos, desde a década de quarenta. O clima de contestação política do período e a reorganização do movimento negro unificado representavam uma ameaça real à manutenção de um sistema que se mostrava cada mais declaradamente seletivo, conforme expressado pelas cifras acima descritas. A explosão da população carcerária e a cor dos presídios brasileiros não podiam mais ser escondidas. (Pires, 2013, p.253).

A Constituição Federal de 1988 também incorporou à ordem democrática diversos dispositivos que, direta ou indiretamente, podem ser apropriados pela população negra na luta por igualdade de direitos.[389]Além de basear a República na dignidade da pessoa humana, no artigo 1º, e consagrar a igualdade como princípio fundamental no artigo 5º, *caput*, a Constituição Federal de 1988, estabeleceu, no inciso XL do artigo 5º, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. No artigo 3º, inciso

---

[388] "Naquele momento, ver inscrito na Constituição indicativo criminalizante da prática do racismo representava para significativa parcela da população brasileira a possibilidade de ver-se, pela primeira vez na história constitucional pátria, reconhecido como ator político. A criminalização de manifestações de desrespeito surge como bandeira política das minorias como forma de dar visibilidade a violências perpetradas contra elas e de fazer com que o Poder Público assuma sua responsabilidade na proteção dos grupos vulneráveis. Pela primeira vez, o texto constitucional era utilizado para coibir de forma grave tratamento discriminatório em relação aos negros, transformando a prática do racismo em crime inafiançável e imprescritível." (Pires, 2013, p.223).

[389] Cita-se o repúdio ao racismo como princípio da República Federativa do Brasil (artigo 4º, inciso VIII); a vedação à discriminação e preconceitos raciais, e a redução das desigualdades sociais como objetivo fundamentais (artigo 3º, inciso III e IV); o princípio da igualdade perante a lei (artigo 5º) e nas relações de trabalho (artigo 7º, inciso XXXI e XXXIX), dentre outros.

IV, há o compromisso de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e, no artigo 4º, inciso VIII, de combater o racismo nas suas relações internacionais.

A esse quadro normativo soma-se a responsabilidade civil, com a possibilidade de reparação por danos morais, tanto no âmbito das relações civis, reguladas pelo Direito Civil,[390]quanto nas relações de trabalho, regulada pelo Direito do Trabalho,[391]ambos tendo como referência os dispositivos legais antirracistas informados acima e o marco geral da proteção da honra, previstos nos incisos V e X, do artigo 5º da Constituição Federal.[392]

Houve também, nas últimas décadas, a ampliação das políticas e do debate públicos sobre o racismo, especialmente a partir do primeiro Governo Lula, com a criação, pela Lei 10.678, de 2003, da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, com *status* de Ministério, articulando-se uma série de medidas, nas três esferas governamentais, para diminuição das desigualdades raciais,[393]dentre elas o programa de ações afirmativas,[394]ampliado consideravelmente nos anos seguintes (inclusive em relação ao acesso às vagas em universidades públicas),[395]a inserção da História e Cultura Afro-Brasileira no ensino obrigatório,[396]dentre outras ações.

Especificamente sobre a questão quilombola,[397]o artigo 68, do ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT), determinou que, aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estivessem ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos.

No âmbito internacional, ganha importância a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013, que foi promulgada internamente

---

[390] Atualmente previstos no artigo 186 a 187 e 927 a 954, do Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

[391] No Direito do Trabalho, cita-se ainda o direito social previsto no artigo 7º, XXX, da Constituição Federal, que proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (CF, 7º, XXX);

[392] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
(...)
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[393] Mais informações sobre a evolução dessas políticas no Governo Lula em: LIMA, Márcia. Desigualdades raciais e políticas públicas: ações afirmativas no governo Lula". In: Novos estudos — Cebrap, n. 87, pp. 77-95, 2010.

[394] Já inserida no âmbito da Administração Pública Federal no final do Governo FHC, em 2002, Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002

[395] Lei nº 12.711, de 29 de Agosto de 2012.

[396] Lei nº 10.639, de 09 de janeiro de 2003

[397] Que na área da cultura, também ganhou proteção constitucional no artigo 216, §4º: "ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos"

por meio do Decreto nº 10.932 de 10 de janeiro de 2022, com status de emenda constitucional. Com isso, a população negra amplia o rol de instrumentos, com força constitucional, para combater o racismo e a discriminação racial.

Voltando à questão criminal, até a Constituição de 1988 o racismo era apenas contravenção penal, prevista na Lei Afonso Arinos, posto que a incitação à discriminação racial havia sido retirada da Lei de Segurança Nacional em 1983.

Para atender a Constituição, o crime de racismo foi instituído pela Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei Caó), cujo projeto foi de autoria do deputado negro e militante antirracista Carlos Alberto de Oliveira. Do ponto de vista das condutas típicas, a lei basicamente incorporou as condutas anteriormente previstas como contravenção, mantendo o critério topográfico (espacial) da Lei Afonso Arinos, relacionado à recusa ou negativa de acesso a determinados locais. Somente na década de 90, com a Lei nº 8.081, de 21 de Setembro de 1990,[398]a Lei nº 8.882, de 03 de junho de 1994[399] e, finalmente, com a Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997,[400]houve a ampliação das condutas, tendo esta última abrangido o induzimento e a incitação à discriminação e ao preconceito racial, incluindo a etnia, religião

---

[398] Art. 20. 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. (Artigo incluído pela Lei nº 8.081, de 21.9.1990)
Pena: reclusão de dois a cinco anos.

[399] Art. 20…
§ 1º Incorre na mesma pena quem fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.882, de 3.6.1994)
§ 2º Poderá o juiz determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:(Parágrafo renumerado pela Lei nº 8.882, de 3.6.1994).
I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;
II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.
§ 3º Constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (Parágrafo renumerado pela Lei nº 8.882, de 3.6.1994)

[400] Que deu nova redação aos artigos 1º e 20:
"Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional."
"Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
Pena: reclusão de um a três anos e multa.
§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.
Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.
§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:
Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.
§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:
I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;
II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.
§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido."

e procedência nacional, para além de espaços específicos.

A Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997 também inseriu o §3º no art. 140 no Código Penal,[401]criando o crime qualificado de injúria racial ou preconceituosa, que, na prática, possibilitava o uso da tutela penal não apenas nas situações de segregação espacial ou incitação ao preconceito e discriminação em face de um grupo étnico-racial, mas também no âmbito das relações individuais.

Na justificativa do projeto que alterou a lei de racismo em 1997, o deputado Paulo Paim (autor do Projeto de Lei nº 1.240/1995) se referiu à necessidade de "atacar a impunidade", "eliminar, de todas as formas, a manifestação pública do odioso preconceito", afirmando ainda que "o estereótipo, muito usado nessas condutas, é uma forma de preconceito pois trata-se de um expediente jocoso, irônico, debochado e com acentuado componente de desprezo no descrever alguém."[402]

Diferentemente da Lei Afonso Arinos, a constitucionalização do crime de racismo e as leis que criaram o crime de racismo e injúria racial no pós-Constituição de 1988 tiveram participação ativa do movimento negro.

Isso, entretanto, não representou mudança significativa na realidade do sistema de justiça criminal. A "concessão" da branquidade à luta por reconhecimento da população negra continuava enfrentando resistência, sobretudo quando analisamos o problema sob a ótica da dogmática jurídica de tradição formalista abordada neste trabalho. A título exemplificativo, é emblemática a visão pessimista do penalista Damásio de Jesus em relação à alteração da lei de 1997, que tipificou a injúria racial. Ao analisar a criação do crime de injúria racial ou preconceituosa, o penalista, fiel à tradição dogmática e embalado pelo mito da democracia racial, teceu severas críticas, desprezando a gravidade das ofensas raciais:

> De acordo com a intenção da lei nova, chamar alguém de 'negro', 'preto', 'pretão', 'negão', 'africano', 'judeu', 'baiano', 'japa', etc, desde que com vontade de lhe ofender a honra subjetiva relacionada com a cor ou religião, raça ou etnia, sujeita o autor a uma pena mínima de 1 ano de reclusão, além de multa. Menor do que imposta ao homicídio culposo (1 a 3 anos de detenção, art. 121, parágrafo 3º) e a mesma do auto aborto (CP, art. 124) e do aborto consentido (art.121). (...) A cominação exagerada ofende o princípio constitucional de proporcionalidade entre os delitos e suas respectivas penas. Dificilmente um juiz irá condenar a 1 ano de reclusão quem chamou alguém de 'católico papa-hóstias', ainda que tenha agido com vontade de ofender e

[401] "Art. 140. ....
§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem:
Pena: reclusão de um a três anos e multa."
[402] Projeto de Lei 1.240/1995. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=189504] Acesso em: 19.09.2023.

> menosprezar. Se aplicado o novo tipo penal, de ver-se que além do dolo próprio da injúria, consistente na vontade de ultrajar, o tipo requer a consciência de que o sujeito está ofendendo a vítima por causa da sua origem, raça, etc. (JESUS, *apud* Santos, 2015, p. 65).

Para Ivair Augusto Alves dos Santos, esse pensamento banalizou o racismo, de forma sarcástica, ao afirmar que dificilmente um juiz condenaria alguém à prisão pelo cumprimento dessa lei (Santos, 2015, p. 65).

E, de fato, o que se viu ao longo do tempo, foi o desrespeito e a desconsideração do sofrimento das vítimas. Os termos abstratos, aliado à uma dogmática penal dogmático-formalista, e, em certa medida, racista, como a vociferada por Damásio de Jesus, foram determinantes para a racialização dos processos judiciais ao longo de mais de 30 anos de existências da lei de racismo.[403]

A baixa resolutividade das ações penais dessa natureza e a persistência do racismo na sociedade brasileira, com reiterados casos que ganham cada vez mais espaço nas redes sociais e na mídia formal, têm pressionado os poderes constituídos. Casos de repercussão nacional e internacional têm contribuído para a ampliação do debate público sobre a questão racial. Há diversas iniciativas recentes do movimento negro para dar visibilidade a suas pautas e frear as propostas de retrocesso, como ocorreu em relação ao projeto denominado anticrime[404] apresentado pelo Governo Federal, que pretendia agravar o genocídio e o encarceramento seletivo da população negra.[405]

Embora as pessoas negras no Brasil sejam vítimas diárias das mais variadas arbitrariedades, em um contexto de racismo estrutural e de práticas institucionalizadas racistas, não é de se estranhar que grande parte dos casos fiquem no esquecimento, numa cultura de não responsabilização dos agressores. Por outro lado, o movimento negro tem tido uma atuação decisiva na tentativa de retirar essas práticas racistas da invisibilidade e, de alguma forma, reverberar a luta antirracista nos meios de comunicação de massa e causar

---

[403] Conforme será abordado nos tópicos 5.4 e 6.2 deste trabalho.
[404] Trata-se do Projeto de lei nº 882/2019, do Poder Executivo, que redundou na Lei nº 13.864, de 2019.
[405] Cita-se como exemplo as ações noticiadas nas matérias jornalísticas: Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/movimento-negro-interrompe-sessao-solene-na-camara-monarquistas-gritam-isabel-isabel-23664027. Acesso em 22.12.2022; Disponível em: http://midianinja.org/pedroborges/entidades-do-movimento-negro-entregam-carta-com-demandas-a-presidente-da-camara-dos-deputados/. Acesso em: 22.12.2022; Disponível em: https://www.almapreta.com/editorias/realidade/movimentos-defendem-direitos-da-populacao-negra-em-audiencia-com-rodrigo-maia.Acesso em: 22.12.2022; Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/12/movimento-negro-pede-rejeicao-do-pacote-anticrime-do-governo. Acesso em 22:12.2022. Disponível em: https://www.revistaforum.com.br/movimento-negro-vai-a-brasilia-contra-pacote-anticrime-e-para-exigir-queda-de-moro/. Acesso em 22.12:2022.

fissura nas narrativas branconormativas.

Apenas para ficar em exemplos mais recentes, foram intensas as mobilizações em torno das ofensas promovidas pelo então Deputado Jair Messias Bolsonaro, que, em palestra proferida no Clube Hebraica do Rio de Janeiro, no dia 03 de abril de 2017, se referiu a quilombolas, indígenas, refugiados, mulheres e LGBTs com palavras ofensivas.[406] Na mesma semana, a Coordenação Nacional das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ) e a organização Terra de Direitos, solicitaram da Procuradoria-Geral da República - PGR que tomasse providências para o que chamaram de racismo.

Cita-se também os protestos e manifestações sobre a morte do adolescente João Pedro no Complexo do Salgueiro em São Gonçalo, Rio de Janeiro, ocorrido em maio de 2020, que ganhou muita repercussão em função da atuação do movimento negro,[407]o qual até os dias atuais vem lutando por justiça.[408]Assim como João Pedro, vários jovens negros têm sido vítima da atuação violenta da polícia no Brasil e não têm caído no esquecimento devido à militância sempre vigilante dos movimentos sociais.

Outro caso paradigmático ocorrido em novembro de 2020 que tem mobilizado a pauta antirracista é o do homem negro que foi espancado até a morte em um supermercado do grupo Carrefour, em Porto Alegre, por dois seguranças, sendo um deles um policial militar que estava fazendo "bico" de segurança no estabelecimento.[409]Com a repercussão desse caso, muitos intelectuais negros foram convidados pela Câmara dos Deputados para compor a Comissão de Juristas[410]que tinha como objetivo avaliar e propor estratégias normativas com

---

[406] O parlamentar já tinha se envolvido em diversas polêmicas, sobretudo pela defesa intransigente de pautas conservadoras, contrárias a práticas, pensamento ou modo de vida dessas pessoas ou grupos, com base nas quais ganhou a simpatia de grande parte do eleitorado brasileiro, sagrando-se, posteriormente, vencedor na eleição presidencial.

[407] Um exemplo dessa mobilização é citado na reportagem na Revista Veja: Coalizão negra: Movimentos sociais se unem por João Pedro. Disponível em https://vejario.abril.com.br/blog/william-reis/movimentos-sociais-unem-joao-pedro/. Acesso em: 22/12/2022.

[408] Apesar das mobilizações, o caso segue ainda sem conclusão, mas os movimentos sociais não baixou a guarda. No mês de maio de 2021, mais um ato de manifestação foi realizado, para lembrar um ano da morte de João Pedro durante a apuração policial. Veja as informações na reportagem de O Globo, Ato relembra 1 ano da morte de João Pedro durante operação policial; Defensoria Pública diz que não há avanços na investigação. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/18/morte-de-joao-pedro-durante-operacao-policial-completa-1-ano-sem-avancos-na-investigacao-diz-defensoria-publica.ghtml. Acesso em: 22.12.2022.

[409] Para mais informações confira no Jornal O Globo: Homem negro é espancado até a morte em supermercado do grupo Carrefour em Porto Alegre. Disponível em: https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/11/20/homem-negro-e-espancado-ate-a-morte-em-supermercado-do-grupo-carrefour-em-porto-alegre.ghtml. Acesso em: 22.12.2022.

[410] A comissão foi instituída pelo Ato do Presidente da Câmara dos Deputados, em 17/12/2020, com a seguinte composição: Presidente - Ministro Benedito Gonçalves, do Superior Tribunal de Justiça; I – João Benedito da Silva, Primeiro-Vice-Presidente; II – Maria Ivatônia Barbosa dos Santos, Segunda-Vice-Presidente; III – Silvio Luiz de Almeida, Relator; IV – Adilson Moreira; V – Ana Claudia Farranha Santana; VI – André Costa; VII – André Luiz Nicolitt; VIII – Chiara Ramos; IX – Cleifson Dias Pereira; X – Dora Lúcia de Lima Bertúlio; XI – Elisiane Santos; XII – Fábio Francisco Esteves; XIII – José Vicente; XIV – Karen Luise Vilanova Batista de

vistas ao aperfeiçoamento da legislação de combate ao racismo estrutural e institucional no país.

É preciso lembrar também que o movimento antirracista teve um grande impulso nos últimos anos devido ao caso George Floyd, que levou uma multidão às ruas dos Estados Unidos para denunciar a atuação racista e violenta da polícia sobre os corpos negros e pressionar o Estado por mudanças e pela responsabilização dos policiais agressores.

Esse movimento antirracista vem crescendo no mundo e se soma à luta do movimento negro no Brasil, o qual segue mobilizando contra as arbitrariedades das operações policiais nas comunidades periféricas e no cotidiano das ruas, a exemplo da chacina[411]ocorrida na comunidade do Jacarezinho durante operação policial no Rio de Janeiro, em que 28 pessoas foram assassinadas, sendo uma delas um policial que participava da operação. Nesse caso havia uma narrativa oficial, que seguia a retórica racista de defesa da atuação policial, de que apenas revidaram os ataques dos "bandidos", ao passo que as vozes do movimento negro se levantaram para apresentar uma contranarrativa, para que se reconheça a ocorrência de mais uma chacina realizada pelos agentes estatais. A respeito do assunto, aduz Felipe Freitas que:

> É fundamental investigar, individualizar condutas, garantir o contraditório e ampla defesa, porém negar o que é fato público e notório não passa de cumplicidade macabra e corporativismo genocida. Quem defende a chacina do Jacarezinho precisa falar com todas as letras qual a sua posição e não se esconder numa verborragia jurídica que é tão letal quanto a bala de um fuzil. (Freitas, 2021).

No Brasil, percebe-se que, paulatinamente, os veículos de imprensa e a mídia tradicional têm aberto espaço para as vozes do movimento negro nas pautas jornalísticas e até de entretenimento,[412]com muitos equívocos, é claro, que não é objeto deste estudo. De toda forma, é preciso reconhecer que a pauta antirracista tem ganhado cada vez mais espaço nos programas de televisão aberta. Também nas mídias sociais, pela internet, o movimento antirracista tem crescido sobremaneira, especialmente após o caso George Floyd.[413]

Souza; XV – Lívia Casseres; XVI – Lívia Santana e Sant'anna Vaz; XVII – Rita Cristina de Oliveira; XVIII – Thiago Amparo; XIX – Thula Rafaela de Oliveira Pires.

[411] Confira mais informações sobre o caso na reportagem do Jornal Folha de São Paulo: "Saiba quem são e como morreram as 28 vítimas do Jacarezinho." Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/05/saiba-quem-sao-e-como-morreram-as-28-vitimas-do-jacarezinho.shtml. Acesso em: 22.05.2021.

[412] Um exemplo disso foi a edição do reality show Big Brother Brasil, de 2021, na Rede Globo de Televisão, que, pela grande audiência do programa, acabou incorporando o tema do racismo no debate público. Confira a reportagem no portal G1: "Como racismo virou debate no BBB e inquérito policial após comentário de Rodolffo sobre cabelo de João", Disponível em: https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2021/04/09/como-racismo-virou-debate-no-bbb-e-inquerito-policial-apos-comentario-de-rodolffo-sobre-cabelo-de-joao.ghtml. Acesso em: 28.05.2021

[413] Segundo levantamento feito pela Zygon AdTech, houve um engajamento maior nas redes sociais após o caso George Floyd. (Mundo Negro, Movimento antirracista cresceu no Brasil após a morte de Georg Floyd, diz

Esse movimento criador, dentro e fora das instituições oficiais, é que permite a mobilização de emoções e sentimentos em torno do sofrimento do outro (criação de sentimento de horror e indignação), podendo ser útil para entender como a indignação intersubjetivamente compartilhada do racismo (ou sua ausência) está relacionada com o reconhecimento (ou não reconhecimento) de direitos no julgamento dos crimes de racismo.

Não se pode perder de vista, entretanto, que esse sentimento de indignação tem sido historicamente seletivo e tem interditado a condição de vítima dos negros nas mais variadas violações de direitos, como apontam Ana Flauzina e Felipe Freitas, segundo os quais "o que se tem visto são meras declarações de intenção sem significado prático num tempo em que violências se maximizam sem qualquer censura pública reprovável" (Flauzina; Freitas, 2017, p. 68).

Como parte desse movimento criador, merece destaque o resultado dos trabalhos da Comissão formada por juristas e intelectuais negros citada acima, que foi relatada pelo atual ministro dos Diretos Humanos Silvio Almeida. O relatório final propôs diversas iniciativas, entre elas a alteração da lei de racismo, que redundou na Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023.

Seguindo o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do Habeas Corpus nº HC 154248[414]equiparou a injúria racial ao racismo para fins do disposto no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988, a lei retirou a injúria racial do Código Penal, atualizando o rol dos tipos de racismo previsto na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Com as alterações, houve aumento da pena privativa de liberdade da injúria racial (que passou a ser de 2 a 5 anos), com causa de aumento de pena se houver concurso de pessoas.[415]

---

pesquisa. Disponível em: https://mundonegro.inf.br/movimento-antirracista-cresceu-no-brasil-apos-morte-de-george-floyd-diz-pesquisa/ Acesso em 22.05.2021.

[414] EMENTA: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade. 2. O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS, seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 3. A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o artigo 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo. 4. Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível. 5. Ordem de habeas corpus denegada. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 154.248-DF, Relator Ministro Edson Fachin, julg. 28/10/2021, publ. DJE 22/02/2022).

[415] Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional.
Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Entre as principais alterações da lei, cita-se ainda a ampliação do tipo qualificado de incitação ou induzimento à discriminação racial para abranger as condutas praticadas por intermédio dos meios de comunicação social, de publicação em redes sociais, da rede mundial de computadores ou de publicação de qualquer natureza.[416]Além disso, criou outra qualificadora se a incitação ou induzimento for praticado no contexto de atividades esportivas, religiosas, artísticas ou culturais destinadas ao público.[417]Para todos os crimes previstos na lei, foi instituída ainda uma causa de aumento de pena quando praticados no contexto do racismo recreativo.[418]

Não se sabe como o sistema penal vai se comportar em face das alterações promovidas pela nova lei, até que ponto o maior rigor punitivo representará mudança nesses estado de coisas. Do ponto de vista estritamente legal, foram reduzidas as possibilidades de incidência dos benefícios despenalizadores da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (composição dos danos cíveis, transação penal e suspensão condicional do processo).

Mas o cenário não é positivo, pois, com a introdução do acordo de não persecução penal no art. 28-A do Código de Processo Penal e 2019, aplicável aos crimes praticados sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, é possível que este novo benefício processual penal reduza ainda mais as chances de os autores de ofensas raciais sofrerem os efeitos de uma sentença penal condenatória, já que a maioria das condutas raciais tem pena mínima inferior a quatro anos.

Foi o que aconteceu no "**Caso 109**", da amostra desta pesquisa, em que o jornalista conhecido como "Marcão do Povo" foi acusado de racismo (artigo 20, §2º, da Lei 7.716, de 1989) por ter proferido palavras preconceituosas no programa "Balanço Geral", no dia 27 de setembro de 2017. Segundo a denúncia, ao discorrer a respeito da postura da autoridade policial que se negou a dar entrevista sobre um suposto crime de homicídio que era investigado, o jornalista proferiu os seguintes dizeres: "Vai falar isso pras suas negas pra lá!

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas.

[416] Art. 20..

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos neste artigo for cometido por intermédio dos meios de comunicação social, de publicação em redes sociais, da rede mundial de computadores ou de publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

[417] Art. 20…

§ 2º-A Se qualquer dos crimes previstos neste artigo for cometido no contexto de atividades esportivas, religiosas, artísticas ou culturais destinadas ao público:

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e proibição de frequência, por 3 (três) anos, a locais destinados a práticas esportivas, artísticas ou culturais destinadas ao público, conforme o caso.

§ 2º-B Sem prejuízo da pena correspondente à violência, incorre nas mesmas penas previstas no caput deste artigo quem obstar, impedir ou empregar violência contra quaisquer manifestações ou práticas religiosas.

[418] Art. 20-A. Os crimes previstos nesta Lei terão as penas aumentadas de 1/3 (um terço) até a metade, quando ocorrerem em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação.

Pras suas negas prá lá" Porque comigo não". A denúncia foi oferecida em 11 de julho de 2018. Entretanto, como o jornalista mora em outro Estado (São Paulo), tanto o inquérito policial, quanto a ação penal se prolongaram em demasia diante da necessidade de diligência por meio de carta precatória para oitiva de testemunhas e do próprio acusado. O processo demorou tanto que, ao final da instrução processual, em 1º de junho de 2020, quando já estava em vigor o pacote anticrime que introduziu o referido benefício, o promotor de justiça ofereceu ao acusado o acordo de não persecução penal consistente na prestação pecuniária no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), em benefício do programa de realização de exames de DNA, destinado à investigação da paternidade de crianças carentes do Distrito Federal. O acusado, prontamente, aceitou o acordo, pondo fim ao processo, sem ter de enfrentar os efeitos de uma condenação criminal.

Apenas o tempo dirá sobre a mudança de rumo da legislação antirracista. O contexto que originou a nova lei não parece ser meramente dilatório ou ilusório, mas a observação da prática judicial será decisiva para saber a medida do compromisso dos operadores do direito com a sua efetividade. As páginas seguintes são dedicadas a analisar alguns exemplos de como a aplicação da legislação antirracista apresentada ao longo deste capítulo têm enfrentado obstáculos no sistema de justiça.

5.4 A práxis judicial e as imunidades dos ofensores no século XX

A racialização do regime de verdade judicial, que contribuiu para o não reconhecimento de direitos da população negra no período oitocentista, atravessa o pós-abolição e pode ser constatado a partir dos padrões racializados que marcaram a condução das contravenções penais de ofensa racial..

Na época da criação do crime de redução de pessoa livre à escravidão, no século XIX, a própria elite política e jurídica chegou a reconhecer que a etiqueta de "criminoso" em função da prática de crimes raciais não cabia em pessoas tão "distintas", homens e mulheres de "bem/bens" da sociedade escravista. Esta compreensão ficou evidente quando abordei a emergência da legislação antiescravista e o discurso oficial reinante, a exemplo das palavras do Ministro da Justiça Eusébio de Queiroz perante o parlamento brasileiro (Brasil, 1852). Por isso, a punição dos senhores de escravos nunca foi, e não era, para ser levada a sério. Assim, quando a pena criminal alcançava alguns deles, era por obra do acaso, de fissuras nos arranjos de poder da elite imperial, ou devido aos agenciamentos e resistências dos escravos. Às vezes, a branquidade perdia o controle da situação, e, na lógica foucaultiana, acabava abrindo

espaço para a vitória judicial dos escravos em alguns casos nos quais se conseguiu reverter os polos da relação de poder, ainda que pontualmente.

Se a não aplicação da Lei Afonso Arinos era intenção da classe política, não podemos comprovar, porém, há evidências de que a lei dificilmente alcançaria os agressores, conforme já mencionado, seja pela brandura, seja pela vagueza de seus conceitos. Outrossim, o instrumento foi utilizado pela população negra dentro das possibilidades de resistência do século XX.

Na década de 70, Carlos Hasenbalg (1979, p. 267) já chamava a atenção para o fato de que poucos acusados foram efetivamente enquadrados nessas contravenções penais. No final da década de 80, Dora Lucia de Lima Bertúlio (1989) chegou à mesma conclusão, após analisar processos que aportaram nas instâncias judiciais desde a aprovação da Lei Afonso Arinos, em 1951.

O que se verificou na práxis judicial foi a perpetuação de padrões racializados, desde a notícia do fato até o julgamento final pelas instâncias superiores. Isso ocorreu sob a égide de um sistema normativo que já era pautado na igualdade constitucional (ainda que formal) desde a Constituição Republicana de 1891. No âmbito do exercício do poder punitivo pelo Estado, essa igualdade pressupunha que todos os cidadãos (brancos e não-brancos) deveriam ter o mesmo tratamento e consideração dos agentes policiais e delegados de polícia, do promotor de justiça e do juiz de direito na condução das denúncias de ofensas raciais.

Entretanto, o funcionamento do sistema de justiça criminal frente aos casos de contravenção penal da Lei Afonso Arinos cumpria a função estratégica, característica da branquidade, de negação das ofensas raciais, de interdição do corpo negro ao longo das fases da persecução penal, inviabilizando a apuração, a comprovação das ofensas e a punição dos agressores.

Essa negação de reconhecimento das ofensas raciais ocorria em um período no qual a defesa da "democracia racial" era a palavra de ordem no discurso oficial. No Judiciário, não era diferente! O mito da democracia racial estava nas entranhas do Poder Judiciário, como se nota das palavras do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Djaci Falcão, em conferência proferida no Itamarati, em 1986, por ocasião da comemoração do dia Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial:

> Na linha de uma diretriz natural e espontânea, vinculada à nossa formação étnica (...), termos sido exemplo do sentimento de respeito e de amizade aos nossos irmãos, sem distinção de raça.
> (...)

> Mercê de Deus podemos afirmar que em nosso País não convivemos com o difícil problema racial. A nossa formação ética e cultural, caracterizada por um admirável processo de miscigenação, formado pelo índio, pelo negro e sobretudo pelo branco português (...)
> Não obstante o residual e inexpressivo preconceito de cor, longe do nosso meio estão as situações constrangedoras e humilhantes causadas pela discriminação e segregação". (Falcão *apud*, Bertúlio, 1989, p. 208).

O Ministro se regozijava do fato de o Brasil possuir poucos registros de casos da contravenção penal por ofensa racial e atribuía isso não às dificuldades de acesso da população negra e indígena à Justiça, ou à racialização dos processos de produção da verdade, mais sim à falaciosa convivência pacífica entre brancos e negros, desconsiderando o cotidiano de violências que acometiam a população negra e indígena nos diversos espaços de convivência.

Alguns elementos podem ser destacados para entender as nuances da racialização do regime de verdade judicial na aplicação (ou, mas precisamente, na não aplicação) da Lei Afonso Arinos. Primeiramente, é importante destacar que o elitismo da lei reduzia as possibilidades de configuração da contravenção, contribuindo para a subnotificação das ofensas.

Isto porque, conforme assentaram Hasenbalg (1979) e Bertúlio (1989), os locais descritos na Lei Afonso Arinos para caracterização da prática da contravenção penal sequer eram acessíveis à grande parte da população negra, embora os negros fossem as principais vítimas de racismo e, em tese, o objetivo principal da proteção penal.

Com isso, dificilmente algum caso seria levado ao Judiciário, já que "sem dúvidas, hábitos de lazer e a capacidade aquisitiva da parcela majoritária das pessoas de cor faz muito pouco provável que elas fiquem expostas a várias das situações discriminatórias tipificadas no noticiário da imprensa" (Hasenbalg, 1979, p. 266). E era esse, de fato, um dos principais obstáculos para que delegados, promotores e juízes reconhecessem a tipicidade da conduta, como no caso abaixo:

> É o que ocorreu em 1979, São Paulo, Capital:
> "... NGS, ao tentar tomar o elevador social no Edifício Queen Mary, (...) teria sido obstada pelo porteiro MMA, sob a alegação de que ela não poderia fazer uso daquele elevador por ser de cor preta (...)
> Aí está o fato, aqui, o Relatório do Delegado de Polícia:
> "MM. Juiz
> .....
> Inicialmente foi elaborado o boletim de ocorrência e o incidente foi examinado à luz da Lei 1390 de 3 de julho de 1951 - Preconceito de raça ou de cor.

> .....
> Nessa oportunidade, o acusado tentou justificar sua atitude afirmando ter tomado a vítima por serviçal.
> Constatou-se, então, tratar-se de fato atípico, não enquadrável na Lei 1390.
> O próprio delegado, então, tenta a solução:
> "Isto posto e s.m.j., concluímos que NGS foi injuriada pelo porteiro do edifício; foi por ele ofendida em sua dignidade, quando ao proibi-la usou a expressão porque você é preta ou é de cor, pois, assim dizendo conotou pessoa de cor preta com ser desprezível.
> O Promotor de Justiça, após remetidos os autos, pelo Delegado de Polícia, com sugestão de arquivamento para o Juízo Criminal, entendeu que:
> "Realmente a Lei 1390 (de 3 de julho de 1951) não contempla tal caso (em seus 9 artigos). O fato é atípico (...). Face a isso, arquivo."
> O MM. juiz ratifica: "Arquive-se nos termos da cota do M.P." (Bertúlio, 1989, p. 205).

Mesmo quando o local era acessível aos negros, como um mero estacionamento de veículos, a retórica discursiva racializada se esforçava para descaracterizar a conduta, apelando para "generalidades" e abstrações jurídicas:

> Atípico também o fato de um funcionário público, examinador de candidatos ao exame de habilitação para motorista, na cidade do Rio de Janeiro, ter impedido um indivíduo de entrar no local de exames dizendo: "não gosto de pretos". Segundo o Des. Alyrio Cavallieri, relator da Apelação Criminal no 31.317, (um dos poucos registros de condenação pela infringências à Lei 1390/51), não há tipicidade, conforme seu relatório de voto:
> "De fato, não há tipicidade, pois a lei pune o ato resultante do preconceito em si (...). Ora, a proibição era geral e a expressão é preconceituosa, reprovável, mas não penalmente punível. Voto pelo provimento, a falta de tipicidade."
> Assim, a Apelação Criminal citada tem a seguinte ementa:
> "Lei Afonso Arinos. Não há tipicidade na expressão "também não gosto de preto" - A lei pune atos resultantes do preconceito - Funcionário Público que determina a retirada de veículo da área restrita, de exame de motorista a qualquer pessoa - O injusto encontra-se na exteriorização prejudicial do preconceito e não nele mesmo." (Bertúlio, 1989, p. 205-206).

Outro aspecto relevante para a racialização dessa práxis judicial é o fato de que os negros não tinham acesso efetivo à Justiça. Se, no período oitocentista, o acesso do escravo dependia de diversos agenciamentos para demandar em juízo, no século XX as mudanças normativas não alteraram substancialmente as condições de possibilidade para que a vítima de racismo levasse as ofensas às autoridades públicas. A pobreza, como traço marcante dessa população, a deixava a mercê do próprio Estado, que era atravessado pelo racismo em todas as suas instâncias. Em relação às contravenções penais, a ação penal era pública incondicionada, de modo que o início da ação penal cabia exclusivamente ao Ministério Público.

Em geral, a vítima precisava levar o caso ao conhecimento da Polícia e, com sorte, algum policial ou mesmo o delegado registraria a ocorrência, mas a tendência era a desqualificação do sofrimento da vítima ou a minimização das ofensas. Depois, era necessário contar com a boa vontade do promotor de justiça, que também era perpassado pelo véu da branquidade e, consequentemente, tinha dificuldade para reconhecer a gravidade da ofensa e instaurar a ação penal. Exemplos não faltam de promoção de arquivamento do inquérito pelo Ministério Público:

> Em Juiz de Fora, Minas Gerais, a 7ª Delegacia Regional recebeu denúncia para apuração de responsabilidade de autoria de um panfleto distribuído na cidade com a expressão:
> "Mantenha a cidade limpa, matando um crioulo por dia"
> Aberto inquérito Policial por requerimento da Sociedade Cultural "Quilombo dos Palmares" em 14.02.1986, e enviado ao Juízo Criminal dito Inquérito com a indicação de autoria e indiciamento pela prática do crime previsto no Art. 287 do Código Penal, assim se pronuncia, por despacho, o Promotor Público:
> " … Poder-se-ia requerer o arquivamento tão só pela ausência de autoria ...Mas não é só por isso que se pede sejam os autos remetidos ao arquivo: o fato na sua essência não caracteriza o ilícito penal.
> O tipo do art. 287, para sua confirmação necessita da feitura de apologia (...)
> O tema aventado no item 08 do panfleto (que transcrevemos, absolutamente, só por só, não faz a apologia de coisa alguma; é uma frase isolada ...
> "Ad argumentandum tantum" poder-se-ia explorar o tema até no sentido contrário, no caso do indiciado (...) um cidadão que não prima pela pureza étnica.
> Ainda na fase cogitação, poder-se-ia melhor enquadrar a conduta no art. 286 do C. Penal, em vez do 287 do mesmo Estatuto, pois o que se poderia depreender do tema seria a incitação da prática do crime e não de sua apologia.
> Mesmo assim não configuraria figura delituosa (...).
> EX POSITIS é o Ministério Público pelo arquivamento dos autos por falta de justa causa para a propositura da ação penal."
> O MM. Juiz, em 02.05.1986, determina:
> "Ao arquivo nos termos do parecer do Dr. Promotor". (Bertúlio, 1989, p. 213-214).

No caso acima, a provocação do sistema de justiça contou com a mobilização do movimento negro, responsável pela formulação da notícia do crime. Essa, entretanto, era uma possibilidade restrita, dado que a violência racial fazia parte do cotidiano da população negra e os movimentos sociais tinham de superar constantes desafios na luta antirracista.

De todo modo, caso o promotor se convencesse da presença dos elementos necessários para instauração da ação penal, a tramitação da ação esbarrava em outros tantos obstáculos, sobretudo no que concerne à atuação passiva do principal interessado, a vítima. Esta, quando muito, era ouvida no momento do boletim de ocorrência ou perante o delegado,

e só entrava em cena novamente no depoimento perante a autoridade judicial. Não havia, então, possibilidade de colaboração efetiva da vítima ao longo da marcha processual, salvo em casos excepcionalíssimos, nos quais o negro tivesse uma condição social melhor e pudesse, por exemplo, contratar um advogado para colaborar na investigação ou atuar como assistente do Ministério Público. Outra possibilidade era contar com o apoio jurídico do movimento negro e organizações de combate ao racismo.[419]

Diante desse cenário, o corpo negro continuava sem voz perante as Cortes de Justiça, isso em pleno século XX!. Para fazer valer seus direitos e ver a responsabilização penal dos agressores pelas ofensas raciais, dependiam da intermediação das autoridades públicas, que compartilhavam do mesmo modelo mental de negação do racismo, de minimização das ofensas, do mito da democracia racial, enfim, encobertos pelo véu da branquidade. Não há dúvidas de que isso contribuiu para a não formalização e condução dos casos de contravenção penal da Lei Afonso Arinos:

> O queixoso chega à delegacia de polícia e expõe a violência sofrida, para que haja possibilidade jurídica - sem perder de vista, obviamente, a formação formalista/positivista que é tônica das escolas de Direito nacionais - é necessário que a ação preconceituosa tenha ocorrido nos locais citados pela lei e que a recusa tenha-se dado em razão da cor ou da raça do indivíduo, isto é: é necessário que fique caracterizado (não para a vítima que sempre soube ser assim), mas para a autoridade policial ou judiciária, que houve, no caso, explícita demonstração de preconceito racial ou de cor. Olhando-se a situação de uma visão macro da sociedade brasileira, cujo discurso oficial é o da "democracia racial", da "negação" do racismo, da "perfeita" convivência entre as raças via "miscigenação", a admissão, pelo autor, de ter discriminado alguém em razão de raça ou de cor é mais que utopia. O delegado, o juiz e o promotor de justiça, igualmente, frutos de nossa sociedade e estando nelas inseridos, da mesma forma que o cidadão comum, também eliminam essa possibilidade, imbuídos que estão, da "ausência" de discriminação racial no Brasil. (Bertúlio, 1989, p. 202).

A precarização dos meios de atuação do corpo negro na produção de provas das suas alegações e de instrumentos que pudessem influenciar na formação da convicção do magistrado sobre a materialidade e autoria delitiva, continuou a ser um elemento marcante da racialização do regime de verdade judicial, já que, como dantes abordado, a palavra da vítima

---

[419] Dora Lucia de Lima Bertúlio registra o caso de indeferimento da atuação da Comissão de Direitos Humanos para atuar como assistente da vítima num caso de acusação de racismo: "Cabe ainda salientar, neste caso, que a Sub-Comissão do Negro da Comissão de Direitos Humanos da OAB - Seção São Paulo ingressou em juízo com pedido de assistência à acusação no processo em 3006-1986 e, em 09.10.1986, a 8o Vara criminal daquela Comarca expediu mandado de intimação ao Advogado da referida Sub - Comissão, dizendo que foi "indeferido por este Juízo a solicitação para assistente do Ministério Público." (Bertúlio, 1989, p. 204).

negra não tinha o mesmo valor probatório que a de seus algozes brancos, os quais, no campo judicial, estava entre pares (delegados, juízes, promotores), gozando os privilégios da branquidade.

Esse descrédito da palavra da vítima e a força da versão dos agressores ficavam bem evidentes nos casos de contravenção penal de ofensa racial no ambiente de trabalho:

> Outro dado a ser considerado é a relação de poder, via de regra econômico (mas pode igualmente ser político quando não ocorrem ambas as situações), do agente. Já é do próprio texto da lei que a responsabilidade do ato lesivo deverá recair no "diretor gerente ou responsável pelo estabelecimento" (parágrafo único do art. 1o da Lei 1390/51). Isto ficou evidente na narrativa supra em que, palavra contra palavra, todo o sistema judiciário optou por acreditar nos donos do estabelecimento, em detrimento da palavra de quem viu seu direito lesado. (Bertúlio, 1989, p. 204).

O brocardo jurídico *in dubio pro reo* caia como luvas no discurso judiciário, pois, diante da divergência entre a palavra do negro-vítima e do branco-réu, o Judiciário não hesitava em absolver o acusado, a exemplo do caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que negou provimento ao recurso do assistente da acusação, mantendo a absolvição do agressor, diante da "existência de duas versões do fato com igual força probatória. Dúvida invencível sobre qual delas retrata a verdade" (Bertúlio, 1989,p. 211).

Os argumentos não surpreendem, já que a verdade judicial reproduzia o modelo mental racializado. Os poucos casos que conseguiam furar as barreiras da branquidade, que interditavam o corpo negro no processo de veridição, gerando algum inquérito ou ação penal, eram negados pelos juízes, através do uso de fórmulas dogmáticas rígidas do Direito Penal, na interpretação dos elementos do tipo penal (especialmente na análise do elemento subjetivo do tipo, o dolo). Nessa época, surge a "**doutrina penal do especial fim de agir da ofensa racial**", que consistia na exigência de demonstração inequívoca da intenção de ofender ou discriminar o negro em razão da raça, cor ou etnia como condição para a subsunção da conduta típica.[420]

No julgamento das contravenções penais da Lei Afonso Arinos, essa doutrina já demonstrava sua força, que, a meu ver, passou a ser a principal estratégia jurídica da branquidade para afastar a responsabilização penal dos agressores. Delegados, promotores e juízes fizeram uso constante desta doutrina:

---

[420] Essa doutrina, conforme se verá adiante, ultrapassa o século XX e chega aos dias atuais com vigor, conforme se verá no Capítulo VI.

> Proc. policial judicial informe do 4o Distr., e em Juízo interrogados, negaram a imputação. O Dr. promotor manifestou-se pela absolvição. (....)
> Relato, decido.
> Depois de minucioso parecer ministerial (....) nada mais resta, a não ser absolver os quatro acionados.
> Realmente a ofendida não foi barrada, por questão racial, e nem ela é propriamente negra. Parece mais para branca que para mulata (...) Os réus nunca admitiram a acusação, e um deles apenas falou que "a burguesia paulistana " (sic) acha que se pretos freqüentarem local, o nível caíra (..) (n/grifo)
> Não houve segregação racial. No Brasil, esta praticamente não existe. Os negros são queridos, 'ídolos não só nos esportes, músicas, cinema, etc. a as mulatas, sem qualquer dúvida, são cobiçadas pela grande maioria dos homens, sejam brancos ou pretos. Aliás, as "amarelas" também.
> .....
> Tanto é que processos com base na antiga "lei Afonso Arinos" são raríssimos, mesmo havendo juristas de tez escura." (Bertúlio, 1989, p. 203-204).

A negação da cor preta com base na categoria "pardo", faz parte da estratégia discursiva para negar a intenção de ofender em razão da cor. Esta intenção, por sua vez, tinha de ser sempre clara e inequívoca, o que era praticamente impossível de ser demonstrada diante de um Poder Judiciário branco que reproduzia o racismo no cotidiano das suas decisões:

> Diante das diversas etapas dos atos processuais que irão determinar a remessa do processo policial, com base na Lei 1390/51 ao Juízo de direito e mesmo nesta instância, abre-se flagrante impossibilidade de fato, ou seja, de comprovação de ação típica - recusa por preconceito de cor ou de raça - em uma sociedade racista como a brasileira, qualidade que nos parece ter ficado evidenciada nas discussões anteriores. (Bertúlio, 1989, p. 201-202).

A jurisprudência criminal da época reafirmava essa doutrina, a exemplo da Apelação Criminal julgada pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada da Guanabara, que envolvia denúncia de preconceito de raça ou de cor por recusa de hospedagem a um indivíduo de cor, tendo os julgadores afirmado que "só há contravenção se demonstrar o especial motivo de agir" (Bertúlio, 1989, p. 210).

A emergência de uma "doutrina penal do especial fim de agir da ofensa racial" nesses julgamentos completa a tríade da racialização do regime de verdade judicial sobre os corpos negros no século XX. A compreensão dessa racialização nesse período, como argumentado ao longo deste trabalho, só foi possível a partir da conjugação dos três eixos analíticos a) tanto as leis antiescravistas do século XIX quanto as leis antirracistas do século XX, emergiram em um campo de tensão, de disputa de poder, de jogos estratégicos que, inclusive, não foram lineares; b) o refinamento de dogmática de tradição formalista, agora

reforçada pela “doutrina penal do especial fim de agir da ofensa racial”; e c) de uma prática judicial que, utilizando dessa legislação e dessa dogmática, reproduzia o racismo no julgamento dos corpos negros.

6 ALÉM DA DOGMÁTICA JURÍDICA: O CORPO NEGRO NOS PROCESSOS JUDICIAS NA ATUALIDADE

Este capítulo tem como objetivo apresentar como, apesar de todo refinamento teórico dos juristas dogmáticos acerca da verdade judicial, da produção da prova e dos marcos referenciais que garantiriam um processo "justo", as práticas judiciais reatualizam a colonialidade do direito e dos sistemas de justiça.

Para entender os traços dessa racialidade em relação ao "negro-réu", será abordado o pensamento da Criminologia Crítica sobre a seletividade penal, além dos estudos críticos de um conjunto de autores que gravitam em torno de um referencial teórico que aproxima a Criminologia de uma leitura crítica da modernidade/colonialidade para se entender os sistemas punitivos das regiões marginais que sofreram com o processo de colonização europeu, trazendo o racismo para o centro do debate.

A parte final desse capítulo, se dedica à apresentação dos resultados da pesquisa exploratória e ao estudo de casos das práticas judiciais do Distrito Federal que têm em comum o julgamento de corpos negros. Para tanto, será realizada a análise das ações de crime de racismo e injúria racial em que o "negro-vítima", representado pelo Ministério Público, busca a responsabilização penal do ofensor e a indenização pelos danos morais e, numa análise transversal, apresenta-se as dinâmicas das ações cíveis e trabalhistas autônomas de reparação de danos morais ajuizadas pelas próprias vítimas.

6.1 Considerações iniciais

Chegamos ao século XXI com a promessa de tratamento igualitário, independentemente da raça, cor ou etnia. Segundo a autoimagem compartilhada pelos juristas dogmáticos, os marcos referenciais para o julgamento das demandas conduziriam a uma decisão justa e igualitária. Para tanto, debate-se em torno do problema da busca da verdade judicial e sobre o processo de cognição dessa verdade, em que a atividade probatória ganha relevância, cabendo ao juiz a tarefa de determinar a versão que estará no "verdadeiro" com caráter de definitividade e com força cogente.

Aposta-se num conjunto de regras legais e classificações dogmáticas para a interpretação do fato e do Direito e na observância do rito procedimental para cumprir a função social assumida pelo paradigma dogmático de garantir segurança jurídica com a "mais perfeita justiça". Daí o estabelecimento dos marcos referenciais do regime de verdade

judicial, que são a aposta do Direito para legitimar as decisões judiciais, mas que, como visto anteriormente, acaba por mascarar a violência praticada especialmente sobre os corpos negros.

Há uma crença compartilhada, não apenas entre os juristas dogmáticos e operadores do Direito, mas também na sociedade, de que a decisão judicial é legítima porque emanada da autoridade regularmente investida no poder jurisdicional e por ter observado um conjunto de procedimentos que, em tese, proporcionam condições igualitárias para as partes envolvidas no processo.

Mas não é bem assim que o jogo processual funciona na prática! A população negra continua diante de um Direito e de uma Justiça desiguais, às quais não tem efetivo acesso. No campo penal, como réus, continua sendo objeto de um Direito Penal de Exceção, agora sob a roupagem da seletividade racial e, como vítima de racismo, continua enfrentando dificuldades para o reconhecimento judicial do racismo e a responsabilização dos ofensores, tanto nas ações de crimes raciais quanto nas ações que visam a reparação civil.

Antes de explicitar melhor esse argumento, é importante destacar alguns aspectos extraprocessuais que desempenham papel decisivo na perpetuação da racialidade do regime de verdade judicial no julgamento dos corpos negros na atualidade. Me refiro à algumas condições materiais do dizer verdadeiro que influenciam diretamente na atuação dos operadores do Direito e no desfecho das ações judiciais. Para fins deste trabalho, gostaria de enfatizar dois aspectos:[421]a composição racial da magistratura e a precarização da Defensoria Pública.

Em relação à composição da magistratura, o perfil dos juízes brasileiros é, por si só, indicativo da branquidade do Poder no Judiciário. Na Constituição de 1988, ressalvados os Tribunais,[422]o ingresso na magistratura é mediante concurso público de provas e títulos. O cargo de juiz está entre os mais cobiçados e mais bem remunerados das carreiras jurídicas e, consequentemente, os mais concorridos. Entrar na magistratura exige anos de estudo e dedicação, além de boa condição financeira, o que acaba afastando grande parte das pessoas negras, as quais, por pertencer aos estratos sociais histórica e economicamente menos

[421] Com efeito, há um conjunto de fatores que contribuem para a ausência dessas condições, sobretudo no aspecto da institucionalidade, como a composição, atuação e formação do Ministério Público; a composição, atuação e formação das corporações de polícia; a falta de preparo dos membros da advocacia privada para o patrocínio das pessoas negras, dentre outros fatores que não são objeto deste estudo.

[422] Os Tribunais têm regras próprias. Para os Tribunais Superiores, os membros são indicados pelo Presidente da República e, após aprovação do Senado Federal, são nomeados. Grande parte dos indicados são oriundos da magistratura, mas em alguns casos, como os Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios, há a necessidade de se respeitar o chamado "quinto constitucional", reservando parte das vagas para membros do Ministério Público e da advocacia.

favorecidos, não têm condições materiais para enfrentar a extensa preparação para o concurso público. Consequentemente, são os privilégios da branquidade que, mais uma vez, definem o ingresso na magistratura.

Em 2014, com o objetivo principal de subsidiar decisão do Pedido de Providências n° 0002248-46.2012.2.00.0000 que envolvia a fixação de políticas públicas para o preenchimento de cargos no Poder Judiciário e fixar percentuais para negros e indígenas, inclusive para os cargos de Juiz Substituto, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ realizou o primeiro Censo do Poder Judiciário.[423]Os levantamentos apontavam que, pelo critério da autodeclaração, de 1955 a 2013, os juízes brancos correspondiam a mais de 80% dos magistrados, enquanto os juízes negros não chegaram a 20% ao longo da série analisada e os indígenas representavam 0% ou algo próximo disso.

Anos depois, no Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros - 2018,[424]a maioria dos magistrados se declarava branca (80,3%), 18,1% negra (16,5% pardos e 1,6% pretos), e 1,6% de origem asiática (amarelo). Apenas 11 magistrados se declararam indígenas. Entre os magistrados que ingressaram até 1990, 84% se declararam brancos. Entre os que ingressaram no período de 1991-2000, 82% se classificaram como brancos, reduzindo para 81% entre os que ingressaram entre 2001-2010, e ficando em 76% entre os que entraram na carreira a partir de 2011.

Acerca da diversidade étnico-racial, o levantamento constatou que a diversidade era um pouco maior na Justiça Trabalho em comparação às Justiças Estadual e Federal e que os Estados do Piauí, de Sergipe, da Bahia, do Maranhão e do Acre continham o maior percentual (40%) de magistrados que se declararam como pardos ou pretos. No Distrito Federal, 73% dos magistrados se declararam brancos e 26% pardos e negros, ao lado de 1% de indígena.

É importante destacar que, de acordo com esse levantamento, a maioria dos magistrados era oriunda das regiões economicamente mais favorecidas do Brasil, pois pouco mais de ¼ tinha nascido no Estado de São Paulo. Minas Gerais aparece em segundo lugar, com 9%; Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná aparecem na sequência, com 8%. O restante dos magistrados tinha nascido nas demais unidades da Federação (com menos de 2% de incidência), incluindo os nascidos fora do Brasil.

O pertencimento dos magistrados à elite econômica brasileira é reforçado no Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros - 2018, na medida em que a maioria pertencia

---

[423] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Censo do Poder Judiciário. VIDE: Vetores iniciais e dados estatísticos. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014.

[424] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça.Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros - 2018 Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2018.

aos estratos sociais mais altos, com índices econômicos e educacionais elevados, o que também contribui para que seus familiares entrem na carreira:

> A maioria dos magistrados brasileiros tem origem nos estratos sociais mais altos, sendo que 51% deles têm o pai com ensino superior completo ou mais, e 42% com a mãe na mesma faixa de escolaridade. Quanto mais recente é o ingresso na carreira, maior é a proporção de magistrados com pais com ensino superior completo ou mais. Dentre os que ingressaram até 1990, 20% têm mãe com ensino superior completo ou mais (Figura 13), e 39% têm pai com esse nível de escolaridade (Figura 14). Já entre os que ingressaram a partir de 2011, 56% têm mãe com ensino superior completo ou mais, e 57% têm pai nessa mesma faixa de escolaridade.
>
> A grande maioria dos magistrados casados têm cônjuge com ensino superior completo ou mais (92% do total), sendo que entre os que ingressaram até 1990 a proporção de cônjuges com esse nível de escolaridade é de 87%, e dentre os que ingressaram a partir de 2011 esse percentual é de 94% (Figura 15).
>
> Um quinto dos magistrados têm familiares na carreira. A magistratura se tornou menos endógena com o passar do tempo: 30% dos magistrados que ingressaram até 1990 tinham familiares na magistratura, comparado a 18% dos que ingressaram entre 2001 e 2010, e 13% dos que entraram a partir de 2011 (Figura 16). A Justiça Estadual é a mais endógena (21% têm familiares na magistratura). Na Justiça Trabalho esse percentual é de 17%, e na Justiça Federal, 15% (Figura 17). Quanto maior a posição na hierarquia da carreira, maior a proporção dos que têm familiares na magistratura: 14% entre os juízes substitutos, 20% entre os juízes titulares e 30% entre os desembargadores (Figura 18).
>
> Entre os que declararam ter familiares na carreira (1.887 magistrados), 33% têm pai ou mãe magistrado; 24%, irmãos; 29%, tios; 10%, cônjuge; 9%, avós e 4%, filhos (Figura 19). (CNJ, 2018, p. 15)

Em 2021, o CNJ divulgou novo levantamento, intitulado “Pesquisa sobre Negros e Negras no Poder Judiciário”.[425]A pesquisa aborda o perfil da magistratura nos 88 Tribunais do país, aprimorou a metodologia da pesquisa para buscar maior fidedignidade e abrangência dos dados, incluiu também dados de servidores e estagiários, além de fazer uma avaliação da política de cotas étnico-raciais em vigor desde 2015.[426]Segundo esse levantamento, a maioria dos magistrados que se declara branca continua alta, somando 85,9%, ao passo que os negros representam 12,8% e indígenas/amarelo somam 1,3%. Entre os magistrados, a Justiça Trabalho contém o maior percentual de negros (15,9%). Nos Tribunais Superiores, 14,8% dos

[425] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pesquisa sobre Negros e Negras no Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2021.

[426] Em 2015, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução nº 203 de 23/06/2015, que regulamentou a política de cotas no Poder Judiciário, estabelecendo que “Serão reservadas aos negros o percentual mínimo de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos do Quadro de Pessoal dos órgãos do Poder Judiciário enumerados no artigo 92, I-A, II, III, IV, V, VI e VII, da Constituição Federal e de ingresso na magistratura dos órgãos enumerados no artigo 92, III, IV, VI e VII.”

magistrados se declararam negros. As regiões Norte e Nordeste continuam abrigando os maiores grupos de juízes negros, especialmente nos Tribunais Estaduais e na Justiça Trabalho.

Segundo aponta o relatório, a política de cotas está avançando, porém lentamente. O percentual de magistrados e servidores negros que ingressaram no cargo antes de 2013 e 2015, era de 12%; e entre 2016 e 2018 subiu para 20%. A maioria dos Tribunais ainda não atingiu o percentual previsto nas diretrizes do CNJ, pois, dos 48 tribunais analisados neste quesito, 36 apresentaram déficit no percentual de cotas (75%) e apenas 12 já tinham atingido a equivalência. No total, a diferença chega a 9,4% entre a situação hipotética e a situação real.

Apesar do esforço recente do CNJ para promover a igualdade racial na composição do Poder Judiciário, os dados evidenciam os obstáculos estruturais para tornar o espaço privilegiado de poder mais acessível à população não-branca. No caso da magistratura, percebe-se que o pós-abolição realmente não representou mudanças significativas na distribuição dos bens sociais. Os privilégios da branquidade, que, pelo que se percebe ao longo deste trabalho, são transferidos de geração em geração desde o Brasil Colônia, apenas se reatualiza sob o manto da meritocracia, instrumentalizada na forma de concurso público de provas e títulos.

Tudo isso acontece sem causar nenhuma perplexidade na sociedade, pois o véu da branquidade atua também como encobrimento da desigualdade racial e oblitera o fato de que a elite branca sempre esteve, e continua, nos espaços de poder definindo os rumos da nação e decidindo quem tem direitos e quais são os direitos do povo oprimido. Como assinalou Thula Pires, na época se referindo aos espaços universitários, “o fato das estruturas de poder brasileiras serem representadas por agentes predominantemente brancos gerou a naturalização de suas presenças e da subrepresentação dos não brancos nos mesmos espaços.” (Pires, 2013, p.178).

Isso vai refletir na operacionalidade do regime de verdade, apesar da retórica dogmática da neutralidade, da imparcialidade, da igualdade e da segurança jurídica. Nesse sentido, afirma Ivair Augusto dos Santos, na perspectiva foucaultiana, sobre o funcionamento das instituições como o Judiciário:

> Os autos nos aproximam de falas de diferentes protagonistas; ordenam, debaixo de uma temporalidade própria, uma complexa sequência de procedimentos técnicos e administrativos que são apresentados em uma sequência lógica que culminam no desfecho processual. Põem em relevo a forma como são interpretadas as leis, segundo regras de conveniência e meandros que, aparentemente, parecem desconexos, mas ao fim percebe-se que os debates judiciais permitem flagrar microcenas de confronto entre

> manipuladores técnicos que, na sua maioria são brancos que sabem delimitar fronteiras de seu domínio de saber e poder. Tudo é elaborado no sentido de produzir um discurso neutro e imparcial, que despreza a racialidade e a condição de discriminação institucional. (Santos, 2015, p. 134)

Retomando a epígrafe que abriu este trabalho, "o homem branco continua fazendo todas as leis, nos arrasta perante suas cortes e nos acusa. Depois se senta para julgar." Na ocasião, o líder africano pronunciou essas palavras, que faziam parte de sua primeira declaração de defesa, em 1962, nos autos do processo em que era julgado perante o Tribunal na Velha Sinagoga, em Pretória, quando afirmou que o julgamento não seria justo, pois não havia igualdade perante a lei. Esse princípio carecia de significado e verdade para os negros, já que todos os direitos e privilégios[427] são monopolizados pelos brancos. (Mandela, 1989, p. 194). As palavras de Mandela, como visto, ecoam no nosso sistema de justiça, apesar da promessa de segurança e imparcialidade dos juristas dogmáticos.

Outro aspecto relevante para entender a racialidade do regime de verdade judicial na atualidade é a situação da Defensoria Pública, a qual, de acordo com o art. 134, da Constituição Federal de 1988, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Pensar a Defensoria Pública no contexto das condições materiais de possibilidade do dizer verdadeiro é indispensável, pois a população negra representa o principal grupo de assistidos. Conforme assentado em outra oportunidade, a população negra e pobre brasileira é duplamente hipossuficiente, principalmente no campo penal, quando acusada da prática de crimes:

> Uma hipossuficiência econômica, já que geralmente não tem condições financeiras para arcar com uma defesa particular, mas também uma hipossuficiência penal. Numa visão garantista, como em Ferrajoli, qualquer réu aparece como um "mais fraco" frente ao Estado detentor do poder punitivo. Por isso o Direito Penal deve ser pensado também como limite ou garantia, ou seja, "a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais

[427] Os direitos e privilégios a que se refere Mandela é que dariam densidade ao princípio da igualdade: "Em seu sentido verdadeiro, 'igualdade perante à lei' significa o direito de participar da elaboração das leis pelas quais a pessoa é governada, de uma Constituição que garanta direitos democráticos a todos os setores da população, o direito de se dirigir a um juiz para proteção ou assistência em caso de violação de direitos garantidos pela Constituição e o direito de tomar parte na administração da justiça, como juízes, magistrados, promotores, advogados de defesa e em outras funções similares. (Mandela, 1989, p. 194).

> para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, consequentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade". Em relação aos corpos negros e pobres essa luta é ainda mais desigual, dadas as precárias condições de produzir provas e afastar a presunção de culpa que carrega numa persecução penal baseada na suspeição policial generalizada e na seletividade racial. Ademais, réus negros enfrentam um poder judiciário construído pela branquitude e, na maioria dos casos, vemos pessoas negras sendo acusadas e julgadas por pessoas brancas (Duarte *et al*, 2022, p.201-202).

A situação da população negra continua precária em outros tipos de demandas (cíveis, trabalhistas, etc) por não possuir recursos para contratar advogado particular para o patrocínio da causa. Na advocacia privada existe maior proximidade na relação advogado-assistido, o que possibilita o entrosamento com o assistido, a obtenção mais célere e facilitada de informações, documentos, testemunhas e outros elementos probatórios para instruir a ação judicial.

Não é possível, diante do atual estágio de estruturação das Defensorias Públicas, que essa aproximação advogado-assistido ocorra também com o defensor público. O Poder Público ainda reluta em dispensar a esta instituição o mesmo tratamento dado a outras funções essenciais à Justiça, tais como o Ministério Público e a Magistratura. Em um Estado racista e vocacionado à perpetuação da desigualdade social, a atenção à população menos favorecida tem ficado em segundo plano também nessa seara. Com isso, mesmo após o protagonismo que ganhou no plano constitucional há quase 35 anos, a Defensoria Pública ainda não está devidamente estruturada em todos os Estados da Federação:

> Sobre a referida falta de aparelhamento, o II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital no Brasil, a partir de dados colhidos em 2019 e 2020, revela resultados alarmantes. Nesses anos, das 2.762 comarcas do território nacional, as Defensorias Públicas estaduais e distrital laboraram em aproximadamente 1.162 comarcas, ou 42% do total. No mesmo período, observaram-se 0,37 defensoras e defensores para cada 10 mil, e 0,55 para cada 15 mil habitantes de baixa renda, respectivamente, em média para todo o país. Considerados os limites máximo (1: 10 mil) e mínimo (1: 15 mil) de cobertura populacional, para atingi-los faltavam cerca de 9,9 mil e 4,7 mil defensoras e defensores, respectivamente. Assim, embora um salto quantitativo de cargos providos tenha ocorrido após a realização de concursos públicos (em 2013, havia 5.054 cargos ocupados por defensoras e defensores; em 2021, eram 6.235), esse avanço é bastante tímido (em 2019, dos 9.043 cargos existentes, só 6.027 foram providos - 66,6%), principalmente se for observada a promessa constitucional contida na Emenda Constitucional 80/2014, que estipula o prazo de oito anos para que a União, os Estados e o Distrito Federal contem com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, de modo que o número de membros nesses espaços seja proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. (Duarte *et al*, 2022, p. 206).

Diante desse cenário, é presumível que o contato do assistido com o Defensor Público encontre diversos obstáculos e se perca na burocracia da instituição. Salvo nos casos mais graves ou de repercussão midiática, é provável que o assistido não consiga contato pessoal com o defensor público antes de passar por algumas barreiras: um contato telefônico ou presencial com um atendente para agendar o atendimento; uma triagem, geralmente conduzida por um estagiário ou servidor da Defensoria Pública, que raramente é o próprio Defensor Público. Mesmo para conseguir este "impessoal" atendimento, supõe-se que o assistido possui condições financeiras para arcar com os custos de deslocamento até a instituição. Caso estejam preenchidos os requisitos para o patrocínio da causa do assistido, a relação continuará a ser intermediada por estagiários ou servidores, e, muito provavelmente, o assistido terá contato pessoal com o defensor apenas na audiência judicial. Esse é, em regra, o caminho que a população pobre tem de percorrer para acessar os serviços da Defensoria. A exceção é a área criminal, quando, por imposição legal, o defensor público terá de atuar em defesa dos réus que não tenham nomeado advogado particular e, mesmo assim, a atuação se dará basicamente nos autos processuais e o defensor provavelmente entrevistará o réu apenas no dia da audiência judicial.

É evidente que a defesa técnica ou o patrocínio adequado de uma causa nesse cenário tem reduzidas chances de êxito, notadamente no que concerne ao levantamento de provas e informações necessárias para influenciar na convicção do magistrado. E é com essa precária estrutura de defesa pública que os corpos negros chegam às barras dos Tribunais para tentar fazer valer seus direitos.

A análise do negro na condição de réu nos processos judiciais pode comprovar, em parte, este argumento, conforme se verá adiante.

6.2 O "negro-réu" e a seletividade racial

O corpo negro no banco dos réus é marcado por excepcionalidades. No regime escravista do período oitocentista, o escravo era "coisa" para o Direito Civil, mas era penalmente imputável para o Direito Penal. Para tanto, foi duramente reprimido por meio de um Direito Penal de Exceção.

Ocorre que, mesmo atualmente, o regime de verdade judicial é cheio de excepcionalidades quando o corpo negro é julgado pela prática de crimes, embora a dogmática processual insista no discurso da igualdade e da imparcialidade. Quando se fala do

"negro-réu", a verdade que começa a ser produzida bem antes do início da fase formal da persecução penal (inquérito policial) não condiz com os marcos referenciais do regime de verdade judicial propagado pelos juristas dogmáticos.

A colonialidade do direito se reatualiza cotidianamente e demarca a seletividade racial do sistema de justiça criminal, que começa com a suspeição policial generalizada no cotidiano das ruas, perpassa as investigações preliminares na fase pré-processual sem assistência de advogado (particular ou defensor público) e chega ao Promotor de Justiça, que geralmente replica, na denúncia criminal, a verdade produzida no inquérito policial.

Somente na fase processual a defesa do corpo-negro tem acesso aos elementos da acusação, quando pouco ou quase nada resta a fazer em termos de produção probatória e instrumentos capazes de interferir na formação da verdade judicial sobre os fatos, principalmente porque são assistidos pela Defensoria Pública, a qual, independentemente da qualidade técnica e do comprometimento dos seus defensores, não está devidamente estruturada para essa árdua tarefa. O juiz, por sua vez, segue o ritual jurídico, e, com frequência, decide que a versão apresentada pelo Ministério Público na denúncia é a que estará “no verdadeiro”. O final dessa história, todos já conhecemos: são os corpos negros que definem a cor da população prisional.

Os estudos da Criminologia Crítica há muito vêm denunciando a atuação seletiva do sistema de justiça criminal. Nos estudos críticos de Zaffaroni (1996), ao abordar a deslegitimação do sistema penal na América Latina e a crise do Direito Penal como uma brusca de aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal, ficou evidente a existência de uma seletividade estrutural do sistema penal, montado não para que se opere e, sim, para que exerça seu poder em altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis.

O poder punitivo, em Zaffaroni *et al*, (2003, p. 49), seria exercido de três maneiras: a) criminalização conforme ao estereótipo, selecionando pessoas que se enquadram nos estereótipos criminais e por isso se tornam vulneráveis por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos dos estereótipos; b) criminalização por comportamento grotesco ou trágico, selecionando pessoas que, sem se enquadrarem no estereótipo de criminoso, atua com brutalidade tão singular que se tornam vulneráveis; e c) criminalização devido à falta de cobertura, selecionando alguém que, de modo excepcional, se torna vulnerável.

Nas três situações, o estado de vulnerabilidade é o que explica a posição ou condição de vítima da ação criminalizadora, ou seja, o pertencimento ao grupo de pessoas vulneráveis,

em razão da classe social, sexo, faixa etária, raça, etc. Veja-se que, sob essa ótica, a raça é tratada apenas como mais uma variável da seletividade.

Alessandro Baratta (2002), por sua vez, destacou a função histórica e atual do sistema penal para a conservação e para a reprodução das relações sociais de desigualdade, enfatizando que a seleção da "população criminosa" está concentrada nos níveis baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais).

Ao tratar do sistema penal subterrâneo, Zaffaroni *et al* (2003, p. 51-53) alertava para o poder configurador positivo, que é o verdadeiro poder político do sistema penal. Referia-se o autor às arbitrariedades cometidas pelos operadores das agências do sistema penal, especialmente as agências policiais, que agem de forma capilarizadas e invasivas, sem passar por qualquer tipo de controle judicial ou jurídico. Seriam ações como: a detenção arbitrária de suspeitos, a identificação de qualquer pessoa que lhes chame a atenção, a detenção por supostas contravenções, o registro das pessoas identificadas e detidas, a vigilância sobre locais de reunião e de espetáculos, de espaços abertos, o registro da informação recolhida durante a tarefa de vigilância, a investigação da vida privada das pessoas, os dados pessoais recolhidos no decorrer de investigação distintas, a informação sobre contas bancárias, patrimônio, conversas privadas, comunicações telefônicas, telegráficas, postais, eletrônicas, dentre outras.

Muito mais que as formas legais do controle punitivo, essas arbitrariedades constituem a forma genuína de exercício do poder punitivo, que opera por meio de um processo não institucional e de métodos institucionalmente não admitidos (técnicas de tortura, técnicas de morte, ocultação de cadáveres e outros), segundo entende Camila Prando (2006a; 2006b) para quem, tudo leva a crer que o alto grau de violência e a presença de um controle penal subterrâneo paralelo ao controle oficial são, antes, uma formação endêmica do controle penal brasileiro.

Além das práticas típicas de um controle penal subterrâneo, há ainda uma estreita relação entre seletividade estrutural e a atuação policial, culminando com o que Vera Andrade (2013) chamou de "criminalidade de rua" e "criminalidade da pobreza", em que a ação do policial na rua é compreendida como o primeiro filtro do sistema de segurança pública e do sistema penal:

> traduzida no controle e na criminalização das condutas individuais "visíveis" contra o patrimônio e secundariamente contra a vida, visíveis, sobretudo à ação policial (primeiro filtro de ambos os sistemas), "a" criminalidade foi sendo identificada e construída como a criminalidade de rua, ou seja, como a

> criminalidade da pobreza (dominantemente masculina e não branca) e a ela simbólica e institucionalmente reduzida.
> Consolidou-se, assim, seletivamente, uma identificação da criminalidade com "a" criminalidade dos baixos estratos sociais (dominantemente recortada pela seletividade de gênero e racial), a qual, amalgamada com a ideologia da periculosidade e dos sujeitos e/ou grupos perigosos, acabou por estabelecer uma identificação com "a" violência, fazendo este conceito se subsumir integralmente naquele. Daí resulta que a consolidação dos estereótipos de criminalidade e de criminosos (perigosos) e do medo e do sentimento de insegurança contra estes, numa sociedade cada vez mais comandada pelo poder do espetáculo midiático, foi um passo. (Andrade, 2013, p. 339-340).

As proposições da autora são corroboradas pelo cotidiano do sistema punitivo. Na pesquisa empreendida por Gisela Aguiar Wanderley (2017), foi demonstrado o uso arbitrário e generalizado das abordagens policiais, associadas às infrapenalidades de que falava Foucault[428]e que tem ocorrido de forma ilimitada e a mercê de controle judicial, o que acaba contribuindo para a expansão do exercício do poder punitivo "para muito além das condutas objetivamente tipificadas como infrações penais na legislação e passa a se dirigir a quaisquer atitudes, pessoas ou situações reputadas desviantes ou suspeitas com base na percepção do próprio policial-punidor"(Wanderley, 2017, p. 46).

Há evidências empíricas de que os negros são comumente acusados e punidas pela prática de crimes, e, por outro lado, engrossam as estatísticas das vítimas da violência no Brasil.[429]Essa seletividade racial começa muito antes da formalização de um inquérito ou de uma ação penal, devido à atuação das agências policiais.

Segundo Ana Flauzina (2008) há uma relação de continuidade no controle dos corpos negros desde o período colonial. Nesse contexto, a seletividade racial é característica intrínseca ao sistema de justiça criminal, não podendo ser considerada apenas como uma variável da categoria "seletividade" apontada por Zaffaroni. Essa racialidade está na atuação das agências policiais, que operam nas ruas por meio da filtragem racial, que, como assinalou Gilvan Silva (2009b), faz com que as ações de controle social e de higienização sejam realizadas racionalmente em diferentes lugares com diferentes indivíduos, visando a exclusão física e simbólica de determinados grupos e do suspeito policial. Para Duarte *et al* (2014) há

---

[428] "Na essência de todos os sistemas disciplinares, funciona um pequeno mecanismo penal. É beneficiado por uma espécie de privilégio de justiça, com suas leis próprias, seus delitos especificados, suas formas particulares de sanção, suas instâncias de julgamento. As disciplinas estabelecem uma 'infrapenalidade'; quadriculam um espaço deixado vazio pelas leis; qualificam e reprimem um conjunto de comportamentos que escapava aos grandes sistemas de castigo por sua relativa indiferença." (Foucault, 2013, p. 171)

[429] Essa violência programada sobre a população negra foi sistematizada em outro texto, com base em pesquisas empíricas realizada por diversos autores e dados estatísticos disponibilizados por organismos diversos. Sugere-se a leitura em: Santos, 2021a.

uma identificação da criminalidade com a negritude e a ausência de filtro na abordagem policial reproduz práticas discriminatórias que, no geral, são validadas pelas instituições, inclusive pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

O efeito da atuação seletiva na produção da verdade quando os corpos negros figuram no banco dos réus é agravada pelo que assinalei em outra oportunidade (Santos, 2021b), onde destaquei a relação entre a atuação seletiva da polícia, a violência policial e a blindagem dessas arbitrariedades nas instâncias de controle (Ministério Público e Judiciário). Com isso, a polícia judiciária acaba priorizando a confissão do suspeito e o depoimento de testemunhas, em detrimento da coleta e análise de provas técnicas e de métodos científicos de investigação.

A confissão, assim, continua sendo principal critério de produção para a chamada "verdade real", que tem legitimado a prática de torturas em processos investigativos. A polícia "não se contenta em apenas verificar se há elementos suficientes para que o Ministério Público possa fazer a acusação, mas busca já formar a culpa, ainda que apenas na fase de investigação e o faz, primordialmente, por meio de testemunhos e da confissão do réu" (Vargas, 2012, p. 249).

Como se não bastasse, há ainda a fragilização da defesa técnica na fase pré-processual, situação que não tem incomodado os Tribunais e os juristas dogmáticos, satisfeitos que estão com a garantia do contraditório e ampla defesa apenas na fase processual, quando, em muitos casos, o advogado ou defensor público, ao receber um processo marcado pela seletividade da suspeição policial e pelo estigma do criminoso, terá poucos recursos para fazer a defesa técnica. O que se observa na práxis judicial é um corpo negro indefeso durante toda a fase pré-processual, sem assistência técnica de advogado. Nesse período, provas são produzidas pela polícia judiciária no bojo de um inquérito policial ou pelo Ministério Público em procedimentos internos de investigação. Interrogatórios são realizados sem a assistência de um advogado, confissões são obtidas sem qualquer garantia de que foram respeitados os direitos constitucionais do investigado.

Apesar disso, a voz da doutrina, como em Nucci (2023), é categórica quanto à desnecessidade da presença de advogado e da ausência de direito de interferência, a fim de obter esclarecimentos no interrogatório policial, sob o argumento de que tais disposições dizem respeito ao direito à ampla defesa, que não vigoraria na fase inquisitiva do inquérito.

> Conjugando-se o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, associado à presunção de inocência, bem como ao direito

> constitucional ao silêncio, tem-se que o interrogatório do indiciado, na fase policial, longe do contraditório e despido da ampla defesa, pois não há necessidade da presença do advogado, deve revestir-se de toda lisura e ser realizado pela autoridade policial somente se o investigado desejar colaborar. Por outro lado, não devemos olvidar que há dois preceitos constitucionais que consagram esses princípios: o preso tem o direito de ter assistência de advogado, quando detido (art. 5.º, LXIII, CF), bem como o de ter identificado o responsável por sua prisão ou interrogatório policial (art. 5.º, LXIV, CF). As cautelas impostas devem-se ao controle de legalidade da prisão e à apuração da responsabilidade criminal e funcional do agente do Estado que não se comportar como determina a lei. (Nucci, 2023, p. 212).

O discurso jurídico desconsidera o fato de que a maioria das pessoas abordadas nas ruas, dos presos em flagrante delito e dos investigados suspeitos pela prática de crimes pertencem ao andar de baixo da pirâmide econômico-social. São pessoas marcadas pela suspeição racial, pela pobreza, pelo estigma da criminalidade, que sequer possuem os elementos necessários para uma exata compreensão do direito ao silêncio ou como se comportar em um ambiente hostil, no qual está totalmente desprotegido, vulnerável, “fraco”, frente ao Estado-polícia.

Além de interrogatórios e confissões obtidas nessas circunstâncias, testemunhas são ouvidas a critério da autoridade policial, sem possibilidade do investigado contribuir com o esclarecimento dos fatos indicando provas e testemunhas, salvo, é claro, quando o investigado possui poder aquisitivo elevado ou mantém alguma rede de relacionamentos que lhe possibilite a assistência de um advogado particular nessa fase inquisitorial. Na prática, o patrocínio da defesa do "negro-réu" será feito pelo Defensor Público apenas na fase processual, o qual terá uma entrevista pessoal com o acusado provavelmente no dia da audiência de instrução e julgamento, conforme mencionado anteriormente.

Com isso, praticamente todo o trabalho realizado no cotidiano da atividade policial, sem qualquer parâmetro de controle, acaba sendo validado ao longo da persecução penal, produzindo efeitos concretos na formação da versão que será acolhida pelo juiz como “verdadeira”.

Levando em consideração, por exemplo, o tráfico de drogas, Wanderley (2017), com base nos estudos de Shimizu e Cacicedo (2016), destaca que a estratégia de abordagem policial generalizada, acaba viabilizando a punição daqueles vulneráveis à abordagem em via pública e capturados pela estigmatização permitida na seleção policial, ao mesmo tempo em que os grandes traficantes podem lucrar e investir em posição de invulnerabilidade a tais investidas policiais. A constatação dos efeitos colaterais da suspeição judicial na Justiça Criminal é clara, pois tal prática, além de ser ineficiente para o seu propósito declarado,

alimenta a incidência discriminatória do encarceramento em massa a partir da reiterada seleção de um mesmo estrato social vulnerável à repressão policial (Wanderley, 2017 p. 82-83).

Há, então, uma clara associação entre a suspeição policial e o encarceramento em massa da população negra: são faces da mesma moeda! Ambas integram uma estratégia racista facilmente compreendida pela lógica do dispositivo de racialidade e da branquidade. E nada disso é suficiente para provocar mudanças concretas na forma de produção da prova e de estabelecimento da verdade judicial:

> O mesmo grau de desumanização que obrigava os cativos a passar pela árvore do esquecimento e cruzar o Atlântico nos porões dos negreiros é reproduzido nas torturas que acompanham a condução dos inquéritos policiais, a maneira pela qual os Tribunais descartam as "peças" não produtivas através de sentenças condenatórias e a luta pela sobrevivência diária deflagrada no interior do sistema prisional. (Pires, 2013, p.228).

Outro aspecto relevante é a predominância da prisão em flagrante como ato inicial da persecução penal. Para Beatriz Vargas Ramos Rezende (2011) o flagrante condena por si só. Após analisar as sentenças proferidas nas varas especializadas de tóxicos de Brasília, a autora conclui que a maioria das condenações penais por tráfico lastreia-se na prisão em flagrante em conjunto com o depoimento testemunhal dos policiais que efetuaram a prisão. Na pesquisa de Boiteux *et al* (2009) também ficou claro o caráter decisivo da atuação policial para o destino da ação penal, a preponderância da palavra dos policiais e das provas inquisitorialmente produzidas, geralmente pelos responsáveis pelas abordagens, no embasamento das sentenças condenatórias.

Partindo dessa premissa, depreende-se das anotações de Wanderley (2017), que as condenações e prisões baseadas geralmente na abordagem policial racializada, que age sobre a juventude pobre e negra, se insere na perversa dinâmica da criminalização pela vulnerabilidade a que alude Zaffaroni (1996), que possibilita entender a cor das nossas prisões, que é um depósito de corpos negros inseridos numa lógica de docilização e adestramento, conforme demonstram as estatísticas do sistema prisional. (Santos, F., 2021).

Nesse sentido, Thula Pires anota que:

> Assim, da condição de Outro ao papel do inimigo, percebe-se que na esfera penal os pretos e pardos foram nitidamente o grupo social escolhido desde o início do processo de formação social brasileira como a alteridade a ser negada, excluída e invisibilizada. A ausência de neutralidade existente na elaboração normativa promoveu da época colonial aos dias atuais o

> deslocamento dos navios negreiros para as instituições carcerárias (Pires, 2013, p.228).

Diante desse cenário de seletividade racial e de violência institucional sobre os corpos negros, torna-se desnecessário, para fins deste trabalho, reportar a casos concretos para se compreender o dinâmica do regime de produção da verdade judicial quando o corpo negro está no banco dos réus, na medida em que é inegável a relação entre a seletividade racial e o desfecho das ações penais. Nesse contexto, a observância do rito procedimental apenas reforça o mascaramento da violência do Direito, levando ao encarceramento em massa da população negra sem que isso provoque qualquer comoção pública, tampouco entre os juristas dogmáticos que se contentam com uma "verdade judicial" que é válida e justa tão somente por ter observado o devido processo legal.

6.3 O "negro-vítima" no julgamento dos crimes de racismo e injúria racial

Enquanto a seletividade racial inscreve o "negro-réu" nas estatísticas do sistema carcerário, a posição do "negro-vítima" nos processos criminais revela o poder definidor da branquidade quanto ao lugar do branco no sistema de justiça criminal, lugar dos privilégios jurídico-processuais que afastam o agressor da pena privativa de liberdade e dos efeitos estigmatizantes da pena.

No século XIX, acreditava-se que o estereótipo de criminoso não combinava com a brancura, na época representada pelos senhores de escravos. Essa crença, ainda que ofuscada pelo véu da branquidade, continua vigorando na Justiça Penal, cujos réus de ofensas raciais dificilmente são alcançados pelos efeitos da pena criminal.

A criminalização do racismo no pós-Constituição de 1988 não veio acompanhada da efetiva responsabilização criminal dos ofensores no cotidiano do sistema de justiça criminal. A reduzida efetividade das ações criminais relacionadas à Lei de Racismo (Lei Caó) e à injúria racial do art. 140, §3º do Código Penal já foi objeto de diversos estudos nos últimos anos, os quais, com recortes metodológicos diferentes, confirmam a racialização do regime de verdade judicial.

No Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil 2009-2010,[430]do Laboratório

[430] BRASIL. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. INSTITUTO DE ECONOMIA. LABORATÓRIO DE ANÁLISES ECONÔMICAS, HISTÓRICAS, SOCIAIS E ESTATÍSTICAS – LAESER. Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil;2009-2010. Disponível em: http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2011/09/desigualdades_raciais_2009-2010.pdf. Acesso em: 08.07.2023.

de Análises Econômicas, Históricas, Sociais e Estatísticas (LAESER), da UFRJ, publicado em 2011, sob a coordenação de Marcelo Paixão, constatou-se que os Tribunais de Justiça (na primeira e segunda instâncias), em média, não acolhiam as teses e provas apresentadas pelas supostas vítimas de racismo, tendo elas perdido na maioria dos processos.[431]

Em outra pesquisa, fruto da tese de doutorado de Thula Pires (2013), tendo por base as ações de crime de racismo da Lei Caó julgadas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro até o ano de 2011,[432]constatou-se uma série de obstáculos para a aplicabilidade da lei. Esses obstáculos não se referiam apenas à morosidade ou à falta de condições econômicas da vítima para buscar o Judiciário (inclusive a falta de acesso à advogados para assisti-la na causa), mas também à manipulação do discurso dogmático que, na prática, reforçava o esvaziamento da legislação penal antirracismo na sociedade brasileira, com a utilização de muitas escusas "técnicas" que levava à não aplicação da lei de racismo (Pires, 2013, p. 259-280).

A autora se deparou com problemas similares aos que apresentei anteriormente, relacionados à práxis judicial nos processos de contravenção penal da Lei Afonso Arinos, em que a população negra enfrentava dificuldades para produzir prova e influir no convencimento do magistrado e, no aspecto dogmático, tinha de enfrentar a "doutrina penal do especial fim de agir da ofensa racial". Essa doutrina encontrou espaço fértil com a criminalização do racismo no pós-Constituição de 1988, pois, com o aumento crescente do número de casos que chegavam ao Judiciário, era preciso dar uma resposta dogmática, neutra e imparcial, para a blindagem do racismo.

O uso dessas estratégias na Justiça carioca ficou claro nos estudos de Thula Pires:

> Diante da dificuldade das partes de provarem o dolo e dos magistrados de enxergarem nos indícios existentes no processo condutas suficientes para caracterizar atos de racismo, muitos processos resultam em absolvições por insuficiência de provas. A cegueira à cor faz com que a vista se acostume a ver a realidade de maneira bem reduzida. (Pires, 2013, p.275).

Essas constatações também aparecem nos estudos posteriores de Ivair Augusto Alves dos Santos (2015). Na pesquisa, o autor partiu exatamente da crítica formulada pela

[431] "A coleta das informações contidas no Júris não implica um julgamento de valor das demandas apresentadas aos Tribunais. Antes, trata-se de uma análise quantitativa dos desfechos dos processos, sem que se tenha a intenção de pôr em questão ou dúvida a qualidade dos teores dos acórdãos, a qualidade das provas ou a imparcialidade dos magistrados diante dos casos." (Brasil, 2010, p. 260).

[432] "Com o objetivo de aperfeiçoar a análise dos casos, foram elaboradas seis questões para orientar a leitura de cada processo: I) Qual o tempo total de tramitação do processo até o julgamento em 2ª instância?; II) Qual o tipo de defesa utilizada pelo autor: Advocacia privada, Advocacia popular ou Defensoria Pública?; III) Nos casos em que o réu era branco, como a conduta foi tipificada?; IV) Dos casos que o réu era negro, como foi tipificada?; V) Foi aplicada a agravante genérica do artigo 61, II, "a" do Código Penal? e; VI) Quem ganhou a ação?" (Pires, 2013, p.264)

Criminologia Crítica de que o Sistema Penal e o Direito Penal "não conseguiram cumprir o que se esperava: segurança jurídica, igualdade de tratamento e humanidade" (Santos, 2015, p. 55). Essa crítica vai refletir na análise dos casos ocorridos nos Tribunais de Justiça dos Estados do Amazonas, Amapá, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Sergipe, São Paulo e Tocantins sobre a implementação da Lei Caó e também do tipo de injúria racial do art. 140, §3º, do Código Penal.

Entre as perguntas que guiaram a pesquisa de Ivair dos Santos estão saber até que ponto o sistema jurídico penal brasileiro recebeu a criminalização do racismo e se as queixas de impunidade, denunciadas pelo movimento negro, foram plenamente satisfeitas com a penalização do racismo? As respostas a que se chegou reforçam a tendência até aqui abordada, pois foi constatado que, se por um lado, houve um aumento do acesso da população negra à Justiça em relação ao combate ao crime de racismo – inclusive cresceu a quantidade de ações penais – por outro, tem prevalecido a intepretação em transformar a maioria das situações de discriminação racial em injúria, que recebe punição mais branda, abrindo as portas para a impunidade.[433]Esse padrão foi observado tanto em relação ao crime de racismo da Lei Caó, quanto em relação à injúria racial do art. 140, §3º do Código Penal, ou seja, em ambos observou-se a tendência de desclassificação para o crime de injúria simples, que é de menor potencial ofensivo e, como tal, atrai os benefícios despenalizadores da Lei 9.099/1995. O mesmo cenário parece ter se consolidado em todos os Estados pesquisados e, como afirmou o autor, isso ocorria "pouco importando se o número de ações penais cresceu. A resposta do Sistema de Justiça é a dissimulação, a desclassificação das práticas de racismo para injúria racial" (Santos, 2015, p. 85).

Em outra pesquisa similar, realizada por Marta Machado, Márcia Lima e Natália Neris (2016), com base nas sentenças judiciais em Tribunais de Justiça de nove Estados brasileiros (Acre, Bahia, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia e São Paulo), entre 1998 a 2010, constatou-se a indiferença do Poder Judiciário em relação aos casos de insulto racial. A partir da análise dos argumentos de mérito das sentenças e acórdãos, que tendem a absolver o ofensor ou desclassificar o racismo ou injúria racial para crimes menos graves, as pesquisadoras concluíram que a utilização expressa de referências

[433] A título de exemplo, cita-se os casos analisados no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "Ao examinar o número total de ações penais relacionadas ao racismo nos anos de 2005, 2006 e 2007 (até junho), têm-se os seguintes dados: 1.886, 2.773 e 1549 respectivamente. Ao se comparar com os números enquadrados como injúria o mesmo período correspondente, encontra-se: 1650 (2005), 2.543 (2006) e 1.436 (até junho de 2007). Traduzindo em percentuais, verifica-se que os casos de injúria representaram 87,5% (2005), 92% (2006) e 92,7% (2007). Isso significa que em torno de 92% dos casos de prática de racismo acabaram sendo desclassificados para injúria." (Santos, 2015, p. 80).

pejorativas à raça ou à cor negra não é suficiente para que os Tribunais reconheçam o ato ilícito atentatório à dignidade do grupo, pois a exteriorização inequívoca do preconceito não basta se não se fizer prova inequívoca da intenção de praticar discriminação.[434]

E, para afastar o intuito racista, os magistrados se valem dos mais variados argumentos, tais como o contexto de desavenças e discussão acalorada ou de brincadeira, ainda que esses episódios tenham sido gatilho para a exteriorização do preconceito:

> A brincadeira "de mau gosto", o insulto que no fundo não tinha "intenção racista", o mero desentendimento, a música que pretendia apenas fazer uma sátira, todos esses elementos que compõem o tipo de manifestação racista plenamente vigente no Brasil não são reconhecidos pelo Judiciário como racismo (Machado *et al*, 2016, p. 25).

Assim, além da dificuldade de produção probatória, a "doutrina penal do especial fim de agir da ofensa racial" aparece como um dos principais obstáculos para o reconhecimento das ofensas raciais pelo Poder Judiciário nos casos analisados:

> Para declarar que um crime doloso ocorreu, a doutrina do Direito Penal requer que o ato ilícito venha acompanhado da prova da intenção de sua prática. As decisões que analisamos acima submetem os casos a uma exigência maior: não somente a prova da intenção de proferir aqueles xingamentos, mas também a comprovação do intuito específico de discriminar. É uma interpretação que tem forma jurídica, mas que também pode ser questionada dentro da lógica interna do Direito Penal, por ser muito exigente, ainda mais porque o que se requer ali é a prova de algo tão abstrato quanto o intuito de discriminar ou praticar racismo. A ideia de que se pode provar a intenção é uma ficção no Direito Penal. Já que o que se passa na cabeça de uma pessoa é algo inalcançável a menos que seja exteriorizado, o Direito Penal normalmente atua imputando um certo tipo de intenção a partir de dados objetivos da realidade. Assim, a utilização de expressões altamente pejorativas associadas ao negro, como as que acabamos de descrever, poderia ser considerada suficiente para demonstrar a intenção preconceituosa — como de fato o foi em diversos casos em que houve condenações por injúria racial. Já em um número igualmente significativo de casos, os tribunais simplesmente afirmam não reconhecer a intenção racista, apesar de os xingamentos utilizados mencionarem expressamente elementos ligados à raça e à cor. Não encontramos nenhum padrão argumentativo para diferenciar os casos em que os tribunais reconhecem o intuito discriminatório e os casos em que não o reconhecem. A afirmação ou não desse elemento se deu de forma discricionária, sem que se desenvolvesse uma justificativa argumentativa. (Machado *et a*l, 2016, p. 19-20).

O que se percebe do levantamento bibliográfico feito ao longo deste trabalho (SALES

[434] Que, na dogmática penal, compreende o elemento subjetivo ou intencional de discriminar ou ofender em razão da raça ou cor.

JR, 2006; Silva, RIBEIRO, 2016; LIMA, 2017, entre outros, além dos mencionados acima), é que as pesquisas realizadas nos últimos anos sobre a prática judicial relacionada aos crimes raciais apresentaram resultados semelhantes nos diversos Tribunais de Justiça do país.

Em relação ao Distrito Federal, o levantamento feito pelo MPDFT que resultou na Obra comemorativa dos 10 anos de atividade do NED/CNDH (Ávila, 2017), os promotores analisaram 150 casos, na primeira instância do TJDFT, do período de 2010 a 2015, em 96,6% dos casos (145) os crimes foram tipificados como injúria racial e em apenas 6,6% como racismo (10 casos). Dessa amostra, uma grande parte (64 casos), que representa 42,7%, terminou em proposta de suspensão condicional do processo, dos quais a maioria (64,10%) não teve indenização para a vítima e, em 35,9% dos casos, a vítima foi indenizada em valores irrisórios (em média R$ 963,53). Em relação aos 74 casos (49,3% da amostra) nos quais não houve suspensão condicional do processo (sursis processual) e, consequentemente, avançou-se para a fase de instrução e julgamento, em 22 casos os réus foram absolvidos, em 14 houve condenação total e em 12 a condenação foi parcial, totalizando apenas 26 condenações. Os demais tiveram extinta a punibilidade (4 casos) ou o processo ainda estava em curso, sem sentença definitiva (22 casos). Outro dado relevante, se refere aos casos em que, na sentença condenatória, foi fixada indenização para a vítima. Entre as 26 condenações, a sentença condenatória fixou, além da pena criminal, a indenização por danos morais em favor da vítima em 8 casos, com valor médio de R$ 7.850,00.

Segundo esse levantamento, apesar do aumento no número de denúncias, a cada dois inquéritos recebidos, um foi arquivado, geralmente por insuficiência de provas. Já na segunda instância, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal - TJDFT, apesar da tendência de manutenção das condenações (86,6% dos recursos de apelação foram improvidas), observou-se a reiterada exigência de prova do elemento subjetivo específico do tipo, o que dificulta a caracterização do delito. Entretanto, ao analisar os argumentos dos desembargadores, os promotores sinalizam que já há uma perspectiva de mudança dos magistrados na percepção da ofensa racial.

O promotor de justiça Thiago André Pierobom de Ávila (2017) aponta alguns indicativos desse panorama, que sintetizo nos seguintes termos: a) embora a jurisprudência do TJDFT venha adotando a "doutrina penal do especial fim de agir da ofensa racial", que exige o elemento subjetivo específico do tipo, consistente no "dolo de discriminar", há vários precedentes dispensando a análise da finalidade especial de discriminar, nos quais os magistrados se contentam com o *animus injuriandi* (intenção de ofender), reconhecendo que o uso das expressões relativas à cor num contexto de ofensas já configura delito; b) apesar da

prevalência da corrente jurisprudencial que afasta o dolo em razão de discussão acalorada anterior, ânimo calmo e refletido, retorsão imediata, entre outras escusas dogmáticas, já vem se desenvolvendo outra corrente no Tribunal, desde o ano de 2012, afirmando expressamente que esses fatores não retira o dolo de ofender racialmente; c) há uma tendência do TJDFT de manter as condenações de primeira instância,[435]o que indica maior sensibilidade na análise da suficiência das provas para condenação e, nesse contexto, vem se firmando jurisprudência para dar prevalência à palavra da vítima nos crimes raciais.

A estratégia adotada pelo MPDFT no combate ao racismo, com ênfase no sursis processual e nas medidas reparatórias, em detrimento da responsabilização penal, nos faz recordar as estratégias adotadas no Brasil Colônia. Quando abordei as questões relacionadas à escravidão no período oitocentista, foi argumentado que não era objetivo do sistema de justiça criminal a responsabilização penal dos senhores de escravos. Isso ficou evidente em relação ao crime de redução de pessoa livre à escravidão. A propósito, o discurso do Ministro Eusébio de Queiróz sobre o projeto que originou a Lei nº 581, de 04 de Setembro de 1850 (Brasil, 1852), estava explícita a resistência da sociedade escravista em punir criminalmente os seus senhores pela prática de escravização ilegal, o que lhes garantia um grau considerável de imunização penal.

Diante das dificuldades de punição criminal, o uso das ações cíveis de liberdade representou uma estratégia importante na luta dos escravos pela liberdade e os juristas da época também apostaram nessa ideia. Adolfo Cirne (1930) era um destes, a ponto de afirmar que o manejo das ações cíveis para a solução do problema da escravização ilegal seria mais profícuo para os escravos do que a utilização da ação penal do crime de redução de pessoa livre à escravidão.

Em meados do século passado, a contravenção penal da Lei Afonso Arinos, por sua vez, não representou avanço significativo no combate ao racismo, pelas razões já expostas anteriormente. Posteriormente, a aposta do movimento negro na criminalização se concretizou com a constitucionalização do crime de racismo em 1988 e, no plano infraconstitucional, com a Lei Caó, em 1989, e com a tipificação do crime de injúria racial no Código Penal, em 1997. Entretanto, além da reduzida eficácia da criminalização, os benefícios despenalizadores utilizados nos crimes raciais reforçam a histórica estratégia da branquidade de afastar os ofensores da incidência da pena privativa de liberdade e dos efeitos da condenação penal.

O Projeto de lei nº 668, de 1988, de autoria do deputado Carlos Alberto Caó, foi fruto

[435] Dos 45 acórdãos analisados, o TJDFT manteve a sentença condenatória em 39 e absorveram 6, representando 86,6% de decisões condenatórias.

da mobilização do movimento negro e resultou na aprovação, pelo Congresso Nacional, dos tipos penais de racismo. Na ocasião, o texto enviado à sanção presidencial previa a impossibilidade de suspensão condicional da pena, também denominada de "sursis penal", prevista no art. 77 do Código Penal de 1940,[436]que consiste na possibilidade de o réu, caso seja condenado a pena privativa de liberdade não superior a 02 (dois) anos, ter seu cumprimento suspenso pelo período de 02 (dois) a 04 (quatro) anos se atendidas algumas condições. O benefício, portanto, é aplicável aos réus condenados por qualquer crime, desde que atendidos o critério objetivo (pena de até 02 anos) e os demais critérios previstos nos incisos I, II e III, do referido art. 77, ressalvadas as exceções legais.[437]

Ao vedar o "sursis penal" para os crimes raciais, o projeto de lei acolhia o pleito do movimento negro, que exigia combate firme ao racismo. Entretanto, esse trecho do projeto foi vetado pelo Presidente da República José Sarney, com as seguintes razões:

> 1. O art. 2º do projeto de lei expressa que os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor serão inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de suspensão condicional da pena, que é o mandamento da Lei Magna; todavia, o art. 2º tenta proibir o incidente da suspensão condicional da pena a quem tenha cometido o crime de preconceito de raça ou de cor merece reprovação. A Lei Maior dá direitos iguais a todos, sem distinção. A lei penal, por sua vez, a todos os que preenchem os requisitos por ela exigidos, dá o direito ao "sursis".
> Sabemos que a proibição da concessão de "sursis", pretendida pelo projeto de lei visa a que não possa a pessoa que comete o crime de racismo deixar de ser encarcerada. Apesar do crime ser um ato repulsivo, merecedor de sanção penal, cremos que admitir a exceção proposta é medida extremada, que não aconselha a ignorância do preceito geral imposto pela lei penal, o qual o julgador deve saber dosar da forma judiciosa que se espera de todos aqueles que deve aplicar a lei (Brasil, 1989).[438]

O Presidente da República saiu em defesa do princípio da igualdade formal, sob o

---

[436] Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:
I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;
II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;
III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.
§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.
§ 2o A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

[437] A exemplo do artigo 17, da Lei nº 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha), que veda a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

[438] BRASIL, Projeto de Lei nº 052, de 1988, Mensagem de Veto. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf. Acesso em: 09.07.2023.

argumento de que a lei penal deveria dispensar tratamento igualitário a todos e ainda demonstrou a sua confiança de que o juiz saberia dosar a pena da forma judiciosa que se espera de todos aqueles que devem aplicar a lei. O discurso retórico de Sua Excelência, além de incompatível com a realidade e a práxis judicial, já que o sistema penal brasileiro funciona sob a lógica da seletividade racial, também evidencia o compromisso com a branquidade do poder. Sob essa ótica, no país do privilégio branco, a vedação de benefícios penais, como a "sursis penal", seria uma contradição. A Lei Caó, de 1989, foi então sancionada com este veto presidencial.

Mas o principal entrave jurídico para a aplicação da pena privativa de liberdade nos crimes raciais veio em 1995, com a publicação da Lei nº 9.099, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. No campo processual penal, a lei representou avanço na administração da justiça e visava responder aos problemas que eram objeto de intensos debates na Criminologia Crítica, a exemplo da seletividade penal e do encarceramento em massa. Para tanto, foram criados três importantes instrumentos (que a doutrina denomina de "institutos despenalizadores") para o processamento dos crimes de menor potencial ofensivo, os quais têm o condão de substituir a pena privativa de liberdade por medidas alternativas à prisão e viabilizar a solução negociada e mais célere dos conflitos penais menos graves.

Dessa forma, aos crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 02 (dois) anos[439]serão aplicados os benefícios da "composição dos danos cíveis" (acordo de reparação cível entre a vítima e o agressor) e da "transação penal" (acordo entre o agressor e a acusação, por meio do qual, sem admissão de culpa e sem atrair os efeitos de uma condenação penal, o agressor se compromete a cumprir uma pena alternativa à prisão). O momento processual para a aplicação destes benefícios é a audiência preliminar, que ocorre antes do início da ação penal.[440]Com esses benefícios, é possível pôr fim ao conflito sem necessidade de instrução probatória, dispensando-se, ainda, o julgamento do mérito da causa pelo magistrado, o qual vai se limitar à homologação do acordo, se houver.

Nesse contexto, considerando que é recorrente a prática de desclassificação[441] de crimes raciais (racismo e injúria racial) para injúria simples, cuja pena privativa de liberdade é

---

[439] Até 2001, considerava-se infração de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano. Com a edição da Lei 10.259, de 2001 a pena máxima passou a ser 2 anos.

[440] Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

[441] Não raras vezes a própria polícia já faz a classificação do crime como injúria racial no momento da ocorrência e se limita a lavrar um Termo Circunstanciado de Ocorrência com essa indicação.

inferior a um ano,[442]as chances de aplicação da pena privativa de liberdade ou mesmo de ter o mérito da causa (definição da materialidade e autoria delitiva) analisado pelo juiz de direito sempre foi reduzidíssima diante da possibilidade de composição dos danos cíveis ou da transação penal no Juizado Especial Criminal. Pode-se afirmar, à luz das diversas pesquisas realizadas sobre o tema nas últimas décadas, que parte considerável dos crimes raciais foram desclassificados para injúria simples, tendo os agressores se beneficiado da composição dos danos cíveis ou com a transação penal, ou mesmo, da extinção da punibilidade pela decadência do direito de queixa, pois a desclassificação, no curso do processo, leva ao reconhecimento da fluência do decadencial de 06 meses para que a vítima apresente a queixa-crime, conforme previsto no art. 103, do Código Penal.[443]

Por outro lado, caso a conduta seja enquadrada como injúria racial então prevista no artigo 140, §3º, do Código Penal[444] com pena mínima de até um ano de reclusão,[445]ou como crime de racismo da Lei Caó, cujas condutas típicas mais recorrentes também possuem pena mínima de 01 ano de reclusão, ainda assim os ofensores estarão blindados da pena privativa de liberdade e dos efeitos da pena criminal, pois o art 89, da Lei nº 9.099/1995 introduziu o benefício da suspensão condicional do processo, a chamada sursis processual.[446]

---

[442] Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

[443] Art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

[444] Até a edição da Lei 14.432, de 11 de Janeiro de 2023

[445]Art. 140
(...)
§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência: (Redação dada pela Lei nº 14.532, de 2023)
Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

[446] Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).
§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:
I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
II - proibição de freqüentar determinados lugares;
III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.
§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.
§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.
§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.
§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.
§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.
§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Embora se assemelhe ao "sursis penal", do art. 77 do Código Penal, esse benefício é muito mais abrangente, não apenas porque alcança um grande número de crimes previsto no Código Penal e nas leis especiais, cujo patamar mínimo da pena privativa de liberdade seja igual ou inferior a um ano, mas também porque o benefício oferece ao réu a possibilidade de pôr fim à ameaça de condenação criminal no início do processo. Isso ocorre devido ao fato de que a proposta de sursis processual, caso atendidas as exigências legais, deve ser feita junto com o oferecimento da denúncia, facultando ao réu aceitá-la, evitando que o juiz, caso receba a denúncia, prossiga com a instrução probatória e o julgamento do crime.

Cabe ao promotor de justiça formular as condições a serem cumpridas na proposta de acordo de sursis processual, conforme as peculiaridades do caso concreto e as condições pessoais do réu. Entre as condições, estão a indicação do valor a ser pago à vítima a título de reparação do dano e da pena alternativa a ser cumprida, a proibição de frequentar determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz, o comparecimento pessoal e obrigatório em juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. A depender do caso concreto, o juiz poderá especificar outras medidas, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Se o réu aceitar as condições e o acordo for celebrado, o processo ficará suspenso pelo período de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, durante o qual o réu deverá reparar o dano, se for o caso, além de cumprir uma pena alternativa e as demais condições fixadas no acordo.

Cumpridas as condições, haverá a extinção da punibilidade e o réu terá se livrado do desgaste de se defender de uma acusação criminal, de produzir provas das suas alegações e, claro, não terá seu nome incluído no rol dos culpados, pois o acordo de sursis processual não implica a assunção de culpa, tampouco a caracterização da reincidência, maus antecedentes e outros efeitos estigmatizantes de uma condenação criminal.

Na prática, os benefícios do Juizado Especial Criminal (composição dos danos cíveis, transação penal e sursis processual) retiraram o protagonismo do juiz nesse regime de verdade judicial, pois este se desonera do ônus de decidir sobre a veracidade dos fatos e suas consequências legais, ao passo que aumentaram o poder de definição da verdade por parte do promotor de justiça, a quem caberá não apenas realizar o enquadramento legal da conduta como racismo ou injúria racial, como também indicar as penas alternativas e outras medidas que deverão ser cumpridas pelo acusado, além de avaliar e quantificar o sofrimento da vítima para estabelecer o valor da reparação do dano.

Não há necessidade de definição sobre qual versão estará "no verdadeiro" na justiça negocial, pois o que importa é pôr fim à demanda de forma célere e consensual,

independentemente da verdade fática. Cabe ao acusado a análise do custo-benefício de se enfrentar o processo e correr o risco de uma condenação ou de aceitar a proposta de acordo e afastar a condenação criminal. Por isso, é provável que, mesmo sabendo-se inocente, muitos acusados prefiram entabular a composição dos danos civis, a transação penal ou mesmo o sursis processual.

Outro aspecto importante se refere à posição da vítima nesses procedimentos. Apesar do Juizado Especial estar orientado para a busca consensual da resolução do conflito,[447]grande parte da população brasileira, sobretudo a população negra, não possui condições de contratar advogado para assistência jurídica e tampouco entende o tecnicismo da linguagem jurídica.

Na audiência preliminar do Juizado Especial Criminal, quando há proposta de composição dos danos cíveis e de transação penal, autor e vítima são geralmente intermediadas por um servidor da justiça, que, ao final, reduz a termo o acordo e o submete ao juiz de direito para homologação. Este, assim como o promotor de justiça e o defensor público, não tem uma participação ativa nesse tipo de audiência. Na verdade, é prática comum nos juizados especiais a realização de várias audiências concomitantes, conduzidas por servidores treinados para a mediação e conciliação de conflitos, sob o auxílio (in) direto de juízes, promotores e defensores públicos, os quais são chamados à audiência para resolver problemas pontuais. De resto, ao final da audiência, o termo de acordo, se houver, será submetido às assinaturas dos promotores e defensores públicos e à homologação pelo juiz de direito, conforme o caso. A audiência preliminar, contudo, é o momento em que a participação da vítima é mais efetiva, ainda que sem assistência jurídica adequada, pois os envolvidos são instigados a dialogarem para resolver o conflito de forma negociada.

Quanto à celebração do sursis processual, que ocorre após a propositura da ação penal, a vítima é praticamente deixada de lado, sobretudo nos casos em que não está assistida por advogado particular, pelas razões já expostas anteriormente. Se, para o réu, o contato pessoal com o defensor público é precário, a situação é ainda mais dramática em relação à vítima. A participação desta no processo se dá quase que exclusivamente quando é intimada para o depoimento no curso da instrução processual. No Juizado Especial Criminal, sendo o caso de ação penal privada, esta deverá ser acompanhada de advogado particular ou do defensor público, e, portanto, participará da audiência de instrução e julgamento. Porém, sendo o caso de ação penal pública, como ocorre nos crimes de racismo e injúria racial, a vítima será

[447] Além dos instrumentos conciliatórios, presente ao longo da lei, cita-se ainda os princípios previstos no artigo 62, quais sejam: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

intimada a comparecer à audiência de instrução e julgamento. Todavia, neste momento, já consta nos autos a proposta de sursis processual formulada pelo promotor de justiça, geralmente sem nenhuma participação da vítima. É o promotor de justiça, portanto, o grande protagonista do que prevalecerá nos termos da proposta, inclusive quanto aos aspectos atinentes à reparação dos danos causados à vítima, mesmo quando esta comparece à audiência na qual o acordo é realizado.

Em relação ao Distrito Federal, há uma opção muito clara do MPDFT pela utilização do sursis processual como principal estratégia de combate aos crimes raciais. No levantamento realizado pelo MPDFT em 2017, os dados apresentados sobre o resultado do sursis processual entre os anos de 2010 a 2015, a partir de uma amostra de 150 processos, foi destacado o alto percentual de aceitação dos acordos pelos acusados (42,6%), o reduzido tempo médio de duração da medida (aproximadamente 2 anos) e o percentual razoável de casos em que houve indenização para as vítimas (35,9% dos sursis realizados) (Ávila, 2017, p. 34-37).

O MPDFT esclareceu que há um procedimento padrão para a obtenção das indenizações nos acordos:

> Vale registrar que é procedimento padrão em todas as denúncias oferecidas pelo NED/MPDFT incluir-se na proposta de SCP a indenização em favor da vítima e o comparecimento ao curso de conscientização sobre igualdade racial, visando a ressocialização do indivíduo. Todavia, a indenização em favor da vítima apenas é fixada se estiverem presentes cinco condições: a vítima comparecer à audiência de proposta de SCP, ela manifestar o desejo de receber indenização, concordar com o valor proposto pelo Ministério Público, se a vítima já não estiver com outro processo autônomo de indenização cível em curso e se o acusado possuir condições financeiras de arcar com eventual indenização. Se qualquer dessas condições não estiver presente, exclui-se a indenização do acordo de SCP. Vale registrar que eventualmente não é o coordenador do NED quem acompanha as audiências preliminares de proposta de SCP, mas promotores de justiça locais, e que tais condições constantes da proposta podem ser adaptadas pelo membro que realiza a audiência. É muito comum ocorrer de as vítimas informarem que não possuem desejo de receber indenização, ou ainda de o réu estar desempregado e não possuir condições financeiras de arcar com eventual indenização, sendo que, em ambas as circunstâncias, há a exclusão dessa condição do acordo. (Ávila, 2017, p. 37).

Na ocasião do levantamento feito pelo MPDFT, em 2017, ao comparar os acordos de sursis processuais realizados com os dados relativos aos processos nos quais não houve acordo, prosseguindo-se para a fase de instrução e julgamento, os promotores acreditam que a opção pelo julgamento do mérito e a respectiva resposta penal não era o caminho mais

exitoso. Isto porque, além do tempo de resposta penal nos casos de instrução e julgamento ser muito superior em relação aos casos em que foi celebrado acordo de sursis processual, foi constatado um elevado índice de absolvições (45,8%) e, nos casos de condenação (54,2%), os crimes com penas inferiores a 4 anos ensejariam regime aberto, o que significa, na prática, nenhuma intervenção penal (Ávila, 2017, p. 43).

Além disso, foi ressaltado pelos promotores que o índice de indenizações era bem superior nos acordos de sursis processual (35,94%) do que nas sentenças condenatórias (16,7%). Este aspecto foi atribuído ao fato de que o TJDFT tinha uma jurisprudência contrária à fixação de danos morais em ações penais em geral, não apenas nos crimes raciais, para fins do artigo 397, inciso IV, do Código de Processo Penal.[448]Foi destacado também a inclusão da condição obrigatória de frequentar curso de conscientização sobre a igualdade racial como condição para o sursis processual em 65,6% dos casos, o que não foi constatado nos casos de condenação criminal. Por isso, entendeu o MPDFT que tais delitos raciais que chegam à execução penal ficavam usualmente sem intervenção socializadora individualizada, pensada, construída e em plena aplicabilidade nos casos de sursis processual (Ávila, 2017, p. 45).

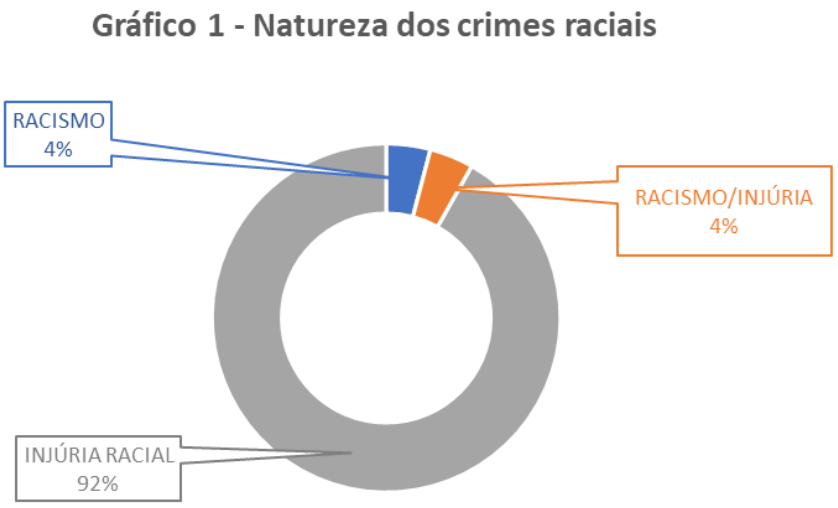
Todos esses fatores levaram o MPDFT a apostar no sursis processual como principal estratégia de combate aos crimes raciais no Distrito Federal:

> Conclui-se que a SCP mostra-se um instituto que permite um início de resposta mais célere, com tempo de duração da resposta penal equivalente (ou superior), especialmente para os crimes de injúria racial e com maiores chances de inclusão de condições de efetiva responsabilização do acusado e de sua conscientização, com foco no efeito pedagógico e ressocializador do indivíduo. A efetividade do acordo de SCP está, portanto, vinculada ao efetivo estabelecimento de condições que permitam a verdadeira atribuição de responsabilização em razão da prática delituosa. (Ávila, 2017, p. 45).

Visando entender melhor esta estratégia oficial de combate ao racismo no Distrito Federal, a presente investigação científica identificou 220 processos criminais, que compõe a amostra da pesquisa, sendo que grande parte dos casos (202) se referem a injúria racial, representando 92%, sendo os demais (9 casos) de injúria racial em concurso com outra modalidade de racismo da Lei Caó na mesma ação penal, e os 9 restantes são apenas crimes de racismo da Lei Caó. Em alguns casos, o réu foi acusado também de outros crimes, porém a análise da pesquisa se concentrou no desfecho da ação penal apenas em relação aos crimes raciais.

---

[448] Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...)
IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;



Esse recorte permitiu uma análise focada nos crimes raciais que são objeto da pesquisa, pois quando a ação penal envolve também crimes não raciais, em concurso com racismo e/ou injúria racial, a informação de que a sentença foi julgada procedente ou parcialmente procedente, ou de que o recurso foi julgado provido ou parcialmente provido, por exemplo, sem se fazer a devida distinção, poderia levar a constatações equivocadas quanto aos desfechos da ação penal no aspecto que interessa à pesquisa. Portanto, as análises e informações que se seguem se referem apenas ao desfecho da resposta penal para os crimes de racismo e injúria racial, ainda que, no caso concreto, tenha havido concurso com outros crimes não raciais, para os quais o desfecho tenha sido diferente.

Nos processos analisados, percebe-se que, de fato, o MPDFT tem priorizado a celebração de sursis processual para solucionar os casos de racismo e injúria racial.

De acordo com o artigo 89, da Lei nº 9.099, de 1995 e, por remissão deste ao artigo 77, do Código Penal, o benefício do sursis processual possui requisitos objetivos e subjetivos. Como requisito objetivo, cita-se: a) a pena mínima cominada tem de ser igual ou inferior a um ano de prisão; b) o réu não pode estar sendo processado por outro crime (nesse caso basta a existência de ação penal em andamento) ou não pode ser reincidente (nesse caso, não ter condenação criminal a pena privativa de liberdade transitada em julgado nos cinco anos anteriores ao crime em análise).

Além disso, deve-se atentar para os requisitos subjetivos, que, na prática, consiste na valoração de condições pessoais e das circunstâncias do crime, semelhante às circunstâncias judiciais utilizadas na dosimetria da pena,[449]cujos aspectos são comuns à análise do sursis

[449] Prevista no art. 59, do Código Penal: "Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao

processual do artigo 89 da Lei nº 9.099, de 1995, da sursis penal do artigo 77 do Código Penal e da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito do artigo 44 do Código Penal, os quais remetem aos seguintes elementos a serem considerados pelo promotor de justiça quando for analisar se o benefício é suficiente para a reprovação e prevenção do crime: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime.

Pelo que se percebeu da estratégia jurídica adotada pelo MPDFT a partir da amostra da pesquisa, desde que atendidos os requisitos objetivos, o benefício tem sido ofertado, o que leva à conclusão de que, para os promotores de justiça, o benefício é suficiente para a reprovação e prevenção dos crimes raciais.

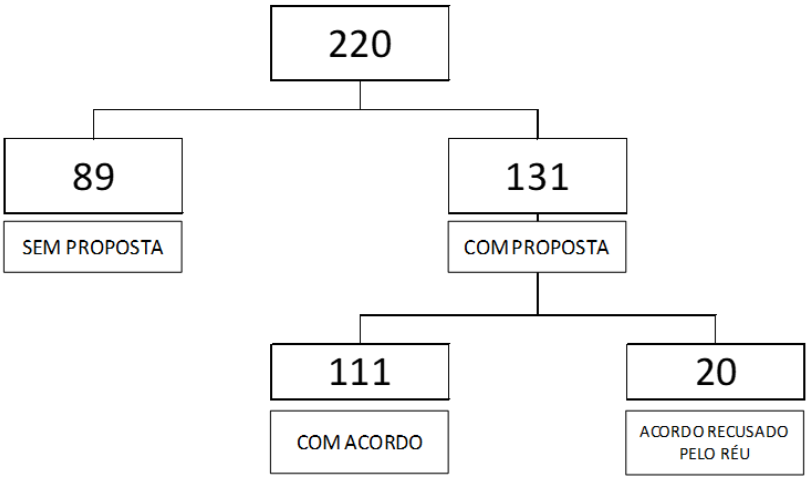
Isso foi constatado na análise dos 220 processos, na medida em que o benefício não era ofertado apenas quando havia concurso de crimes (formal ou material) que, pelo somatório das penas, a pena mínima superava um ano ou quando ocorria as hipóteses do artigo 141, do Código Penal,[450]o que eleva o patamar da pena mínima. Apenas excepcionalmente se observou a ausência de oferta do benefício por ausência dos requisitos objetivos. Diante disso, o MPDFT fez proposta de acordo em quase 60% dos casos:

---

comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:"

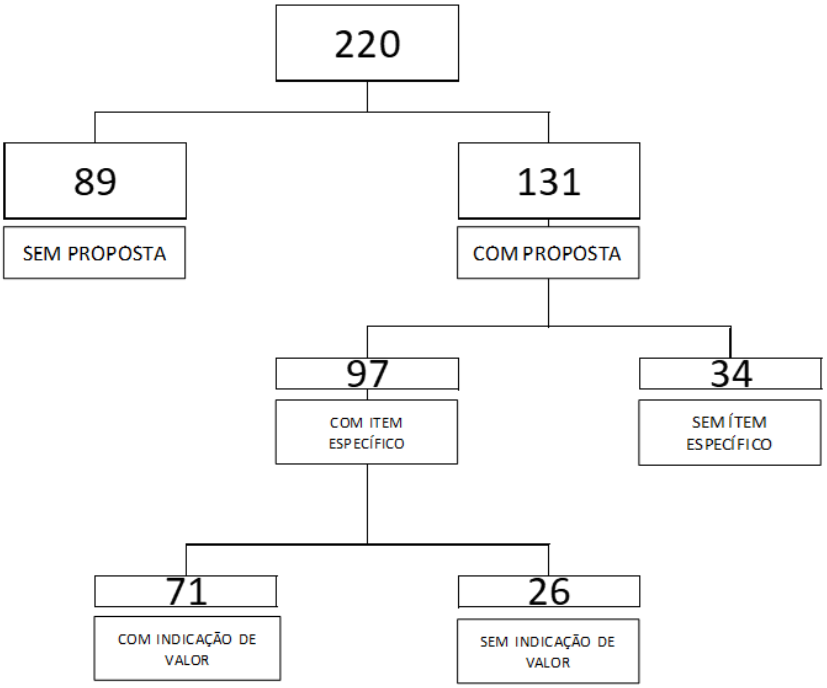
[450] Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:
I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;
II - contra funcionário público, em razão de suas funções, ou contra os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal;
III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.
IV - contra criança, adolescente, pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou pessoa com deficiência, exceto na hipótese prevista no § 3º do art. 140 deste Código.
§ 1º - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.
§ 2º Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena.

Figura 1 - Propostas de sursis processual



Outro aspecto importante, destacado na Figura 2, que confirma a estratégia adotada pelo MPDFT, é que, entre as 131 propostas de sursis processual, em 97 havia um item específico de reparação dos danos à vítima .

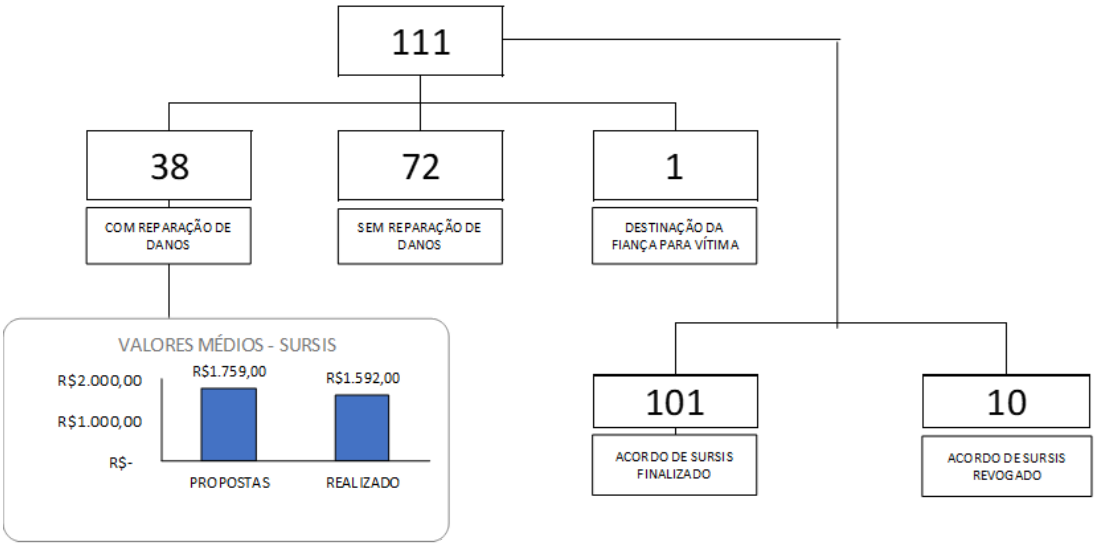
Figura 2 - Propostas de sursis processual e repração de danos



Cabe ao réu, entretanto, analisar o custo-benefício de se submeter às condições propostas para pôr fim ao processo penal. Sobre esse aspecto, constatou-se um elevado índice de aceitação, já que em apenas 20 propostas houve recusa por parte dos réus, conforme consta na Figura 1.

Além disso, uma vez celebrado o acordo, há tendência de cumprimento por parte do réu, já que em menos de 10% dos casos houve revogação do benefício, segundo se observa na Figura 3. Nesses casos, a ação penal volta a tramitar, prosseguindo-se para a fase de instrução e julgamento.

Figura 3 - Sursis processual realizado



Observou-se que, nas denúncias subscritas por promotores de justiça do NED/CNDH, a reparação dos danos como condição para o sursis processual era um item padrão, ao passo que, quando as denúncias e respectivas propostas de sursis eram formuladas por promotores que atuavam em outras unidades do MPDFT, era comum a ausência de pedido de reparação à vítima, bem como de participação em curso de igualdade racial, que eram as principais estratégias adotadas pelo NED/CNDH no combate ao racismo.

A valoração do sofrimento da vítima e sua expressão monetária é um aspecto crucial para entender o sentido da reparação dos danos nos crimes raciais e a racialização do procedimento. Na obra comemorativa dos 10 anos de atuação do NED/CNDH, foi afirmado que a indenização era fixada apenas se a vítima estivesse presente na audiência, se manifestasse o interesse em receber a indenização, se concordasse com o valor proposto pelo Ministério Público, se não tivesse ajuizado ação cível para reparação dos danos ou se o réu não possuísse condições financeiras para arcar com a indenização. (Ávila, 2017, p. 37).

Os critérios informados pelo MPDFT precisam ser analisados sob a perspectiva do funcionamento efetivo dessa prática judicial. Nos processos que compõem a amostra da presente pesquisa, foram identificados dois padrões nas petições de proposta de sursis

formuladas pelo NED/CNDH. Até 2017, o padrão das propostas de reparação do dano[451] indicava um valor específico para a indenização[452], sendo que, apenas excepcionalmente,[453]observou-se a indicação de valores superiores.[454] A partir de 2018, talvez pela mudança na coordenação do NED/CNDH ou por mero estilo dos promotores de justiça que passaram a atuar na unidade, as propostas não mais indicavam o valor, adotando-se o seguinte padrão: "pagamento de indenização por reparação de danos morais em favor da vítima, com valor a ser estabelecido em audiência".[455]

De fato, em grande parte das propostas, passou-se a solicitar também o comparecimento da vítima na audiência de aceitação do sursis processual. Nos casos analisados, levando em consideração os termos de audiência em que houve indicação expressa da participação (132 casos) ou ausência (73 casos) da vítima[456] foi constatado que a vítima compareceu em 64,39% dos casos, em relação aos quais houve acordo de sursis processual em 47,72% dos casos. Destes, 80,9% houve item específico de reparação do dano à vítima, resultando em efetiva indenização em 42,85% dos acordos realizados. Quando se analisa os casos em que não houve indicação expressa de participação da vítima nos termos de audiência (73 casos), o percentual de acordo de sursis processual subiu para 65,75%, entretanto, a incidência de proposta de indenização para a vítima caiu para 60,41%, ao passo que a vítima

---

[451] A título de exemplo, cita-se a proposta formulada no ano de 2014, nos autos do Processo 0001968-08.2014.8.07.0001, que tramitou na 7ª Vara Criminal de Brasília: "Não havendo ação penal em curso ou condenação pela prática de outro crime, o Ministério Público oferece proposta de suspensão condicional do processo, pelo prazo de 2 anos, nos seguintes termos: 1) a título de reparação do dano, o Ministério Público propõe o pagamento da quantia de R$ 1.000,00 (mil reais) à vítima; 2) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, periodicamente, para informar e justificar suas atividades; 3) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização; 4) cumprimento de 80h (oitenta horas) de prestação de serviços à comunidade, em entidade ou programa a ser designado por esse Juízo, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do beneficiário; 5) participação em curso e/ou palestra sobre igualdade racial, a ser realizado durante o segundo semestre de 2014, designada oportunamente por este Órgão Ministerial, a ser notificado via SEMA/MPDFT." (Processo 0001968-08.2014.8.07.0001, 7ª Vara Criminal).

[452] Que geralmente era de R$ 1.000,00 ou R$ 2.000,00.

[453] O padrão da indicação nas propostaS era o seguinte "1) a título de reparação do dano, o Ministério Público propõe o pagamento do valor de XXX em favor da vítima;"

[454] R$ 3.000,00, R$ 4.000,00 e R$ 5.000,00.

[455] A título de exemplo, cita-se a proposta formulada no ano de 2018, nos autos do Processo 0000425-28.2018.8.07.0001, que tramitou na 4ª Vara Criminal de Brasília: "Não havendo ação penal em curso ou condenação pela prática de outro crime, o Ministério Público oferece proposta de suspensão condicional do processo, pelo prazo de 2 anos, nos seguintes termos: 1) pagamento de indenização por reparação de danos morais em favor da vítima, com valor a ser estabelecido em audiência 2) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, periodicamente, para informar e justificar suas atividades; 3) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização; 4) cumprimento de 40h (quarenta horas) de prestação de serviços à comunidade, no prazo máximo de 04 (quatro meses), em entidade ou programa a ser designado por esse Juízo, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho; 5) participação em curso e/ou palestra sobre igualdade racial, promovida por este Órgão Ministerial, e cuja inscrição deverá ser realizada pelo beneficiário do sursis através do e-mail ned@mpdft.mp.br ou pelo telefone 33436067." (Processo 0000425-28.2018.8.07.0001, 4ª Vara Criminal)

[456] Em 15 casos não foi possível identificar, nos termos de audiência, se a vítima compareceu.

foi indenizada em apenas 22,91% dos acordos realizados, o que demonstra que, quando a vítima comparece à audiência, aumenta-se a chance de obter a indenização.

Observou-se ainda que, nos casos em que a vítima compareceu à audiência (132 casos), a indenização foi direcionada exclusivamente à instituições filantrópicas em 2 casos, ao passo que, quando a vítima não compareceu (73 casos), em 14 casos tais instituições foram beneficiadas sem nenhuma indenização para a vítima, o que reforça a importância da participação da vítima em audiência para que o Ministério Público se convença da pertinência da indenização ser direcionada à vítima. Sobre esse aspecto, é importante esclarecer que, em 20 casos, a própria vítima compareceu à audiência e abriu mão da indenização na ação penal, ou por já estar buscando a reparação na Justiça Cível ou por mero desinteresse, razão pela qual a proposta de reparação dos danos ficou de fora do acordo de sursis processual.

De toda forma, com ou sem a presença da vítima, com ou sem discordância desta em relação ao valor da reparação, observou-se que os acordos de sursis efetivamente realizados atendiam os parâmetros de valoração que o MPDFT entendia suficiente para a reparação do sofrimento da vítima em casos de crimes raciais e estavam pré-estabelecidos desde o início da ação penal. Daí porque, os valores das indenizações de danos geralmente eram fixados em R$ 1.000,00 ou R$ 2.000,00. Na Figura 3, nota-se que o valor médio das indenizações constantes nas propostas de sursis foi de R$ 1.759,00 e, levando em consideração apenas os acordos realizados, o valor médio foi reduzido para R$ 1.592,00. É importante destacar que estes valores continuam a ser praticados contemporaneamente, pois, apesar de a amostra se referir a denúncias oferecidas até o ano de 2019, há acordos que foram celebrados no decorrer dos anos seguintes, e cumpridos até a conclusão desta pesquisa (julho/2023).

Analisando os dados, algumas constatações merecem destaque. Primeiramente, há subvalorização do sofrimento da vítima**,** caracterizado pela modicidade (e em alguns casos pelo caráter meramente simbólico) do valor das propostas de reparação dos danos na fase de sursis processual e que, conforme se verá adiante, vai refletir no pedido de fixação do valor mínimo para a reparação do dano em caso de condenação criminal.

O segundo aspecto se refere ao poder de legitimação do ritual, que acaba reforçando a racialidade do regime de verdade. De acordo com os dados analisados, pode-se afirmar que, independentemente da participação da vítima na audiência de aceitação do sursis processual, o valor da indenização não será muito diferente do valor que o MPDFT, enquanto instituição responsável pela persecução penal, entende cabível. Mesmo nos casos em que as propostas de acordo indicaram que o valor seria definido em audiência, os valores finais eram os que já estavam pré-estabelecidos pelo NED/CNDH. A participação da vítima, nesse contexto, não

tem influência relevante na produção dessa verdade, da verdade sobre o valor dos seus sentimentos, das dores, da expressão monetária dos constrangimentos morais sofridos em virtude da ofensa racial. Portanto, a participação da vítima na audiência apenas contribui para validar o procedimento e confirmar a "verdade" acerca da expressão monetária pré-estabelecida pelos agentes do sistema de justiça criminal sobre o valor do sofrimento negro.

Noutra perspectiva, se, por um lado, é positivo o fato de que em 38 casos de acordo de sursis processual[457]a vítima foi contemplada com indenização pelo dano moral sofrido, em um procedimento célere e sem que fosse obrigada a ajuizar ação autônoma, contratar advogado particular e ainda enfrentar a morosidade da resposta cível, por outro lado, há um reforço da estratégia de não responsabilização penal dos agressores de crimes raciais.

Além disso, ao adotar o acordo de sursis processual como principal estratégia para a reparação do dano, acaba-se esvaziando o próprio instituto da responsabilização civil, na medida em que os valores são fixados de forma simbólica (ou seja, inexpressivos) e dissociados da realidade fática, além de inibir a vítima de buscar a reparação no juízo cível.

Embora a realização de acordo de reparação de danos no sursis processual não faça coisa julgada no cível, o que significa dizer que a vítima pode ajuizar ação cível autônoma, é certo que, na maioria dos casos, sobretudo quando envolve pessoas de condições econômico-sociais precárias, como ocorre com grande parte da população negra, a vítima não está disposta a enfrentar outra batalha judicial para obter uma indenização justa. Talvez por isso, a pesquisa dos processos cíveis não tenha encontrado ações cíveis autônomas relacionadas aos mesmos fatos penais objeto de sursis processual com reparação de danos.

Avançando a análise para os casos em que não houve proposta de sursis (89), os casos em que a proposta foi recusada pelo réu (20 casos) ou cujo acordo de sursis foi revogado por descumprimento por parte do réu ou por outro motivo (10 casos), as ambivalências das estratégias para a responsabilização penal e a reparação de danos no bojo da ação penal persistem.

Sob a perspectiva do enquadramento penal da conduta como racismo ou injúria racial, observou-se que há um padrão de categorização das condutas que facilita a elaboração das peças de denúncia.

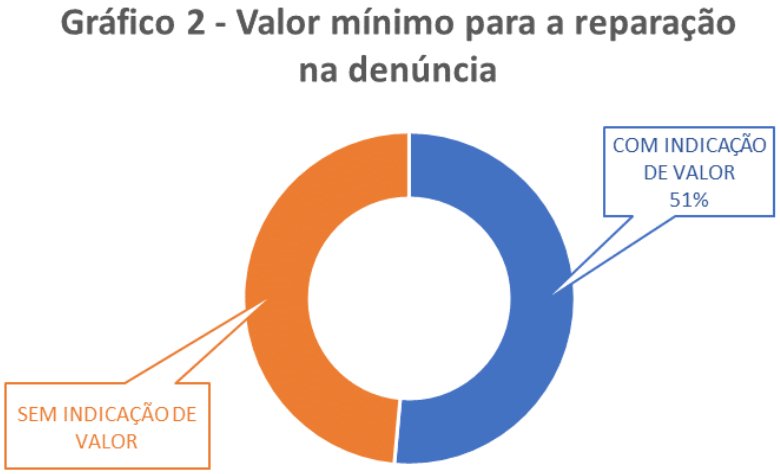
Na verdade, dos 220 processos analisados, ressalvadas as petições elaboradas por promotores de outras unidades do MPDFT, as denúncias seguem um modelo

[457] Vide Figura 3.

padronizado,[458]no qual se apresenta, no primeiro parágrafo, a afirmação de que em determinado dia, horário e local, o denunciado ofendeu a dignidade e o decoro de alguém ou que praticou algum ato de preconceito ou discriminação racial, e, em um ou dois parágrafos seguintes, apresenta-se as expressões, palavras ou atitudes do agressor que, segundo o Ministério Público, se subsumem ao tipo penal de racismo ou de injúria racial.

A categorização das expressões e condutas que caracterizam os crimes raciais facilitam o enquadramento penal e está baseada no histórico de casos julgados pelo Poder Judiciário, especialmente aqueles aceitos pela jurisprudência do TJDFT e que foram catalogados pelo NED/CNDH.

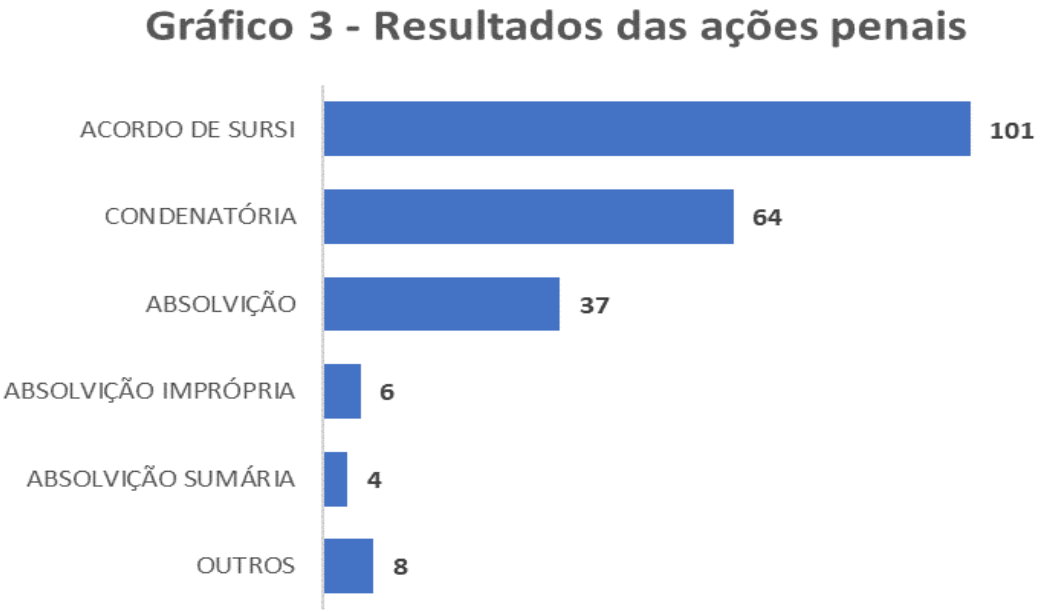
No fechamento da petição, o promotor pede a condenação do agressor nas penas do tipo penal correspondente, bem como que seja fixado o valor mínimo para a reparação dos danos. Do universo de denúncias analisadas, foram identificadas 173 petições com pedido expresso de reparação dos danos, com valor médio de R$ 2.418,00.



[458] A título de exemplo, cito a denúncia formulada **"Caso 189"** (processo 0000984-82.2018.8.07.0001, que tramitou na 3ª Vara Criminal de Brasília). No trecho adiante está a íntegra da denúncia, ressalvada a parte preambular onde consta o direcionamento da peça, a base legal e os dados das partes. Foram ocultados da citação o nome das pessoas envolvidas "No dia 19/12/2017, por volta das 16h e 17h, na Rodoviária do Plano Piloto, EMI, Esplanada dos Ministérios, Brasília-DF, XXX, agindo com vontade livre e consciente, ofendeu a dignidade e o decoro de XXX, valendo-se de elementos referentes à raça e cor.
Nas circunstâncias acima descritas a ré em meio a uma discussão com a vítima, durante uma ligação telefônica, proferiu palavras ofensivas com cunho racial, ao dizer "chamei e chamo de novo: preta, preta, preta, preta, preta", fazendo referência à cor e raça da vítima. As falas da ré foram ouvidas, por meio do sistema viva voz, pela testemunha XXX, que confirmou as ofensas.
Assim agindo, a acusada incorreu nas penas do art. 140, § 3o, do Código Penal.
Posto isso, o Ministério Público requer o recebimento da presente denúncia e a citação da acusada para que responda à acusação e demais termos do processo, até final julgamento e condenação na pena do crime a ela imputado, sob pena de revelia.
Requer, ainda, a notificação das pessoas abaixo arroladas, a fim de que deponham sobre os fatos retro.
Por ocasião da condenação, requer-se a fixação de valor mínimo, não inferior a R$ 1.000 (mil reais), destinado à vítima, para reparação dos danos causados pela infração, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal." (Denúncia, Caso 189).

É, portanto, a petição inicial (denúncia), a peça norteadora que delimita os fatos imputados ao réu e apresenta as balizas para que o juiz analise não apenas a questão fática, mas também aprecie a expressão monetária dos danos morais sofridos pela vítima.

No Gráfico 03, há um panorama do desfecho das 220 ações penais pesquisadas:

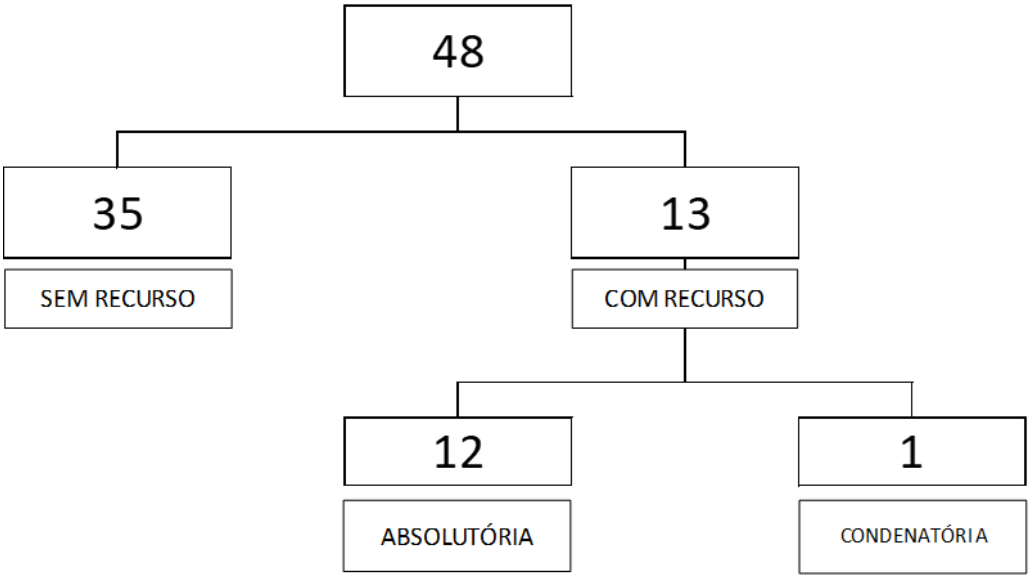


Observa-se que grande parte dos processos (101) se resolveu com o acordo de sursis processual. Nesses casos, o juiz se desincumbe do ônus de decidir sobre a verdade dos fatos e de enfrentar a conotação racial das condutas, se limitando à função meramente homologatória do acordo entre o promotor de justiça e o réu.

Desconsiderando os casos de rejeição da denúncia ou de extinção da punibilidade por questões processuais ou pela morte do réu, o Judiciário foi obrigado a entrar no mérito da causa em apenas 111 casos, que corresponde a metade da amostra, em relação aos quais houve 47 absolvições (48,24%) e 64 condenações (56,76%).

Acerca das sentenças absolutórias representadas na Figura 4, percebeu-se uma tendência de resolver os processos na primeira instância julgadora, já que o MPDFT interpôs recurso de apelação em apenas 13 casos, obtendo êxito em apenas um deles, no qual a 2ª instância do TJDFT reformou a sentença e condenou o acusado.

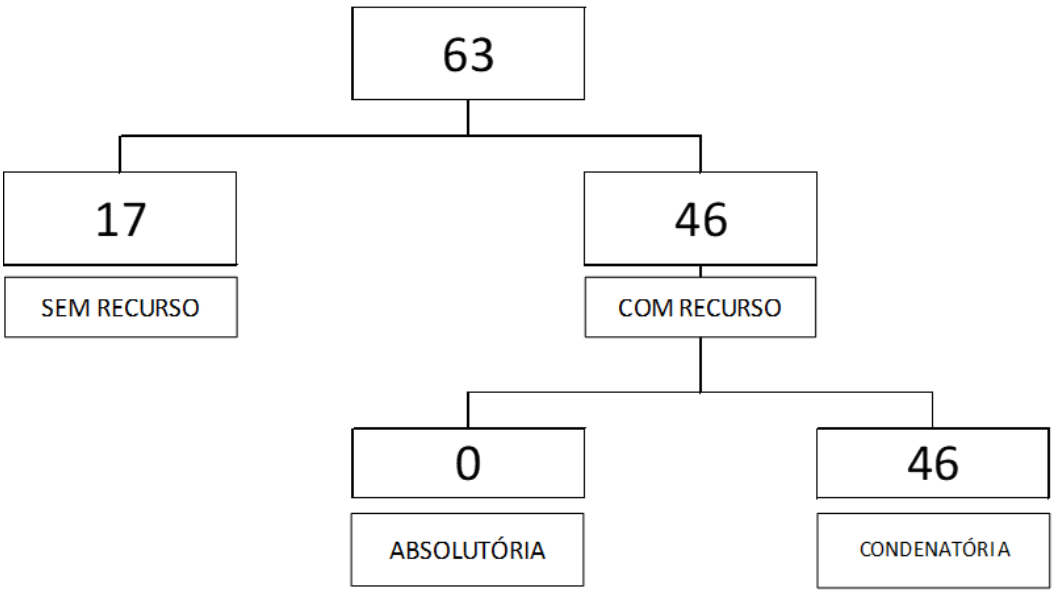
Figura 4 - Situação dos recursos contra sentenças absolutórias



Uma das hipóteses dessa postura do MPDFT de não recorrer das sentenças absolutórias é que, dos 48 casos de sentenças absolutórias, em 21 deles o próprio promotor de justiça havia requerido a absolvição ainda na fase de alegações finais.

Em relação às sentenças condenatórias ilustradas na Figura 5, observa-se que, mesmo nas condenações, a 2ª instância do TJDFT tem mantido a sentença proferida pelos juízes de primeiro grau quanto à caracterização do crime racial e da autoria delitiva.

Figura 5 - Situação dos recursos contra sentenças condenatórias



Veja-se que, dos 46 recursos de apelação interposto pelos réus contra as sentenças condenatórias, a defesa não logrou êxito em convencer os desembargadores quanto à ausência do crime racial e da culpa do réu em nenhum dos casos. Na verdade, a reforma das sentenças, quando houve, se limitou à dosimetria da pena, ao regime de cumprimento, à concessão benefícios penais (sursis penal ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito) ou à questão do valor mínimo para reparação dos danos morais em favor da vítima.

Assim, tanto nas sentenças absolutórias quanto nas sentenças condenatórias, a tendência do TJDFT é de não alterar o julgamento feito pelo juiz que conduziu a instrução processual no que concerne à suficiência ou insuficiência de provas da materialidade delitiva (prova da existência do crime racial) e da autoria (atribuição da culpa ao réu), já que, dos recursos interpostos, houve reforma da sentença em apenas 1 caso,[459]o que demonstra haver um alinhamento claro de entendimento entre as instâncias de julgamento.

6.3.1 A Justiça Penal brasiliense nas sentenças absolutórias

Entre as sentenças absolutórias com pedido de absolvição por parte do MPDFT,[460] 06 casos[461] foram de absolvição imprópria, ou seja, situações em que foi constatada a insanidade mental do agressor, tornando-o penalmente inimputável. Nesses casos, embora seja necessário comprovar a materialidade e a autoria, o réu não está sujeito à pena criminal, mas sim à medida de segurança.

Foi o que aconteceu no **"caso do cliente do Carrefour".**[462]Nos dias 03 e 13 de setembro de 2018, o agressor ofendeu a vítima, que era operadora de caixa no Supermercado Carrefour, na Asa Sul/Brasília. Na primeira vez, a vítima foi abordada no caixa pelo agressor com palavras de cunho racial, como "esse cabelo é assim, nem dá pra pentear", chamando-a ainda de negra inútil que não prestava para nada, na presença de várias pessoas como colegas de trabalho e clientes da loja. Na segunda oportunidade, a vítima foi novamente abordada no caixa do supermercado, com mais ofensas raciais, como "ela é só uma negra", "negrinha" e "negresco", também na presença de outras. Nesta segunda vez, a Polícia Militar foi acionada e prendeu o agressor em flagrante. Na delegacia, foram ouvidas a vítima, o policial militar e uma testemunha que teria presenciado os fatos, enquanto o agressor fez uso do direito ao

---

[459] **"Caso 17"** (Caso Heraldo Pereira), que será abordado adiante.

[460] Dos casos analisados, o MPDFT pediu a absolvição, na fase de alegações finais, em 33 processos e foi atendido pelo juiz sentenciante em 28 deles.

[461] **Casos 56, 76, 87, 132, 137 e 195.**

[462] **"Caso 195"** - objeto da ação penal nº 0006123-15.2018.8.07.0001, que tramitou na 3ª Vara Criminal de Brasília.

silêncio. Na audiência de custódia ocorrida no dia seguinte, foi concedida liberdade provisória ao agressor, mediante o pagamento de fiança no importe de R$ 200,00. A vítima compareceu à autoridade policial no dia 18 de setembro de 2018 para formalizar a representação contra o agressor, quando prestou novas declarações ao delegado de polícia. Com isso, o delegado de polícia concluiu o inquérito policial e o encaminhou à autoridade judiciária para as providências cabíveis.

Esse procedimento foi observado na maioria dos casos. Na condução do inquérito policial não há preocupação da polícia científica e tampouco do Ministério Público em produzir outras provas do ocorrido. Basta, para fins de inquérito policial e também para o oferecimento das denúncias, a coleta do depoimento da vítima, do agressor e, quando existentes, de uma ou duas testemunhas. Provas técnicas e documentais são raras nesses casos, mesmo quando de fácil obtenção.

No caso acima, por exemplo, não foi sequer diligenciado junto ao Supermercado sobre a existência de Circuito Interno de TV que pudesse esclarecer a dinâmica dos fatos e a ação penal foi iniciada apenas com base na prova oral. O réu já possuía histórico de agressões e prática de outros crimes, inclusive já havia sido beneficiado pelo sursis processual em outras oportunidades. Mesmo assim, o Ministério Público propôs nova suspensão condicional do processo, o que foi indeferido pelo juiz sob o fundamento da reiteração delitiva. Prosseguiu-se, então, para a fase de instrução e julgamento. O réu foi assistido pela Defensoria Pública, que juntou laudos psiquiátricos do acusado e solicitou exame de insanidade mental.

Nos processos analisados, a instrução processual feita durante a ação penal, consistiu basicamente, na reinquirição das mesmas pessoas ouvidas na fase inquisitorial. Não há produção de novas provas, salvo as testemunhas indicadas pelo acusado, e, quando as pessoas arroladas não comparecem (às vezes nem a vítima é localizada para reinquirição), o caminho natural é a absolvição por insuficiência de provas.

No caso analisado, o policial condutor do flagrante não compareceu. A vítima e a testemunha compareceram e reiteraram suas declarações, confirmando as agressões. Foi ouvida outra pessoa levada pelo agressor, que, em razão da amizade mantida com o mesmo e sua família, foi ouvida na qualidade de informante. Com a juntada do exame de sanidade mental, que concluiu pela inimputabilidade do agressor, o Ministério Público reafirmou a materialidade e a autoria do crime de injúria racial, e, diante da insanidade mental, requereu a absolvição sumária, enquanto a Defensoria Pública requereu o reconhecimento da atipicidade da conduta, sob o argumento de que o quadro mental do acusado, que apresentava um

comportamento inadequado, desinibido, irritadiço e eufórico, afastava a plena capacidade de determinação em relação às ofensas e requereu, por fim, a aplicação de medida de segurança consistente no acompanhamento ambulatorial.

Para a formação do convencimento do juiz (pela condenação ou absolvição) nos casos de racismo e injúria racial, as provas orais são os principais meios para formação da convicção acerca da materialidade do crime e autoria delitiva.

Na sentença do caso estudado, a juíza entendeu que as palavras da vítima eram convincentes, sobretudo porque foram corroboradas pela testemunha que presenciou o segundo fato, e também pelo informante, que era amigo do réu e narrou o histórico de manias e de surtos psicóticos do agressor. Na análise das provas, a juíza considerou que o réu agiu com dolo, por duas vezes, e se utilizou de elementos referentes à cor da pele da vítima para ofender. Para a juíza, o agressor sabia da ilicitude de seu comportamento, tanto que, um tempo depois, tentou presenteá-la com um chocolate. Portanto, tinha consciência e vontade de ofender a honra da vítima. Por outro lado, tendo sido constatada a inimputabilidade do agressor, comprovado pelo laudo de exame psiquiátrico, este foi absolvido e submetido a uma medida de segurança de tratamento ambulatorial.

Além dos casos que levaram à absolvição imprópria por insanidade mental, foram identificados 27 casos em que o promotor de justiça pediu a absolvição dos crimes raciais.[463]Dificilmente o juiz decide contra o pedido absolutório ministerial, tendo discordado do promotor de justiça em apenas 5 casos,[464]nos quais o réu foi condenado mesmo com o pedido absolutório da acusação.

Também nesses casos as diligências do inquérito policial consistem basicamente na tomada de declarações da vítima, de testemunhas e do interrogatório do réu, sem maior preocupação com provas técnicas. O padrão adotado pelo MPDFT para a instrução probatória da ação penal é o arrolamento da vítima e mais uma ou duas testemunhas, além do interrogatório do réu. Nos casos de prisão em flagrante, é comum intimar também o policial militar que conduziu o flagrante.

A carência de provas na fase de investigação é do conhecimento do NED/CNDH, que, em 2017, manifestou preocupação com o elevado índice de arquivamento de inquéritos:

---

[463] Em um dos processos analisados (**Caso 25**), inicialmente o réu havia sido denunciado pelo crime de racismo (art. 20, caput, da Lei 7716/89) e de injúria racial (art. 140, §3º com a causa de aumento de pena do artigo 141, III, do Código Penal). Nas alegações finais o promotor pediu a absolvição pelo crime de racismo e manteve a acusação pela injúria racial. Ao final, o réu foi condenado pela injúria racial.

[464] **Casos 133, 176, 186, 187 e 188**.

> Essa análise indica que cerca de 60% dos arquivamentos dos IPs de crimes raciais no ano de 2015 foram motivados pela insuficiência de provas. Esse motivo pode estar presente por duas razões: ou porque não havia testemunhas do crime, ou porque, mesmo havendo, a polícia não foi diligente em providenciar tempestivamente a oitiva dessas testemunhas. De forma geral, o NED tem sido criterioso na exigência de substrato probatório para justificar o ajuizamento de uma ação penal, exigindo-se, em regra, duas testemunhas comprovando a alegação da vítima do crime, ou eventualmente uma testemunha confirmando e outra indicando o contexto de agressões (ainda que sem ter ouvido especificamente a ofensa de conotação racial). Essa atuação criteriosa tem sido relevante para induzir a que o Judiciário dê preponderantemente decisões favoráveis à pretensão punitiva, criando uma jurisprudência favorável ao reconhecimento dos crimes raciais. Uma terceira causa de arquivamentos é a retratação da vítima; vale registrar que muitas dessas retratações pelas vítimas ocorrem em contextos que se explica à vítima em Delegacia de Polícia que não há testemunhas e que provavelmente a persecução penal não terá sucesso. (Ávila, 2017, p. 26)

Nos 27 processos analisados nesta investigação científica, que resultaram em pedido de absolvição pelo promotor de justiça, excetuados os casos de absolvição imprópria, a insuficiência de provas também foi o principal argumento na ação penal. Em uma instrução processual altamente dependente da prova oral, a ausência de uma testemunha ou até mesmo da própria vítima na audiência, fatalmente prejudicará a formação da culpa. Além disso, quando há divergência entre a palavra da vítima e do réu (o que normalmente acontece), para que a palavra da vítima prevaleça, o juiz exige que esta esteja amparada em outros elementos probatórios. Assim, se a palavra da vítima não for corroborada por uma prova contundente (sobretudo testemunhal), o próprio Ministério Público pede a absolvição, sendo acompanhado pelo juiz.

Isso foi observado no **"caso da discussão de trânsito em Águas Claras"**.[465] A acusação era de que o réu, no dia 15 de dezembro de 2017, em uma discussão de trânsito, teria ofendido a dignidade e o decoro da vítima, tendo gritado muito alto, chamando-a de "preto, macaco e peão". A vítima registrou boletim de ocorrência três dias depois do fato, se acautelando de apresentar uma testemunha ocular e ainda as imagens de vídeo registradas pelo seu celular durante a discussão.

Segundo a versão da acusação, a vítima estava sendo conduzida por um transporte de aplicativo, quando passou pelo cruzamento de uma avenida em Águas Claras/DF, onde foi fechado pelo veículo do réu, o qual estava na companhia de sua ex-esposa e de sua filha menor. A motorista do transporte por aplicativo chegou a buzinar e o réu não gostou, tendo iniciado os impropérios direcionados à vítima, que era o passageiro do transporte por

[465] **Caso 212**, objeto da ação penal nº 0000734-55.2019.8.07.0020, que tramitou na 1ª Vara Criminal e do Tribunal do Júri de Águas Claras.

aplicativo. De repente, o réu desceu do veículo e começou a agredir verbalmente a vítima, com as palavras de cunho racial. Na delegacia, a motorista do transporte por aplicativo confirmou a versão da vítima, mas a autoridade policial não teve o cuidado de tomar suas declarações formalmente. O responsável pela ocorrência apenas afirmou que:

> "Esteve presente no momento do registro desta Ocorrência Policial e confirmou na íntegra a versão apresentada pela vítima. Disse que é motorista do aplicativo UBER e que realmente o passageiro THIAGO GUIMARÃES DA CONCEIÇÃO teria sido xingado de "MACACO", "PEÃO" e "PRETO" pelo motorista que conduzia o veículo de placa ERM 9966/DF. Que esse motorista fazia referência à raça do passageiro, já que negro. Esse condutor chegou a descer de seu veículo e vir na direção do seu veículo, para agredir o passageiro, que só queria que ele liberasse o cruzamento da avenida, para dar fluidez ao trânsito no local." (Sentença, "caso 212")

Através das imagens apresentadas pela vítima, a polícia conseguiu identificar e localizar o réu. O veículo estava registrado em nome de sua ex-esposa, a qual também estava dentro do veículo no momento do ocorrido. Intimada para depor na delegacia, a mesma compareceu, acompanhada de advogado particular, tendo confirmado que houve uma discussão entre seu ex-marido e a vítima, porém não confirmou a ofensa racial, afirmando que a discussão foi provocada pela vítima, que teria mostrado o dedo para o réu. Posteriormente, o réu foi ouvido e confirmou a versão da sua ex-esposa, afirmando ainda que "possui vários funcionários negros e não tem qualquer preconceito por conta de cor."

Em 27 de fevereiro de 2019, mais de um ano e dois meses da data da ocorrência, o inquérito foi enviado ao juiz com pedido de prorrogação das investigações. Ao receber os autos, o NED/CNDH decidiu ajuizar a ação penal e, em 05 de abril de 2019, ofereceu a denúncia pelo crime de injúria racial. Para a instrução probatória, a promotora de justiça arrolou apenas a vítima e a motorista do transporte por aplicativo na qualidade de testemunha. Com a denúncia, foi anexada a proposta de sursis processual, entretanto, a proposta foi retirada posteriormente, tendo em vista que o réu estava preso pela prática de outro crime.

Após o recebimento da denúncia e apresentação da resposta à acusação, foi designada audiência de instrução e julgamento, na qual foi colhida a prova oral. Ocorre que, na audiência, além do réu, foi ouvida apenas a vítima, que confirmou a versão prestada perante a autoridade policial. Afirmou ainda que pegou o celular depois que desceu do carro para filmar a placa, e por isso, no momento gravado pelo celular, o acusado não o estava xingando de "macaco".

A única testemunha de acusação, que era testemunha ocular, não foi intimada para a audiência, pois havia mudado de endereço. Durante a audiência, tentou-se contato telefônico com a mesma, porém sem êxito. A testemunha de defesa, ex-esposa do réu, também não compareceu à audiência. Apesar da relevância da prova testemunhal, preferiu-se não esgotar os meios para o comparecimento das testemunhas, tendo o promotor de justiça e a advogada de defesa desistido das testemunhas ausentes.

Sem testemunha para confirmar as palavras da vítima perante o juiz e diante das divergências entre as versões da vítima e do acusado, somado ao fato de que o vídeo gravado pela vítima não captou o momento exato da ofensa racial, o promotor de justiça, nas alegações finais, concluiu que não havia provas suficientes para a condenação. E, para arrematar, o promotor ainda sugeriu a ocorrência de retorsão imediata que favorecia o acusado, na medida em que, conforme afirmado pela própria vítima, houve discussão de parte a parte, inclusive com gesticulação recíproca, de modo que se aplicaria à espécie a excludente prevista no inciso II, § 1º, artigo 140, do Código Penal.[466] A defesa do acusado, nas suas alegações finais, também pugnou pela improcedência da acusação pela insuficiência de provas.

O juiz acompanhou integralmente a conclusão da promotoria e da defesa. Nos argumentos constantes na sentença absolutória, prolatada em 12 de março de 2021, é possível perceber que, para a prevalência da palavra da vítima é preciso que esta seja corroborada por outro elemento de prova contundente:

> Conforme se verifica, a testemunha Ana Célia, motorista de aplicativo "UBER", não foi localizada para ser ouvida em juízo. A sua contribuição em sede policial limitou-se a confirmar, em sua totalidade, a versão apresentada pela vítima.
> Anote-se, ainda, que nos autos consta apenas no relatório de investigação ID 44541961 a versão da vítima, não havendo sequer a juntada de suas declarações.
> De mais a mais, quanto às declarações de Giselly da Silva Jardim, que também não fora ouvida em juízo, em razão de sua não localização para ser intimada, em sede policial, ela confirmou a discussão entre os envolvidos, e declarou, mais, que o passageiro do outro veículo "deu dedo", e que "não se recorda ouvir palavrão a respeito de raça", conforme anotado no ID 44541994.
> Ao fecho, é imperioso ressaltar também que os vídeos apresentados pela vítima em nada confirmam o emprego de xingamento com componente racial.
> Em síntese, não é possível inferir da prova dos autos de que o réu tenha externado opinião pessoal quanto à raça da vítima, pois o contexto trazido não

[466] Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:
I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;
II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

> restou devidamente demonstrado que o acusado, de fato, tenha proferido xingamentos valendo-se de componente relacionado a cor e/ou raça.
> Como cediço, uma condenação criminal não pode se basear em meras conjecturas, mas, ao contrário, deve ser sustentada em elementos probatórios hígidos, produzidos sobre o pálio do contraditório, que evidenciem a materialidade e a autoria do crime. (Sentença, "caso 212")

No caso, o juiz afastou a força probatória da ratificação da versão da vítima feita pela motorista do aplicativo apenas na delegacia porque a autoridade policial não atuou diligentemente e deixou de reduzir as declarações a termo. Por outro lado, as declarações prestadas pela testemunha de defesa na delegacia foram suficientes para dar prevalência à versão do réu tão somente pelo fato de que, nesse caso, as declarações foram reduzidas a termo e subscritas pela testemunha.

O caso apresentado demonstra não apenas os obstáculos enfrentados pelas vítimas em fazer prova das ofensas raciais, mas também como a deficiência da investigação policial reflete na instrução probatória da ação penal. Por outro lado, não se pode desconsiderar a hipótese de que a postura do órgão de acusação de se limitar às diligências probatórias produzidas no inquérito policial e o não exaurimento dos meios de prova durante a fase processual tenham relação direta com o elevado índice de absolvições. Casos como esses se repetem na burocracia judicial e tendem a ter destino semelhante, sobretudo porque, ressalvados os casos de repercussão ou quando a vítima tem condições de contratar um advogado para prestar assistência à acusação e auxiliar na indicação da prova, a acusação não produzirá nenhuma prova além do que já consta no inquérito, ou produzirá até menos, pois é comum a intimação frustrada de vítimas e testemunhas durante a instrução processual.

A tendência observada nos processos analisados é o juiz seguir a conclusão do órgão ministerial, seja para condenar seja para absolver.[467]Mas houve situações, ainda que excepcionais, em que o juiz absolveu o acusado, muito embora o promotor de justiça estivesse convencido da culpa nas suas alegações finais. É o que se constata no **"caso do Hotel Lake Side"**.[468] Segundo a denúncia, a vítima trabalhava como camareira em um apart hotel onde a acusada reside. No dia 22 de junho de 2016, como estava sem a chave do apartamento, a acusada pediu para que outro empregado do hotel abrisse a porta com a chave mestra, quando, então, a vítima o alertou de que aquele procedimento estava incorreto, já que a acusada deveria se dirigir à recepção. Ato contínuo, a acusada passou a injuriar a vítima nos seguintes

[467] Entre os casos que houve pedido de absolvição pelo Ministério Público nas alegações finais, 5 resultaram em sentença foi condenatória.
[468] **Caso 173** - objeto da ação penal nº 0000602-26.2017.8.07.0001, que tramitou na 2ª Vara Criminal de Brasília

termos: “você é má, é uma desgraça, é um demônio, o cão vai vir te buscar, sua negra nojenta, eu já sabia que sua cor não vale nada.”

Devido a esses fatos, a acusada foi denunciada por injúria racial, tendo o Ministério Público arrolado, para oitiva em juízo, a vítima e mais três testemunhas, um dos quais era o empregado do hotel que estava presente no momento das ofensas. A denúncia foi acompanhada de uma proposta de sursis processual, que foi recusada pela ré no início da audiência, passando-se então à instrução, com a oitiva da vítima.

A instrução prosseguiu em outra audiência, na qual as testemunhas da acusação não compareceram, tendo sido ouvidas apenas duas testemunhas de defesa, uma delas sequer havia sido arrolada no momento processual adequado (na resposta à acusação) e ainda assim foi ouvida pelo juiz, com a anuência do promotor de justiça. Quanto às testemunhas de acusação, uma foi dispensada pelo Ministério Público, o qual reiterou a necessidade de ouvir as demais. Entretanto, na audiência seguinte, estas novamente não compareceram e o Ministério Público acabou dispensando a prova oral que seria fundamental para elucidar os fatos. Então foi feito o interrogatório da acusada e as partes dispensaram a produção de outras provas, encerrando-se a instrução processual. Nas alegações finais, o Ministério Público insistiu na condenação da acusada, ao passo que a defesa pugnou pela absolvição por inexistência de provas ou a desclassificação da injúria racial para injúria simples.

A versão da vítima foi brevemente resumida na sentença:

> Ouvida em juízo, a vítima Francisca, afirmou que à época dos fatos trabalhava no Lake Side, na função de camareira, mas que um mês depois do ocorrido foi demitida. Relatou que no dia dos fatos estava trabalhando no andar do apartamento da denunciada, quando percebeu que ela saiu para jogar o lixo fora e a porta do seu apartamento bateu, tendo ficado presa do lado de fora, momento em que pediu para que abrisse a porta, o que foi negado pela depoente, pois mesmo tendo um cartão que serve de chave mestra e abre todos os quartos, a regra do hotel é que nenhum funcionário pode abrir os apartamentos para hóspede ou proprietário. Nesse momento a denunciada se exaltou e falou "você é nojenta, você é uma negra nojenta, você é má, gente da sua cor não presta".
> Em seguida, disse que a denunciada encontrou com outro funcionário do hotel que é responsável pela reposição de bebidas nos apartamentos e pediu que ele abrisse seu apartamento, momento em que afirma que se dirigiu a ele e disse que ele não ia abrir, pois poderia prejudica-lo. Declarou que ficou muito nervosa e que chorou muito, depois foi levada para o departamento de RH, onde acionou a polícia, porém, a os policiais não conseguiram encontrar a denunciada. Por fim, disse que tinha ciência que a denunciada era proprietária do apartamento, mas que não abriu o apartamento dela porque tem que seguir a regra do hotel, que é de não abrir a porta de nenhum apartamento. (Sentença, “Caso 173”)

O juiz, entretanto, discordou do promotor de justiça e entendeu que a versão da ré estaria “no verdadeiro”. Para tanto, fez referência, na sentença, às palavras da agressora:

> Em seu interrogatório judicial, a denunciada negou a autoria das ofensas contra a vítima. Relatou que mora há mais de 10 (dez) anos no apart hotel localizado no Lake Side, afirmou que no dia dos fatos saiu do seu apartamento para jogar o lixo na lixeira que fica bem em frente, mas a porta fechou, afirmou que estava com uma roupa não muito apropriada e descalço, momento em que viu o funcionário chamado Raimundo no corredor e pediu que ele abrisse a sua porta, mas Raimundo avistou Francisca e disse que teria que ser autorizado por ela. Disse que chegou a falar para Raimundo que "ela era ruim, era uma bruxa, que quando morrer iria para o inferno", e que não adiantava pedir para ela, pois já havia pedido o mesmo favor há alguns meses atrás e ela se recusou a abrir, o que de fato aconteceu novamente na ocasião relatada na denúncia. Declarou que também foi instaurado um processo no Juizado Cível contra ela, tendo sido absolvida em sentença prolatada no processo nº 0717794-17.2016.8.07.0016 (fl. 28). Por fim, acrescentou que Raimundo foi arrolado como sua testemunha e quando foi ouvido em juízo, confirmou que não ouviu a denunciada falar em raça com Francisca. (Sentença, “Caso 173”)

E para fechar os elementos de convicção, o juiz citou o depoimento da testemunha de defesa, que era um dos fundadores do Apart Hotel, o qual sequer estava presente no momento da ofensa:

> A testemunha Simão, em juízo, informou que é fundador do hotel no qual a vítima trabalhava. Relatou que assim que soube do ocorrido mandou chamar a vítima Francisca e o gerente do hotel, Sr. Roberto para uma reunião, no qual foi apurado que a testemunha Raimundo sequer presenciou os fatos, todavia, a pedido da vítima, falou que tinha presenciado as ofensas. (Sentença, “Caso 173”)

De um lado, a acusada, proprietária de um dos apartamentos, e o fundador do Apart Hotel, negaram a ocorrência dos fatos, colocando sob suspeição a palavra da vítima. A única testemunha presencial dos fatos, que trabalhava no Apart Hotel, não compareceu à audiência.

Na análise das ações de liberdade e de redução de pessoa livre à escravidão do período oitocentista, foi enfatizada a dificuldade do “negro-escravo” produzir provas das suas alegações, ao contrário dos senhores de escravos que tinham condições de acessar amplos meios de provas para influenciar no convencimento do juiz diante da rede de relacionamentos e de compadrio da época. A dificuldade de produção probatória pelas vítimas de ofensas raciais na atualidade continua presente nos processos criminais.

No caso analisado acima, a testemunha da vítima era um mero empregado do hotel e tão vulnerável quanto a vítima, porém era o único meio de prova indicado nos autos do

processo que poderia confirmar a sua versão. Por outro lado, como mencionado anteriormente, não há nenhuma preocupação da polícia em produzir provas técnicas nesse tipo de investigação. De acordo com as informações dos autos, embora a ré estivesse em flagrante delito, a polícia sequer realizou a prisão em flagrante, alegando que não poderia invadir a propriedade privada. Durante o inquérito policial, também não foi providenciado câmara de circuito interno de TV do hotel e, para piorar a situação da vítima, o Ministério Público não conseguiu fazer com que a testemunha ocular comparecesse. Em um regime de verdade racializado, há vários obstáculos para dar credibilidade à palavra da vítima e, como se não bastasse, o juiz se valeu de uma prova emprestada do processo cível no qual se discutia a indenização por danos morais em favor da vítima para reforçar a versão da ré:

> As supostas gravações dos fatos narrados não foram trazidas ao processo, e ainda, deve-se ressaltar que a única testemunha que teria presenciado o fato, confirmou em seu depoimento, em juízo, devidamente compromissado com a lei, que a discussão entre a denunciada e a vítima era recíproca, e que, de fato, não ouviu a denunciada falar palavras quanto a raça da vítima. A testemunha Mônica não foi localizada, e o depoimento das demais testemunhas nada contribuíram para elucidação dos fatos, uma vez que não presenciaram os fatos narrados na denúncia. Note-se que do conjunto probatório não se colhe elementos suficientes que conduzam ao juízo de certeza de que a denunciada praticou o delito narrado na denúncia. É cediço que no ordenamento pátrio não se pode condenar uma pessoa por inferências, por presunções, por conjecturas. O Direito Penal do fato não se contenta com tão frágeis elementos, exige provas mais robustas, harmônicas e coerentes, a fim de se tutelar adequadamente o direito de liberdade das pessoas, provas essas inexistentes no caso em análise. Ressalte-se que se houver dúvida após a colheita da prova, o non liquet deve pender em favor do acusado, em respeito ao princípio "in dubio pro reo".(Sentença, “Caso 173”)

O Ministério Público não recorreu da sentença, prolatada em 18 de dezembro de 2018, que transitou em julgado na primeira instância, sacramentando a absolvição da acusada. Em situações como essas, as fórmulas dogmáticas estarão sempre à disposição do juiz para não condenar, pois, de fato, segundo o princípio do *in dubio pro reo*, não se pode condenar uma pessoa por inferências, por presunções, por conjecturas. Para uma condenação penal é necessário reunir um conjunto razoável de provas dos fatos e da autoria delitiva. Tarefa difícil para as vítimas de racismo e injúria racial!

A precariedade da atividade probatória e a falta de meios para influir na formação da convicção do magistrado foram identificadas na maioria dos processos que levaram à absolvição na primeira instância. Nesses casos, geralmente o promotor de justiça não apela ao Tribunal e, quando há recurso, a tendência é de que a sentença seja mantida na segunda

instância. Este é o modo normal de ser do julgamento das pessoas negras anônimas cujo destino parece estar pré-determinado numa lógica de produção industrial de decisões judiciais que precisa cumprir um conjunto de fórmulas jurídicas para estar "no verdadeiro". Porém, quando é o corpo negro que está nos autos do processo, a anonimização das partes se entrelaça ao racismo institucional num regime de verdade judicial racializado que acaba revitimizando os corpos negros.

6.3.2 A Justiça Penal brasiliense nas sentenças condenatórias

Há casos, porém, que fogem à regra por razões óbvias: a depender de quem esteja sendo acusado, de quem seja a vítima, das condições materiais que as partes dispõem para influir na formação da verdade judicial e também da repercussão do caso nos meios de comunicação social, o processo pode trilhar caminhos diferentes e até mesmo levar à condenação do agressor.

Dois casos encontrados na amostra desta pesquisa são bem representativos de como a Justiça brasiliense conduz os processos de maior visibilidade. O primeiro é o **"caso Heraldo Pereira"**.[469] Entre os 220 processos pesquisados, este foi o único em que a segunda instância se posicionou de forma diametralmente oposta à primeira instância quanto à caracterização do crime racial e da autoria. Neste caso, de forma inusual, o TJDFT reformou a sentença absolutória de primeira instância e condenou o réu. Além disso, o processo está entre os poucos casos de sentença absolutória que foi objeto de recurso de apelação por parte do Ministério Público.[470] A rigor, o fato não tinha nenhuma peculiaridade que o distinguia das ofensas categorizadas pelo MPDFT. O que explica, então, a tramitação diferenciada?

A vítima é um renomado jornalista da Rede Globo de Televisão, Heraldo Pereira de Carvalho e, dadas as evidentes condições econômicas da vítima, o processo está entre os poucos casos da amostra em que a vítima indicou um advogado particular para atuar como assistente da acusação[471]e auxiliar o Ministério Público na produção de provas, indicação de testemunhas e demais estratégias de acusação. No banco dos réus, por sua vez, figurava outro renomado jornalista, Paulo Henrique Amorim, que era um notório crítico da Rede Globo de Televisão, o que contribuiu para dar ainda mais visibilidade ao caso. Como se não bastasse, as

---

[469] **Caso 17** - que foi objeto da ação penal nº 0041864-97.2010.8.07.0001, que tramitou na 5ª Vara Criminal de Brasília.

[470] Entre os 48 casos de sentença absolutória, o Ministério Público apelou em apenas 13 casos e logrou êxito em apenas um deles (**Caso 17** - Heraldo Pereira).

[471] Entre os 220 processos da amostra, em apenas 13 foi identificada a presença de assistente da acusação.

testemunhas indicadas pelas partes tinham papel de destaque na elite brasileira, a exemplo do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sr. Gilmar Ferreira Mendes, o qual foi arrolado como testemunha pelo assistente da acusação.

Eram duas as acusações contra o réu. A primeira acusação era de racismo, na forma do artigo 20, *caput* e seu parágrafo segundo, da Lei Caó, que prevê a conduta de "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa. O fato imputado ao réu foi uma notícia veiculada no seu site Conversa Afiada, no dia 05 de Setembro de 2009, com os seguintes dizeres:

> Enquanto isso, o Ali Kamel submete o jornal nacional a um longo exercício diário de onanismo. Por conta dos 40 anos do jornal nacional, William Bonner entrevista repórteres. A propósito, William Bonner, na sua ilimitada mediocridade, poderia poupar o espectador de usar "bonito" ou "bonita". Ontem, por exemplo, o funcionário de Gilmar Dantas (**) Heraldo Pereira, que faz um bico na Globo, fez uma longa exposição para justificar o seu sucesso. E não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde. Heraldo é o negro de alma branca. Ou a prova de que o livro do Ali Kamel está certo: o Brasil não é racista. Racista é o Ali Kamel. (Denúncia, "Caso 17")

O juiz inicia sua argumentação demonstrando seu descontentamento com um tipo penal com expressões excessivamente tão abertas, que dificulta a subsunção do fato à norma. Por isso, afirma que "uma interpretação sistemática da Lei de Discriminação Racial permite chegar à conclusão de que uma ofensa, como a proferida pelo réu, não pode ser elevada à categoria de discriminação contra todo um grupo." Se referindo ao famoso caso "Caso Ellwanger",[472]em que a ofensa teria sido proferida contra toda a comunidade judaica, o juiz afirmou que os dizeres do réu não poderiam ser encarados como preconceito, porque foram dirigidos a uma pessoa em especial, no caso, contra o jornalista Heraldo Pereira. Além disso, entendeu que não estava provado o dolo de discriminar porque "a farta documentação trazida aos autos, aliada aos depoimentos prestados, não deixam dúvidas de que durante toda sua vida profissional o acusado sempre defendeu a igualdade e o consequente fim da discriminação."

O esforço argumentativo do juiz para absolver o réu seguiu a linha dos reiterados precedentes judiciais que tendem a minimizar as ofensas raciais e afastar o dolo de descriminar. Para o juiz, a vida pregressa do réu era suficiente para afastar qualquer intenção

[472] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 82.424/RS, Relator Ministro Moreira Alves, julg. 17/09/2003, publ. DJE 19/03/2004.

racista, pois, “não é crível que o réu, num acesso de preconceito, fosse publicar em seu blog nota ofensiva a todas as pessoas negras, de modo a praticar discriminação de cor.” Nessa ordem de ideias, o juiz entendeu que o réu não praticou e tampouco incitou o preconceito racial, pois “não há, no texto, qualquer estímulo para reforçar o estado anímico de alguém já predisposto à prática de racismo.”

Por outro lado, o juiz entendeu que a expressão "negro de alma branca" era induvidosamente ofensiva:

> No sentido crítico, refere-se ao negro que, após atingir certo status, deixa de se comportar como se espera de uma pessoa negra. Ou seja, passa a agir como branco e não mais defende as causas pelas quais lutam os negros.
> Em sentido de "elogio", significa o negro que é superior aos demais. Que, apesar de ser negro, é melhor que os demais negros e, por isso, teria alma branca.
> Confesso que tenho reservas quanto ao discurso politicamente correto que vem ganhando força em nossa sociedade e penso que ele é extremamente ofensivo à liberdade de difusão de idéias.
> Mas, ainda assim, é forçoso reconhecer que em pleno Século XXI não há mais espaço para expressões como "negro de alma branca".
> Empregada em qualquer dos sentidos indicados acima ela traz consigo conteúdo ofensivo. Em ambos os casos, compara negros e brancos e coloca esses últimos em situação de superioridade.
> A acusação está correta quando afirma que "em qualquer sentido a ser considerado, o comentário publicado pelo réu traz uma informação muito clara: Heraldo é um negro de alma branca, seja por ter a dignidade e a distinção atinentes apenas aos brancos, seja por não se comportar como "deve" se comportar um negro" (fls. 1.015).
> Ainda que seja expressão cunhada ao longo da história, o atual quadro não permite que se façam críticas impregnadas de cunho racial.
> De mais a mais, a sociedade evolui. O que era aceito há alguns anos pode não ser mais atualmente. E especificamente quanto à questão racial esse avanço é nítido. Basta lembrar que houve tempos na história em que a segregação era institucionalizada pelo Estado.
> Não vinga, portanto, o argumento defensivo de que não houve ofensa.
> Sendo assim, entendo que a expressão "negro de alma branca" configura injúria, pois ofende a dignidade da vítima. E, por empregar elemento refere a cor, a conduta amolda-se ao tipo penal previsto no art. 140, §3º, do CP, razão pela qual procedo à redefinição jurídica do fato, com fundamento no art. 383, do CPP. (Sentença, “Caso 17”)

Na prática, ao desclassificar o crime de racismo do artigo 20, da Lei Caó, que era de ação penal pública incondicionada, para a injúria racial do Código Penal, cuja ação era pública condicionada à representação da vítima, o juiz impedia a responsabilização penal do réu, pois, em relação a esta conduta, não havia, nos autos, o termo de representação da vítima apresentado tempestivamente, o que levou ao reconhecimento da decadência, com a consequente extinção da punibilidade:

> Conforme reconhecido acima, a ofensa foi direcionada especificamente à vítima, pelo que a conduta encontra tipificação no art. 140, §3º, do CP. E, como tal, a ação penal é pública condicionada à representação, na forma do art. 145, parágrafo único, também do CP. A publicação do texto ocorreu em 05 de setembro de 2009. A autoria, portanto, é conhecida desde essa data. Nos termos do art. 39, do CPP, o ofendido dispõe do prazo de 06 (seis) meses para representar, sob pena de decadência. No presente caso, a representação foi oferecida em 17 de março de 2010 (autenticação de protocolo de fls. 14). Portanto, o prazo legal foi extrapolado, pelo que deve ser declarada extinta a punibilidade, na forma do art. 107, inciso IV, do CP. (Sentença, "Caso 17")

Com isso, o juiz sentenciante aderiu à histórica jurisprudência que desclassificava a crime racial mais grave para uma conduta menos grave, ou até mesmo para injúria simples, levando à impunidade dos agressores.

A segunda acusação se referia à prática de injúria racial do artigo 140, §3º com o aumento de pena do artigo 141, inciso III, do Código Penal,[473] em razão da publicação da seguinte nota:

> "O vídeo deveria envergonhar o Ali Kamel, diretor de jornalismo da Globo, e feroz inimigo das cotas para negros nas universidades. O "repórter" Heraldo Pereira já trabalhou para Gilmar Dantas (*), como professor de um curso de pós-graduação em Direito Constitucional que o Ex-Presidente Supremo do Supremo ministrava em Brasília por um equivalente ao SMS. No jornal da globo, ele é coadjuvante desta reportagem em que o Ex-Presidente Supremo faz uma espécie de "canto de cisne". Clique aqui para ler: "Gilmar + Dantas foi uma tragédia. Peluso assume. O ar que se respira é menos pesado". É um trololó sobre a tele-conferência, como se ele fosse o Graham Bell de Diamantino. A proposta do Conselho Nacional de Justiça está três décadas atrasada e depende de aprovação do Congresso. Portanto, o objeto da entrevista é inútil. O problema não é o conteúdo. É a forma. Pereira se agacha, se ajoelha para entrevistar Ele. É a posição do PiG (*) em relação a Ele, durante os dois anos em que foi Presidente Supremo do Supremo: de joelhos. O "repórter" simula uma entrevista inesperada. A primeira sequência é dilacerante: a câmera abandona o "repórter" e localiza o entrevistado perplexo, atônito, como se não soubesse que estava para entrar no Panteão da Globo. Coitado, o Supremo Presidente trabalha tanto, até altas horas da noite, diz o "repórter". No gabinete de trabalho, na labuta de acelerar os processos judiciais - sobretudo os que envolvem o Daniel Dantas ... - Ele se dispõe a receber o "repórter". De paletó e gravata, sentado, ele não convida o "repórter" a sentar. Quem é a imprensa para merecer tal distinção? Nem o "repórter" ousa tanto: ele prefere se ajoelhar. A intempestiva entrevista tem a função de demonstrar: 1) que Ele é um infatigável servidor público, pronto a prestar informações ao distinto público; 2) a Globo estará sempre ali, de joelhos diante dos poderosos, sempre disposta a informar o distinto público. A linguagem do vídeo é devastadora. Mostra o que Ele é. Intelectualmente

[473] Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:
(...)
III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

> irrelevante. Politicamente arrogante. E como ficam a Globo e seus "repórteres": de joelhos. Ou como diz adorável amiga navegante: ajoelhou tem que rezar. Paulo Henrique Amorim".(Sentença, “Caso 17”)

Segundo a denúncia, ao afirmar que a vítima “se agacha para entrevistar Ele”, o réu estava qualificando a vítima como um serviçal, um subjugado, um subserviente, um bajulador, um empregado do Ministro Gilmar Mendes, como, aliás, o denunciado já o tem chamado desde o mês de maio de 2009. Nesse contexto, tais ofensas proferidas ganham contorno racial na medida em que, dentro do mesmo comentário e, portanto, no mesmo contexto, o réu faz alusão à figura de Ali Kamel, apontado por ele próprio como o “diretor de jornalismo da Globo e feroz inimigo das cotas para negros nas universidades”, conhecido nacionalmente por ser autor do livro “Não somos racistas”.

Entretanto, em relação a essa segunda acusação, na qual não haveria o obstáculo da falta de representação da vítima, a interpretação do juiz sobre os fatos afastou a caracterização da ofensa racial:

> Sabe-se que há possibilidade de prática de injúrias veladas ou implícitas. Mas não é o caso dos autos. Não há ofensas no texto acima. Há, sim, a narrativa de um fato e a emissão da opinião do réu a respeito. Muito embora seja irônica e, diria, até sarcástica, a opinião refere-se a fatos, e não à pessoa do acusado.
> Como se sabe, à época dos fatos a atuação do Ministro Gilmar Mendes encontrava-se particularmente em destaque, por conta de decisões proferidas em processos contra Daniel Dantas. E também é notório que essa atuação foi extremamente criticada por diversos seguimentos, incluindo a mídia.
> Também ficou sobejamente demonstrado nos autos que o réu é crítico ferrenho da atuação da Rede Globo, das idéias de Ali Kamel e da postura do ofendido.
> No texto acima, o réu proferiu críticas à Rede Globo, ao comportamento do ofendido na condução da entrevista, ao Ministro Gilmar Mendes (a quem chama de "Gilmar Dantas") e, de forma obliqua, a Ali Kamel. (Sentença, “Caso 17”)

Para o juiz, o réu não quis ofender a vítima chamando-a de “negro serviçal”. Os dizeres do réu não teriam passado de uma crítica jornalista, que, muito embora fosse irônica e sarcástica, não se referia à vítima, tratando-se de meras críticas à Rede Globo de Televisão:

> É compreensível a postura do ofendido em exigir apuração dos fatos imputados ao réu. Da mesma forma, o Ministério Público agiu diligentemente ao oferecer a denúncia. Com efeito, não se tratava, mesmo, de um caso de rejeição da inicial, porque havia indícios da ocorrência de um delito. No entanto, ao contrário do texto analisado no primeiro tópico desta sentença, em que houve uma ofensa direta ("negro de alma branca"), o segundo texto reproduz a opinião do acusado a respeito de fatos e, por mais ácida que seja, não pode ser repreendida, mesmo causando desconforto a quem foi criticado.

> Diferentemente da primeira publicação, a alusão ao ofendido e a Ali Kamel fez-se exclusivamente no plano das idéias. Houve crítica, ainda que implícita, à posição assumida por Ali Kamel, relacionando-a com o fato de Heraldo Pereira ser negro. Mas foi só. Não ficou demonstrada qualquer ofensa. Não comprovadas, portanto, a existência de ofensa e o dolo de injuriar, impõe-se a absolvição quanto a essa acusação, por atipicidade da conduta. (Sentença, "Caso 17")

Ao finalizar sua argumentação, talvez por estar preocupado com a repercussão do caso e por envolver pessoas de projeção na sociedade brasileira, além da probabilidade de recurso para a instância superior, o juiz fez questão de afirmar que analisou todos os fatos e provas "com cuidado":

> Por fim, para que não ocorram futuras arguições de omissão, esclareço às partes que tive o cuidado de ler a documentação juntada e assistir a todos os depoimentos prestados e registrados por meio de sistema audiovisual.
> Contudo, os fatos narrados são incontroversos e notórios. Bastava aferir a adequação típica de cada um deles. Nesse passo, os documentos, em sua maioria, são reproduções das declarações feitas ou notas de repercussão encontradas em diversos veículos da mídia.
> A seu turno, os depoimentos prestados são, quase todos eles, constituídos de impressões e opiniões pessoais das testemunhas, pelo que não receberam maior relevo para prolação da sentença.
> E finalmente, as declarações postadas pelo réu em seu blog foram retiradas do ar. Isso, inclusive, constou do acordo realizado entre réu e vítima em juízo cível, pelo que não há nada a prover, nesse particular. (Sentença, "Caso 17")

O efeito (de poder) dessa retórica discursiva é que o juiz desclassificou o crime de racismo para a injúria racial, o qual não seria mais passível de punição devido à decadência da representação da vítima, e absolveu o acusado da imputação de injúria racial, o que representaria, na prática, a impunidade do agressor se não fosse a excepcional diligência do Ministério Público e a contribuição da assistente da acusação, os quais apelaram ao TJDFT para tentar reverter a decisão.

Na segunda instância, no acórdão 689122, proferido em 20 de Junho de 2013, os desembargadores ratificaram a absolvição em relação à segunda imputação (injúria racial) por entender que, de fato, "apesar da presença de termos fortes, o réu agiu com o ânimo de narrar os fatos, criticando a postura da vítima enquanto jornalista de emissora rival, sem, no entanto, extrapolar os limites impostos ao exercício do direito à livre manifestação do pensamento."

A reversão da sentença se deu em relação à primeira acusação (de racismo), graças a uma fórmula estritamente dogmática. Quanto aos fatos, o TJDFT acompanhou o juiz de primeiro grau, concordando com a desclassificação do racismo para a injúria racial. Segundo os desembargadores, a livre expressão não abarca manifestações ofensivas e "o fato de o réu

ser jornalista não lhe outorga o direito de poder discriminar ou injuriar outras pessoas públicas.", concluindo que as expressões "*Heraldo é negro de alma branca"* e "*não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde"* foram desrespeitosas e acintosas à vítima, excedendo os limites impostos pela própria Constituição Federal e ferindo seu objetivo primordial, que é o exercício da democracia.

Porém, essas expressões não tiveram a "intenção de atingir todas as pessoas negras, mas tão-somente de depreciar a vítima, salientando sua condição de negro". Os desembargadores também se apegaram no histórico do acusado para afastar o dolo de discriminar a coletividade da população negra, afirmando que: "A ausência do dolo de discriminar todo o grupo de pessoas é reforçada por documentos juntados aos autos que comprovam que o réu, durante sua vida profissional, publicou artigos contra o racismo" e que a vítima e as testemunhas ouvidas em juízo, "ao serem questionadas, afirmaram não ter conhecimento de que o réu tenha publicado notícias que se referissem de modo depreciador à cor ou à etnia de outros jornalistas, deixando entrever que o objetivo do réu não era atingir a coletividade negra, mas apenas a vítima."

Quanto à injúria racial (2º crime), os desembargadores ratificaram e reforçaram a interpretação do juiz sentenciante, afirmando que:

> A expressão "negro de alma branca" não raro é entendida em sentido pejorativo, indicando que pessoas de cor branca são sempre relacionadas a atributos positivos ao passo que as de cor negra são sempre associadas a qualificações negativas e que seriam mais dignos se se igualassem aos brancos, o que indubitavelmente se adéqua ao crime de injúria racial.
> (...)
> No caso, o réu em momento algum quis elogiar a vítima. O artigo é eminentemente crítico, e o apelado sempre adotou postura enfática em relação à emissora na qual a vítima trabalha, de forma que o autor não elogia a vítima, ao revés, a critica, dizendo que ela não tem nenhuma característica boa. (Acórdão, "Caso 17")

Os desembargadores concluíram que, em que pese o réu ter escrito a reportagem amparado pela adversidade que mantinha em relação à emissora na qual trabalha a vítima, ele acabou desvirtuando a matéria para, dolosamente, atingir sua honra subjetiva utilizando para isso elementos referentes à sua cor, estando incurso, por uma vez, no artigo 140, § 3º, do Código Penal, de modo que se mostrava correta a readequação típica promovida pelo sentenciante.

Apesar de concordar com o juiz quanto à materialidade e autoria da injúria racial na primeira imputação, os desembargadores acolheram a tese dos recorrentes (MPDFT e a assistente da acusação) de que a representação do ofendido, segundo a jurisprudência pátria, não exige rigor formal. Por isso, os desembargadores afastaram a fluência do prazo decadencial de 06 meses, mesmo considerando que a notícia do crime ocorreu 12 dias após o prazo, interpretando a dúvida sobre o momento em que a vítima tomou conhecimento dos fatos em seu favor:

> No entanto, não se pode ter a certeza de que no mesmo dia em que a matéria foi publicada a vítima tomou conhecimento dela, mormente porque, diante dos conflitos já existentes, é certo que ela não tinha o hábito de diariamente consultar as matérias veiculadas pelo réu em seu sítio eletrônico.
> A vítima, em juízo, destacou que ficou sabendo da notícia em apreço quando chegou à Central Globo de Produções e foi questionada por colega de trabalho se ele teria tido conhecimento das reportagens veiculadas pelo réu, sem, no entanto, esclarecer o dia exato em que isso ocorreu. Além disso, a vítima, ao ser questionada pela advogada de defesa, negou que acompanhava as publicações do réu.
> Assim, diante de dúvida a respeito da data em que a vítima veio a saber da ocorrência do crime e de quem era o autor, não pode o Magistrado reconhecer a decadência, porque o prazo decadencial estabelecido pelo legislador foi fixado com o objetivo de se impedir que o réu ficasse a mercê da vontade da vítima.
> (...)
> No caso, a vítima ofereceu a *notitia criminis postulatória* 6 (seis) meses e **12 (doze) dias** após a data da publicação da reportagem e não se pode ter a certeza da data em que tenha tomado ciência de quem era o autor do crime, razão pela qual, não deve ser reconhecida a decadência do direito de representação. (Acórdão, "Caso 17")

Com isso, o TJDFT não reconheceu a decadência e condenou o réu pelo crime de injúria racial a pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 15 (quinze) dias-multa, calculados unitariamente à razão de 1 (um) salário mínimo vigente à época do crime, devidamente atualizado. Com base no artigo 44, do Código Penal, a pena foi substituída por duas restritivas de direito nos moldes e limites a serem fixados pelo Juízo das Execuções.

O TJDFT voltou a analisar o caso em outro recurso, de Embargos Infringentes, no qual manteve o afastamento da decadência, porém acabou reconhecendo a tese da defesa de que, com a pena aplicada, teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva em relação à injúria racial. Em uma reviravolta do caso, o Tribunal recorreu novamente à dogmática jurídica, desta em favor do réu, para declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pena em concreto.

Importa destacar ainda que o caso foi objeto de Recurso Especial e Extraordinário, os quais não alteraram o mérito da decisão proferida pelo TJDFT por envolver exame de prova. Porém, em relação ao Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão da segunda instância quanto à prescrição. Para os Ministros, deveria ser observado, em relação à injúria racial, o mesmo tratamento constitucional do racismo, sendo, portanto, imprescritível. E assim, conclui-se o processo, tornando definitiva a sentença condenatória pelo crime de injúria racial.

Outro processo que teve tramitação muito peculiar foi o **"caso do Cine Cultura, no *Libert Mall*".**[474] O fato teve grande visibilidade na sociedade brasiliense e foi amplamente divulgado pelos meios de comunicação por envolver o conhecido médico psicanalista Heverton Octacílio de Campos Menezes. Diante da repercussão nacional, o delegado recebeu ofício da Ouvidoria Nacional da Igualdade Racial, da Secretaria de Política de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República, solicitando providências para o caso. No mesmo sentido, um grupo de deputados federais negros, entre eles Benedita da Silva, enviou ofício ao MPDFT cobrando empenho no caso. A repercussão e a pressão de atores externos podem ter sido um dos fatores para a excepcional dedicação dos agentes do sistema de justiça para o desfecho do caso, tanto no âmbito penal quanto cível.

O réu foi acusado da prática de dois crimes raciais. O primeiro fato teria ocorrido no dia 29 de abril de 2012, por volta das 15h, na bilheteria do Cine Cultura, localizado no Shopping *Liberty Mall*, em Brasília. De acordo com a denúncia, o réu, voluntária e conscientemente, com clara intenção de injuriar, utilizando-se de elementos referentes à cor negra, teria ofendido a dignidade e o decoro da vítima. Isto porque o réu chegou ao cinema atrasado para o início da exibição do filme que pretendia assistir e, diante disso, queria adentrar à fila para a compra de ingressos na frente de outros clientes. Nesse momento, a vítima teria impedido o mesmo de prosseguir burlando a ordem de chegada, informando-lhe, na qualidade de funcionária da bilheteria do referido estabelecimento, que iria atender primeiramente aos clientes que já se encontravam aguardando. Ato contínuo o réu, na frente dos diversos clientes que aguardavam sua vez na fila para a compra de ingressos, teria proferido, com a finalidade de atingir a honra subjetiva da vítima, as seguintes palavras discriminatórias e ofensivas: "mas é muito grossa mesmo, por isso é dessa cor" O segundo crime imputado se deu no mesmo contexto fático e, segundo a denúncia, caracteriza preconceito de raça e cor, pois o réu teria afirmado: "sua negra, volta pra África…você está

[474] **Caso 28** - objeto da ação penal nº 0021055-18.2012.8.07.0001, que tramitou perante a 2ª Vara Criminal de Brasília.

no lugar errado, seu lugar não é aqui, lidando com gente e sim com animais…Olha só a carinha dela, está prontinha pra ir pra África." Para o promotor de justiça, ao dizer que o lugar de negros, inclusive o da vítima, é na África, lidando com animais, posto que não podem lidar com pessoas, o réu praticou preconceito e discriminação contra toda a coletividade de pessoas negras.

A vítima afirmou que algumas pessoas intervieram dizendo que aquilo constituía crime e que poderiam testemunhar a seu favor. Afirmou que entregou o ingresso ao rapaz e começou a chorar, momento em que algumas pessoas foram atrás do réu, que correu e fugiu. Uma das pessoas presentes lhe teria dito que o conhecia de vista, porque era professor da Universidade Católica de Brasília. Diante de tais fatos, o réu foi denunciado em 15 de junho de 2012, pelos crimes de injúria racial e de racismo. Na ocasião da denúncia, o Ministério Público não ofereceu proposta de sursis processual.

De acordo com os documentos do inquérito policial, logo após os fatos, foi registrado o boletim de ocorrência, prosseguindo-se com as investigações. É nítido nos autos o cuidado e empenho da polícia em esclarecer os fatos. Foram feitas várias diligências para identificar e localizar o agressor pelas informações disponíveis. Dois dias após a ocorrência, os agentes policiais conseguiram identificar o agressor, registrando no inquérito policial que:

> Após intensas pesquisas investigativas, logrou-se êxito na identificação do autor, o qual foi identificado como sendo Heverton Octacílio de Campos Menezes, médico que desempenha suas atividades em uma clínica (....), bem como ministra palestras de psicanálise como conferencista em diversos cursos e faculdades pelo Brasil. (...)
> Durante o levantamento de dados e cruzamento de informações foi verificado que o Dr. Heverton Octacílio de Campos Menezes, no ano de 2002, durante o período eleitoral, teria sido autor do delito de injúria qualificada, pelo emprego de elementos raciais. (Inquérito Policial, "Caso 28")

Também foram realizadas diligências para localizar as testemunhas indicadas pela vítima e também para a obtenção das câmeras do circuito interno de TV do Shopping, cujas imagens mostram o acusado fugindo do shopping logo após as ofensas.

Além disso, foi feito auto de reconhecimento por fotografia, ocasião em que a vítima reconheceu o réu como sendo a pessoa que praticou a ofensa. O delegado tomou o depoimento da vítima e colheu seu termo de representação, além de realizar o depoimento de duas testemunhas que estavam na fila da bilheteria no momento das ofensas, além da diretora do Cinema onde a vítima trabalhava. O delegado ouviu mais uma testemunha, relacionada a

outra injúria racial ocorrida na fila da sessão de votação da eleição de 2002, quando o acusado teria praticado injúria racial em contexto semelhante.

O réu já possuía diversos registros policiais, inclusive por crimes de ameaça e contra a honra, além de uma injúria racial, conforme constatou os agentes de polícia responsáveis pela ocorrência. Perante a autoridade policial, o réu optou por ficar em silêncio, mas fez questão de apresentar um "pedido de desculpas à imprensa Brasiliense, nacional e internacional", declarando que:

> VI) Em relação aos afro-descendentes, manifesto o meu profundo carinho e respeito, seja no Brasil, na África, onde trabalhei em missão médica durante um ano de minha carreira; VII) Ainda muito me tranquiliza declarar que tenho colaboradores e pacientes afro-descendentes, aos quais tenho dado grande parte da minha vida profissional, concedendo a eles o melhor do saber, da prática, carinho e dedicação médica. (Inquérito Policial, "Caso 28")

Em 14 de maio de 2012 (apenas 15 dias após o ocorrido), o inquérito foi concluído e encaminhado ao juiz, vindo o NED/CNDH a oferecer a denúncia nos termos narrados acima.

Na fase processual, o acusado negou ter proferido ofensas raciais e tentou inverter a situação, alegando ter sido vítima de palavras ofensivas pela funcionária em questão pelo fato de ter reclamado da demora na fila e invocado seu direito preferencial de idoso, o que teria motivado a discussão. Ao longo da instrução processual, o réu juntou ainda diversas fotos ao lado de pessoas e embaixadores de países africanos, dos quais alegou ser amigo, sugerindo seu apreço em relação aos afrodescendentes.

Tratando-se de um caso incomum, a vítima também foi representada por advogada particular, que atuou como assistente da acusação nesta ação, além de patrocinar os interesses da vítima na ação civil de danos morais pelos mesmos fatos.

Na instrução probatória, além da oitiva da vítima e do interrogatório do réu, foram ouvidas dez testemunhas, sendo três testemunhas de acusação e o restante (sete) de defesa. Nas alegações finais, o Ministério Público concluiu que estava comprovada a materialidade e autoria delitiva, pugnando pela condenação do réu, inclusive quanto aos danos morais sofridos, o que foi ratificado pela assistente da acusação. O réu, por sua vez, reiterou a negativa de autoria.

Na sentença, proferida em 20 de Agosto de 2013, o juiz Luis Eduardo Yatsuda Arima, fez uma longa exposição da prova oral produzida e, de forma incomum, inverteu a ordem de exposição dos fundamentos da sentença, iniciando pela apresentação da versão do réu e das

testemunhas de defesa. Após uma página e meia dedicada à versão do réu, o juiz sintetiza o seguinte:

> Como visto, portanto, a versão do réu, em síntese, é de que requereu atendimento preferencial na fila do cinema, que lhe foi negada de forma ríspida e reiterada pela bilheteira, o que lhe fez retorquir dizendo: "o seu serviço e muito ruim". Alega, ainda, que a hostilidade gerada ao redor decorreu do fato de suporem que tentava desrespeitar a fila e que, por isso, resolveu se retirar do local às pressas. Sustenta que a injúria racial ora imputada foi fruto de uma hermenêutica alargada dessa sua única frase, gerada pela circunstância de ter sido dirigida a uma pessoa negra em uma sociedade que sogre de uma neurose racial, além de ter sido uma forma da vítima se esquivar de uma suposta culpa por ter lhe negado a preferência, fomentando um complô formado por setores do Estado que tem interesse na luta racial e por pessoas que têm interesses pessoais na superexploração do caso. (Primeira Sentença, "Caso 28")

Prossegue o juiz apresentando a versão de uma testemunha de defesa, a qual não tinha sido ouvida na fase de inquérito, mas que supostamente teria presenciado os fatos A testemunha afirmou que estava na fila no momento do ocorrido e que já conhecia o acusado, pois ele foi médico de sua avó e de uma tia no ano de 1990, mas que não o via há mais ou menos 20 anos e que apesar de não o reconhecer no momento dos fatos sua fisionomia lhe pareceu familiar. A acusação, inclusive, chegou a suscitar a existência de conluio entre a testemunha e réu, mas o pedido não foi acolhido diante da inexistência de provas neste sentido, tendo o Tribunal, por ocasião do Recurso de Apelação, mantido o compromisso da testemunha. Sobre os fatos, a testemunha endossou a versão do réu, insistindo não ter ouvido nenhuma palavra ofensiva por parte do mesmo. Ao contrário, confirmou a tese da defesa de que o médico teria falado para a vítima "seu serviço é péssimo" e que esta sim, o teria ofendido, dizendo em tom agressivo "o sr se dirija para o final da fila" e ainda teria chamado o acusado de "bicha, furão de fila", que iria chamar a polícia, etc, o que teria gerado o tumulto, levando o acusado a desistir de ver o filme e se evadir do local. Asseverou ainda que houve uma reação forte das pessoas na fila contra o acusado por entender que ele estava "cortando fila".

O juiz prossegue o arrazoado com mais uma testemunha de defesa confirmatória das palavras do réu. Trata-se do depoimento do motorista particular do réu, o qual, apesar de algumas divergências com a versão da primeira testemunha de defesa, corroborou a versão do patrão. Disse que foi ao shopping apenas para levá-lo e que não iria assistir ao filme. Mesmo

assim, entrou no estabelecimento, subiu as escadas rolantes e, quando encontrou o réu, ele já estava próximo à bilheteria do Cinema, tendo, então, presenciado toda a cena. Disse ter ouvido a vítima falar para o acusado ir para o "rabo da fila", de tê-lo chamado de "bichona" e enfatizou que seu patrão em nenhum momento elevou o tom de voz, que ele conversou com a vítima naturalmente, tranquilo e que, da mesma forma, esta não elevou o tom de voz durante os fatos. Segundo o motorista, diante da recusa da vítima, o réu disse a ela que o serviço dela foi muito ruim, por não ter dado a prioridade que lhe era direito, e saiu do local.

O motorista negou veementemente que seu patrão tivesse proferido ofensas raciais. E, para justificar a fuga do local dos fatos, disse que o réu era uma pessoa muito conhecida, um médico nacional e internacionalmente conhecido e por isso se sentiu coagido com a euforia gerada, que as pessoas o xingavam, acusando-o de furar fila e, por isso, o mesmo preferiu se retirar para evitar um linchamento ou coisas piores, mas que, de toda forma, ele não se retirou correndo, desesperado ou gritando, mas sim tranquila e serenamente. Por fim, o motorista, que também era negro, enalteceu o patrão, afirmando que nunca foi discriminado pelo réu e que jamais teve problemas pessoais com ele e que ele tem funcionários e pacientes afrodescendentes, que trata a todos igualmente, que é muito educado e desconhece que tenha destratado alguém ou conduta preconceituosa de sua parte.

Somente então o juiz passa a abordar a versão da vítima. Esta, por sua vez, reitera a versão prestada na delegacia, especialmente as palavras ofensivas que teriam sido proferidas pelo réu, enfatizando as referências à conotação racial, com expressões relacionadas ao fato de ser negra, como volta para África, macaco e orangotangos. Afirmou que as pessoas da fila presenciaram as ofensas e não gostaram do que ele disse e, quando ele pegou o ingresso e saiu, foram atrás dele tirar satisfação, ao que o réu teria se evadido correndo do local. Por fim, negou que tenha revidado as ofensas, que o acusado tenha pedido preferência de idoso, que tenha apresentado documento de identidade para tanto, além de negar que tenha dito "o sr se coloque no rabo da fila que é lugar de bichona".

O juiz prosseguiu, citando a primeira testemunha de acusação, a qual reiterou as declarações prestadas na delegacia e confirmou a versão da vítima. A testemunha esclareceu que estava na fila com sua esposa logo atrás do acusado e presenciou todo o ocorrido, não deixando dúvidas de que o acusado proferiu a ofensa racial com palavras do tipo "sua negra, volta para a África". Esclareceu ainda que não sabe bem o que o acusado disse depois disso, pois a pessoa que estava atrás de si perguntou o que estava acontecendo e se virou para responder não tendo acompanhado com atenção, mas afirma que ouviu claramente o acusado usando a palavra "orangotango", não podendo, porém, dizer qual foi a frase. Afirmou que o

acusado estava exaltado e confirmou a reação das pessoas na fila, que ficaram indignadas com o ocorrido, bem como a fuga do acusado do local dos fatos. Negou a versão do acusado, de que tivesse pedido para ser atendido com preferência de idoso e afirmou não ter ouvido a vítima xingar o acusado em momento nenhum, mas, tão somente, responder com firmeza que a sessão das duas pessoas que estavam na frente dele também iria começar. A testemunha asseverou ainda que as palavras proferidas pelo acusado tinham conotação preconceituosa, já que ninguém o chama de branco e o manda de volta para outro lugar quando contrariado e que as palavras do acusado ressaltaram especificamente que a moça era negra mandando-a para a África como se pertencesse àquele local e não fosse brasileira como todos nós.

Da mesma forma, a segunda testemunha de acusação, confirmou tanto a versão da vítima, quanto às declarações da testemunha acima, na mesma linha do que já haviam falado perante a autoridade policial. Trata-se de mais uma testemunha presencial, que também estava na fila do cinema e relatou ter ouvido as palavras ofensivas do acusado dirigidas à vítima, como "orangotango, devia estar na África", "olha lá como está. Está prontinha para ir para a África." e destacou que a cena foi muito chocante porque a vítima estava muito frágil e indefesa e que as palavras do réu lhe pareceram muito ofensivas, humilhantes, degradantes e não de alguém que estava querendo fazer uma reclamação.

Em seguida, o juiz apresenta as declarações prestadas pela terceira testemunha de defesa, a diretora do cinema, a qual embora não estivesse no local dos fatos no momento do ocorrido, contou que chegou aproximadamente uma hora e meia depois e que a vítima chorava muito e estava muito nervosa e abalada e contou todo o ocorrido, inclusive informando que duas pessoas que presenciaram os fatos deixaram o contato para servir de testemunha, caso precisasse.

Para encerrar a exposição da prova oral, o juiz se reportou às demais testemunhas de defesa que não presenciaram os fatos. Entre as testemunhas, estavam três pacientes que apenas enalteceram o réu, além de uma funcionária deste. Não foi possível identificar se os depoentes se autodeclararam negros, mas afirmaram que sempre foram muito bem tratados pelo réu, nunca sentiram nenhuma espécie de preconceito ou rejeição e nunca presenciaram ofensas raciais.

Apesar do conjunto de provas acerca das ofensas de cunho racial, o juiz sentenciante optou pela desclassificação de ambas as condutas para injúria simples. Ao cotejar a versão do réu e da vítima, com as testemunhas ouvidas, o juiz entendeu que houve ofensas e, como bem disse:

> Não há dúvidas de que as interpretações são tão variadas quanto os sujeitos que interpretam e que fatos podem ser vistos por diversas perspectivas e tomados de inúmeras maneiras. Entretanto, ainda que se parta dessa premissa e ainda que se considere a existência de uma suposta "neurose racial social, como sugere o acusado, certo é que a afirmação "o seu serviço foi muito ruim" jamais se tornaria para duas testemunhas distintas "sua negra, volta pra África" ou "orangotango, devia estar na África", por mais alargada que se admita a interpretação. (Primeira Sentença, "Caso 28")

Portanto, após analisar com cuidado as convergências e contradições da prova oral produzida ao longo da instrução processual, o magistrado concluiu que "não há dúvidas de que o acusado ofendeu a dignidade da vítima fazendo referências a sua cor".

Na mesma toada de que "as interpretações são tão variadas quanto os sujeitos que interpretam e que fatos podem ser vistos por diversas perspectivas e tomados de inúmeras maneiras", o juiz, que acabara de afirmar que a ofensa tinha referências à cor da vítima, fez um giro interpretativo, cheio de fórmulas jurídicas, para afastar caracterização da injúria racial. A exemplo do "**caso Heraldo Pereira**", o juiz se apegou ao suposto histórico do acusado e à doutrina do especial fim de agir da ofensa racial, para afastar a intenção de ofender racialmente ou de discriminar em razão da raça, cor ou etnia:

> Entendo, porém, que não houve subsunção à norma do artigo 140, §3º, do Código penal uma vez que a ofensa não se deu em um contexto de discriminação racial, restando provado que o desentendimento entre o acusado e a vítima ocorreu apenas em rezão da discordância sobre o momento em deveria ter sido realizado o atendimento.
> (...)
> Importante notar que o próprio acusado esclareceu que o comunicado de desculpas acostado aos autos não se trata efetivamente de uma retratação, já que não dirigiu palavras ofensivas à vítima. Se assim fosse, de qualquer modo, a retratação a que se refere o art. 143 do Código Penal é aplicável apenas nos crimes de calúnia ou difamação.
> Da mesma forma, não há nenhuma prova nos autos do crime do art. 20, "caput" da Lei 7.716/89. Ao contrário, há depoimento de várias testemunhas dee que o acusado não faz discernimento entre pessoas negras ou brancas e não existem provas de que pratique ou instigue segregação ou de intolerância racial. Entendi que a conduta imputada não revela prática induzimento ou incitação a discriminação ou preconceito de raça, bem como, não vislumbro o dolo nesse sentido.
> Ao contrário, há provas nos autos de que trata com zelo médico e respeito pacientes negros de embaixadas africanas do Itamaraty e inclusive funcionários do prédio onde funciona a clínica em que trabalha o acusado. (Primeira Sentença, "Caso 28")

O juiz prossegue, na sentença, se referido ao clima de desentendimento gerado na fila, para justificar as falas ofensivas, afirmando que "Igualmente há certo grau de insatisfação na

fila de compra do ingresso daqueles que estavam mais próximas ao caixa na medida em que tinha a sensação de que o acusado furava a fila."

Diante disso, o juiz concluiu pela ausência de provas da materialidade quanto ao crime de racismo e, quanto ao crime de injúria racial, afirmou que é o caso de desclassificação para injúria simples e, neste caso, seria cabível a proposta de sursis processual. Assim, ao invés de prosseguir o roteiro da sentença para a fase de aplicação da pena pela injúria simples, fez um longo arrazoado sobre a aplicabilidade do sursis processual e converteu o julgamento em diligência para que o Ministério Público realizasse a proposta de acordo.

Evidentemente que a acusação não ficou satisfeita com tão inesperado pronunciamento judicial e interpôs recurso de apelação. Neste primeiro recurso de apelação, entretanto, o TJDFT não entrou no mérito da causa, pois entendeu que era inaplicável a sursis processual na situação narrada, citando o pacífico entendimento dos tribunais superiores a respeito, de modo que caberia ao juiz concluir o sentenciamento, aplicando a pena que entendesse cabível. Por isso, foi determinado o retorno dos autos à origem para que o juiz completasse a sentença.

A defesa foi até o Superior Tribunal de Justiça para questionar a decisão do TJDFT, por meio de Recurso Especial, porém se limitou a reiterar o pedido de absolvição e, quanto ao sursis, questionou o fato de o Ministério Público ter se negado a oferecer a proposta no início da ação penal. Entretanto, o recurso não foi admitido pela Corte Especial, conforme Acórdão do Agravo em Recurso Especial publicado em 03 de novembro de 2015, não apenas pela impossibilidade de se revolver fatos e provas no recurso especial, mas também porque o recorrente deveria ter se insurgido contra o ato de não oferecimento de sursis processual por parte do órgão ministerial em sede de apelação, o que não ocorreu, restando preclusa a matéria.

Enquanto o STJ sacramentava o entendimento do primeiro recurso de apelação, os autos eletrônicos haviam sido devolvidos à 2ª Vara Criminal em 09 de Abril de 2014 para que o juiz cumprisse a determinação e completasse a sentença. Ao receber os autos, o juiz Luis Eduardo Yatsuda Arima proferiu nova sentença, em 04 de junho de 2014, na qual, mais uma vez, lançou mão de fórmulas jurídicas que, por um lado, reconhecia que a conduta era criminosa, por outro, imunizava o agressor:

> Pois, bem, nos termos do consignado na sentença de fls. 275/285, entende este Juízo que a conduta imputada ao acusado se adéqua ao tipo simples do art. 140 do Código Penal.
> Nesse passo, trata-se de ação penal privada de iniciativa da vítima no prazo decadencial de 6 (seis) meses contados da ciência da autoria delitiva, conforme dispõem os arts. 30 e 38 do Código de Processo Penal.

> Assim, considerando a que a queixa-crime não foi intentada no prazo legal pela vítima, reconheço a decadência do direito de ação no presente caso.
> Muito embora, haja certo debate doutrinário quanto ao início da contagem do prazo decadencial da representação e da apresentação da queixa-crime, certo é que, quanto ao segundo, tal prazo deve ser contado da data do conhecimento de quem seja o autor do fato, independentemente da classificação penal dada ao fato típico à época dos fatos; assim, passados seis meses da data do fato e não ajuizada queixa-crime por injúria não racial há que se reconhecer de ofício a decadência. Tenho, portanto, como prejudicada a análise condenatória e eventual dosimetria da pena. (Segunda Sentença, "Caso 28")

Percebe-se que o juiz recorreu à dogmática formalista para afastar a responsabilização penal do agressor, argumentando que, por se tratar de "injúria simples"[475]e sendo este um crime de "ação penal privada", não caberia ao Ministério Público o ajuizamento da ação penal, mas sim à própria vítima, para o qual já teria transcorrido o prazo legal de seis meses para o oferecimento da queixa-crime, estando caracterizada a decadência do direito de queixa.

Veja-se que a decisão anterior do Tribunal, que reformou a primeira sentença, não estava relacionada à suposta decadência do direito de queixa, a qual somente agora foi levantada pelo juiz. Por que o julgador não levantou essa questão processual tão relevante, que trata de uma condição da ação penal, na primeira sentença, preferindo determinar que o Ministério Público oferecesse o benefício penal (sursis processual)? Ao que parece, a estratégia não deu certo, pois o Tribunal reformou sua sentença, não se podendo descartar a hipótese de que a nova tese suscitada pelo juiz sentenciante para inviabilizar a efetiva responsabilização penal do agressor seja fruto de inconformismo com o Tribunal em ver sua decisão reformada em um caso de tamanha repercussão. Além disso, a hipótese de que a decisão constitui mais um dispositivo estratégico que confirma a racialização do regime de verdade judicial não está descartada, pois o estratagema utilizado pelo juiz para reforçar sua interpretação sobre os fatos e o direito faz parte de um contexto mais amplo que alimenta o racismo institucional e contribui para mitigar a responsabilização penal dos autores de crimes raciais.

Como afirmei anteriormente, a tendência observada nos processos analisados é de o juiz acompanhar o entendimento do Ministério Público, seja para condenar, seja para absolver. O caso em análise, portanto, está cheio de excepcionalidade e, mais uma vez, o Ministério Público foi obrigado a recorrer da sentença, esperando que o TJDFT, ao apreciar o mérito da causa na integralidade (materialidade e autoria) realizasse o reenquadramento das condutas nos termos da denúncia.

---

[475] Como já havia concluído na primeira sentença.

Na segunda apelação, julgada em 02 de Outubro de 2014, os desembargadores também não seguiram a tradição de, quanto à caracterização do crime racial, manter a decisão de primeira instância. A segunda instância foi além e, novamente, reformou a sentença do juiz Luis Eduardo Yatsuda Arima para estabelecer que as ofensas proferidas pelo médico psicanalista contra a funcionária do Cine Cultura, no Liberty Mall teve sim conotação racial, mantendo-se, porém, a absolvição quanto ao crime de racismo: "Não há dúvidas de que as interpretações são tão variadas quanto os sujeitos que interpretam e que fatos podem ser vistos por diversas perspectivas e tomados de inúmeras maneiras."

Como as "interpretações são tão variadas quanto os sujeitos que interpretam" e como "fatos podem ser vistos por diversas perspectivas e tomados de inúmeras maneiras",[476] os desembargadores, na esteira do voto do Relator João Batista Teixeira, interpretando a mesma prova oral colhida na primeira instância, concluiu que o objetivo do acusado não era

> atingir a raça negra como um todo, mas agredir a ofendida porque ela se negou a lhe vender o ingresso na frente das demais pessoas que aguardavam na fila, tendo lhe causado muita dor emocional, porque ficou nervosa e chorando muito, conforme se evidencia das provas, utilizando-se de vocábulos alusivos à sua raça. (Acórdão, "Caso 28").

Daí porque o Tribunal manteve a absolvição pelo crime do artigo 20 da Lei Caó, porém, não restou dúvida de que "as expressões: 'Orangotango, você deveria ir para a África', e 'Sua negra, volta pra África', denotam ofensa com utilização de elementos referentes à raça da ofendida.", como afirmou o relator, restando caracterizada a injúria racial com a causa de aumento de pena por ter sido na presença de várias pessoas (artigo 140, § 3o, c/c o artigo 141, inciso III). Com isso, a 3ª Turma Criminal, por unanimidade, reformou a sentença, condenando o réu por injúria racial majorada pela presença de várias pessoas, a uma pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, no regime aberto, que acabou sendo substituída por duas penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da Vara de Execuções das Penas, mais pena de multa de 12 dias-multa, no valor mínimo legal.

A saga processual para a responsabilização do agressor não terminou por aí. O réu interpôs embargos de declaração, que foram rejeitados pelo Tribunal, por se tratar de mera tentativa de revisão do julgamento. Não satisfeitos, a aguerrida defesa interpôs mais um recurso especial, porém, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de 01 de junho de 2016, manteve a decisão do Tribunal, sem, entretanto, analisar o mérito da causa, por ausência dos requisitos processuais, conforme. E assim, mais de quatro anos depois da ocorrência dos

[476] Como o juiz Luis Eduardo Yatsuda Arima afirmara na sentença.

fatos, o julgamento da ação penal foi concluído, com a condenação do médico pelo crime de injúria racial.

Os casos "**Heraldo Pereira**" e "**Cine Cultura, no *Libert Mall***" fazem parte do grupo de 64 condenações por racismo ou injúria racial analisadas nesta pesquisa, mas não representam o funcionamento ordinário da justiça brasiliense nos casos que tiveram desfecho condenatório. Embora se chegue ao mesmo resultado (a condenação do agressor), o fluxo processual é bem mais simples e o enfrentamento da questão racial fica em segundo plano quando os casos envolvem pessoas negras "anônimas", muito embora os julgadores reconheçam a conotação racial da conduta e a culpa do autor.

De acordo com o MPDFT (Ávila, 2017), desde 2012 se vislumbrava uma tendência jurisprudencial no TJDFT de maior reconhecimento das ofensas raciais.

Nesta investigação científica, observou-se que a maioria dos casos de absolvições foi motivada pelo próprio órgão ministerial. Em relação às sentenças condenatórias, os recursos de apelação interpostos pelos réus não lograram êxito, pois as sentenças foram mantidas na segunda instância quanto ao mérito da caracterização da ofensa racial. Constata-se, portanto, que há convergência dos posicionamentos entre o Ministério Público, os juízes de primeira instância e os juízes da segunda instância do TJDFT, tanto em relação à sentença absolutória, conforme analisei anteriormente, quanto em relação às sentenças condenatórias.

Apesar dessa convergência entre a primeira e segunda instâncias do Tribunal, acredito que esta convergência não se explica apenas no âmbito da percepção dos crimes raciais por parte do TJDFT. O que se percebeu até aqui é um regime de verdade racializado que perpassa as instâncias do sistema de justiça criminal, desde a polícia, passando pelo Ministério Público até chegar nas instâncias judiciais, ao menos no TJDFT. Em geral, os processos caminham por todas estas instâncias com uma verdade pré-estabelecida, como em uma linha de produção industrial de decisões em que a questão racial se perde nas fórmulas dogmáticas.

O delegado ouve a vítima e, se houver testemunhas do fato,[477] conclui pela ocorrência do crime racial, sem maiores preocupações de produzir provas técnicas. A conclusão do delegado é acolhida pelo Ministério Público que, por meio do NAD/CNDH, oferece a denúncia. Sob a lógica da subsunção formal, o MPDFT apresenta os fatos e indica a imputação em breves palavras, partindo de uma categorização de ofensas e condutas que acredita ter conotação racial de acordo com os precedentes judiciais. Na denúncia, o promotor requer a oitiva da vítima e das mesmas testemunhas indicadas no inquérito, requer a condenação do agressor e, quando cabível, oferece o sursis processual. Não sendo o caso de

[477] Raramente é produzida alguma prova técnica.

sursis processual, passa-se à instrução probatória, onde são ouvidas a vítima, o réu e as testemunhas que foram encontradas. São raros os casos em que a vítima é assistida por advogado particular, cabendo ao promotor todo o ônus da acusação. Se, ao final, houver convergência entre a palavra da vítima e ao menos uma ou duas testemunhas, o promotor elabora as alegações finais, reiterando os termos da denúncia e indicando as provas que sustentam a imputação criminal.

O juiz, por sua vez, com base na prova oral produzida, faz o raciocínio lógico-dedutivo dizendo que as palavras ou a conduta tem conotação racial e, portanto, se enquadra no tipo de racismo ou injúria racial. Para tanto, a referência às fórmulas dogmáticas como "materialidade", "autoria", "decoro", "honra", "honra subjetiva", "dignidade da pessoa humana", dolo", "dolo específico", "*animus injuriandi*" ou até mesmo "racismo" e "injúria racial" na sua expressão estritamente jurídica, é suficiente para a elaboração discursiva do sentenciante. A questão racial, nesse contexto, é reduzida à mera subsunção fato-norma, em um discurso jurídico no qual não é possível sequer extrair os sentidos de raça, racismo e ofensa racial que está sendo mobilizado na formação da convicção dos julgadores.

Para confirmar esse argumento, apresento três processos nos quais os réus foram condenados na primeira instância por crimes raciais, sem alteração pelo Tribunal. No **"caso do sudanês Abdelteff"**[478] duas pessoas foram condenadas pelos crimes de injúria racial, ameaça e vias de fato contra o estrangeiro, natural do Sudão, Abdelteef Abdelrhman Ahmed Abdelrhman. Os fatos ocorreram no dia 06 de novembro de 2017. Segundo a denúncia, a vítima parou no bar Empório da Cerveja para se alimentar e, quando realizava o pagamento de sua conta, o cartão foi recusado e, após algumas tentativas, o pagamento da compra foi aprovado. Durante o ocorrido, os réus, que eram clientes do bar, passaram a ofender a vítima, chamando-a de: "negro imundo" e "ladrão", além de afirmarem que "o Brasil não é o seu lugar". Após realizar o pagamento, a vítima deixou o estabelecimento e se dirigiu a uma parada de ônibus, ocasião em que um dos réus, que é policial civil aposentado, seguiu-a e ameaçou-a, dizendo que a mataria aqui no Brasil. O outro réu, por sua vez, sacou uma arma de fogo e prosseguiu com as ofensas, juntamente com o primeiro, sempre se valendo de expressões como "negro imundo", "ladrão", "podridão", "bandido" e "sem vergonha". Em um dado momento, o mesmo chegou a proferir os seguintes impropérios: "você é um negro ladrão, nojento, só não vou te prender porque não tenho provas", "ainda vou te encontrar, você vai se ver comigo". A Polícia Militar foi acionada e os policiais chegaram a presenciar

[478] **Caso 176** - objeto da ação penal nº 0008979-65.2017.8.07.0007, que tramitou na 1ª Vara Criminal de Taguatinga.

parte das ofensas, entre as quais os seguintes dizeres: “vagabundo” e que a vítima “não deveria estar no Brasil”.

Narra a denúncia ainda que as testemunhas que estavam na parada de ônibus a tudo assistia e uma delas gravou as ofensas pelo celular em cujo vídeo se ouvia claramente um dos réus, na presença dos policiais militares, proferir a frase: “você deu sorte hem negão!”, “você não brinca rapaz”. Também é possível ver o outro réu proferindo uma sequência de ofensas: “Você nasceu aonde? Em que inferno você nasceu? Ninguém quer você aqui.,”, “tem toda uma equipe atrás de você otário”, “Aqui você não se cria”, “Cada vez que você vier pra cá, eu tô aqui otário”, “Aqui quem tá falando é o cana daqui”, “bandido não tem mão não, bandido tem pata”, “É porque eu não tenho nada para te levar à DP hoje, mas amanhã eu tenho otário”, “Onde você estiver em Taguatinga, Samambaia tem cana pra te prender otário”, “Amanhã eu boto a mão em você”, “Esse negão aqui é bandido, ladrão”, “Negão, negão, bandido safado”.

De acordo com as informações do inquérito policial, os envolvidos foram levados pela Polícia Militar até à delegacia, em situação de flagrante delito. Apesar disso, o delegado apenas ouviu os envolvidos (vítima e os dois agressores) e as testemunhas que presenciaram o fato, inclusive os militares, bem como colheu o termo de representação da vítima. Quanto aos agressores, embora estivessem em flagrante delito, o delegado tratou o ocorrido como crime de menor potencial ofensivo e apenas tomou compromisso do réu de comparecer aos atos do processo. A conduta do delegado demonstra que a Polícia Civil do Distrito Federal não vem cumprindo a recomendação do NED/CNDH quanto ao correto enquadramento das ofensas raciais. Um aspecto decisivo para a condenação foi o fato de ter testemunhas presenciais e também gravações de vídeo, extraídos do celular da vítima e de uma das testemunhas, os quais foram entregues ao delegado durante a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência.

Apesar da evidente inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais, o processo seguiu o inicialmente o rito aplicável aos crimes de menor potencial ofensivo. Até mesmo a promotora de justiça que recebeu o termo circunstanciado de ocorrência, requereu a designação de audiência preliminar, que tem como principal objetivo a tentativa de composição dos danos cíveis e transação penal. A atitude da promotora demonstra que nem mesmo os promotores do MPDFT estão alinhados às diretrizes do NED/CNDH, pois quando o caso é conduzido por promotores de outras unidades, como no caso em análise, comete-se os erros e omissões mais elementares, dando-se prosseguimento ao rito incompatível com o crime racial.

Antes da audiência preliminar, porém, foi realizada uma audiência de conciliação no dia 26 de fevereiro de 2018, no Juizado Especial Criminal de Taguatinga, que foi conduzida

por um conciliador, na qual compareceram a vítima e os dois agressores, e, tendo a vítima manifestado interesse no prosseguimento da ação, foi designada outra audiência, desta vez a audiência preliminar, que ocorreu no dia 10 de abril de 2018. Somente nesta audiência, onde estava presente a juíza e a promotora de justiça, além da vítima e dos agressores, estes acompanhados pelo Núcleo de Prática Jurídica e por advogado particular, respectivamente, é que se dá o rumo correto para o caso, mesmo assim porque a vítima recusou a composição cível.

Como já esclarecido anteriormente, a composição cível, do artigo 74, da Lei 9.909/1995 é aplicável aos crimes de menor potencial ofensivo. Então, se a vítima tivesse aceitado a composição, o promotor prosseguiria com a ação para a punição do agressor pela ofensa racial sofrida? A resposta parece ser negativa, já que, segundo a ata de audiência, a promotora de justiça requereu o envio do processo para uma das varas criminais de Brasília porque restou infrutífera a composição cível, quando então justifica a incompetência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar o crime de injúria racial. Da mesma forma, a juíza que recepcionou o termo circunstanciado, designou a audiência de conciliação e a audiência preliminar, se deu conta do equívoco apenas após o requerimento do Ministério Público.

Até aqui, o fluxo processual relegou a questão racial para segundo plano. O delegado tratou o caso como de menor potencial ofensivo e se limitou a lavrar um Termo Circunstanciado de Ocorrência. A promotora de justiça repetiu o erro e deu prosseguimento à causa no Juizado Especial Criminal, requerendo a designação de audiência preliminar. A juíza também não se atentou para o erro e se juntou ao delegado e à promotora de justiça, numa postura indiferente à gravidade dos fatos. A sucessão de erros e omissões deram causa a quase seis meses de tramitação processual desnecessária, o que demonstra o descaso com o que os corpos negros anônimos são tratados no sistema de justiça criminal, mesmo quando o desfecho é a condenação criminal dos agressores.

Com o declínio da competência para a vara criminal, finalmente o Ministério Público, em 05 de junho de 2018, por meio da Sétima Promotoria de Justiça Criminal de Taguatinga, ofereceu a denúncia nos termos já apresentados, sem proposta de sursis processual, requerendo a oitiva da vítima, dos policiais que conduziram a ocorrência e das duas testemunhas presenciais, ou seja, as mesmas pessoas que constam no termo circunstanciado de ocorrência. Na audiência de instrução e julgamento, ocorrida no dia 30 de outubro de 2018, foram ouvidas a vítima, as testemunhas de acusação, sendo um policial militar, a pessoa que estava na parada de ônibus e filmou as ofensas e também o proprietário do bar, o qual assumiu

ser amigo de um dos réus, tendo sido ouvido então na qualidade de informante. Os réus, por sua vez, usaram do direito de permanecer em silêncio

Nas alegações finais, o promotor de justiça reiterou os termos da denúncia, indicando que, além da prova da materialidade, entre as quais a mídia digital (vídeo gravado pelo celular), a prova oral colhida confirmava os fatos. Os réus, por sua vez, assistidos um por advogado particular e outro Defensoria Pública, apresentaram alegações finais, ambos pugnando pela absolvição.

Em 22 de julho de 2019, foi proferida a sentença condenatória pelo Juiz Tiago Fortes Moretto. Na fundamentação da sentença, o juiz se reportou à prova documental, inclusive à mídia com a gravação das ofensas, e à prova oral produzida em audiência. A vítima confirmou as agressões e narrou com detalhes o ocorrido e, segundo o juiz, sua versão foi corroborada pela testemunha presencial dos fatos, que estava na parada de ônibus, e destaca:

> Verifica-se, assim, que a vítima e a testemunha presencial apresentaram relato coeso e uniforme no sentido de que os réus proferiram ofensas envolvendo preconceito de raça, origem, e etnia contra o ofendido, além de ameaçarem, por palavras e gestos, especialmente o de mostrar uma arma de fogo, de causar-lhe mal injusto e grave. (Sentença, "Caso 176")

Além da testemunha presencial, o juiz destacou a fala do policial militar que acompanhou o flagrante e confirmou as ofensas não apenas no local da abordagem, como também na delegacia, onde o policial civil aposentado continuou com as agressões. O juiz destacou ainda as imagens dos vídeos gravados pela testemunha, que comprova as ofensas proferidas por ambos os acusados e destaca a força da prova documental (vídeo):

> Por outro lado, devem ser prestigiados os depoimentos da vítima e das duas testemunhas comuns, por apresentarem relatos firmes, coerentes e seguros no sentido de que os réus proferiram as ofensas e as ameaças descritas na denúncia. Ademais, os vídeos contidos na Mídia de fl. 27 confirmam essa prova testemunhal. (Sentença, "Caso 176").

E, quanto à caracterização da ofensa racial, o juiz ponderou que ao dizerem as expressões referidas na denúncia e confirmada pelas provas produzidas valeram-se de elementos preconceituosos relativos à raça, à origem e etnia do ofendido, que nasceu no Sudão e é negro. Com isso, os réus foram condenados pela injúria racial a pena de um ano de reclusão e pena pecuniária de 10 dias multa que, além das penas relativas à ameaça e as vias de fato. Ao final, a pena privativa de liberdade da injúria racial foi substituída por uma restritiva de direitos a ser fixada pelo Juiz da Execução Penal, e, quanto à pena da ameaça e

vias de fato, houve a suspensão condicional da pena (sursis penal), na forma do artigo 77 do Código Penal.[479]

Os réus apelaram da sentença pleiteando a absolvição, que foi desprovida, conforme acórdão de 22 de julho de 2020, nos termos do voto da relatora Desembargadora Nilsoni de Freitas Custódio, que foi acompanhada pelos demais integrantes do julgamento na 3ª Turma Criminal do TJDFT. Os julgadores concluíram que as provas produzidas ao longo da instrução probatória confirmam os fatos narrados, fazendo remissão às provas citadas igualmente na sentença. Quanto à caracterização da injúria racial, é importante citar o trecho do acórdão, que demonstra a persistência, no âmbito do TJDFT, da doutrina do especial fim de agir da injúria racial:

> Quanto ao crime de injúria racial, insta registrar que para sua caracterização, além do dolo de ofender a honra subjetiva da vítima, necessária a presença do elemento subjetivo específico de discriminá-la em razão de sua raça, cor, etnia ou origem.
> Nesse sentido, Bitencourt leciona que: Para a configuração da injúria por preconceito, é fundamental, além do dolo representado pela vontade livre e consciente de injuriar, a presença do elemento subjetivo especial do tipo, constituído pelo especial fim de discriminar o ofendido, por razão de raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. (Código Penal comentado. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.557).
> (...).
> Ao contrário do que entende a Defesa, verifica-se na conduta dos recorrentes a presença do elemento subjetivo especial do tipo, constituído pelo especial fim de discriminar a vítima em razão de sua raça, cor, etnia ou origem.
> O próprio réu Marcos declarou na Delegacia (ID 13830799, fl. 17) que se irritou ao ver um homem falando em um idioma totalmente incompreensível, o que demonstra sem qualquer dúvida, que a etnia e origem da vítima determinaram as ofensas.
> (...)
> Assim, entendo comprovado nos autos, com a necessária segurança, o inequívoco propósito dos réus de atingir a honra subjetiva da vítima em razão de sua raça, cor, etnia ou origem, o que configura o crime de injúria. (Acórdão, "Caso 176").

Não houve recurso especial nem extraordinário contra o acórdão, tornando a decisão definitiva. Como visto, embora o TJDFT tenha reconhecido a caracterização da ofensa racial no caso concreto, vê-se que a doutrina do especial fim de agir da ofensa racial ainda continua forte na mente dos desembargadores, para quem não basta o dolo de ofender a honra subjetiva

[479] Na verdade, dos 64 casos que resultaram em condenação criminal, a pena privativa de liberdade ou foi substituída por uma pena alternativa (56 casos) ou o réu foi beneficiado com o sursis penal (3 casos), ou seja, em apenas 5 casos o réu teve de cumprir uma pena privativa de liberdade por não preencher os requisitos do art. 44 ou do art. 77, do Código Penal, o que confirma, mais uma vez, a clara opção do sistema de justiça criminal em não punir esse tipo de criminalidade com pena privativa de liberdade.

da vítima, ainda que sejam utilizadas palavras que remetam a raça, cor ou etnia, sendo necessário comprovar que as ofensas foram proferidas foram proferidas com a intenção racista. Por sorte, no caso concreto, o dolo específico foi apreendido pela interpretação judicial, mas nem sempre essa "verdade" vem à tona, já que a desclassificação para injúria simples é uma constante em vários Tribunais do País, dada a dificuldade de se comprovar o dolo específico.

Outro processo que redundou em condenação foi o **"caso do Embarque da Latam"**, ocorrido no Aeroporto de Brasília.[480]A denúncia, oferecida pelo NED/CNDH em 16 de maio de 2018, narra que, no dia 1º de março do mesmo ano, por volta de 00h30, no Aeroporto de Brasília, no embarque da empresa LATAM, Lago Sul, Brasília/DF, o réu, um empresário goiano, com vontade livre e consciente, ofendeu, na presença de várias pessoas, a dignidade e o decoro da vítima, funcionário da empresa aérea, com elementos referentes à raça e cor. Isto porque o réu dirigiu-se ao portão de embarque do vôo nº 3870, oportunidade em que perguntou à vítima se ele teria prioridade por possuir o cartão *gold*. A vítima respondeu que apenas o cartão *platinum* concede embarque prioritário. Ato contínuo, a vítima informou ao réu que, caso ele tivesse sessenta anos ou mais, poderia também ter embarque prioritário. O réu, então, perguntou: "quantos anos você tem?", pelo que a vítima respondeu que tinha 30 anos. Em seguida, o réu disse em tom de ofensa: "você está gordo e quando você chegar aos sessenta, vai ficar um porco gordo!". Antes de embarcar, ao passar novamente perto da vítima, o acusado proferiu a seguinte ofensa: "ah, seu neguinho!". A injúria racial foi ouvida por funcionários e passageiros do referido vôo. Por isso, o réu foi denunciado como incurso nas penas do artigo 140, § 3º c/c artigo 141, III, ambos do Código Penal.

No momento dos fatos, a polícia federal foi acionada pelo Centro de Controle do aeroporto e, verificando se tratar de injúria racial, o comandante da tripulação determinou o desembarque compulsório do passageiro agressor, o qual saiu da aeronave. Os envolvidos foram conduzidos à 10ª Delegacia de Polícia Cívil, onde foi lavrado o auto de prisão em flagrante. Consta, no referido auto, declarações do agente da Polícia Cívil, que corroborou os fatos narrados pelo policial federal condutor do flagrante, de outro funcionário da empresa aérea que trabalhava no balcão ao lado da vítima e de um vigilante, que estava próximo do local dos fatos, os quais presenciaram as ofensas e confirmaram a versão da vítima. O agressor, por sua vez, negou as ofensas raciais, dizendo apenas que a vítima teria dito "você é velho e vai para a fila dos velhos" ao que teria respondido apenas "já pensou você? Quando tiver a minha idade, você vai pesar 120 kg" e que no momento do embarque apenas deu risada

[480] C**aso 190** - objeto da ação penal nº 0001297-43.2018.8.07.0001, que tramitou na 6ª Vara Criminal de Brasília

e caminhou em direção ao avião. E, para justificar a ausência de qualquer atitude racista, afirmou que "possui vários funcionários de cor negra" e que "se autoidentifica como de cor parda". Na delegacia, o réu foi solto mediante o pagamento de fiança no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Não foi produzida mais nenhuma prova relevante durante inquérito, tendo o delegado apresentado o Relatório Final em 14 de março de 2018, concluindo pela ocorrência de injúria racial, no que foi acompanhado pelo Ministério Público, que ofereceu a denúncia nos termos acima, indicando as mesmas pessoas ouvidas na delegacia como testemunhas e ofereceu a proposta de sursis processual. Somente após a realização de duas audiências, nos dias 20 de julho de 2018 e no dia 29 de janeiro de 2019, na cidade de Goiânia/GO[481], é que o Ministério Público concluiu pela ausência dos requisitos da sursis processual, tendo em vista que o réu estava respondendo a outra ação penal. O réu foi assistido por advogado particular, ao passo que a vítima indicou um advogado como assistente da acusação para auxiliar o Ministério Público na ação penal.

Em 30 de maio de 2019 foi realizada audiência de instrução e julgamento, onde foram ouvidas a vítima e o acusado, bem como duas testemunhas de acusação que compareceram (o policial federal e o vigilante), bem como duas testemunhas de defesa indicadas pelo réu. Nas alegações finais, o promotor de justiça requereu a condenação nos termos da denúncias, considerando que as provas produzidas corroboram a versão da vítima, apesar da negativa de autoria do acusado, e ainda destacou que os antecedentes criminais do acusado indicam que não se tratava de um fato isolado, já que ele havia cometido injúria racial em outra oportunidade. Da mesma forma, o assistente da acusação elencou os elementos probatórios, notadamente a prova oral colhida, pugnando pela condenação do réu e ainda juntou cópia da sentença, proferida pelo juízo da 1ª Vara Criminal de Goiânia/GO, em 19 de novembro de 2018, que havia condenado o réu por injúria racial ocorrida no dia 20 de fevereiro de 2016, quando o mesmo proferiu as seguintes ofensas contra outra vítima: Quem é você? Você é um preto à toa, seu preto à toa!".[482]A defesa do réu, por sua vez, reiterou a negativa dos fatos, salientando, entre outros aspectos, que não foi comprovada a ofensa racial, especialmente

[481] Por carta precatória.

[482] Diferentemente do padrão das sentenças do TJDFT, a sentença do juiz Denival Francisco Silva, da 1ª Vara Criminal de Goiânia/GO, proferida em 19 de novembro de 2018, constitui verdadeira aula sobre racismo, abordando o mito da democracia racial, a resistência com as ações afirmativas, os "não-ditos" racistas, etc, para afirmar a importância do combate ao racismo e do mandado constitucional de criminalização. Para o juiz, "fosse a vítima de origem branca, teria o acusado dito: Você é um branco à toa?" ao que responde: "Por certo não! (TJGO, 1ª Vara Criminal, processo nº 193110-39.2016.809.0175, Juiz Denival Francisco Silva, Data da sentença: 19/11/2018, publ. DJGO 20/11/2018).

porque não foi juntado nenhum vídeo com imagens da ofensa, bem como que houve ofensas recíprocas que justificariam o beneficiado do artigo 140, §2º do Código Penal.[483]

Na sentença, proferida em 28 de novembro de 2019, o juiz Nelson Ferreira Júnior entendeu que as provas produzidas na fase de inquérito e ao longo da instrução processual são suficientes para a comprovação da ofensa, sendo irrelevante a inexistência de gravação de áudios ou de vídeos retratando a injúria racial imputada na denúncia. Na contramão da jurisprudência que se firmou acerca da doutrina do especial fim de agir da ofensa racial, o juiz sentenciante deixou claro que basta o dolo genérico, ou seja, o *animus injuriand*i, para a caracterização do crime de injúria racial:

> O dolo genérico exigido pelo tipo penal, da mesma forma, resta comprovado pela conduta externada pelo acusado, o qual, inicialmente, de forma livre e espontânea, disse à vítima: 'você está gordo e quando você chegar aos sessenta anos, vai ficar um porco gordo', e, depois, no momento do embarque, quando passava novamente pelo ofendido, afirmou "ah, seu neguinho".
> (...)
> O estado anímico do agente não é elemento do tipo penal, exigindo-se apenas a configuração do dolo específico, consistente na intenção de ofender a honra subjetiva da vítima (animus injuriandi), como no caso em apreço, em que o réu, utilizando-se da expressão "neguinho", e reafirmando: "tinha que ser neguinho mesmo", dentre outros, atingiu a honra da vítima de forma preconceituosa, tudo em razão de sua raça e cor. (Sentença, "Caso 190").

Observa-se que a doutrina do especial fim de agir da ofensa racial já encontra resistência na primeira instância. E, de fato, ao analisar a prova oral, o juiz se contentou com o uso da expressão "tinha que ser neguinho", aliada ao contexto da discussão, para caracterizar a ofensa racial, independentemente da comprovação da intenção racista do réu e conclui:

> Assim, o conjunto probatório não deixa dúvidas de que o acusado perpetrou o delito descrito na denúncia, quando se dirigiu à vítima, chamando-a de "neguinho", assim como no momento em que afirmou: "tinha que ser negro mesmo", isto é, elementos referentes à raça e cor, com ânimo injuriandi, pelo simples fato de MÁRIO SÉRGIO não ter permitido acesso prioritário no embarque em aeronave da LATAM. Com efeito, das declarações analisadas, em especial, depoimento prestado pela vítima, não há dúvida de essas ofensas injuriosas a abalaram emocionalmente, tendo necessitado consolo dos colegas de trabalho, além apoio de passageiros que se dispuseram a depor, mas não o fizeram porque a companhia aérea não arcaria com o valor de novas passagens. O dolo do crime, em casos tais, consistiu na vontade livre e

[483] Art. 140
(...)
§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:
I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;
II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

> consciente de o réu denegrir a imagem da vítima, atribuindo-lhe ofensas injuriosas em virtude de raça e cor, pouco importando as oscilações de ânimo no momento dos fatos, acima de tudo, em virtude da negativa de prioridades acerca de cartões de crédito (gold ou platinum). (Sentença, "Caso 190").

O juiz considerou também que a "discussão acalorada" não é suficiente para afastar a caracterização da ofensa, o que também está na contramão da jurisprudência que predominou durante muito tempo no julgamento dos crimes raciais. Para o juiz, "prescinde-se de ânimo calmo para a consecução do delito de injúria" e cita precedente do TJDFT,[484]julgado em 2014, que corrobora esse entendimento. Dessa forma, a honra subjetiva da vítima foi atingida, estando clara a conotação racial, o que inviabilizou a desclassificação para injúria simples:

> O delito em comento atingiu a honra subjetiva da vítima e consumou-se a partir do momento em que o acusado propalou os impropérios constantes da denúncia, tratando-se, assim, de fato típico, ilícito e culpável; diga-se, sem que houvesse qualquer provocação por parte do ofendido, de modo que também inaplicável o disposto no inciso I do § 1º do artigo 140 do Código Penal.
> A palavra da vítima e as declarações das testemunhas, todas harmônicas, comprovam as ofensas propaladas pelo réu, não havendo dúvida em relação à autoria delitiva e a intenção de humilhar e rebaixar o ofendido de forma preconceituosa, comprovando nitidamente a presença do animus injuriandi.
> O delito foi cometido por meio de palavras verbalmente proferidas, que vieram a ofender a dignidade e o decoro da vítima, por meio de atribuição de qualidades negativas em razão da cor de sua pele (negra). Assim, ao contrário do que pleiteia a Defesa, não há que se falar em absolvição por falta de provas ou até mesmo sua desclassificação para a forma simplificada prevista no artigo 140, caput, do Código Penal. (Sentença, "Caso 190").

Ante tais razões, o réu foi condenado a pena de um ano de reclusão, no regime aberto, e pena pecuniária de 10 dias-multa, sendo que a pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviço à comunidade.

Insatisfeito com a sentença, o réu interpôs recurso de apelação, que foi desprovido, por unanimidade, pela 1ª Turma Criminal do TJDFT, nos termos do Acórdão 1327376, de 18 de março de 2021. No voto, o Desembargador relator Carlos Pires Soares Neto acompanhou o juiz sentenciante quanto à comprovação da materialidade e autoria, afirmando que os depoimentos prestados em juízo coadunam com os prestados na fase inquisitorial, colhidos no mesmo dia dos fatos, com riqueza de detalhes e clareza, não deixando margens para dúvidas. No voto, não foi esclarecido qual o entendimento dos julgadores quanto ao dolo (se genérico

[484] BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal Apelação Criminal 20130111433380APR, Primeira Turma Criminal, Relator George Lopes Leite, Acórdão 817883, de 11.09.2014

ou específico), já que a articulação dos argumentos se limitou à indicação dos elementares do crime:

> Pelo contrário, o que se vê, diante de todo o contexto probatório colhido nos autos, é que estão presentes nos autos provas suficientes para a condenação de Mauro Bueno a despeito de o apelante negar que tenha proferido as ofensas, haja vista que o apelante, de forma livre e consciente, injuriou Mário Sérgio, valendo-se de elementos referentes à cor, chamando-o de "neguinho" e, após passar novamente pelo ofendido, dizer "tinha que ser negro mesmo", apontando para a pele da vítima. Isto é, o acusado utilizou-se de elementos referentes à raça e cor, atribuindo conotação pejorativa decorrente da cor da pele da vítima, por ser negro, configurando-se, então, o tipo do artigo 140, § 3º, do Código Penal.
> A prova testemunhal, aliada ao depoimento da vítima, mostra com clareza a materialidade, autoria e o dolo da conduta do agente, ante a ofensividade da conduta do réu no intuito de humilhar a vítima. Sem sombra de dúvidas, o conjunto probatório demonstra o dolo do autor das injúrias, consistente na vontade livre e consciente de denegrir a imagem de Mário Sérgio atribuindo-lhe ataques injuriosos em virtude de raça e cor, pouco importando as oscilações de ânimo no momento dos fatos. Outrossim, percebe-se que tudo ocorreu pela simples negativa de prioridades acerca de cartões de vantagens da empresa LATAM. (Acórdão, "Caso 190").

Com isso, o Tribunal manteve a sentença condenatória, a qual, diante da não interposição de recursos perante STF e STJ, tornou-se definitiva em 30 de março de 2021.

Há casos, porém, que a decisão condenatória da primeira instância se tornou definitiva sem apreciação da segunda instância, tendo em vista a ausência de recurso por parte do réu. Um desses processos é o **"caso do Condomínio Acqua Village, de Águas Claras"**.[485] De acordo com a denúncia, no dia 31 de julho de 2018 (terça-feira), entre 9h30min e 10h00min, na administração do Condomínio Acqua Village, o réu, de forma consciente e voluntária, injuriou a vítima, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro, ao se utilizar de elementos referentes à cor de sua pele e ainda ameaçou a vítima, por palavras, de causar-lhe mal injusto e grave, qual seja, a morte. Narra a denúncia, que o réu foi à administração do referido Condomínio, onde trabalhava a vítima, e solicitou a chave do espaço conveniência. Informado sobre a necessidade de acompanhamento e da indisponibilidade de funcionários para tanto, o réu se recusou a esperar alguns minutos e, irritado, proferiu xingamentos à vítima, chamando-a de "preto burro", "seu merda", "urubu", "macaco" e "incompetente". Em seguida, o réu ameaçou a vítima de morte, dizendo-a "eu vou te matar, você vai amanhecer com a boca cheia de

[485] **Caso 216** - objeto da ação penal nº 0001177-06.2019.8.07.0020, que tramitou na 1ª Vara Criminal e do Tribunal do Júri de Águas Claras.

formiga". Por isso, o Ministério Público requereu sua condenação por injúria racial e ameaça, deixando de oferecer proposta de sursis processual diante da súmula 243 do STJ.[486]

Consta dos autos do processo que a vítima procurou a 12ª Delegacia de Polícia no mesmo dia dos fatos, quando foi feito o boletim de ocorrência, onde consta a versão da vítima, que foi confirmada por uma testemunha presencial, então moradora do condomínio. Na mesma ocasião, foi colhido o termo de representação da vítima.

Em 25 de outubro de 2018, diante da inércia da polícia quanto à apuração dos fatos, a vítima, por meio de advogado particular, enviou requerimento diretamente ao Ministério Público, requerendo providências quanto à apuração e responsabilização do agressor, ocasião em que juntou cópia gravação/vídeo do Condomínio que comprovam as ofensas e requereu a oitiva da testemunha indicada. Somente em 10 de janeiro de 2019 o promotor de justiça requisitou a instauração do inquérito policial, para que fosse feita a oitiva da testemunha indicada e também o interrogatório do réu. Com a provocação do Ministério Público, o delegado instaurou o inquérito policial, no qual foram colhidas as declarações da vítima e de uma testemunha, ambas conformando as ofensas raciais.

Em 13 de agosto de 2021, foi realizada audiência de instrução e julgamento, quando a vítima foi ouvida. O Ministério Público insistiu na oitiva das testemunhas de acusação ausentes, o que foi deferido pelo juiz, que designou nova audiência para continuidade da instrução probatória. Outra audiência foi realizada em 27 de outubro de 2021, quando foram ouvidas duas testemunhas de acusação. Porém, diante da ausência de uma testemunha relevante para o esclarecimento dos fatos, o Ministério Público continuou insistindo na prova. Na última audiência, realizada em 16 de fevereiro de 2022, a testemunha de acusação novamente não compareceu, apesar de ter sido intimada. Dessa vez, o promotor desistiu da prova, prosseguindo-se a audiência com o interrogatório do réu e alegações finais das partes. O Ministério Público reiterou os termos da denúncia, acreditando haver provas suficientes da materialidade e autoria delitiva, ao passo que a defesa requereu a absolvição, alegando que houve ofensas recíprocas.

A sentença condenatória foi proferida em 05 de abril de 2022, pelo Juiz Wellington da Silva Medeiros, o qual entendeu que as provas existentes eram suficientes para a comprovação da ocorrência do crime.

---

[486] Súmula 243/STJ: O benefício de suspensão condicional do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um ano.

> A despeito da negativa do acusado, os elementos de prova conduzem à certeza de que ele praticou dois crimes contra a pessoa de BRUNO BARBOSA: injúria racial e ameaça.
> Na delegacia de polícia BRUNO narrou que o réu o chamou "preto burro", "seu merda", "urubu" e "macaco". Em seguida, disse que ia matar BRUNO e a vítima amanheceria com a boca cheia de formiga.
> Na mesma linha, foi o depoimento da testemunha KELLY, que confirmou ter ouvido o réu chamar BRUNO de "seu preto folgado" e que "por isso que muita gente acorda com a boca cheia de formiga". Em Juízo, BRUNO confirmou toda essa narrativa, dizendo, em síntese, que o réu dizia que o depoente era "urubu", "incompetente porque era preto", "preto burro" e "coisas de praxe que sempre ouve", assim como PEDRO dissera ao ofendido que este morreria e amanheceria com a "boca cheia de formiga", clara referência a uma promessa de morte.
> De resto, o fato praticado pelo acusado é típico, sob os aspectos formal e material, pois, além de descrito na norma penal, foi capaz de violar bem jurídico relevante. É antijurídico e culpável, na medida em que o denunciado tinha potencial consciência da ilicitude, é imputável e poderia e deveria agir de maneira diversa. (Sentença, "Caso 216).

A fundamentação da sentença se limitou a indicar as provas, especialmente as versões apresentadas pela vítima e pelas testemunhas, e as fórmulas jurídicas da tipicidade, ilicitude, bem jurídico, antijuridicidade e culpabilidade, sem fazer qualquer digressão sobre a conotação racial da conduta. Este é um exemplo clássico das sentenças penais analisadas: pouco se fala sobre a questão racial. A análise do juiz consiste basicamente na comparação de versões e à indicação de fórmulas dogmáticas, sendo impossível apreender a percepção da ofensa racial por parte do juiz. O réu não recorreu da sentença, que se tornou definitiva em 26 de setembro de 2022.

6.3.3 A Justiça Penal brasiliense e a reparação de danos

Entre as 220 denúncias analisadas, 173 continham pedidos condenação por reparação de danos morais, porém, em apenas 89 o promotor de justiça indicou a expressão monetária da indenização, ou seja, o valor mínimo que entende devido para a reparação dos danos sofridos pela vítima. Este dado é importante porque, desde o ano de 2008, a Lei 11.719 obrigou os juízes a fixar, na sentença condenatória, o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração.[487]

Todavia, os juízes criaram uma série de escusas técnicas para descumprir o comando legal. Os argumentos eram vários! Em relação ao dano material, se o promotor de justiça não incluísse o pedido de fixação do valor mínimo para a reparação do dano, o juiz não fixava

[487] No art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

argumentando que não havia pedido expresso na denúncia ou queixa-crime e que sua fixação na sentença ofenderia o contraditório e a ampla defesa. Se a denúncia ou queixa-crime contemplasse o pedido de fixação do valor mínimo, mas não fossem produzidas provas do dano material sofrido pela vítima ao longo da instrução criminal, o pedido também era indeferido com base na ausência de contraditório e ampla defesa. Então, os promotores de justiça e advogados passaram a indicar, na denúncia ou queixa-crime, o pedido de fixação do valor mínimo para a reparação, juntando as provas pertinentes. E, mais uma vez, os juízes se negavam a entrar na seara cível, sacando o argumento de que a denúncia ou a queixa-crime não indicava a expressão monetária do dano, ou seja, o valor pretendido a título de reparação dos danos. Assim, com o passar do tempo, foi-se aprimorando a redação das denúncias e das queixas-crime para contemplar as exigências dos juízes, ao menos em relação ao dano material.

Mas a resistência dos juízes continuou forte em relação ao dano moral. Até pouco tempo atrás, a maioria dos juízes e Tribunais de segunda instância se negava a fixar valor mínimo para este tipo de dano. Este era o caso do TJDFT, segundo o qual o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, se referia apenas aos danos materiais.

Em 2017, promotor de justiça Thiago Pierobom enfatizou esse embate jurisprudencial, salientando que o MPDFT vinha sistematicamente formulando o requerimento de indenização por danos morais nas denúncias, reiterando o pedido nas alegações finais, produzido prova nas instruções sobre a condição econômica dos envolvidos e as consequências do crime, recorrendo das sentenças, inclusive perante o Superior Tribunal de Justiça, quando eventualmente não acolhem os pedidos de indenização no momento da condenação. (Ávila, 2017, p. 156)

Na ocasião, entretanto, era pacífico o entendimento do TJDFT quanto à impossibilidade de fixação de danos morais na ação penal:

> Todavia, a quase unanimidade das decisões do TJDFT tem sido pela impossibilidade, em abstrato, de fixação de danos morais na sentença condenatória criminal, ao argumento de que essa forma de indenização demandaria dilação probatória mais alongada, incompatível com o processo penal. Vale ressaltar que essas decisões não possuem qualquer viés racial, haja vista que a não fixação de danos morais na sentença penal condenatória é um entendimento do TJDFT para todos os tipos de criminalidade, não apenas para casos de injúria racial. Num primeiro momento o Tribunal afirmava que no caso concreto não havia prova suficiente dos danos morais; num segundo momento, após o Ministério Público diligenciar expressamente a produção de tal prova, mesmo quando o juiz entende que há prova suficiente para

> estabelecer os danos morais, o Tribunal passou a entender que não cabe a fixação de danos morais no processo penal. (Ávila, 2017, p. 157).

E, de fato, nos processos que compõem a amostra desta investigação científica, o MPDFT interpôs vários recursos de apelação contra as sentenças condenatórias de primeira instância nas quais os juízes se recusaram a fixar o valor mínimo para a reparação dos danos.[488]

Ocorre que, ao menos desde 2016, o STJ já vinha entendendo pela possibilidade de fixação de danos morais em sentença penal condenatória.[489]Posteriormente o assunto foi objeto de recurso repetitivo (Tema 983),[490]em situações que envolviam violência doméstica e, em 28 de fevereiro de 2018, foi firmada a seguinte tese:

> Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

Diante disso, desde 2018 a jurisprudência predominante é no sentido da possibilidade de fixação de danos morais na seara criminal, inclusive em crimes contra a honra, como a injúria racial.

No **caso 108**,[491]por exemplo, o MPDFT interpôs Recurso Especial contra decisão do TJDFT que decidiu ser inviável a condenação a indenização a título de danos morais se não houvesse demonstração nos autos da apuração do seu *quantum*, devendo ser postulada no juízo cível. Segundo o MPDFT, o STJ já havia enfrentado o tema, reconhecendo a possibilidade de fixação de danos morais em sentença condenatória penal.[492]Além disso, ao contrário da decisão do TJDFT, a aferição do *quantum* referente ao dano moral é evidente e prescinde de qualquer investigação mais aprofundada para se apurar o grau de sofrimento, a dor ou o constrangimento suportados pela vítima. Na análise do recurso, o Ministro Felix Fischer, em decisão monocrática de 01 de Agosto de 2018, considerando que a decisão do TJDFT estava em desacordo com a jurisprudência do STJ, determinou o retorno dos autos à segunda instância para que fosse fixada a indenização por danos morais.

---

[488] A exemplo dos **casos 73, 77, 108, 112, 122, 126**.
[489] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp n. 1.027.718/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 12/5/2017.
[490] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.675.874/MS afetado, em substituição ao REsp n. 1.683.324/DF, para julgamento sob o rito dos repetitivos, em conjunto com o REsp n. 1.643.051/MS.
[491] Ação penal nº 0005062-27.2015.8.07.0001, que tramitou na 1ª Vara Criminal de Brasília.
[492] Nos REsp nº 1.2414.125-DF e REsp nº 1.533.468-DF.

Com a determinação da Corte Superior, não restava alternativa ao TJDFT senão fixar o dano moral, não sem antes registrar seu descontentamento em ter de se curvar ao entendimento da instância superior, conforme se extrai do voto Desembargador João Batista Teixeira, no Acórdão 1124446, de 13 de setembro de 2018:

> Registre-se que, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, apenas as Súmulas editadas na forma do art. 103-A da Constituição Federal possuem caráter obrigatório e vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, em todas as suas esferas. Neste contexto, força convir que não podem as Cortes Superiores impor seu convencimento aos julgadores e determinar a realização de outro voto em sentido contrário ao entendimento esposado. Caso o Relator divirja da matéria impugnada, deve levar o recurso a julgamento, não podendo, mediante decisão, mandar realizar a modificação do voto em sentido diverso do expendido pelos Desembargadores componentes da Turma julgadora. Contudo, a fim de evitar trabalho indevido para a Turma e Câmara, bem como em observância ao princípio constitucional da razoável duração do processo, ressalvo meu entendimento e passo a fixar valor mínimo a título de indenização por dano moral. (Acórdão, Caso 108).

Nesse embate de egos, vaidades e poder, o prejudicado é sempre o jurisdicionado e, mais uma vez, o corpo negro. Ao fixar, a contragosto, o valor mínimo para a reparação dos danos, 3ª Turma do TJDFT, em evidente desprezo ao sofrimento da vítima de injúria racial, fixou um valor irrisório, de cunho meramente simbólico:

> Assim, para não propiciar injustiça e porque os autos não trazem qualquer elemento probatório acerca do binômio "necessidade e possibilidade" a permitir a identificação e a extensão do dano, revela-se prudente fixar o valor mínimo de reparação a título de danos morais na quantia de R$ 300,00, para o ofendido, ressalvando, contudo, à parte interessada buscar a complementação na seara própria e adequada, se assim entender conveniente. (Acórdão, Caso 108).

Segundo os desembargadores, a fixação do valor do dano moral depende de provas capazes de aferir o binômio “necessidade e possibilidade”. Trata-se, entretanto, de mero jogo de palavras, pois, conforme se verá adiante, tendo ou não provas nos autos da ação penal sobre a condição econômica das partes (e geralmente não têm), os juízes e Tribunais geralmente fixam o mesmo valor indicado pelo promotor de justiça na peça de denúncia, sem fazer qualquer digressão sobre as provas exigidas pela fórmula dogmática suscitada pelo Tribunal.

Essa atitude de desconsideração do sofrimento negro se observou em outros casos, nos quais a segunda instância também fixou valores meramente simbólicos[493] para a reparação do dano moral em condenação criminal por injúria racial. Com isso, acaba sedimentando uma jurisprudência penal que, inevitavelmente, dada a força dos precedentes judiciais dos Tribunais, vai refletir nos julgados daqueles juízes de primeira instância já predispostos a negar a reparação de danos nos casos de racismo e injúria racial.

A princípio, essa resistência do TJDFT não teria relação com o racismo, na medida era aplicado em ações penais em geral. Segundo o promotor de justiça Thiago Pierobom, "essas decisões não possuem qualquer viés racial, haja vista que a não fixação de danos morais na sentença penal condenatória é um entendimento do TJDFT para todos os tipos de criminalidade, não apenas para casos de injúria racial"(Ávila, 2017, p. 157).

Ocorre que, em um regime de verdade racializado, o recurso às fórmulas jurídicas, aos supostos "universais" e ao não-dito nos discursos judiciais funciona como um dispositivo de racialidade que serve para mascarar a violência da decisão judicial e, de forma sutil e acima de qualquer suspeita, reproduzir padrões racializados de decisões. O poder desse discurso, que o véu branquidade insiste em esconder, pode repercutir até mesmo nos julgadores mais engajados na luta antirracista, que inconscientemente ou não, acaba reproduzindo decisões cujos efeitos (de poder) enfraquece o reconhecimento de direitos da população negra.

É o que observei nos "**casos 133 e 144"**, ambos julgados pou um juiz negro que tem sido uma voz importante da população negra no âmbito do Judiciário brasileiro, participando ativamente de iniciativas concretas na luta antirracista. Apesar de todo esse engajamento, o sentenciamento do "negro-juiz", mesmo quando proferiu sentença condenatória criminal, seguiu a jurisprudência conservadora do TJDFT, na contramão dos entendimentos do STJ, conforme se observa no **Caso 133**.[494] A sentença foi proferida em 23 de junho de 2016 e, embora tenha condenado a ré por injúria racial e outros crimes, o juiz indeferiu os danos morais, fundamentando que:

> Com relação ao pedido ministerial referente a fixação de danos morais por este juízo, tenho que tal pleito não deve prosperar. A jurisprudência deste E. TJDFT tem entendimento pacificado de que a possibilidade de fixação de valor para reparação de danos pelo juízo criminal refere-se à danos patrimoniais sofridos pela vítima, não abrangendo os danos morais. Confira-se: Direito Penal E PROCESSUAL PENAL. INJÚRIA RACIAL.

[493] Entre os processos analisados, cita-se: **Caso 108** (R$ 300,00); **Caso 112** (R$ 300,00); **Caso 124** (R$ 600,00); **Caso 126** (R$ 500,00), **Caso 133** (R$ 788,00); **Caso 214** (R$ 500,00).

[494] **Caso 133** - ação penal nº 0001642-81.2015.8.07.0011, que tramitou na Vara Criminal e Tribunal do Júri do Núcleo Bandeirante.

> REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE REJEITADA. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO. PROVA ORAL SUBSTANCIOSA E COESA. COMPROVAÇÃO. REPARAÇÃO POR DANO MORAL. INVIABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA [...] 3. A fixação de valor a título de reparação de danos causados à vítima, ainda que mínimo, prevista no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, refere-se a prejuízos sofridos pelo ofendido, vale dizer, prejuízos patrimoniais devidamente comprovados, excluindo-se, portanto, a hipótese de indenização a título de danos morais. Precedentes. 4. Recursos conhecidos, preliminar rejeitada e, no mérito, não providos. (Acórdão n.948196, 20120110300448APR, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHOA, Revisor: NILSONI DE Freitas CUSTODIO, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 16/06/2016, Publicado no DJE: 21/06/2016. Pág.: 118/134) Assim, não acolho o pedido de fixação de danos morais, o qual deve ser pleiteado em juízo competente. (Sentença, "Caso 133").

O Ministério Público interpôs recurso de apelação contra a sentença que, neste aspecto, foi reformada pelo TJDFT em 09 de maio de 2017, por meio do Acórdão 1004477, da 2ª Turma Criminal, que acompanhou o entendimento que já vinha se firmando no STJ e fixou em 01 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos o valor mínimo de reparação a título de danos morais, tendo o Relator Desembargador Roberval Casemiro Belinati salientado que:

> Com relação à competência do juízo criminal para fixar valor mínimo de reparação a título de danos morais, é cediço que este Tribunal de Justiça vem adotando uma interpretação restritiva do disposto no inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal, concluindo que a fixação a título de reparação de danos limita-se aos prejuízos de natureza material. Nesse sentido:
> (...)
> Porém, o Superior Tribunal de Justiça, em decisões recentes, firmou entendimento no sentido de ser possível a fixação, pelo juiz prolator de sentença penal condenatória, de valor mínimo com o objetivo de compensar dano moral sofrido pela vítima em decorrência de infração penal, destacando-se os seguintes julgados:
> (...)
> No mesmo sentido estão as seguintes decisões monocráticas: AREsp 705534, REsp 1626962, AREsp 967600, REsp 1612912 e REsp 1514125. Consoante tais julgados, a fixação de valor mínimo para indenização da vítima a título de danos morais depende de pedido expressa da vítima ou do Ministério Público na denúncia com a indicação do valor a fim de que não ocorra (Acórdão, "Caso 133").

Apesar do entendimento do STJ e de já ter tido sentença sobre o mesmo assunto reformada na segunda instância, o "negro-juiz" continuou negando danos morais nas ações

penais de injúria racial, conforme se depreende do **Caso 144**,[495]cuja sentença foi proferida em 05 de julho de 2018 e, no capítulo referente aos danos morais, foi adotada fundamentação rigorosamente idêntica à da sentença do caso 133, sem fazer qualquer digressão acerca da tese dos precedentes do STJ sobre fixação de danos morais em casos de injúria racial ou mesmo aos precedentes do TJDFT que já estavam aplicando a jurisprudência da Corte Superior e adotando posição favorável às vítimas. Neste **Caso 144**, porém, houve recurso apenas da defesa, o que impossibilitou a reanálise da questão dos danos morais pelo Tribunal.

De qualquer maneira, após as decisões do STJ reformando os acórdãos do TJDFT, é possível afirmar que a fixação dos danos morais em favor da vítima vem prevalecendo na Justiça Penal brasiliense, salvo quando a vítima já esteja demandando a indenização perante a Justiça Cível ou por outro motivo relevante, conforme apresentado na Tabela 1:

Tabela 1 - Recursos reparação de danos - penal

TIPO		COM REPARAÇÃO	SEM REPARAÇÃO
1ª INSTÂNCIA		19	44
SEM RECURSO		4	13
2ª INSTÂNCIA	SENTENÇA MANTIDA	9	24
	ALTERADA C/ VALOR	2 (REDUZIDO)	7 (INCLUÍDO)
	DANO EXCLUIDO	4	0

No "**caso Heraldo Pereira"**, o Ministério Público requereu a condenação do réu à reparação do dano, em pecúnia, em parâmetros razoáveis. Todavia, o TJDFT, quando do julgamento do recurso de apelação, deixou de fixar valor mínimo a título de danos morais na ação penal tendo em vista que as partes realizaram acordo judicial de composição de danos no âmbito cível, no qual foi fixado o valor de R$ 30.000,00 destinado a uma entidade filantrópica.[496] De qualquer maneira, se dependesse de provas das condições econômicas das partes para avaliar o tal "binômio necessidade e possibilidade", acredito que os julgadores seguiram o padrão decisório, que presume a condição da parte pela profissão ou atividade

[495] **Caso 144** - ação penal nº 0004845-51.2015.8.07.0011, que tramitou na Vara Criminal e Tribunal do Júri do Núcleo Bandeirante.
[496] **Caso 4** - Cível - que foi objeto da ação cível 0019222-33.2010.8.07.0001, que tramitou perante a 12ª Vara Cível de Brasília.

econômica indicada nos autos, especialmente na qualificação das partes realizada nos termos de declaração.

O **"caso do Cine Cultura, no *Libert Mall",*** seguiu destino diverso, pois adotou-se a jurisprudência do TJDFT contrária à fixação dos danos morais. Na denúncia o Ministério Público requereu a condenação do réu à reparação dos danos causados pelo acusado à ofendida, nos termos do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, sem indicação expressa do valor mínimo pretendido. Já nas alegações finais, o pedido foi reiterado, oportunidade em que o promotor de justiça pediu a fixação da indenização em R$ 10.000,00.

Na primeira sentença, que absolveu o réu do crime de racismo e desclassificou a injúria racial para injúria simples, o juiz não chegou a analisar o dano moral, já que, equivocadamente, converteu o processo em diligência para o promotor oferecer a proposta de sursis processual. Na segunda sentença, proferida após a determinação de complementação pelo TJDFT, os danos morais novamente não foram apreciados, pois o juiz, em mais um erro de julgamento, extinguiu a punibilidade pela decadência do direito de queixa. Apenas no segundo recurso de apelação os danos morais foram finalmente apreciados na segunda instância. Entretanto, os desembargadores seguiram a jurisprudência do TJDFT sobre a impossibilidade de fixação da reparação dos danos, nos termos do acórdão 824227 , de 02 de outubro de 2014, de relatoria do Desembargador João Batista Teixeira:

> Ocorre que, conquanto já tenha o Ministério Público, desde a denúncia, requerido a reparação de danos, não se verifica, nos autos, a necessária instrução específica a respeito desse pedido, com observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, não havendo elementos aptos à fixação da indenização. (Acórdão, "Caso 28").

De fato, nem no inquérito policial e tampouco ao longo da instrução processual, foi produzida qualquer prova das condições econômicas das partes. Entretanto, há diversas informações, provas e evidências da atividade profissional do réu, como médico renomado, professor e palestrante, ou seja, elementos probatórios muito mais robustos se comparados ao padrão decisório dos casos em que houve fixação dos danos morais, nos quais os juízes se contentam com a informação sobre a profissão declarada pelas partes nos termos de depoimento.

No **"caso do Embarque da Latam"** a sentença penal também deixou de fixar os danos morais. Desta vez o Ministério Público teve o cuidado de indicar, desde a denúncia, o valor pretendido, qual seja, R$ 2.000,00, que, por sua vez, foi o valor que o réu pagou a título

de fiança quando teve a liberdade provisória concedida. Observou-se que o Ministério Público, em regra, adota o mesmo padrão para quantificar a dor e sofrimento da vítima e, consequentemente, propõe valores idênticos tanto para o sursis processual quanto para a condenação, sem relação direta com as condições econômicas das partes envolvidas. Neste caso, o réu foi patrocinado por advogado particular, era um empresário goiano e se identificou como corretor de imóveis. Além disso, há informações nos autos de que o mesmo "vive em ponte aérea", o que até mesmo dificultou sua citação para responder ao processo. Ademais, diante da dificuldade de localização do réu, o Ministério Público diligenciou no sistema integrado da receita federal, juntando aos autos relatório onde consta a participação do réu como sócio em 13 (treze) sociedades empresariais. Saliente-se que essa diligência não teve como objetivo produzir provas da condição econômica do réu, mas sim para a obtenção do endereço, até porque, como dito alhures, não é costume da polícia e do Ministério Público se dedicarem a esse tipo de prova. Apesar da razoável instrução probatória nesse sentido, o juiz sequer apreciou os danos morais, pois, quando a sentença proferida, em 28 de novembro de 2019, as partes já haviam celebrado acordo na ação cível autônoma que foi proposta pelo réu.[497]

Entre os processos analisados que resultaram em reparação de danos na ação penal, constatou-se que, mesmo quando é reconhecido o direito à indenização pelos danos morais sofridos pela vítima, o Judiciário brasiliense, em regra, reproduz a valoração da expressão monetária feita pelo Ministério Público na denúncia ou nas alegações finais. Assim, tendo ou não provas substanciais nos autos acerca dos elementos da responsabilidade civil (conduta, dano e nexo de causalidade), não é possível extrair do fundamento da maioria das sentenças e dos acórdãos em que medida os elementos de convicção estão relacionados às circunstâncias do caso concreto.

Um processo representativo deste padrão decisório é o **"caso do Condomínio Acqua Village, de Águas Claras"**. Na denúncia, a promotora de justiça fez o pedido genérico de fixação do valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, sem a indicação do valor pretendido. Não foi produzida, pela polícia ou pelo Ministério Público, qualquer prova da condição econômica dos envolvidos. A única evidência sobre esse aspecto é a profissão informada nos termos de declaração dos envolvidos, tendo o réu se declarado autônomo e a vítima auxiliar administrativo. Ao decidir sobre os danos morais, o juiz apenas fez referência ao entendimento do STJ, destacando que é dispensável a produção de prova dos danos morais sofridos pela vítima do crime, haja vista que o dano moral é *in re ipsa*

[497] Será abordada no tópico seguinte.

(presumido), e, para fixar o valor, apenas argumentou que "tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, bem como a extensão dos danos experimentados pela vítima, condenou o réu ao pagamento de indenização no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais) à vítima".

Não se saberá neste, como na maioria dos casos de sentença penal condenatória que acolheu o pedido de danos morais, quais são "essas peculiaridades do caso concreto" que levou o julgador a definir este ou aquele valor, mas pode-se afirmar que a expressão monetária do sofrimento da vítima raramente diverge do valor indicado pelo Ministério Público nas petições de denúncia, nas alegações finais e nas propostas de sursis processual, tanto é que o valor médio das indenizações deferidas pela Justiça Penal brasiliense nos casos analisados é de R$ 1.527,00, que é similar ao valor médio dos acordos de sursis realizado (R$ 1.592,00). É como se a expressão do dano moral sofrido pela vítima de injúria racial já estivesse pré-estabelecida em patamares simbólicos desde o início do processo, independentemente da existência de provas sobre as reais condições econômicas das partes e a dimensão do sofrimento da vítima, sendo irrelevante, para esta avaliação, a conotação racial da conduta.

Apenas excepcionalmente, como ocorreu no **"caso do sudanês Abdelteff"**, o julgador aprofundou a análise das circunstâncias do caso concreto para fixar a indenização e, mesmo assim, desconsiderou o fato de que já estava em tramitação ação civil autônoma na qual a vítima pleiteava dano moral.[498]Nos elementos de convicção, o juiz de primeira instância demonstrou estar evidente o sofrimento da vítima, e, portanto, o dano causado pela infração penal, salientando que existem nos autos elementos suficientes para a fixação. Segundo afirmou na sentença, os depoimentos prestados em juízo evidenciam a extensão do dano provocado na vítima e a gravidade do crime. Para tanto, considerou que a documentação acostada aos autos e a prova oral produzida em juízo fornecem informações mínimas e suficientes sobre a condição econômica dos réus e da vítima. Sob a ótica do juiz, a prova testemunhal colhida na fase judicial demonstra a intensidade do sofrimento da vítima e todos esses meios de prova foram submetidos ao contraditório, razão pela qual estão presentes nos autos todos os elementos necessários do "quantum" da indenização mínima por dano moral devida à vítima. Para o juiz, deve ser considerado que o dano decorrente do delito é presumido:

[498] Nessas situações, geralmente o juiz deixa de fixar o dano moral sob o argumento de que o assunto já está sendo discutido no âmbito cível.

> De início, é importante apenas registrar que a situação vivida pelo ofendido causou lesão à sua esfera íntima, a ponto de merecer reparação por danos morais. Afora já estar consolidado que o dano decorrente da prática de delito é presumido ("*in re ipsa*"), não há como negar que uma pessoa que sofre ofensas à honra subjetiva e ameaças sofre lesão que extrapola o campo do mero aborrecimento. (Sentença, "Caso 176").

O juiz esclareceu que é razoável a fixação de indenização mínima em valor cujo pagamento não onere em demasia os réus, mas que também não se torne inexpressivo para a vítima, dada a situação financeira de todos, e que ao mesmo tempo possa proporcionar ao ofendido satisfações futuras, em contraposição à situação angustiante pela qual passou. Diante disso, indicou os critérios adotados para a fixação do valor do dano: a intensidade do sofrimento, a gravidade dos fatos e a extensão do dano. Todavia, além do fato de os réus terem sido representados por advogado particular, o que, de alguma forma, é expressão de condição econômica mais favorável se comparado à maioria da população, não há outros elementos concretos nos autos do processo sobre este aspecto. Para o juiz, entretanto, os elementos probatórios eram suficientes:

> Os autos revelam-se que o réu Marcos é policial civil aposentado, o que indica que ele possui uma boa situação financeira. Já o réu Marcelo declarou vendedor autônomo, o que faz presumir que a condição econômica dele é inferior. Por outro lado, a vítima afirmou trabalhar com panfletagem, o que constitui indicativo de que não possui condições financeiras reduzidas.
> A gravidade do fato se evidencia pelo fato de que os réus proferiram as ofensas e as ameaças perante várias pessoas, conforme evidenciado pela prova testemunhal, o que causou a exposição dela em público do local de trabalho dela. (Sentença, "Caso 176").

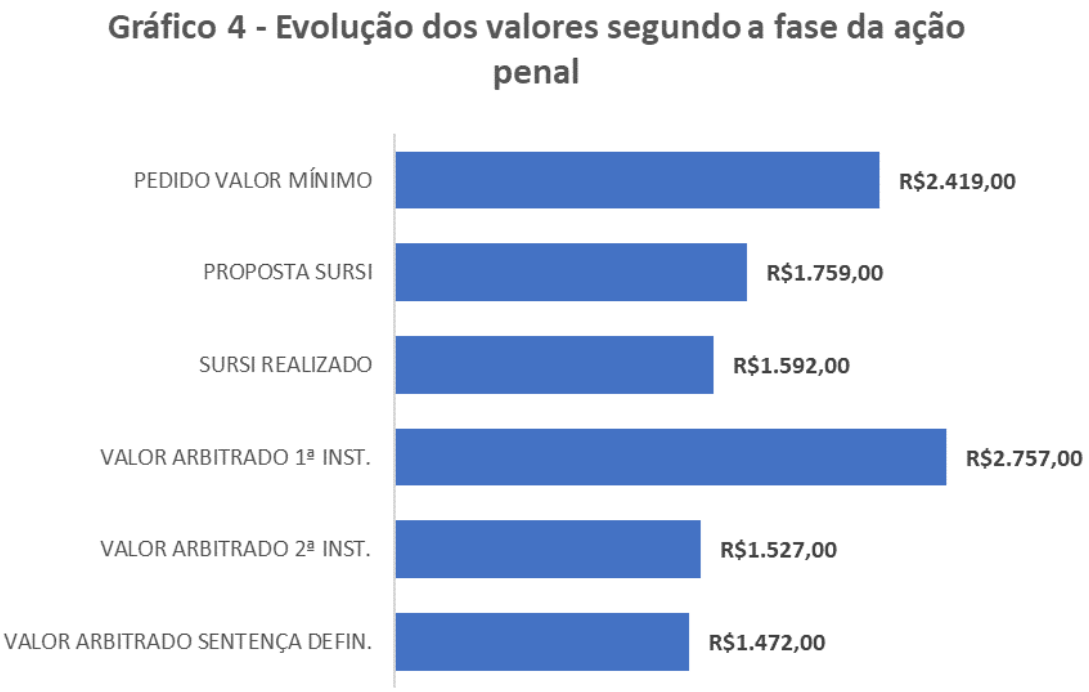
A questão racial, porém, sequer foi mencionada pelo juiz para a análise da gravidade dos fatos ou para a aferição da dor da vítima e, consequentemente, o dano decorrente da infração. Na verdade, a conotação racial, em si, parece ser irrelevante para o Judiciário na avaliação do dano moral sofrido pela vítima, Para os julgadores, basta a referência às fórmulas dogmáticas como dano moral "*in re ipsa"* e "honra subjetiva", de cuja ofensa se presume o dano. Ao final, o juiz condenou o policial civil aposentado em R$ 5.000,00 e o co-réu em R$ 2.500,00, valores que considerou suficientes para proporcionar à vítima algum tipo de compensação pelos danos experimentados, sem que isso implicasse em enriquecimento indevido. No julgamento do recurso de apelação, a 3ª Turma do TJDFT confirmou a sentença, nos termos do acórdão 1256343, de 04 de junho de 2020, de relatoria da Desembargadora Nilsoni de Freitas Custódio, que corroborou os parâmetros adotados pelo

juiz de primeira instância para fixar o dano moral e acrescentou outros aspectos sobre a circunstância dos fatos e a intensidade do dolo do agressor:

> Verifica-se, ainda, que o réu MARCOS, como policial civil, não deveria estar em um bar, ingerindo bebida alcóolica portando arma de fogo, porquanto é pessoa ciente das consequências que podem ocorrer de tal irresponsável conduta.
> Além disso, afere-se das provas dos autos a intensidade do dolo dos apelantes, que não satisfeitos em ter dirigido várias ofensas contra a vítima no bar onde ela acabara de fazer um lanche, enquanto eles ingeriam bebida alcóolica, ainda a perseguiram até a parada de ônibus e continuaram as agressões.
> Nesse momento, ainda se dirigiam para pessoas presentes ou para passantes, apontando para a vítima e, novamente, a chamando de bandido. Tanto que a testemunha Marília também gravou imagens e chegou mesmo a ser também intimidada pelos réus, estando demonstrada ainda maior repercussão das ofensas.
> Dessa forma, tenho que o valor fixado pelo d. Juízo de origem – em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para Marcos e R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para Marcelo, se revela adequado nesta esfera. Importa destacar que pela própria literalidade do texto legal, o montante ora estabelecido reflete o valor mínimo da indenização, de modo que a parte poderá buscar na esfera cível eventual complementação, caso não se conforme com o valor arbitrado. (Acórdão, "Caso 176").

A partir dos casos analisados, é possível afirmar que, mesmo quando a Justiça Penal reconhece o direito da vítima à indenização pelos danos morais, há uma tendência de minimização do sofrimento negro. Constatou-se que os órgãos de persecução penal (polícia e Ministério Público) são omissos na produção de elementos de provas e informações acerca da capacidade econômica das partes e das circunstâncias do caso concreto que possam influir na formação da convicção do julgador acerca da expressão monetária do dano moral. O juiz, por sua vez, se satisfaz com a informação da atividade ou profissão dos réus informadas nos termos de depoimento e, em geral, fixa o valor que o Ministério Público entende suficiente para reparar o sofrimento da vítima. Nesse cenário, a vítima (o corpo negro), a maior interessada na demanda, tem pouca ou nenhuma participação.

No Gráfico 4, percebe-se que a média de valor dos acordos de sursis realizados é similar ao valor definido na decisão condenatória definitiva. Então, na prática, o julgador adota o valor que o Ministério Público entende por suficiente para a reparação do dano.



Pelo que se depreende do funcionamento dessa Justiça Penal, apesar da criminalização do racismo, o sistema não foi pensado e estruturado para a responsabilização penal dos autores de crimes raciais, cujos agentes priorizam as medidas alternativas à pena criminal, com prevalência para a reparação cível e, mesmo assim, em valores meramente simbólicos.

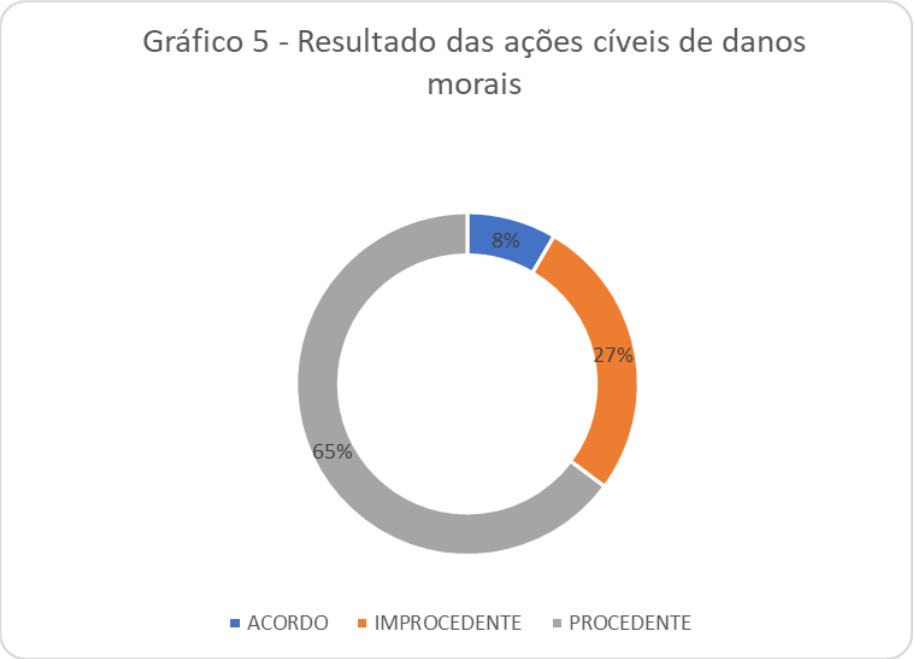
Nesse contexto, o sursis processual opera como um dispositivo de racialidade que blinda os ofensores da aplicação da pena privativa de liberdade e dos efeitos da condenação criminal, além de contribuir para manter o silêncio eloquente (ou o não-dito) do Judiciário sobre o mérito de grande parte das ofensas raciais, já que o juiz se restringe quase sempre à uma função homologatória. Nessa prática judiciária, o corpo negro fala geralmente por meio do promotor de justiça, quem, de fato, delimita os termos da ofensa e a expressão monetária do sofrimento negro que será homologada pelo juiz. Mesmo quando o processo prossegue para a fase de instrução e julgamento, a responsabilização penal dos agressores se esbarra nas fórmulas jurídicas que também dificultam a aplicação da pena privativa de liberdade e os efeitos de uma condenação criminal.

A forma como os procedimentos (sursis processual, sentença penal condenatória, e fixação, na sentença penal, do valor mínimo para a reparação do dano moral à vítima) são conduzidos indica que a estratégia de reparação civil atua como dispositivo de racialidade, não apenas pelos valores irrisórios definidos pelo Ministério Público e pelos juízes, como também pela padronização do dano moral por meio de parâmetros pré-definidos desde o oferecimento da denúncia, pouco importando as provas, as circunstâncias do caso concreto, a

participação da vítima no procedimento e a conotação racial da ofensa. Apesar disso, o cumprimento do ritual jurídico é necessário para dar legitimidade ao regime de verdade e validar a estratégia de persecução penal, sob o rótulo de combate ao racismo. Todavia, entre ditos e não-ditos, essa estratégia acaba reproduzindo o racismo no cotidiano do sistema de justiça criminal e afasta ou minimiza os efeitos penais da condenação criminal dos agressores.

6.4 O "negro-vítima" nas ações de reparação cível

A pesquisa logrou êxito em identificar 71 ações cíveis de reparação de danos no âmbito do TJDFT[499] relativas a pedidos de indenização por ofensas raciais que tramitaram nas varas cíveis (29 casos) e no juizado especial (42 casos) de Brasília, vinculadas ao TJDFT. De acordo com o Gráfico 5, as vítimas conseguiram indenização em 73% dos casos, entre acordos e decisões de mérito procedentes, demonstrando que a Justiça Cível brasiliense é bastante receptível aos pedidos de reparação de danos em casos de ofensas raciais.



Essa abertura do Judiciário para o reconhecimento do direito à reparação moral foi percebido tanto no julgamento da primeira instância quanto nos julgamentos colegiados das turmas recursais do Juizado Especial Cível e da segunda instância do TJDFT.

Observa-se na Tabela 2 que, das 45 ações que tiveram sentença procedente na primeira instância, apenas uma foi totalmente revertida em grau de recurso e nos demais a

[499] A amostra compreende 28 processos que foram identificados a partir das ações penais, portanto as partes são comuns, tendo a vítima ajuizado a ação cível autônoma para responsabilização civil pelas ofensas raciais.

reforma da sentença foi parcial para aumentar o valor da indenização (em um caso) ou para reduzi-la (em 7 casos).

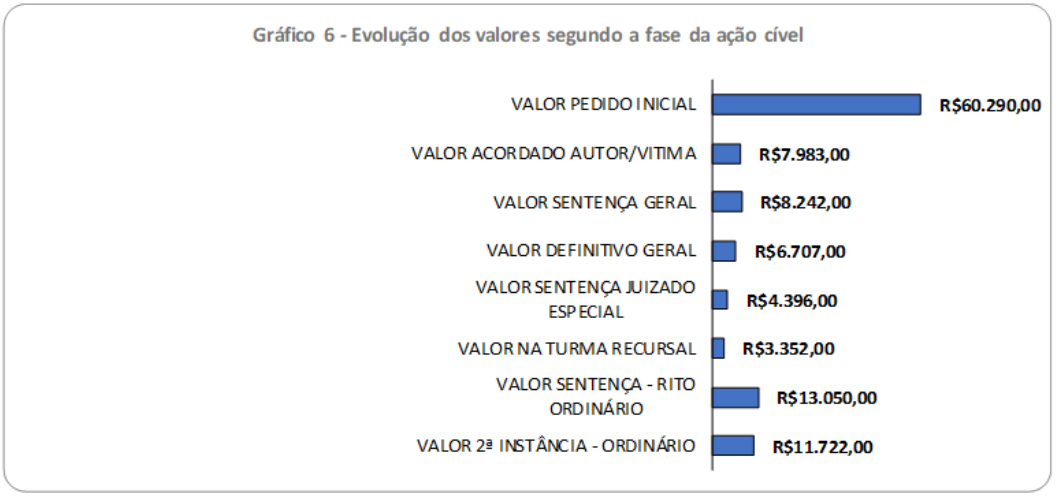
Por outro lado, das 20 ações em que o juiz de primeira instância julgou o pedido da vítima improcedente, dois casos foram revertidos na segunda instância para reconhecer o direito à reparação moral.

Tabela 2 - Recursos reparação de danos - cível

TIPO		PROCEDENTE	IMPROCEDENTE
1ª INSTÂNCIA		45	20
2ª INSTÂNCIA	SENTENÇA MANTIDA	27	14
	REFORMA TOTAL	1	2
	AUMENTOU VALOR	1	0
	REDUZIU VALOR	7	0
SEM RECURSO		9	4

Os dados evidenciam que não há divergência considerável na percepção das ofensas raciais e do direito à reparação moral por parte das instâncias da Justiça Cível brasiliense, e, diante do elevado percentual de êxito das ações, é possível afirmar que a esfera cível, de fato, tem sido um canal mais permeável à luta por reconhecimento da população negra, especialmente no que se refere à responsabilidade civil dos agressores.

Essa constatação ficou clara na valoração da expressão monetária do sofrimento da vítima ao longo das fases processuais, segundo a percepção dos atores do processo (as partes e o julgador), conforme ilustrado no Gráfico 6:



No processo civil, a vítima assume o protagonismo da luta por reparação moral. A ela cabe a iniciativa de procurar um advogado para levar sua demanda às instâncias judiciais. Embora seja possível que essas causas sejam patrocinadas pela Defensoria Pública,[500] os processos analisados foram conduzidos por advogados particulares ou pela própria vítima.[501] Portanto, cabe à vítima, que sofreu diretamente a ofensa, juntamente com seu advogado, valorar a dor causada pelo agressor e expressá-la em termos monetários na petição inicial.

Estando a vítima representada em juízo por advogado, essa valoração é influenciada pela percepção jurídica do causídico, que leva em consideração não apenas a dor e o sofrimento externados pela vítima, mas também aspectos jurídicos relacionados à expectativa de êxito da demanda, limites legais dos ritos processuais, o tempo de tramitação das causas, as custas judiciais e os ônus da sucumbência, os honorários advocatícios cobrados pelo êxito da causa, os valores praticados pelos Tribunais, entre outros.[502]Logo, na definição do valor do pedido indenizatório no Juizado Especial Cível, é possível que as partes indiquem valores menos expressivos para enquadrar nos limites do procedimento,[503]que possui um rito mais simples e célere. No procedimento comum, por sua vez, as causas seguem o rito ordinário e são julgadas pelas varas cíveis, situação em que, embora o procedimento seja mais complexo

[500] A qual tem atribuição constitucional de assistência aos necessitados na defesa de direitos individuais
[501] Em alguns casos que tramitam no juizado especial, pois até 20 salários-mínimos, a parte pode litigar sem advogado.
[502] Os juizados especiais, por exemplo, têm competência para julgar as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo. Além disso, nas causas de valor até 20 salários-mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado, e, nas de valor superior, a assistência é obrigatória.
[503] Até 40 salários-mínimos, porém se a vítima ajuizar a ação sem advogado esse valor é de até 20 vezes o salário mínimo.

e moroso, não há limite de valor da causa, podendo as partes demandar valores mais expressivos.

De todo modo, o pedido indicado na petição inicial da ação representa o valor que, no entender da vítima e de seu advogado, seria suficiente para compensar o constrangimento moral sofrido em razão da ofensa e, em certa medida, punir o agressor pela conduta ilícita. Na amostra analisada, considerando os processos ajuizados nos dois tipos de procedimentos (Juizado Especial Cível e procedimento comum), o valor médio indicado na petição inicial foi de R$ 60.290,00, que representa a expectativa de ganho na ação.

Entretanto, a expectativa está longe de ser alcançada, pois as expressões monetárias do dano moral valorada pelas vítimas são reduzidas substancialmente no avançar das fases processuais. Nos casos em que houve conciliação entre as partes, o valor médio da indenização foi de R$ 7.983,00. Nos processos que seguiram para a fase de instrução e julgamento e tiveram resultado favorável para a vítima, o valor médio definido pelos juízes na primeira instância foi de R$ 8.242,00, ao passo que o valor definitivo, com ou sem recurso, foi reduzido para R$ 6.717,00[504].

Se levarmos em consideração os valores médios segundo o tipo de procedimento, constata-se que os juízes dos Juizados Especiais tendem a valorar o sofrimento da vítima de forma menos expressiva, pois o valor médio na primeira instância foi de R$ 4.396,00 e na turma recursal foi de R$ 3.352,00, ao passo que no procedimento comum os valores são mais expressivos, pois os juízes de primeira instância fixaram um valor médio de indenização de R$ 13.050,00 e, na segunda instância, o valor médio ficou em R$ 11.722,00.

De qualquer maneira, percebe-se que os valores arbitrados pela Justiça Cível em acordo ou decisões de mérito supera, e muito, os valores arbitrados na Justiça Penal:

Tabela 3 - Comparativo valor médio - Cível e Penal

VALOR ARBITRADO	PENAL	CÍVEL
1ª INSTÂNCIA	R$2.757,00	R$8.242,00
SENTENÇA CONDENATÓRIA DEFINITIVA	R$1.472,00	R$6.707,00

A percepção dos juristas do século XIX ainda ecoa no Sistema de Justiça brasileiro, pois, apesar de todas as mudanças ocorridas ao longo do tempo, a Justiça Penal continua

[504] Para o cálculo desse valor médio, foram considerados os valores da indenização em todos os processos, incluindo os da vara comum/rito ordinário e do Juizado Especial Cível.

sendo um lugar de não-reconhecimento de direitos ou de subvalorização do sofrimento do corpo negro, mantendo a colonialidade do direito. Na Justiça Cível, a percepção dos julgadores quanto à ocorrência da ofensa e a sua expressão monetária tem sido mais favorável às vítimas, ao menos no que se refere à fixação da indenização por danos morais.

Entretanto, não é possível afirmar, com base na mera análise comparativa dos valores arbitrados, que, na luta antirracista, a responsabilização civil seja mais eficaz que a criminalização do racismo, o que, ademais, não é objeto desta pesquisa. As esferas cível e penal trabalham com lógicas processuais e pressupostos jurídicos distintos. Pode-se afirmar, inclusive, com base na categoria epistemológica adotada nesta tese, que as duas esferas judiciais possuem diferentes regimes de verdade.

Porém, quando a principal estratégia adotada pelos órgãos de persecução penal nos casos de racismo e injúria racial é a justiça negocial, com prevalência para a reparação dos danos em detrimento da responsabilização penal do agressor, a comparação é urgente e necessária, pois ficou evidente que há uma subvalorização do dano sofrido pela vítima na esfera penal. Além disso, quando há acordo de sursis processual as vítimas geralmente não ajuízam ação autônoma e, mesmo nos casos em que houve sentença penal condenatória, não há muitos registros de ações cíveis ajuizadas pelas vítimas. Assim, a questão da reparação cível nos casos de racismo e injúria racial acaba sendo definida basicamente na esfera penal, em valores simbólicos (inexpressivos). Essa característica agora é reforçada diante da constatação de que os valores arbitrados na Justiça Cível são bem mais elevados do que na Justiça Penal.

Se, em termos de expressão monetária, está comprovada a discrepância na valoração do sofrimento da vítima nas duas esferas judiciais, é necessário compreender quais as peculiaridades do regime de verdade judicial da Justiça Cível que fazem com que a ofensa racial e a responsabilização do agressor tenham sentidos e resultados diferentes da reparação cível.

A discussão sobre as funções da pena e as funções da responsabilidade civil está longe de ser pacífica na doutrina. Deixemos as controvérsias de lado, pois extrapola os propósitos desta pesquisa, para apresentar, de forma bem sucinta, os aspectos relevantes para a compreensão da reparação civil no contexto das ofensas raciais.

Enquanto no Direito Penal preponderam as funções retributiva e preventiva da pena, na responsabilidade civil, o foco está na reparação do dano. Os civilistas divergem sobre o assunto, mas geralmente se admite ao menos três funções. Na **função reparatória**, que está mais relacionada ao dano material ou patrimonial, busca-se recompor o estado anterior ao

cometimento do ato ilícito. Essa recomposição, na medida do possível, deve ser integral quanto aos danos passados e ainda compensar os danos futuros, quando, por exemplo, em virtude do ato ilícito, a vítima deixar de perceber frutos da sua atividade normal (deixa de lucrar) o que se convencionou chamar de lucros cessantes. Este tipo de função está mais relacionado ao dano material. A outra função é a **compensatória** e está relacionada ao chamado dano extrapatrimonial. Neste caso, como não é possível voltar ao estado anterior e apagar a dor, o sofrimento e demais distúrbios aos direitos de personalidade da vítima, utiliza-se a compensação econômica, na forma de indenização pecuniária, o que ocorre nos casos de dano moral. Há ainda a **função punitiva** que busca, através da indenização, punir o agressor pelo dano causado à vítima. Nesse ponto, a responsabilidade civil se aproxima das funções da pena criminal, diante do caráter de retribuição pelo mal causado. Essa proximidade, inclusive, alimenta a resistência de parte da doutrina civilista em aceitar a função punitiva da responsabilidade civil.

Entretanto, quando observamos o modelo brasileiro, percebe-se que essa proximidade é inevitável de ambos os lados. Sob a ótica do Direito Penal, a reparação do dano vem ganhando cada vez mais espaço, atuando como critério para diminuição da pena criminal em caso de arrependimento posterior,[505]como circunstância genérica que atenua a pena,[506]como critério para a suspensão da pena (sursis penal),[507]como requisito para o livramento condicional,[508]como critério para extinção da punibilidade em determinados crimes,[509] como critério para acordo de não persecução penal,[510]como efeito genérico da condenação criminal,[511] como item obrigatório da sentença penal condenatória,[512] como objetivo do Juizado Especial Criminal,[513]como condição para a sursis processual,[514]como objeto da composição cível para pôr fim à demanda no Juizado Especial Criminal,[515]entre outras possibilidades previstas na legislação penal. Soma-se a isso a noção de justiça penal negocial, na qual a celebração de acordo com o réu pressupõe, entre outros aspectos, a reparação dos danos causados à vítima, se houver.

---

[505] Art. 16, do Código Penal.
[506] Art. 65, inciso III, "b", do Código Penal.
[507] Art. 78, §2º, do Código Penal.
[508] Art. 83, IV, do Código Penal.
[509] A exemplo do peculato culposo (art. 312, §3º, do Código Penal) ou nos crimes materiais contra a ordem tributária, em que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, extingue a punibilidade.
[510] Art. 28-A, do Código de Processo Penal.
[511] Art. 91, inciso I, do Código Penal.
[512] Art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.
[513] Art. 62, da Lei 9.099/1995.
[514] Art. 89, §1o, inciso I, da Lei 9.099/1995.
[515] Art. 72 a 75, da Lei 9.099/1995.

Noutra perspectiva, embora o Direito Civil brasileiro não tenha adotado a Teoria dos *Punitive Damages,*[516]é cada vez mais comum a consideração do aspecto punitivo para a fixação do valor da indenização na responsabilidade civil.

Portanto, discutir se a função punitiva é inerente ao Direito Penal ou se é possível seu alargamento para o Direito Civil tem perdido relevância prática, pois os institutos se aproximam e o próprio ordenamento jurídico brasileiro vem adotando a reparação dos danos causados à vítima como um dos efeitos, senão um dos objetivos, do Direito Penal. Em muitos casos, como visto ao longo deste trabalho, a reparação civil acaba se resolvendo no âmbito da ação penal, a exemplo dos acordo de sursis processual e da fixação do valor da reparação do dano na sentença penal condenatória, situação em que geralmente a vítima sequer procura a esfera cível para rediscutir o dano moral.

Ocorre que, o uso do Direito Penal, como principal estratégia para a reparação civil, pode causar distorções como a constatada nos processos analisados nesta pesquisa, já que o autor da ação penal[517] tende a concentrar esforços na comprovação da materialidade e da autoria delitiva, cujo ônus probatório recai sobre a acusação, diante do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. A reparação do dano, no contexto da investigação criminal e da instrução processual é tratada como questão secundária e, consequentemente, reflete na subvalorização do dano causado à vítima pelo juiz criminal. Além disso, na sentença penal, o juiz não tem o compromisso de fixar o valor equivalente ao dano causado pela infração, mas tão somente o valor mínimo. A ideia dessa sistemática jurídica é deixar aberta a possibilidade do interessado, caso queira e tenha condições para tanto, provoque a Justiça Cível para executar o valor fixado na sentença penal condenatória ou para aumentar o valor da indenização, instruindo o processo com elementos probatórios necessários à fixação do valor que entende devido.

No Direito Civil, o dever de indenizar precisa atender alguns pressupostos, doutrinariamente chamados de elementos da responsabilidade civil, e está baseado nos artigos

---

[516] "Nos termos em que formulada, a doutrina do *Punitive Damages* informa que a reparação decorrente do dano moral deve alcançar duas finalidades: uma de compensar a ofensa causada à vítima, e outra de punir o autor da lesão, desestimulando-o, de modo a não mais praticar semelhante conduta lesiva e, ainda, servindo de exemplo à sociedade, a fim de que nenhum outro integrante se sinta encorajado a praticar conduta de mesmo jaez. Assim, por meio de um acréscimo econômico significativo no valor da reparação do dano moral, busca-se, além de satisfazer o sofrimento do lesado, punir o ofensor com o pagamento de elevada quantia pecuniária, dando à reparação nítido caráter punitivo-pedagógico." (Cavalieri Filho, 2023, p. 123).

[517] Ministério Público, em caso de ação penal pública, e a vítima, representada por advogado, em caso de ação penal privada.

186,[518]187,[519] 188,[520] 927[521] e seguintes, ambos do Código Civil brasileiro. Extrai-se desses dispositivos a necessidade de reunir ao menos três elementos: **conduta, dano e o nexo de causalidade** entre a conduta e o dano. O assunto comporta divergências entre os civilistas, mas, para fins deste trabalho, fiquemos com esses elementos tradicionais.

Assim, em regra, deve-se demonstrar a ocorrência de uma **conduta**, censurável pelo Direito por exceder o padrão de comportamento esperado dos agentes no convívio social. Nesse caso, a culpa em sentido estrito[522] integra o ato ilícito, que pode ser doloso ou culposo. A prática de um crime já comporta, em si, a ilicitude da conduta. Por isso, em caso de sentença condenatória, que reconhece a materialidade e a autoria delitiva, uma vez transitada em julgado, não se discute mais o elemento "conduta" já definida pela Justiça Penal. Diante disso, o Código de Processo Penal[523] dispõe que a vítima poderá ajuizar ação civil autônoma onde deverá comprovar apenas os demais elementos (dano e o nexo de causalidade), sem prejuízo, como visto anteriormente, de o juiz penal fixar o valor mínimo para a reparação do dano. Saliente-se que, diante da relativa independência entre as esferas cível e penal,[524]é possível que o agressor seja absolvido na esfera penal e ainda assim a vítima discuta a responsabilidade civil pela mesma conduta em ação cível autônoma, desde que o juiz penal não tenha reconhecido categoricamente a inexistência material do fato ou a negativa de

---

[518] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[519] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[520] Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

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

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

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

[521] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

[522] que abrange a conduta intencional (dolosa) e não intencional (culposa)

[523] Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

[524] Nesse sentido, estabelece o art. 935,do Código Civil:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

autoria.[525]De qualquer maneira, não é necessária a existência de ação penal e tampouco a sua conclusão, caso existente, para o ajuizamento da ação cível, embora seja possível ao juiz cível suspender a ação cível em algumas situações. A legislação processual[526] elenca ainda hipóteses em que é possível a ação cível apesar da ausência de responsabilização penal, como nos casos de arquivamento de inquérito, extinção da punibilidade ou quando a sentença absolutória decidir que o fato imputado não constitui crime.

O segundo elemento é o **dano**, que é a base da responsabilidade civil. A centralidade do dano é tão importante que o sistema brasileiro possibilita até mesmo a reparação do dano causado por um comportamento lícito em determinadas situações, ou seja, tanto o ato lícito quanto o ato ilícito podem gerar o dever de indenizar. O dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. Por dano patrimonial ou material, entende-se aquele em que há um interesse econômico inerente ao fato, sendo possível quantificar, em bases objetivas, a diminuição ou o obstáculo ao acréscimo patrimonial causado pela conduta. Já o dano extrapatrimonial ou imaterial não é economicamente visível e, por isso, é de difícil quantificação ou valoração monetária. São os chamados danos morais e estão relacionados a elementos subjetivos como o nome, a honra, a imagem e outros aspectos relacionados à personalidade e à existência do indivíduo.

Ao longo do tempo, a doutrina e a jurisprudência brasileira estabeleceram alguns parâmetros para o tratamento do dano moral. O entendimento corrente é que, para fins de responsabilidade civil, as ofensas morais devem ser relevantes, de modo que meros dissabores, transtornos e aborrecimentos do cotidiano não são passíveis de indenização. Outro aspecto importante é a dispensa de comprovação do dano em algumas situações, sob a fórmula do dogmática de dano "*in re ipsa"*, ou seja, dano presumido. É o caso da prática de crimes, pois, segundo a doutrina e a legislação penal, a condenação criminal, por si só, impõe o dever de reparar o dano e, em algumas situações, como nos crimes contra a honra, este é presumido, sendo desnecessário realizar instrução probatória nesse sentido, pois a ofensa racial, por si só, tem o condão de causar sofrimento, dor, constrangimento moral à vítima. Nessa ordem de ideias, o fato de, na injúria racial, o dano à vítima ser presumido, não afasta a necessidade de avaliar a extensão do dano, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto,[527]tais como o teor da ofensa, o meio utilizado, o ambiente em que a conduta foi

[525] É o que dispõe o art. 66, do Código de Processo Penal.
[526] Art. 64, do Código de Processo Penal.
[527] Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.
Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

praticada, entre outros aspectos. Isto porque a indenização mede-se pela extensão do dano, conforme disposto no artigo 944, do Código Civil, que deverá ser ponderada com a gravidade da conduta e as condições econômicas dos envolvidos para fins de fixação de um valor razoável.

O terceiro elemento da responsabilidade civil é o **nexo de causalidade** que consiste na relação de causa e efeito entre os dois elementos anteriores. Ressalvadas as nuances da responsabilidade objetiva, deve ser comprovada a ligação ou elo entre a conduta praticada pelo autor e o dano causado à vítima. Essa vinculação, entretanto, é bastante abrangente no Direito Civil, que admite a responsabilização de um terceiro alheio à causação do dano por previsão expressa no Código Civil.[528]Apesar da aparente simplicidade do tema, nem sempre é fácil para o Direito Civil resolver o nexo de causalidade, mas deixemos tais complexidades para outros estudos, pois, para o objetivo desta tese, parece clara a relação de causa e efeito entre a ofensa racial praticada pelo agressor e o dano moral presumido sofrido pela vítima.

Presentes os elementos supra, surge o dever de reparar o dano, sendo que a **indenização pecuniária** é a mais comum, embora não seja o único meio. Porém, mensurar quantitativamente o dano moral não é tarefa fácil, já que não há tarifação legal dos valores conforme a extensão do dano.[529]Para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro adotou um sistema aberto, em que o julgador tem mais liberdade para fixar o valor da indenização, o que, na prática, representa um grau maior de subjetividade do julgador. Para evitar excesso de subjetivismo e a fixação aleatória da indenização, o Superior Tribunal de Justiça[530] tem optado pelo arbitramento equitativo por meio do chamado sistema bifásico, em que primeiro se estabelece um valor básico para a indenização a partir de uma avaliação mais abstrata que leva em consideração o interesse em litígio e os precedentes judiciais sobre situações similares. Na segunda fase, a atenção se volta para as circunstâncias do caso concreto, de modo a fixar uma justa indenização. Todavia, é frequente a fixação aleatória e subjetiva da

---

[528] Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.
Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

[529] A jurisprudência brasileira afasta o sistema tarifário, a exemplo da Súmula 281 do STJ e ADPF 130/SFF. Recentemente o STF também afastou a tarifação do dano moral estabelecida pela reforma trabalhista. Para maiores informações, vide a ADI 5.870.

[530] Cita-se o REsp 1.332.366.

indenização por danos morais por parte dos juízes, conforme se observou nos processos analisados nesta pesquisa.

No Capítulo IV foi afirmado que a decisão judicial sobre a imputação feita ao réu, embora parta do mesmo conjunto de provas disponíveis, pode ter resultados diferentes segundo o tipo de demanda e as regras processuais aplicáveis.

Na dogmática processual penal, o ônus probatório do autor da ação penal é maior, devido à incidência dos princípios da presunção de inocência, do *in dubio pro reo*, do direito ao silêncio,[531]da imunidade à autoacusação,[532]entre outros, que refletem em fórmulas processuais muito mais rígidas. Por isso, o silêncio ou a revelia do réu não produz o mesmo efeito nos dois tipos de demandas (penal e cível). O jargão popular de que "quem cala consente" não combina com a dogmática processual penal. Daí porque o silêncio e até mesmo a revelia do réu não implicam assunção de culpa e o julgador não pode se valer disso para condenar o réu. A revelia do réu, inclusive, sequer autoriza o prosseguimento do processo.[533]Além disso, sob uma ótica de sistema acusatório, o protagonismo da atividade probatória é das partes (acusação e defesa), o que reduz a iniciativa do juiz na produção de provas e até mesmo na condução da prova oral (oitiva das partes e testemunhas). Toda essa rigidez processual tem de conviver com uma noção de "verdade" igualmente mais rígida, levando os juristas dogmáticos a defenderem uma espécie de "verdade material".

Em outro momento afastei a pretensão de "verdade material" "real" ou "absoluta" diante da limitação dos meios cognitivos disponíveis dentro e fora dos autos do processo. Da mesma forma, não faz sentido falar em "verdade formal" como contraponto a uma "verdade material". Isso não invalida a compreensão de que o regime de verdade do processo penal exige um compromisso com uma verdade factual muito maior do que nos demais ramos do Direito. Assim, a persuasão racional ou o livre convencimento motivado do juiz está limitado pela necessidade de um conjunto probatório mais robusto acerca da materialidade e da autoria delitiva. E não será diferente em relação à fixação do valor mínimo para a condenação, pois esta pressupõe a definição prévia da culpa do réu. Embora o juiz não esteja obrigado a exaurir a análise da extensão do dano causado pela infração na sentença condenatória, já que a vítima poderá rediscuti-lo na esfera cível, para se chegar ao valor mínimo para a reparação o juiz

---

[531] Art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".
[532] Direito de não ser compelido a produzir prova contra si mesmo.
[533] O qual, em regra, deve ficar suspenso, conforme art. 366, do Código de Processo Penal:
Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

precisa cumprir um passo anterior, decidindo sobre a existência do crime e da culpa do réu, com todas as limitações cognitivas supramencionadas. E nem sempre isso é possível, como visto anteriormente, seja pelo alto índice de sursis processual, que impede o juiz de analisar o mérito, seja pela precariedade da instrução probatória ou pelo uso recorrente de escusas dogmáticas que levam a um alto índice de absolvições.

A dogmática processual civil, por sua vez, é mais flexível neste aspecto, especialmente quando se discute direitos patrimoniais disponíveis, como ocorre nas ações de reparação de danos morais. Por isso, no processo civil, prevalece a opção por uma justiça negocial, privilegiando a liberdade e a autonomia das partes em detrimento da busca da verdade factual. Além disso, o silêncio e a revelia[534] ou a ausência de impugnação específica das alegações do autor da ação[535] podem atrair a presunção de veracidade das alegações e o processo terá seu curso normal rumo à sentença de mérito.[536]O ônus probatório é distribuído igualitariamente entre as partes,[537]embora a legislação processual civil admita sua inversão em determinadas situações,[538]a distribuição dinâmica segundo as peculiaridade do caso concreto[539] e até mesmo a negociação entre as partes sobre a atividade probatória.[540]A partir dessas noções básicas, é possível concluir que a busca da verdade no processo civil e,

---

[534] Segundo o art. 344, do Código de Processo Civil:
Art. 344 "Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor."
[535] Nesse sentido, dispõe o art. 341, do Código de Processo Civil:
Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:
I - não for admissível, a seu respeito, a confissão;
II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;
III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.
Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.
[536] Segundo disposto no art. 346, do Código de Processo Civil:
Art. 346. Os prazos contra o revel que não tenha patrono nos autos fluirão da data de publicação do ato decisório no órgão oficial.
Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.
[537] O caput do art. 373,do Código de Processo Civil, assim determina:
Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
[538] como ocorre nas demandas consumeristas, por exemplo.
[539] Esta é a regra do §1º, do art. 373, do Código de Processo Civil:
§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
[540] É a regra do §2º, do art. 373, do Código de Processo Civil:
§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:
I - recair sobre direito indisponível da parte;
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

consequentemente, o compromisso com o predicado "verdadeiro" ou "falso" é muito menor se comparado ao processo penal, podendo levar ao reconhecimento de uma verdade factual que foi colocada no "verdadeiro" por razões meramente processuais, sem que tenha sido suficientemente provada, o que levou à construção da ideia de "verdade formal" em contraponto à "verdade material" ainda presente na dogmática jurídica.

Resta saber se e em que medida a racialidade atravessa esses regimes de verdade, apesar das diferenças procedimentais. A análise de como os elementos da responsabilidade civil são manipulados pelas partes e apreendidos pelo julgador nas ações cíveis de reparação de danos que têm as mesmas partes (agressor e vítima) das ações penais analisadas anteriormente pode ser um caminho útil para compreender a percepção das ofensas raciais e o sentido da reparação dos danos pela Justiça Cível brasiliense, que, como visto, tem sido mais favorável às vítimas quanto ao valor das indenizações, muito embora, na maioria dos casos, o acervo probatório tenha sido basicamente o mesmo nas duas esferas judiciais.

Entre os processos analisados está o **"caso do Cine Cultura, no *Libert Mall*".**[541]O caso ganhou destaque na Justiça Cível brasiliense, a exemplo do que ocorreu na esfera penal, o que levou ao arbitramento de indenização em patamar muito superior ao padrão decisório dos julgadores nesse tipo de demanda. A vítima foi representada em juízo pela mesma advogada que atuou na ação penal como assistente da acusação, o que demonstra a importância de a vítima estar bem amparada juridicamente para buscar seus direitos, pois a atuação do Ministério Público, como salientado anteriormente, se concentra nos aspectos penais e, mesmo quando adota a reparação de danos como principal estratégia para a solução negociada dos conflitos, os promotores de justiça buscam valores simbólicos para a reparação dos danos.

A ação iniciou em 03 de julho de 2012, no mês seguinte ao ajuizamento da ação penal. Enquanto na ação penal o promotor de justiça pleiteou uma indenização de R$ 10.000,00 como valor mínimo para a reparação dos danos, a petição inicial da ação civil autônoma indicou o valor de R$ 500.000,00, que, na percepção da vítima e de sua advogada, seria suficiente em face de todo sofrimento causado à vítima.

Na petição inicial, a advogada narrou os fatos e lembrou o histórico de agressões do médico psicanalista contra outras vítimas, inclusive um fato anterior de injúria racial, salientando ainda a gravidade da conduta, não apenas pelo contexto do racismo, mas também pela atuação profissional e pela bagagem teórica do agressor, que era reconhecido

[541] **Caso 6 -** cuja ação de reparação de danos foi processada na 12ª Vara Cível de Brasília, sob o número 0028168-23.2012.8.07.0001.

internacionalmente. Citou ainda a ampla repercussão do caso, que teria contribuído para arranhar a imagem da vítima perante várias pessoas e toda a comunidade brasileira, tendo em vista que o caso repercutiu na imprensa nacional e nas redes sociais de comunicação e causou danos imensuráveis à sua honra e dignidade, afetando, desse modo, o que há de mais importante em seu íntimo, seu amor-próprio, em face de todo vexame, humilhação, vergonha causada pelos atos racistas do agressor.

Diante disso, enquadrou os fatos nos elementos da responsabilidade civil, destacando a ofensa à "dignidade da pessoa humana" e à "honra" da vítima, capaz de caracterizar "dano moral" passível de indenização segundo previsto na Constituição Federal[542] e no Código Civil, razão pela qual pleiteou uma justa compensação que servisse também para desestimular o agressor de possível reiteração de conduta ilícita, já que não se tinha notícia de que havia sido responsabilizado pelas condutas dessa natureza praticadas anteriormente. A petição inicial enfatizou a boa condição financeira e social do agressor, asseverando que a finalidade da sanção pecuniária é a de "compensar e punir", de forma a desestimular a reincidência. Entre os pedidos, foi requerida uma providência cautelar, a título de antecipação de tutela, para bloquear valores do agressor e garantir o pagamento futuro da indenização. Para provar o alegado, a vítima juntou os documentos que faziam parte do inquérito policial e da ação penal, incluindo as diversas reportagens e provas da repercussão do caso nos meios de comunicação social e na internet. Por fim, indicou como testemunhas as mesmas ouvidas na ação penal e requereu os benefícios da justiça gratuita.

Ao receber a petição inicial, a juíza concedeu os benefícios da gratuidade de justiça à vítima e indeferiu o pedido de antecipação de tutela, sob o argumento de que o pedido se confundia com o mérito. A gratuidade de justiça foi impugnada pelo agressor, que também interpôs recurso de apelação perante o TJDFT, porém não obteve sucesso.

Citado para responder a ação, o agressor apresentou contestação e, adotando a mesma estratégia da ação penal, negou os fatos e tentou colocar a vítima como culpada, ao mesmo tempo em que se apresentava como amigo dos "afrodescendentes". E ainda, apesar dos traços negróides da vítima, afirmou que ela "não é negra", "é morena clara de cabelos

---

[542] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
(...)
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

lisos, e não demonstrando ser negra" e que não foi comprovado, por "atestado médico" a "instabilidade emocional de tristeza, angústia e abalo psicológico, que teria sofrido". E, para reduzir o valor de eventual condenação, o médico, que se colocava desde o início dos fatos como um renomado profissional, passou a se apresentar como "um humilde Médico, pobre, trabalhador", que "possui uma Clínica Médica, sustentada praticamente por seus familiares que ali trabalham". Por fim, afirmou que a vítima não desincumbiu do ônus de provar os elementos da responsabilidade civil, bem como não comprovou os danos sofridos e que "há uma grande preocupação dos Tribunais em não permitir exageros na fixação do quantum do dano moral".

Como estratégia para inverter o polo da relação processual, além de pedir a aplicação de multa por litigância de má fé contra a vítima, por supostamente alterar a verdade dos fatos e pleitear em juízo sem fundamentos, o agressor ainda ajuizou um pedido de reconvenção contra a vítima, que equivale a uma ação autônoma, pleiteando indenização por danos morais para amenizar os contratempos aos quais fora submetido em razão das atitudes da vítima. Assim, destacando o aspecto "punitivo" da responsabilidade civil e que a "reparação deve ser efetiva, e não simbólica," requereu a indenização no importe de R$ 501.000,00, "valor este equitativo e proporcional ao valor pleiteado pela mesma". Para provar o alegado, o agressor juntou as mesmas fotografias, documentos da ação penal e também indicou as mesmas testemunhas de defesa. E, para escapar das custas do processo e reforçar sua suposta miserabilidade, requereu os benefícios da justiça gratuita.

A vítima impugnou a contestação e rebateu a reconvenção, reiterando os termos da inicial e destacando o absurdo da estratégia de vitimização do agressor, criticando o fato de que "o culpado comete o erro e o inocente que deve responder".

Para a análise do pedido de justiça gratuita do agressor, a juíza requereu a juntada dos comprovantes de rendimento, tendo este juntado cópia das três últimas declarações de imposto de renda, informando que sua renda mensal era menor que o valor de dois salários-mínimos, que não possuía renda e que trabalhava apenas em seu pequeno consultório. Diante de tais documentos, foi deferida a justiça gratuita e o renomado médico psicanalista passou a litigar no processo na condição de "pobre no sentido legal", com isenção das custas e outros encargos decorrentes da sucumbência.

Antes da audiência de instrução e julgamento, designada para o dia 11 de setembro de 2013, o agressor juntou aos autos da ação cível a cópia da primeira sentença criminal, de 20 de Agosto de 2013, que o absolveu do crime de racismo e desclassificou a injúria racial para injúria simples. Por isso, a agressor requereu a suspensão da ação cível até o julgamento

definitivo da ação penal, com base no artigo 64 do Código de Processo Penal, [543]o que foi indeferido pela juíza por entender que a suspensão é mera faculdade do julgador. Insatisfeito, o agressor interpôs mais um recurso, agora de Agravo de Instrumento, que também não prosperou.

A audiência de instrução ocorreu normalmente e, diante da impossibilidade de conciliação entre as partes, passou-se à produção da prova oral, ouvindo-se as partes e as testemunhas, as quais repetiram basicamente o teor das declarações prestadas na esfera penal.

A sentença foi prolatada em 27 de junho de 2014. Diante das mesmas provas e documentos apresentados na ação penal e já de posse da primeira sentença penal citada acima, a juíza Monize da Silva Freitas Marques começou sua fundamentação destacando seu entendimento sobre os elementos da responsabilidade civil e da finalidade da reparação de danos, que não objetiva um ressarcimento, mas sim uma compensação pelo sofrimento experimentado, satisfação da vítima e penalidade ao causador e prossegue citando as declarações das testemunhas confirmatórias da versão da vítima. Para a julgadora, ainda que não se considerasse a hipótese de que o agressor tenha sido preconceituoso ou proferido palavras em tom racista, a forma grosseira e exaltada com que se dirigiu à vítima, por si só, é suficiente para impingir constrangimento, porque ofensas e gritos não são a forma mais adequada de se relacionar em comunidade. Ressaltou que o teor das declarações do agressor e sua finalidade intimidatória são relevantes para se fixar o quantum devido a título de compensação.

Com isso, a juíza acabou deslocando a questão central da ofensa (a conotação racial) para o contexto da mera ofensa à honra da vítima, a exemplo do que também fizera o juiz penal. A estratégia discursiva, nesse aspecto, faz parte do padrão decisório das questões raciais, independentemente da esfera judicial (penal ou civil). Há uma espécie de interdição do discurso racial, como se fosse proibido falar em racismo, mesmo quando se reconhece a inadequação do comportamento do agressor contra o corpo negro. Para tanto, os julgadores se valem das fórmulas dogmáticas universalizantes e, com isso, se desonera de ter de falar em raça, racismo, escravidão e, claro, não precisa se despojar do véu da branquidade.

Esse é o roteiro da sentença cível no caso analisado, em que a juíza, após definir a verdade factual (ofensas, gritos e declarações intimidatórias proferidas pelo agressor) passou para os elementos da responsabilidade civil, a base legal e a jurisprudência relacionada ao

---

[543] Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.
Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

"ato ilícito" em que a verdade jurídica é reduzida à categoria do "dano moral" decorrente da ofensa à "honra subjetiva" da vítima, ao passo que a questão racial, de forma secundária, seria um aspecto a ser considerado na fase posterior, da fixação do dano:

> O fato é que não há controvérsia a respeito do desentendimento ocorrido entre a autora e o réu. Pelo que se percebe, neste momento, o demandado se dirigiu à demandante em um tom provocativo, irônico, em voz alta e na presença de diversas pessoas. Foi esse comportamento do réu que fez surgir o sentimento de indignação daqueles que presenciaram o desentendimento, fez também surgir na autora o sentimento de menosprezo, de humilhação e de dor que representam o dano a ser compensado. Faz-se necessário frisar que as insinuações relativas à ascendência da demandante conferem maior grau de reprovação à conduta do réu, razão pela qual serão considerados no momento da fixação do quantum para a compensação. (Sentença, "Caso 6", Cível).

Na fixação da indenização, por sua vez, a conotação racial aparece de forma sutil. Para a julgadora, os fatos causaram transtornos à vítima como "causariam a qualquer cidadão de bem" e afirma que:

> A grande repercussão na mídia sugere o sentimento de indignação coletiva em face da conduta abusiva do réu. A forma como destratou a autora demonstra um sentimento intrínseco de superioridade, não somente em relação à cor da pele, mas também em face da sua condição social. Tal comportamento é altamente reprovável, notadamente nos dias de hoje, em que o ordenamento jurídico é visto à luz dos direitos humanos. (Sentença, "Caso 6", Cível).

Da referência aos direitos humanos à fixação concreta da indenização, o que aparece como relevante no argumento da julgadora são os aspectos jurídicos analisados em todos os casos de dano moral. Por isso destacou o fato de a ofensa ter ocorrido na presença de várias pessoas, o abalo psicológico da vítima, a grande repercussão dos fatos e o histórico de agressões do réu. Quanto à capacidade econômica do réu, a juíza considerou a declaração de bens juntada por ele mesmo para comprovar a gratuidade de justiça, onde constava ser proprietário de uma chácara, além do consultório médico. Com tais argumentos, a juiz entendeu que o valor de R$ 50.000,00 seria suficiente para indenizar a vítima, "importância esta plenamente suportável pelo réu e suficiente para trazer algum conforto e compensação à demandante, uma vez que o objetivo desta indenização não é traduzir-se em aquisição de vantagens e sim ser capaz, também, de representar uma pena ao réu." A propósito, o fato de o réu ter pleiteado o mesmo valor contra a vítima na reconvenção, o que equivalia à sua concordância quanto à expressão monetária do dano em situação similar, sequer foi

considerado pela magistrada. Como consequência da procedência da ação principal, os contra-ataques do agressor não tiveram êxito, tendo sido indeferido o pedido de reconvenção.

Inconformado, o agressor interpôs apelação, na qual, além de reiterar os argumentos anteriores, sustentou o fato de que a segunda sentença criminal, de 04 de junho de 2014, que havia extinguido a punibilidade pela decadência, deveria ter sido levada em consideração no juízo cível, reiterando a necessidade de suspensão do processo.

Ao julgar a apelação, a 5ª Turma Cível do TJDFT, no acórdão de 02 de Setembro de 2015, de relatoria do Desembargador Sebastião Coelho ressaltou que há correlação entre os argumentos adotados na sentença cível com aqueles sustentados na sentença penal, na medida em que o agressor não havia sido absolvido, e, com a posterior reforma da sentença penal pela segunda instância, ficou estabelecida a prática de injúria racial qualificada. Portanto, estando a materialidade e autoria reconhecida na esfera criminal, estaria demonstrada a conduta do agressor capaz de violar o direito de personalidade da vítima. Mesmo assim, o relator prossegue referenciando as provas orais e documentais que respaldam a versão da vítima e o contexto das ofensas, para, então, afirmar a presença dos elementos da responsabilidade civil.

Além de acompanhar os argumentos da sentença, o relator aprofundou a análise da questão racial, da seguinte forma:

> A postura agressiva do apelante/réu que, aborrecido com uma situação cotidiana desferiu palavras desrespeitosa contra a apelada/autora com a intenção de desvalorizá-la em decorrência da cor da sua pele e características físicas, é inadmissível e completamente reprovável no atual Estado Democrático de Direitos que vivenciamos. A conduta ora impugnada deve ser analisada no contexto do campo complexo das relações entre negros e brancos estabelecidas em nosso país, em que a cor da pele é usada para discriminar e negar oportunidades aos negros.
> O preconceito racial deve ser entendido como uma ideologia que preconiza a hierarquização dos grupos humanos em função de sua cor, raça ou etnia, atribuindo a determinada categoria características que inferiorizam, conforme destacado na obra Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no brasil: uma breve discussão, de Nilma Lino Gomes:
> (...) (Acórdão, “Caso 6”, Cível).

Após longa citação de trecho de estudo sobre relações raciais, o desembargador aborda a necessidade de enfrentamento do problema racial:

> Assim, verifica-se que as desigualdades raciais no Brasil, objeto de diversos estudos, estatísticas e políticas de inclusão, constituem fenômeno complexo e desafiador para os governantes e sociedade. O enfrentamento deste panorama depende de políticas públicas que demandam a atuação conjunta do governo, sociedade e Poder Judiciário, que possui as ferramentas necessárias à punição

> dos crimes envolvendo preconceito racial, bem como a reparação civil de ilícitos decorrentes de preconceito ou discriminação. (Acórdão, "Caso 6", Cível)

O desembargador cita a Lei Afonso Arinos e a criminalização que sobreveio com a Constituição Federal de 1988, a Lei Caó e as alterações do Código Penal sobre a injúria racial, afirmando que o Poder Judiciário deve combater ativamente essa crença que embasa o preconceito racial que permeia nosso país, de que características físicas, culturais e morais de um dado grupo o colocam em uma situação de inferioridade, criando uma hierarquização. Exatamente isso que os julgadores entenderam que aconteceu no **"caso do Cine Cultura, no *Libert Mall***", concluindo, em decisão unânime, pelas peculiaridades da situação, que estão presente a tríplice finalidade do dano moral: compensatória, punitiva e preventiva. Assim referendou o valor indenizatório fixado na sentença de primeira instância, acrescentando os seguintes critérios: a ofensa em local público, o fato de o réu ter se colocado em posição de superioridade, o sofrimento suportado pela vítima, a repercussão social e a "conduta reprovável do agressor que, sendo profissional da área médica - psiquiatra - que lida com os mais variados traumas, distúrbios e preconceitos, deveria ser exemplo moral de conduta e não disseminador de preconceito racial".

O agressor interpôs recurso especial, que não foi admitido no TJDFT, desafiando Agravo em Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça, onde o recurso não foi conhecido, de modo que a Corte Superior não analisou o mérito da decisão, mantendo a sentença condenatória ratificada na segunda instância, que se tornou definitiva em 02 de março de 2016, iniciando, a partir daí, o martírio da vítima para recebimento do valor da indenização. Ao fazer o pedido de tutela antecipada para bloquear valores da condenação no início da demanda, a advogada da vítima estava prevendo as dificuldades para o cumprimento de sentença, o que de fato ocorreu, pois o agressor se esquivou o quanto pôde para pagar a indenização, cuja sentença foi integralmente cumprida apenas no início de 2021, quase 10 anos após a ocorrência das ofensas.

O **caso do sudanês Abdelteff"**[544] não teve o mesmo desfecho. Na análise da reparação de danos na esfera penal, destaquei esse processo pelo fato de o juiz, na sentença proferida em 22 de julho de 2019, embora não tenha adentrado nas questões raciais, ter feito um razoável esforço argumentativo e aprofundando nas circunstâncias em que ocorreram a

[544] **Caso 20** - cuja ação foi processada sob o nº 0702968-42.2018.8.07.0007, perante o 1º Juizado Especial Cível de Taguatinga.

ofensa racial, para fixar a indenização no valor de R$ 5.000,00, patamar acima do padrão observado nas ações penais.

Sem advogado e sem apresentar qualquer documento sobre o ocorrido, nem ao menos a cópia do boletim de ocorrência, a vítima ajuizou ação cível em 07 de março de 2018, no juizado especial, pleiteando o valor de R$ 9.000.00 de cada agressor. A petição foi assinada pela própria vítima, provavelmente sob o auxílio de algum servidor do juizado, como geralmente ocorre em situações como estas, em que a vítima não tem condições de contratar advogado. Em petição de três páginas, a vítima narrou os fatos, indicou o número do boletim de ocorrência e a expressão monetária correspondente à sua percepção acerca dos danos sofridos. Após o início da ação, a vítima solicitou apoio do Núcleo de Prática Jurídicas de uma faculdade particular, que passou a atuar no processo.

As partes não fizeram acordo na ação cível, passando-se para a instrução probatória. O policial aposentado contestou a ação, por meio de advogado particular, negando os fatos e sustentando a ausência de provas e, apenas eventualmente, em caso de procedência, requereu que o valor fosse fixado em R$ 1.000,00. O segundo réu não compareceu e não apresentou contestação. Embora a juíza tenha intimado as partes para a indicação de testemunhas, todos ficaram inertes, inclusive a vítima, a qual, além de não ter juntado nenhuma prova documental do ocorrido, também não indicou o rol de testemunhas.

Diante disso, o juiz proferiu a sentença, em 24 de julho de 2018, e, mesmo com a revelia de um dos réus, afastou a presunção de veracidade dos fatos tendo em vista que o segundo o réu apresentou contestação. Em face da completa ausência de provas, a juíza entendeu que a vítima não se desincumbiu do ônus que lhe competia de provar sua versão, razão pela qual julgou improcedente a ação. A advogada do Núcleo de Prática Jurídica da faculdade particular, apesar de ter participado da audiência preliminar da ação penal e, portanto, conhecer da tramitação e das provas ali existentes, não adotou nenhuma medida para a instrução probatória. Além disso, interpôs recurso contra a sentença, o qual sequer foi conhecido, diante da desconformidade do recurso com as regras processuais.

O caso do sudanês exemplifica bem as dificuldades do corpo negro para o acesso à Justiça Cível, pois, mesmo quando possível demandar sem advogado no Juizado Especial Cível, o que se percebe é a ausência de suporte jurídico para a instrução da causa, sendo incapaz de levar ao juiz de direito os elementos de convicção necessários para a comprovação das suas alegações. Nesse caso, a atuação do Ministério Público na ação penal acabou sendo a

única via para a obtenção da indenização, cuja ação foi julgada dois anos após o desfecho desfavorável da ação cível[545].

Em sentido oposto, no "**caso do Embarque da Latam"**[546]o juiz penal deixou de fixar o valor mínimo para a reparação dos danos, apesar da razoável instrução probatória nesse sentido, pois entendeu que o acordo firmado na ação cível impedia a apreciação na esfera penal.

A vítima ajuizou ação de reparação de danos em 20 de junho de 2018, na Justiça Cível, onde foi representada por advogado particular, o qual também atuou como assistente da acusação na ação penal. A parte autora pleiteou a indenização no valor de R$ 45.000,00, narrando os fatos conforme as declarações do auto de prisão em flagrante, assinalado a presença dos elementos da responsabilidade civil e, para a fixação dos danos, enfatizou a boa condição econômica agressor, que era empresário do ramo de combustível e loteamento e tinha renda declarada de R$ 50.000,00 mensais. Então, considerando as condições econômicas e sociais do agressor, a gravidade da falta cometida, especialmente pelas ofensas terem sido proferidas em ambiente de grande publicidade, e, finalmente, as condições da vítima, entendeu que o montante requerido era justo e suficiente para a reparação dos danos, posto que o agressor agiu com abuso de direito, em face do seu poderio econômico, injuriando a vítima em seu local de trabalho, na frente de colegas e da tripulação que embarcava naquele voo, além de outras pessoas que aguardavam seu voo. Além da prova documental extraída dos autos da ação penal, foi requerida a oitiva das mesmas testemunhas indicadas ouvidas na esfera penal.

O agressor contestou a ação, requerendo a suspensão do processo até a conclusão da ação penal. No mérito, negou os fatos e, quanto aos elementos da responsabilidade civil, enfatizou que a vítima não descreveu qualquer sofrimento moral, bem como que o fato não passou de situação cotidiana desconfortável. Em caso de procedência dos pedidos autorais, afirmou que o valor indenizatório deveria ser reduzido, visando impedir o enriquecimento ilícito da parte contrária e o combate à "indústria do dano moral". Apesar de ter declarado perante a autoridade policial que possuía renda mensal de R$ 50.000,00 e da sua condição de empresário, requereu os benefícios da gratuidade de justiça. O advogado da vítima, por sua vez, impugnou as alegações da contestação e juntou aos autos cópia da sentença penal na qual o réu havia sido condenado por conduta similar, tudo para fornecer elementos para a formação

---

[545] Na Justiça Penal, foi fixado o valor de R$ 2.000,00 para reparação dos danos.

[546] **Caso 23** - cuja ação foi processada sob o nº 0717024-98.2018.8.07.0001, que tramitou perante a 14ª Vara Cível de Brasília.

da convicção do julgador, bem como requereu a oitiva das testemunhas ouvidas na esfera penal e juntou vídeo com o depoimento do policial condutor do flagrante. Em 10 de setembro de 2019, na audiência de instrução e julgamento, as partes realizaram acordo, por meio do qual o agressor se comprometeu a pagar a importância de R$ 13.000,00 para pôr fim à demanda.

Na mesma linha do **"caso do Cine Cultura, no *Libert Mall",*** o processo acima demonstra o peso de uma adequada assistência jurídica à vítima para êxito da ação. Em ambos os processos, os advogados tiveram participação ativa como assistentes da acusação na ação penal e ainda instruíram os autos da ação cível com elementos probatórios e alegações necessários para a comprovação da versão da vítima.

O sudanês, entretanto, não teve a mesma sorte e provavelmente a maioria das vítimas enfrentam dificuldades semelhantes para a instrução processual, já que os juízes, se não provocados por elementos probatórios robustos, tendem a replicar o padrão decisório, sobretudo no que se refere fixação do valor da indenização, como ocorreu no "**Caso do Condomínio Acqua Village, de Águas Claras"**.[547]Na ação, ajuizada em 30 de julho de 2019, a vítima, acompanhada por advogado particular, pleiteou o valor de R$ 10.000,00, que entendeu ser suficiente para reparar os danos causados pelas ofensas raciais. Para tanto, indicou uma das testemunhas presenciais que foi ouvida na ação penal, juntou o boletim de ocorrência e o vídeo com as imagens do condomínio. O agressor, que, diante da dificuldade de ser localizado acabou sendo citado por edital, não compareceu para responder aos termos da ação nem designou advogado, e, por isso, sua defesa foi feita pela Defensoria Pública por negativa geral.

Apesar do não comparecimento da única testemunha indicada pela vítima, a juíza proferiu sentença em 03 de março de 2021, entendendo que vídeo apresentado e as declarações dos envolvidos e da testemunha constantes no boletim de ocorrência, comprovam a prática de atos ofensivos à "honra subjetiva". E, sem adentrar na conotação racial da conduta, afirmou que restou configurada a prática de ato ilícito, capaz de gerar o dever de indenizar, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002 e, após citar precedentes judiciais nesse sentido, concluiu que:

> Por consequência, caracterizada a ocorrência do dano moral, impõe-se a condenação da parte ré, em pecúnia, como forma de reparação do abalo por

[547] **Caso 27** - que foi objeto da ação cível 0709839-15.2019.8.07.0020, que tramitou na 3ª Vara Cível de Águas Claras

> ela provocado, sem caracterizar, contudo, enriquecimento sem causa da parte autora, por afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.
> Assentadas tais premissas, considerando o nível da gravidade ocorrida, a sua extensão (as ofensas foram proferidas no ambiente de trabalho do autor e presenciadas por outras pessoas), a capacidade econômica das partes, a natureza do constrangimento sofrido e a finalidade punitivo-pedagógica da indenização, arbitro o quantum indenizatório no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). (Sentença, "Caso 27", Cível)

A produção da verdade no processo cível, como dito anteriormente, possui regras menos rígidas, podendo inclusive colocar uma versão "no verdadeiro" sem que os autos estejam instruídos com provas robustas do ocorrido, como ocorreu no "**Caso do Condomínio Acqua Village, de Águas Claras"**, em que o réu sequer compareceu para contestar a ação.

Pelo que se apurou nesta pesquisa, a maioria dos processos nos quais se reconheceu o dever de indenizar a vítima, especialmente quando inexistente prévia condenação penal, o julgador se limitou a afirmar que, no seu entender, o valor arbitrado é suficiente para a reparação do dano, o que demonstra a alta carga de subjetividade no arbitramento do dano moral. A despreocupação com a fundamentação é ainda maior quando a causa se processa perante o Juizado Especial Cível, onde prevalece a simplicidade e a informalidade.

Ter uma sentença favorável nessas circunstâncias pode ser também um ato de sorte. No "**Caso do Condomínio Acqua Village, de Águas Claras"**, o juiz cível, embora não tenha apresentado nenhum fundamento acerca da conotação racial da conduta e das circunstâncias do caso concreto, fixou o valor indenizatório de R$ 5.000,00, enquanto o juiz penal fixou a reparação em R$ 2.000,00, com base no mesmo conjunto de provas.

Nesse aspecto, a resistência dos juízes criminais em fixar valor mínimo para a condenação ou o fazer em caráter meramente simbólico sob o argumento de que a ação penal não permite aprofundar no exame das provas, não passa de escusa dogmática que apenas contribui para o não reconhecimento de direitos da população negra. Se, em ambas as esferas judiciais, os julgadores decidem com base no mesmo conjunto probatório, qual a razão para a fixação de valores meramente simbólicos no sursis processual e nas sentenças penais condenatórias? A resposta parece esbarrar na racialidade do regime de verdade judicial, que, mesmo operando sob a promessa de tratamento igualitário e de "segurança com a mais perfeita justiça", acaba contribuindo para a subvalorização do sofrimento negro, mesmo quando reconhece a prática de ofensa racial.

Entre os processos analisados que resultaram em reparação de dano na ação penal, constatou-se que, mesmo quando é reconhecido o direito à indenização pelos danos morais sofridos pela vítima, o Judiciário brasiliense, em regra, reproduz a valoração da expressão

monetária feita pelo Ministério Público na denúncia ou nas alegações finais. Quanto aos processos cíveis, não foi identificado esforço argumentativo dos juízes acerca da conotação racial da conduta e das circunstâncias do caso concreto e tampouco a exigência de provas robustas para além daquelas que já são produzidas na ação penal, para fins de avaliação da extensão do dano moral e do respectivo valor indenizatório.

Assim, tendo ou não provas substanciais nos autos acerca dos elementos da responsabilidade civil (conduta, dano e nexo de causalidade) ou da "extensão do dano" não é possível extrair do fundamento da maioria das sentenças e dos acórdãos em que medida os elementos de convicção estão relacionados ao contexto racial e às circunstâncias do caso concreto.

6.5 O "negro-vítima" nas reclamatórias trabalhistas de assédio moral

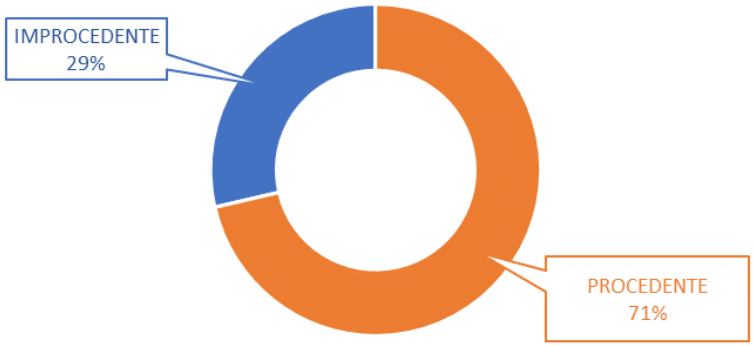
A pesquisa realizada no site do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região - TRT10, retornou apenas 7 reclamatórias trabalhistas que se referem a pedidos de indenização por danos morais decorrentes de ofensas raciais que tramitaram nas Varas do Trabalho do Distrito Federal, vinculadas ao TRT10.

Não encontrei reclamatórias trabalhistas que tivessem como causa de pedir (motivação) apenas a prática de ofensa racial e nenhuma das ações desta amostra foi ajuizada durante o pacto laboral. Na verdade, os empregados apresentaram o pedido de reparação moral como um dos itens dos pedidos de verbas salariais, benefícios, encargos rescisórios e outros descumprimentos da legislação trabalhista. A partir desse dado e considerando a recorrência de ofensas raciais no ambiente de trabalho, apontada no levantamento do MPDFT em 2017, é plausível a hipótese de que os empregados tenham receio de perder o emprego se levar o caso às autoridades ou mesmo ajuizar reclamatória trabalhista. Então, somente quando o vínculo laboral é extinto, o empregado procura o advogado para relatar os problemas ocorridos ao longo do pacto laboral, pois é comum os advogados incluírem nas reclamatórias trabalhistas todas as verbas e direitos não alcançados pela prescrição.[548]

Tendo como base apenas o pedido relacionado à ofensa racial, os empregados lograram êxito em 5 ações, ao passo que 2 foram julgadas improcedentes:

[548] Que, na Justiça do Trabalho, alcança os últimos 5 anos contados da data do ajuizamento da reclamatória trabalhista (prescrição quinquenal), desde que a ação seja ajuizada no prazo máximo de 2 anos da extinção do vínculo empregatício (prescrição bienal)

Gráfico 7 - Resultado das Reclamatórias Trabalhisats de danos morais

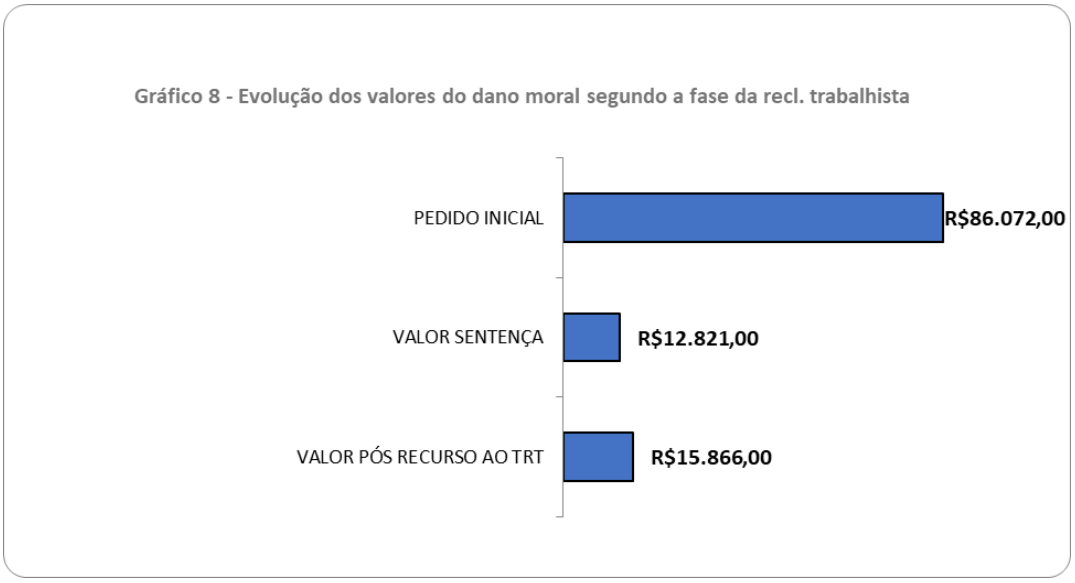


Nas reclamatórias trabalhistas também foi constatada a convergência de entendimentos entres as instâncias julgadoras quanto à percepção da ofensa racial. De acordo com a Tabela 4, o TRT10 reverteu apenas uma sentença condenatória de primeira instância para afastar a ofensa racial, ao passo que, nas demais, ou manteve integralmente a sentença ou piorou a situação do empregador e majorou o valor da indenização. Já as sentenças improcedentes de primeira instância, o Tribunal reformou duas para reconhecer a ofensa e arbitrar o valor da condenação.

Tabela 4 - Recursos Reparação danos - Trabalhista

TIPO		PROCEDENTE	IMPROCEDENTE
1ª INSTÂNCIA		4	3
2ª INSTÂNCIA	SENTENÇA MANTIDA	2	1
	REFORMA TOTAL	1	2
	AUMENTOU VALOR	1	0

Quando se observa os valores das indenizações, constatou-se que a Justiça do Trabalho tem uma percepção semelhante à da Justiça Cível quanto ao reconhecimento da ofensa, mas tende a arbitrar indenizações em valores mais significativos:



As semelhanças quanto à percepção das ofensas se justificam, em parte, porque, embora ajuizada na Justiça do Trabalho, os pedidos de reparação moral são baseados nos mesmos elementos da responsabilidade civil.[549]Por outro lado, a avaliação mais favorável dos juízes do trabalho acerca da extensão do dano e de sua expressão monetária pode estar relacionada à presunção de capacidade econômica do empregador,[550]a característica protetiva da Justiça do Trabalho que, muito embora aplique subsidiariamente as regras processuais cívis, possui instrumentos de interpretação que favorecem o trabalhador. Enquanto o processo civil parte do pressuposto de que há igualdade entre as partes, no Direito do Trabalho e no Processo do Trabalho o trabalhador é visto como a parte hipossuficiente da relação laboral. Pelo princípio da proteção do trabalhador, em caso de dúvidas, deve-se adotar a interpretação mais favorável ao trabalhador (*in dubio pro operario*). Em razão desse princípio, a Consolidação das Leis do Trabalho possui regras processuais que favorecem o trabalhador,[551]entre as quais destaco a possibilidade de inversão do ônus da prova.

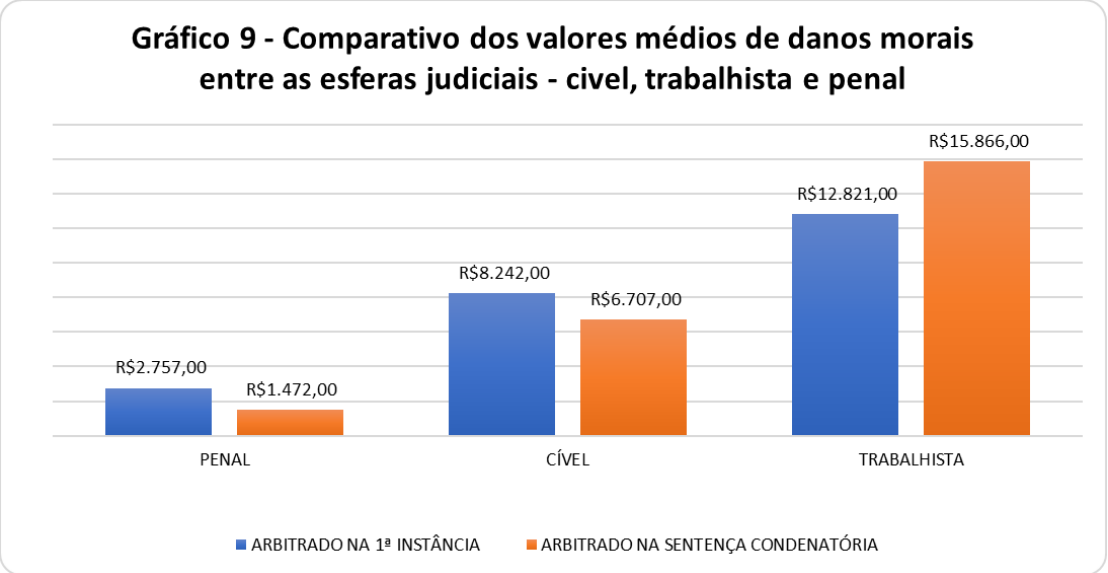
---

[549] Segundo o art. 114, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.

[550] Embora os julgadores não deixem claro nas sentenças os critérios sopesados para fixar o valor do dano, é fácil notar que há uma presunção de que o empregador, por constituir atividade empresarial, tem mais condições econômicas que a pessoa natural. Assim, enquanto na Justiça Cível é difícil comprovar a capacidade econômica do agressor, na Justiça do Trabalho esta se presume, ao menos para os valores módicos estabelecidos nas sentenças trabalhistas.

[551] "Assim, são exemplos: a gratuidade do processo, com a dispensa do pagamento das custas (§ 3º do art. 790 da CLT), beneficiando o empregado, nunca o empregador. O empregado não precisa pagar custas para ajuizar a ação. As custas são devidas pelo vencido (§ 1º do art. 789 da CLT). É uma forma de acesso à justiça (Mauro Capeletti). Da mesma forma, a assistência judiciária gratuita é concedida apenas ao empregado pelo sindicato e não ao empregador (art. 14 da Lei n. 5.584/70). Em muitos casos, é invertido o ônus da prova ou são aceitas presunções que só favorecem o empregado, em nenhuma oportunidade o empregador. O impulso processual ex officio determinado pelo juiz, na execução, quando as partes não tiverem advogados (art. 878 da CLT), no processo de alçada da Vara, beneficia o empregado. O arquivamento do processo do empregado (art. 844 da

É provável que as peculiaridades procedimentais das diferentes esferas judiciais e seus princípios norteadores influenciem a percepção do julgador acerca da quantificação monetária do sofrimento suportado pela vítima de ofensas raciais:



As diferenças, entretanto, não se limitam a aspectos meramente procedimentais, pois a análise comparativa dos processos indica que o julgador se depara com o mesmo conjunto de provas e as vítimas possuem dificuldades semelhantes para influir na produção da verdade judicial, conforme já demonstrei em relação às Justiças Penal e Civil. Na Justiça do Trabalho não é diferente.

O "**caso da empresa Crystal**"[552] exemplifica como o formalismo e a resistência dos julgadores em enfrentar o tema do racismo levou ao não reconhecimento de direitos da vítima. A reclamatória trabalhista foi ajuizada em 19 de janeiro de 2020. O vínculo laboral durou de 11 de março de 2009 até o dia 18 de dezembro de 2019. Na petição inicial, foram alegados vários fatos e descumprimentos de obrigação trabalhista, incluindo a ofensa racial. A vítima alegou ter sido obrigada a assinar uma carta de demissão, caso contrário ela e sua colega de trabalho seriam demitidas por justa causa. A intimidação teria partido dos representantes do empregador dizendo que iriam "fazer de tudo para dificultar sua vida" e que a empregada não conseguiria emprego em nenhum outro lugar, pois "a corda sempre estoura para o lado mais fraco."

CLT) também não deixa de ser uma regra protecionista, impedindo que seja apresentada a contestação e proporcionando que o obreiro ingresse novamente com a ação. A ação, de forma geral, é proposta no último local em que o empregado trabalhou ou trabalha, de modo que possa ter melhores condições de prova e menores gastos (art. 651 da CLT). O empregador tem de fazer depósito recursal para poder recorrer, e não o empregado." (Martins, 2023, p. 43).

[552] **Caso 01** - processada sob o número 0000039-74.2020.5.10.0104, que tramitou na 4ª Vara do Trabalho de Taguatinga.

As ofensas e as ameaças teriam sido motivadas por suspeita de que a vítima e sua colega de trabalho teriam sido gravadas pelo circuito interno de TV furtando um objeto (roupas) em uma caixa de doações localizada no hall do bloco Condomínio em que trabalhavam. Segundo narra a petição inicial, as ameaças não pararam por aí, pois as empregadas foram impedidas de deixar a sala em que estavam trancadas, de realizar ligações, de ter acesso à suposta gravação e lhes foi dito que sairiam dali ou após a carta de demissão ou presas pela polícia. Embora as empregadas negassem os fatos, acabaram cedendo às pressões e assinaram a carta de demissão.

Além da coação para firmar o pedido de demissão, passível de indenização por dano moral, foi sustentada a prática de "racismo, injúria racial e discriminação" ocorrida em data anterior ao suposto furto, em uma reunião das empregadas com um dos representantes da empresa, o qual teria alertado para que cumprissem com todas as determinações da empresa sobre uniforme, horário e atividades e "tomassem cuidado, porque a Cristal era a única empresa que estava empregando gente de cor", e ainda esfregou o dedo indicador no braço, indicando a "cor da pele". Após fazer breves digressões sobre a legislação aplicável e aos elementos da responsabilidade civil, os advogados da vítima requereram a condenação do empregador pelos danos morais correspondente a até 50 (cinquenta) vezes o último salário contratual, equivalente ao valor de R$ 47.954,80 (quarenta e sete mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e oitenta centavos) ou, caso o juiz entendesse que não se tratava de ofensa de natureza gravíssima, que fosse arbitrada indenização compatível com o dano causado, a gravidade da conduta, a condição econômica das reclamadas e o caráter educativo da medida.

Na contestação da empresa, ao invés de abordar a ofensa racial, o advogado da parte contrária direcionou os argumentos para rebater a suposta coação para a demissão, sem abordar a ofensa racial ocorrida em reunião pretérita, sobre a qual apenas afirmou que em nenhum momento o trabalhador "Dede" teria praticado qualquer ato de racismo, injuria racial e discriminação contra a trabalhadora.

A despreocupação da empresa em rebater a ofensa racial foi observada pelo advogado da vítima na impugnação, o qual reiterou a informação de que a ofensa ocorreu em momento anterior à coação para demissão e que a contestação fez confusão com os fatos, não impugnando especificamente a ofensa racial.

Na instrução probatória, a empresa juntou o vídeo com as imagens do suposto furto. Na audiência de instrução, a juíza descreveu o conteúdo das imagens da seguinte forma:

> Em um saguão de um prédio uma mulher com uma camiseta azul de uniforme começa a passar um espanador em uma câmera no alto.
> Do lado esquerdo do vídeo é visto o hall de entrada para o interior do prédio, com 03 paredes em vidro em forma de 'U'.
> No ambiente interior dessas paredes de vidro surge uma outra mulher com o mesmo uniforme da primeira com rodo/vassoura e ao fundo há uma caixa vermelha aparentando alguns objetos na borda.
> Aos 37 segundos do vídeo, a primeira mulher não está limpando a câmera.
> Aos 54 segundos, quando a segunda mulher está no interior do hall, novamente a câmera é obstruída pelo espanador por cerca de 7 segundos e surge a imagem da caixa vermelha sem a segunda mulher no ambiente, não sendo mais vistos objetos na borda ou no topo da caixa. (Termo de audiência, "Caso 1", Trabalhista).

Além do vídeo, foi produzida prova oral, consistente em uma testemunha da empregada, e duas informantes. Entre as informantes, está a colega de trabalho que aparece no vídeo como "cúmplice" do suposto furto, a qual acabou sendo contraditada pela empresa. O outro informante foi indicado pela empresa, mas foi contraditado por ser parente (sobrinho) de um dos proprietários da empresa. Diante disso, foi ouvida apenas uma testemunha sob o compromisso de dizer a verdade, a qual nada informou sobre a suposta ofensa racial. Na verdade, a única prova oral que poderia comprovar a versão da vítima era a sua informante que, além de negar o suposto furto, afirmou que "em um momento em que Recte e depoente estavam na reserva, no mês de abril de 2018, foram chamadas para uma conversa com o Sr. Eliaquim, em que ele disse que tomassem cuidado, que a Recda é uma empresa muito boa, a única que estava contratando pessoas de cor."

Na sentença proferida em 14 de maio de 2021, a juíza atribuiu elevado peso probatório ao vídeo com as imagens do suposto furto e questiona:

> Além de não ter sido devidamente comprovada a coação e tendo em vista o conteúdo do vídeo, tem-se que a tese obreira sequer faz sentido. Por que a empresa coagiria sua empregada a tomar uma atitude mais benéfica a si (pedir demissão) quando não há a menor dúvida de que o caso seria passível de aplicação da penalidade máxima trabalhista (justa causa)? (Sentença "Caso 1", Trabalhista).

A convicção da juíza acerca do suposto furto foi suficiente para formar seu convencimento acerca da ausência de provas dos elementos da responsabilidade civil pela ofensa racial:

> Além disso, a tese acerca da conduta discriminatória não restou comprovada, já que a única prova produzida a esse respeito foi o depoimento da informante, sra. Silvanete Pereira Lima que, no entender deste juízo, não

> possui força probatória, já que ela nitidamente faltou com a verdade em partes de seu depoimento, como quando disse que não havia roupas na caixa, sendo que o vídeo demonstra cabalmente que a caixa continha alguns objetos em seu interior, demonstrando extrema fragilidade em seu depoimento.(Sentença "Caso 1", Trabalhista).

Apenas um parágrafo foi suficiente para a juíza fundamentar a não ocorrência da ofensa racial, colocando em suspeição a palavra da vítima e de sua única testemunha, embora, na versão da vítima, a ofensa racial tenha ocorrido em momentos distintos

A vítima interpôs recurso ordinário perante o TRT10 para tentar reverter a sentença. No recurso foi questionado o fato de a juíza ter acolhido a suspeição da testemunha presencial de ambos os fatos (ofensa racial e coação para demissão), impedindo a produção da prova oral imprescindível. Para a recorrente, esses tipos de ofensas, via de regra, são praticados às escondidas, na mais absoluta clandestinidade, motivo pelo qual pouco resta em termos de prova além da palavra da vítima e da única testemunha que presenciou o ocorrido. O recurso também questionou o peso probatório atribuído ao vídeo, cujas imagens não mostram o ato de subtração na caixa de doações, o que fragilizaria a prova, sobretudo porque, além da vítima e de suas testemunhas, o informante indicado pela própria reclamada também disse que "nessa filmagem não é possível ver a recte tirando objetos da caixa". Especificamente quanto à ofensa racial, o recurso enfatizou a omissão da sentença, pois sequer fez referência às declarações prestadas pela informante e, segundo afirmado na petição do recurso: "O racismo é tão comum que chega a ser invisível para quem não é vítima, e vale dizer, tanto a Reclamante quanto a testemunha são negras e experimentaram não só preconceito, mas injúria racial". Por fim, chamou a atenção do Tribunal para a necessidade de dar prevalência a palavra da vítima, pois práticas como essa, em sua grande maioria das vezes ocorre dentro de âmbito particulares, na presença de nenhuma ou poucas pessoas, cuja prova pode ser equiparada a prova de violência doméstica, ocorrida no âmbito familiar, sem a presença de terceiros para comprovar o ocorrido, o que dificulta a sua comprovação, mas não significa que não ocorreu.

Nas contrarrazões do recurso, a empresa, mais uma vez, não se importou em rebater as ofensas raciais, se limitando a reafirmar a ocorrência do suposto furto, a suspeição da única testemunha presencial e o peso probatório do referido vídeo, negando, por fim, a prática de coação ou racismo.

Ao julgar o recurso, a 1ª Turma do TRT10, no acórdão de 01 de fevereiro de 2023,[553] acompanhou integralmente a sentença, inclusive quanto ao vídeo, sob o argumento de que houve preclusão do direito de questionar a validade da prova. E, para afastar qualquer alegação de nulidade, os desembargadores sequer assistiram ao vídeo. A estratégia utilizada foi seguir a descrição das imagens feita pela juíza em audiência, que não foi impugnada pela parte reclamante. Para piorar a situação da vítima, ela ainda foi condenada por litigância de má fé pelo simples fato de contestar a prova da materialidade e autoria do suposto furto consistente na descrição das imagens feita pela juíza. Em outras palavras, não era lícito questionar o relato do vídeo feito pela juíza, pois esta tem "fé-pública":

> A i. Magistrada sentenciante fora explícita no sentido de que as imagens de vídeo não deixam dúvidas de que houve a retirada de itens da caixa destinada a acomodar objetos para doação, levando-se em consideração os momentos anteriores e posteriores àquele em que a testemunha Silvanete passava espanador na câmera de segurança em ordem a acobertar a imagem, favorecendo o desaparecimento de objetos colocados pelos condôminos para doação. Assim, desfrutando a autoridade judiciária de fé pública, a insistência da recorrente de que as imagens não permitem chegar àquela conclusão denota litigância temerária, uma vez que a reclamante se utiliza de argumento desprovido de conteúdo para alterar a verdade dos fatos, visualizadas por magistrada que não tem interesse na causa, apenas visando a estabilização da demanda ao dizer o direito a quem é o verdadeiro credor, tal como ocorreu na hipótese. (Acórdão, "Caso 1", Trabalhista).

Quanto à ofensa racial, o Tribunal também desconsiderou a prova oral colhida, ao argumento de que as testemunhas foram ouvidas como informantes, dado o grau de comprometimento destas. Para os julgadores, a testemunha presencial não teria isenção porque estava envolvida no fato que ensejara a "devolução" das terceirizadas à empresa contratante. Por isso, em apenas um parágrafo, analisou a questão do dano moral por ofensa racial, afirmando somente o seguinte:

> Também não ficara provada a conduta discriminatória tampouco a lesão à honra e à intimidade da autora (racismo, injúria racial e discriminação), uma vez que as testemunhas foram ouvidas como informantes, dado o grau de comprometimento destas, como visto linhas pretéritas. (Acórdão, "Caso 1", Trabalhista).

[553] Houve recurso de Embargos de Declaração, os quais não foram acolhidos, em acórdão publicado em 02 de Maio de 2023. Em 27 maio de 2023 a Reclamante interpôs Recurso de Revista perante o TST, pendente de julgamento até o momento da apresentação desta tese.

A ofensa racial, no contexto do processo analisado, foi tratada como uma questão secundária e irrelevante. A própria reclamada não deu atenção ao tema, nem na contestação nem na petição do recurso. Do mesmo modo, a juíza e o Tribunal dedicaram apenas um parágrafo apenas para afirmar a ausência de provas da ofensa. O estereótipo de criminoso e o vídeo com as imagens do suposto furto, que foi colocado "no verdadeiro" pelos julgadores, foram suficientes para desacreditar a palavra da vítima e de sua testemunha acerca da ofensa racial ocorrida em data anterior. O desfecho desse caso trás à tona a racialidade das práticas judiciais de veridição historicamente forjado desde o período oitocentista, em que se presume a condição de criminoso do corpo negro, mas jamais a condição de "vítima" de ofensas raciais.

Nas ofensas raciais ocorridas no ambiente de trabalho é comum a agressão partir de clientes do empregador, abrindo a possibilidade de a vítima demandar a responsabilidade civil diretamente do empregador, como ocorreu no **"Caso da Assaí Atacadista".**[554]Também neste processo a vítima aguardou a extinção do vínculo empregatício para suscitar a ofensa racial entre um conjunto de descumprimento de obrigações trabalhistas. A vítima trabalhava na rede atacadista como operadora de caixa, tendo sido contratada em 26 de agosto de 2016 e dispensada sem justa causa em 09 de julho de 2018. Foram formulados dois pedidos de danos morais relacionados a fatos diversos, ambos, de alguma forma, com conotação racial.

Segundo a petição inicial, em outubro de 2016, a vítima sofreu constrangimento por parte do gerente ao impor mudança na cor de seu cabelo (loiro), pois chamava muita atenção e afrontava as regras estipuladas pelo estabelecimento. Entretanto, a vítima afirma que quando realizou a entrevista de emprego seu cabelo possuía a cor rosa, e sequer foram questionados quesitos de aparência, muito menos de cabelo. O gerente justificou afirmando que o ambiente de trabalho tinha de ser discreto, padronizado e com uniforme. A vítima explicou que realizou um procedimento (rastafári), gastou dinheiro e durava em torno de três meses para o seu desfazimento, além do mais estava grávida e não podia usar química (tintura) até o final de sua gestação. Então, o gerente obrigou a vítima a usar uma touca para esconder a cor de seu cabelo durante seis meses e após esse período pediu para que pintasse o cabelo de uma cor que não chamasse tanta atenção em sua pele (negra). Por esse episódio, requereu a indenização por danos morais na ordem de R$ 20.000,00. Como prova documental do primeiro fato, a vítima juntou mensagem de áudio enviada pelo encarregado onde consta a

[554] **Caso 02** - objeto da reclamatória trabalhista nº 0000652-94.2020.5.10.0104, que tramitou na 15ª Vara do Trabalho de Brasília

solicitação de uso de touca, cujo conteúdo foi impugnado pela empresa alegando não haver prova de que se tratar da voz do encarregado.

O segundo fato teria sido praticado por uma cliente do empregador, que, no dia 11 de abril de 2018, ofendeu a vítima com palavras de cunho racial. A petição inicial narra que a vítima estava no caixa, atendendo outro cliente, quando o cartão de crédito deste não passou o valor total da compra e esta, então, saiu para sacar o restante do dinheiro para completar o pagamento. Enquanto esperava o retorno deste cliente, a agressora, que estava aguardando na fila, exigiu que passasse logo seus produtos, porém a vítima estava com o caixa fechado e disse que não tinha finalizado as compras e que havia caixas livres para o atendimento. Diante da resposta, a agressora xingou a vítima, proferindo as seguintes palavras "sua retardada, sua preguiçosa, sua idiota, você vai passar o resto da vida atrás desse caixa, sua macaca". Apesar da gravidade da situação, nada teria sido feito pelos representantes da empresa, deixando a agressora se evadir do supermercado. A vítima chegou a solicitar as filmagens do mercado, mas os representantes da empresa informaram que só disponibilizaria para a polícia, mediante ocorrência.

Por fim, a vítima afirma que, mesmo diante de toda situação constrangedora, teve de retornar ao trabalho e implorar à encarregada para ir até a delegacia prestar queixa, ao que foi respondido: "Pode dar o seu showzinho depois do trabalho, mas agora você vai ficar aqui". Diante de todo o ocorrido, a vítima chegou a passar mal e procurou atendimento no hospital e, logo após, foi à delegacia para registrar o boletim de ocorrência, porém sem os dados da agressora e sem as filmagens que lhe foram negadas. Em razão da agressão e da omissão da empresa sobre a ofensa praticada pela cliente, foi requerido o pagamento de indenização no valor de R$ 30.000,00. Como prova documental do alegado, juntou o relatório de atendimento médico do dia seguinte à ofensa, onde consta a queixa da paciente ("mulher de 28 anos, refere ter passado por stress há 2 hrs, relata estar em estado de choque") e o boletim de ocorrência, onde consta apenas a versão da vítima, sem indicação de testemunha e identificação da agressora, já que esta se evadiu do local no momento do ocorrido.

Na contestação, a rede atacadista negou ambos os fatos, esclarecendo que, em nenhum momento, a reclamante sofreu qualquer tipo de humilhação ou discriminação por sua raça, credo, cor, opção sexual, dentro das dependências da reclamada, muito menos, racismo, constrangimentos, discriminação devido a cor do cabelo e ao tom de pele. Afirmou que a empresa possui um Código de Conduta que estabelece políticas de comportamento a serem seguidas por todos de forma a evitar qualquer tipo de atitude imprópria ou discriminatória dentro de suas dependências, disponibilizando inclusive um canal interno "Disque Denúncia"

e que, se tivesse havido algum constrangimento, a funcionária deveria ter procurado a Ouvidoria do supermercado, o qual tomaria as providências cabíveis. Por isso, negou que a situação vexatória relacionada à cor do seu cabelo. Quanto à injúria racial praticada pela cliente, negou atitude omissa, afirmando que não poderia ser culpada ou responsável pela conduta de terceiros (fato exclusivo de terceiro). Por fim, aduziu que o arbitramento de eventual indenização deveria observar o sistema de tarifação do dano moral feito pela reforma trabalhista.[555]

Na audiência de instrução e julgamento, a vítima confirmou as versões da petição inicial, ao passo que o preposto da empresa negou os fatos. Foram ouvidas duas testemunhas da vítima, que trabalhavam no mesmo estabelecimento. A primeira testemunha confirmou que viu o encarregado da empresa implicar com o cabelo da vítima e a solicitação para o uso da touca, afirmando ainda que o caso foi levado aos recursos humanos da empresa. A testemunha disse que estava trabalhando no dia do segundo fato, e, embora não tenha presenciado, afirma que esteve com a vítima depois e percebeu que ela estava abalada, mal por ter sido distratada por causa da sua cor, e que a fiscal de caixa estava ao lado neste momento. A segunda testemunha também confirmou ter presenciado o momento do xingamento da cliente, embora não tenha informado o teor das ofensas, bem como a omissão da fiscal de caixa diante dos fatos.

Apesar das provas produzidas pela vítima, o juiz entendeu que não restaram comprovados os elementos da responsabilidade civil. Em 13 de fevereiro de 2022 proferiu sentença, afirmando que "não foi produzida qualquer prova de que a reclamada tenha exposto a reclamante a situação constrangedora", pois não há provas da relação entre a cor do cabelo e a solicitação para uso de touca ou redinhas. Para o julgador, o depoimento das testemunhas não foram firmes e convincentes, entendendo ser legítimo o uso desse tipo de touca, comum em supermercados: "originalmente, o que se verifica em supermercados é o uso de uma redinha no cabelo, no qual muitas vezes as empregadas fazem coque e finalizam com a própria redinha e não touca, como assevera a reclamante e testemunha", afirmando ainda que "o uso dessas redinhas, muitas vezes é exigido pelas empresas, sem que que isso possa

[555] O STF, no julgamento das ADIs 6.050, 6.069 e 6.082, deu interpretação conforme à Constituição ao art. 223-G, segundo o acórdão publicado em 18 de Agosto de 2023, onde se concluiu que: 1) As redações conferidas aos arts. 223-A e 223-B, da CLT, não excluem o direito à reparação por dano moral indireto ou dano em ricochete no âmbito das relações de trabalho, a ser apreciado nos termos da legislação civil; 2) Os critérios de quantificação de reparação por dano extrapatrimonial previstos no art. 223-G, caput e § 1º, da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos de fundamentação da decisão judicial. É constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superiores aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADIs 6.050, 6.069 e 6.082, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE publicado em 18/08/2023. Divulgado em 17/08/2023).

representar uma violação à personalidade ou discriminação estética, considerando que é norma de higiene, ainda mais quando estamos falando de um supermercado, ou, até mesmo segurança.” (Sentença, “Caso 2”, Trabalhista).

Em relação à injúria racial praticada pela cliente, o juiz também entendeu que era ônus da vítima comprovar os fatos, porém a prova testemunhal não teria sido satisfatória, afirmando que a testemunha que mencionou o fato não era congruente com a versão da vítima. Diante disso, julgou improcedente os pedidos de danos morais em relação aos dois fatos.

A vítima ainda embargou da decisão, pois o juiz não havia se pronunciado sobre as provas documentais constantes nos autos, como o boletim de ocorrência, o relatório de atendimento médico e o áudio enviado pelo gerente. O julgador, entretanto, manteve a sentença nos mesmos termos, afirmando que o prontuário médico e o boletim de ocorrência não eram suficientes para afirmar que a vítima sofreu dano moral.

A questão foi levada à segunda instância, por meio de recurso ordinário, onde a vítima obteve êxito parcial. Quanto ao primeiro fato, a 3ª Turma do TRT10, em acórdão de 28 de julho de 2022, manteve o entendimento da primeira instância, entendendo que a exigência era dirigida a todos os empregados e que não foi comprovada a relação com a cor do cabelo da vítima, afastando, portanto, o abuso de direito.

Porém, quanto à ofensa racial praticada pela cliente, embora não tenha aprofundado a conotação racial da conduta, o Tribunal se convenceu de que a prova oral produzida pela vítima era suficiente e aplicou a tese do dano moral *in re ipsa* (presumido) e, após fazer digressões sobre o conjunto probatório e os elementos da responsabilidade civil, afirmou que o empregador é responsável pela agressão desferida por cliente contra a operadora de caixa, no exercício regular das funções, bem como que:

> A empresa tem obrigação de se aparelhar com fiscais de segurança, sob pena de, além de agressões verbais, os clientes chegarem às vias de fato, ofendendo fisicamente seus empregados,. Indiscutível, pois, o dever de indenizar, não havendo falar-se fato de terceiro estranho à relação de emprego, se o evento guarda com esta estreito nexo de causalidade, tendo a empresa contribuído com sua omissão. (Acórdão, “Caso 2”, Trabalhista)

Diante disso, foi arbitrado em favor da vítima a indenização no valor de R$ 10.000,00 pela ofensa racial praticada pela cliente da rede atacadista. A empresa tentou levar o caso para o Tribunal Superior do Trabalho, por meio de recurso de revista, o qual foi denegado pelo TRT10, por se tratar de exame de provas, tornando a decisão de segunda instância definitiva.

O acórdão condenatório adotou linha argumentativa similar aos acórdãos cíveis. Nesse contexto, a interpretação judicial sobre a extensão do dano e sua quantificação monetária acaba sendo produto do subjetivismo do julgador e, mesmo em uma esfera judicial mais protetiva para a vítima (no caso o trabalhador), corre-se sempre o risco de impor um ônus probatório mais rigoroso para a comprovação da ofensa racial, como ocorreu na primeira instância deste julgado. Percebe-se do julgamento final que, apesar das peculiaridades da Justiça Trabalhista e mesmo quando há o reconhecimento da ofensa racial e do direito à indenização, a discussão se limita a análise das provas e dos fatos com base presença ou ausência dos elementos da responsabilidade civil a partir da referência à previsão legal ou às fórmulas dogmáticas. A conotação racial da conduta é tratada sutilmente, quase sempre para a avaliação da gravidade da conduta, sem, entretanto, explicitar em que medida essa qualidade da ofensa impacta no valor da indenização.

No **"Caso do Mercado Vivendas"**,[556]a decisão foi favorável à vítima nas duas instâncias da Justiça do Trabalho, embora, na esfera penal, o NED/CNDH tenha arquivado o inquérito policial. A vítima trabalhou no Mercado Vivendas no período de 11 de maio de 2021 a 14 de agosto de 2021 e a ação também foi proposta após a extinção do vínculo empregatício.

Na petição inicial conta-se que, desde a primeira semana de agosto, a agressora, que era supervisora/fiscal da empregadora, vinha provocando a vítima, tendo molhado propositalmente seus tênis e, ao ser questionada pela atitude, a mesma ficou zombando da sua cara e continuou a provocar a vítima com "supostas brincadeiras" no ambiente de trabalho até que, dois dias antes da demissão sem justa causa, o empregado sofreu ofensa racial por parte da supervisora, que teria perguntado a um colega de trabalho da vítima: "cadê aquele negro sujo, imundo, Saci Pererê?", "cadê aquele preto velho, tá de noite agora?…" "Aquele preto velho gostou do banho que dei no pé dele?" A vítima, juntamente com seu genitor, chegou a procurar os responsáveis pela empresa no dia seguinte, mas nada foi feito para repreender a atitude da agressora. Então, a vítima chamou a Polícia Militar, que compareceu ao local e conduziu os envolvidos e uma testemunha à delegacia para lavrar a ocorrência.

Dois dias após o ocorrido, a vítima foi demitida, tendo sido informado que o motivo da demissão era a necessidade de corte de funcionários. Os pedidos da reclamatória compreendiam o reconhecimento da dispensa discriminatória e o descumprimento de outras obrigações trabalhistas, mas o objeto principal era a ofensa racial, em razão da qual pleiteou o

[556] **Caso 04** - objeto da reclamatória trabalhista nº 0000871-52.2021.5.10.0111, que tramitou perante a Vara do Trabalho do Gama.

valor de R$ 98.480,00, correspondente a 80 vezes o salário do reclamante. Como prova documental, juntou o auto de prisão em flagrante, que continha a versão do policial militar, da vítima, da agressora e de uma testemunha presencial confirmatória da versão da vítima. O policial, inclusive, afirmou que a agressora não negou as palavras e apenas justificou que não se referia à vítima, mas sim a um filme que teria assistido. Na delegacia, a agressora disse que "gosta de pessoas da raça negra, sendo que inclusive, seu marido é muito 'moreno'", que "não é racista e sempre namorou com pessoas da raça negra". O caso repercutiu na imprensa local, com matérias no jornal da TV Globo Brasília e no portal G1 DF, que foram juntadas no processo pela vítima para robustecer o conjunto probatório.

Na contestação, a empresa e a agressora tentaram inverter a situação. A empresa sustentou que a alegação não passava de uma estratégia da vítima para se beneficiar quando tomou conhecimento da possibilidade de sua demissão, pois vinha causando ao longo do pacto inúmeras divergências com seus pares, chegando a descumprir ordens superiores, intimidação de colegas de trabalho e desrespeito no âmbito de seu trabalho. Segundo a empresa, o que se percebe dos fatos é que a vítima, pessoa de difícil relacionamento no ambiente de trabalho, após inúmeras divergências e intempéries, ameaças a colegas de trabalho, sabedor de que não continuaria na empresa, simulou um suposto fato de "racismo", para tentar obter vantagem. Quanto à injúria racial, alegou que se trata de um episódio isolado nas dependências da reclamada, em que dois colaboradores que já haviam se desentendido anteriormente e voltaram a se desentender perante clientes e funcionários, tanto um, quanto outro, agredindo de forma recíproca, utilizando-se de palavras indecorosas, desmerecedoras e até racistas. Diante disso, nega a ocorrência de dispensa discriminatória, bem como a presença dos elementos da responsabilidade civil.

Na audiência, foram ouvidas uma das testemunhas presenciais da vítima, que confirmou as ofensas, e uma testemunha da empresa, que também confirmou as palavras ofensivas da então supervisora do supermercado. Diante da convergência da prova oral e documental, não restou alternativa ao julgador senão reconhecer a ofensa racial.

Embora contemplasse pedido de horas extras e verbas rescisórias decorrentes de dispensa discriminatória, o foco desta ação era, de fato, a ocorrência de injúria racial. Talvez por essa razão a sentença aprofundou nos aspectos relacionados à questão racial envolvida na demanda. A julgadora inicia a fundamentação explicando o que entende por "discriminação" e "dispensa discriminatória", articulado os conceitos com os dispositivos constitucionais relativos aos valores sociais do trabalho, à dignidade da pessoa humana, à função social da propriedade, bem como o compromisso assumido na Convenção 111 da OIT de combate a

toda forma de discriminação no âmbito laboral. Prossegue citando a criminalização do racismo pela Lei 7.716/1989, a injúria racial do artigo 140, §3º, do Código Penal e o ônus das empresas de evitar tais práticas no ambiente laboral, sob pena de atrair a responsabilização civil de que trata o artigo 932, III, do Código Civil.[557]

Após essa digressão doutrinária e legislativa, a julgadora apresentou os elementos de convicção acerca da verdade factual, extraída dos documentos apresentados pelas partes, especialmente as declarações das testemunhas no auto de prisão em flagrante e confirmadas em juízo. De todo modo, para a juíza, a defesa da empresa admitiu a prática de "racismo" nos desentendimentos entre a vítima e a agressora, o que, por si só, atraia o dever de indenizar, ao passo que os elementos de prova demonstram a postura omissiva do empregador diante da afronta à dignidade de seu colaborador, em virtude de ser negro e, além disso, uma conduta que visou "abafar o caso", ao invés de levá-lo ao conhecimento das autoridades policiais, culminando com a dispensa daqueles que, contra a sua vontade, buscaram a apuração dos fatos e a punição da responsável.

Na sentença, a juíza reconheceu, à sua maneira, a branquidade do poder nas relações de trabalho e nas esferas administrativa e judicial, afirmando que a política patronal apenas demonstra que o racismo é estrutural no Brasil e está entranhado nas instâncias administrativas e burocráticas dos poderes constituídos, que são majoritariamente comandados por pessoas brancas que dificultam a apuração adequada do crime.

A julgadora questionou ainda as estratégias adotadas pela parte patronal para evitar a responsabilização. No seu entendimento, restou comprovada a tentativa de inibir a apuração da injúria racista ocorrida nas dependências da empresa e praticada por sua preposta, deixando claro que, além de omissa quanto à atitude da agressora, a empresa agravou ainda mais o constrangimento moral ao dispensar sumariamente uma das testemunhas presenciais e a vítima, ignorando e aumentando a sua dor e o seu sentimento de injustiça. Por tudo isso, afastou as teses de redução de quadro e mal desempenho, reconhecendo os atos ilícitos da agressora e da empresa, que ofenderam os direitos da personalidade da vítima, como a honra, a autoestima, a saúde e a integridade física.

Por fim, a juíza explicitou os critérios utilizados para o arbitramento da indenização:

---

[557] Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
(...)
III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

> A ofensa culminou na perda do emprego, comprometendo a subsistência pessoal do reclamante e da sua família. Não houve retratação espontânea, nem a prática de esforço efetivo para minimizar a ofensa. A reclamada possui notória capacidade econômica. Não houve publicização da ofensa. (Sentença, "Caso 4", Trabalhista).

Ante tais parâmetros, entre atenuantes e majorantes, considerou que a ofensa era de natureza grave e fixou a indenização por danos morais em R$ 18.465,00, correspondentes a 15 vezes o salário contratual da vítima.

A empresa interpôs recurso ordinário perante o TRT, a qual acolheu os fundamentos da sentença. Para o Tribunal é de responsabilidade do empregador manter o ambiente de trabalho em condições salubres e seguras, zelando pela integridade física e moral do empregado, o que não ocorreu no caso julgado. E ainda destacou que a empresa estava descumprindo as normas de conduta internas que previam o dever de respeito entre os colaboradores.

O Tribunal enfatizou o contexto de discriminação racial, rememorando as previsões constitucionais e legais, a exemplo do que fizera a juíza de primeira instância, discorreu sobre os elementos da responsabilidade civil e esclareceu os parâmetros utilizados para o arbitramento da indenização, quais sejam:

> Em síntese, o julgador deve considerar parâmetros como a gravidade do dano causado pelo empregador, pelos seus prepostos ou pelas suas normas e diretrizes e a intensidade do sofrimento infligido ao lesado, bem como a capacidade econômica do agente, para que se estabeleça um parâmetro razoável à indenização, de modo que esta efetivamente sirva de compensação ao lesado e de desestímulo ao agente causador do dano. (Acórdão "Caso 4", Trabalhista).

A Primeira Turma do TRT10 entendeu razoável o valor arbitrado na primeira instância, que estaria em conformidade com o estabelecido pela jurisprudência do Tribunal em casos idênticos. A empresa interpôs recurso de revista, que foi denegado pelo TRT10, mas a empresa Agravou para levar o caso ao Tribunal Superior do Trabalho[558]

Enquanto na Justiça do Trabalho a vítima teve o reconhecimento do direito à reparação moral, com base nas peças do auto de prisão em flagrante e nas testemunhas ouvidas, o MPDFT, na esfera penal, arquivou o inquérito policial.[559] No auto de prisão em flagrante constou as versões dos envolvidos e das testemunhas e o delegado concedeu a liberdade provisória à agressora, mediante o pagamento de fiança de R$ 1.100,00. A única diligência probatória complementar feita pelo delegado foi a reinquiriação de uma testemunha, a qual

[558] Até a apresentação desta tese, o recurso estava pendente de julgamento.
[559] Processo nº 0705863-59.2021.8.07.0010, da 1ª Vara Criminal e do Tribunal do Júri de Santa Maria

mudou a versão apresentada anteriormente e passou a corroborar a versão da defesa, inclusive dizendo que as palavras relativas à cor da pele e saci pererê se referiam ao filme sobre o qual estavam conversando ele e a agressora. Assim, em 29 de junho de 2022, sem promover mais nenhuma diligência para esclarecer o fato, a promotora de justiça do NDH/CNDH promoveu o arquivamento do inquérito.

Se, como reconhecido na reclamatória trabalhista, a empresa atuou para manipular a produção de provas a seu favor e inibir a responsabilização pelas ofensas raciais, inclusive retaliando testemunhas, tudo indica que os subterfúgios lograram êxito na esfera criminal, onde, como já visto anteriormente, não é comum o aprofundamento das investigações de crimes raciais. Restou à vítima a visão protecionista da Justiça do Trabalho, mais predisposta a acolher os pleitos laborais, inclusive, os pedidos reparatórios decorrentes de ofensas raciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desse trabalho houve um esforço investigativo, numa perspectiva genealógica foucalteana, acerca do racismo na legislação, no discurso dogmático e nas práticas judiciais brasileiras, para saber como se constituiu e como se operam os regimes de verdade sobre os corpos negros, partindo do pressuposto de que os regimes racializados de produção da verdade sobre os corpos negros reatualizam a colonialidade do direito e dos sistemas de justiça.

Na minha compreensão prévia, independentemente da posição ocupada pelos negros no processo judicial e da natureza da ação judicial (penal, cível ou trabalhista), o critério "raça" seria elemento decisivo nesses regimes de verdade, contribuindo para a manutenção e reprodução do racismo nas práticas judiciais de veridição, de tradição dogmático-formalista em que a verdade é produzida a partir da branquidade, que detém o privilégio do "dizer verdadeiro", da "definição", da "enunciação", da criação das "condições jurídicas da verdade judicial", que são validados no curso do processo judicial e por ele legitimada.

Utilizando a caixa de ferramentas deixada por Michel Foucault e as contribuições de Sueli Carneiro (2005), Evandro Piza Duarte (2004; 2022), entre outros, foram demarcadas as quatro noções fundamentais nesse percurso: verdade, regimes de verdade, dispositivo de racialidade e branquidade do poder.

A **noção de "verdade",** nas pegadas do filósofo francês, não está dissociada da relação "poder-saber". Com isso, foi possível compreender a produção da verdade no processo judicial não apenas a partir das leis ou com base no que é dito e declarado nos autos do processo judicial, mas ir além, investigando, desvelando, escarafunchando as relações de desigualdade de uma sociedade racista. Tais aspectos são subjacentes à verdade judicial e produzem efeitos concretos no julgamento de corpos negros, no qual a sentença judicial é apenas uma forma terminal de manifestação do poder.

A expressão **"regimes de verdade"** foi apresentada como um conjunto de regras e condições que definem os papéis dos sujeitos, os rituais e os procedimentos que devem ser observados nos jogos de disputa pela definição da verdade. Sob essa ótica, tal conjunto de regras e condições possibilita a validação ou a aceitação do discurso e determinará quem ganha ou perde, bem como qual o discurso estará no "verdadeiro" em determinado jogo de verdade e nas diversas práticas discursivas.

Sobre a terceira noção fundamental, as formulações foucaultianas sobre poder, saber, discurso, regimes e jogos de verdade, sociedade disciplinar e o biopoder foram articuladas com o pensamento de Sueli Carneiro (2005), que as reinterpreta numa perspectiva decolonial para definir o **"dispositivo de racialidade".** Para Sueli Carneiro, a racialidade vem se constituindo na modernidade ocidental e é produtora de um campo ontológico, um campo epistemológico e um campo de poder conformando, portanto, saberes, poderes e modos de subjetivação cuja articulação institui um dispositivo de poder. O racismo, nesse contexto, aparece como um disciplinador, ordenador e estruturador das relações raciais e sociais. Com isso, a autora dialoga com a dimensão estratégica do dispositivo de poder de que falava Foucault (1998b), o qual pressupõe certa manipulação das relações de força, de uma intervenção racional e organizada nestas relações, seja para desenvolvê-las em determinada direção, seja para bloqueá-las, para estabilizá-las, utilizá-las.

Por isso, foi defendido que o regime de verdade judicial precisa ser compreendido sob a ótica do dispositivo de racialidade, ao qual foi associado a quarta noção fundamental, a "**branquidade do poder"**, pois ambas se reforçam, ressignificam e se instrumentalizam mutuamente.

Nos estudos críticos da branquidade, o termo aparece geralmente relacionado à posição social privilegiada ocupada por pessoas consideradas brancas em relação às pessoas não-brancas, o que facilita o acesso aos benefícios materiais e simbólicos da sociedade. Essa posição de privilégio é naturalizada na sociedade de tal forma que os brancos geralmente sequer reconhecem que o acesso aos bens positivos lhes são facilitados em grande medida pelo mero pertencimento à identidade racial branca. A branquidade é, pois, uma questão de poder e, como tal, é um dispositivo de poder que deve ser investigado, levando em consideração sua função estratégica, que alimenta a racialidade das práticas sociais. Na sociedade brasileira, essa dimensão estratégica é permeada pelo silêncio e pelo não-dito, que podem ser percebidos de diversas formas.

Sob essa ótica, a branquidade se apresenta como uma espécie de véu, o **"véu da branquidade"**, que possui funções estratégicas, a saber: a) função de naturalização do privilégio branco e da exclusão do negro, por meio da qual as pessoas e grupos de identidade racial branca têm dificuldade de perceber que o acesso aos bens positivos (materiais e simbólicos) da sociedade está associado à brancura e que o acesso aos bens negativos está associado à negritude, e por isso os aceitam como naturais à sua condição humana; b) função de negação, pela qual as pessoas e grupos de identidade racial branca costumam negar a existência do racismo e não se sentem responsáveis pela discriminação racial; c) função de

legitimação, pela qual, ao não reconhecer que a exclusão (política, econômica, social e cultural) dos não-brancos está diretamente associada à facilitação do acesso dos brancos aos privilégios sociais, acabam legitimando a falácia liberal da meritocracia e a manutenção do *status quo* e da desigualdade social; e d) função de apatia, que, como consequência das funções anteriores, fazem com que os brancos tenham dificuldade de se colocar no lugar do oprimido, no lugar das vítimas cotidianas de ofensas raciais, no lugar, enfim, de grande parte da população não-branca que sofre cotidianamente com o preconceito racial, com a discriminação social e com o problemas econômico-sociais advindos do racismo e reforçados por ele.

Desse modo, o dispositivo de racialidade e o véu da branquidade operam com vigor nas relações sociais e práticas institucionais brasileiras e não seria diferente no regime de produção da verdade judicial, pois são decisivos para o desfecho das demandas judiciais que envolvem os corpos negros. Isso permitiu apresentar a categoria central mobilizada nesta tese: a **racialização do regime de verdade judicial**, que também pode ser expressa num enunciado afirmativo no sentido de que há um regime de verdade judicial racializado sempre que o corpo negro está diante das barras da Justiça.

Tentamos demonstrar esse argumento com um olhar no passado escravista, com foco na legislação antiescravista, no discurso jurídico e nas práticas judiciais do período oitocentista, e outro olhar no presente racista, com foco na legislação antirracista do século XX em diante, na dogmática jurídica de tradição formalista e nos processos reivindicatórios da população negra nos quais o "corpo" negro assume uma posição de vítima de agressão racial e busca reparação nas ações de injúria racial (ação penal), de responsabilidade civil (ação civil) e de danos morais nas relações de trabalho (reclamatória trabalhista).

A reflexão sobre a dimensão estratégica desse modo específico de produção da verdade (judicial) permitiu identificar algumas características intrínsecas aos regimes de verdade judicial que evidenciam sua racialização e que foram forjadas desde o período colonial e se perpetuam na fase republicana, demonstrando a persistência da colonialidade do do poder no Direito.

Apesar das promessas de segurança e de igualdade do pensamento dogmático, que, como afirmou Vera Andrade (2003), faz parte da autoimagem da dogmática e atendem às exigências teóricas do Estado Moderno, foi questionado se a dogmática jurídica, que legitima as práticas jurídicas, fornece de fato a segurança jurídica e garante a igualdade no tratamento das demandas e, em caso afirmativo, "para quê" ou "para quem"?

Para tanto, foram analisados os discursos de três juristas brasileiros do século XIX, Agostinho Marques Perdigão Malheiro (1824-1881), Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) e Antônio Pereira Rebouças (1798-1880), demonstrando como esses discursos foram forjados para, numa cultura jurídica que se dizia liberal, encontrar justificativas para a escravidão, concebendo uma dogmática jurídica casuística, na qual o mal da escravidão era repudiado por meio da retórica jurídica e de fugas discursivas e ao mesmo tempo sustentada por uma lógica ambivalente de proteção dos direitos adquiridos dos senhores sobre a propriedade de seres humanos, acompanhada de algumas flexibilizações ou "concessões" aos escravos com base na Lei da Boa Razão, na doutrina romana do "favor à liberdade" ou mesmo em princípios humanitários herdados do iluminismo. .

No pós-abolição, a dogmática jurídica seguiu a tradição formalista, fixando as bases do positivismo jurídico no Brasil, no bojo do qual foi se delineando um novo regime de verdade para a administração das relações públicas e privadas levadas aos Tribunais. Nesse regime, não comportava mais tratamento diferenciado entre negros e brancos. A função dessa dogmática, especialmente em relação à definição das regras do jogo processual a ser jogado por pessoas em igualdade de condições (ao menos do ponto de vista formal) passou por um refinamento teórico, nutrindo o discurso de que as fórmulas dogmáticas conduziriam a uma decisão justa, imparcial e igualitária, sob o manto da segurança jurídica. Daí o investimento constante dos juristas na teorização de fórmulas dogmáticas em torno da busca da verdade judicial, da sua relação com a atividade probatória e os pressupostos processuais.

Entretanto, o que se percebeu nos manuais de processo penal, civil e trabalhista mais recentes é a persistência de uma abordagem estritamente formal e dissociada da realidade em que o ensinamento jurídico e a lei estão inseridos. Nesses escritos, há a propagação de dogmas, princípios, conceitos e palavras de efeito que integram o conjunto de premissas compartilhadas pelos processualistas e refletem as promessas da ciência jurídica.

Ao pensamento dogmático, soma-se a emergência da legislação antiescravista, no século XIX, e antirracista no século XX. Em relaçã ao periodo oitocentista, a Constituição Escravista Imperial de 1824 não deixava dúvidas sobre a condição do negro na ordem jurídica imperial, legitimando a escravidão, negando a plena cidadania aos libertos e dando sustentação à criação e aplicação de uma legislação ordinária que legitimava o domínio senhorial e as violências perpetradas contra a população escrava ao lado de uma legislação antiescravista engendrada num contexto de tensões, resistências e disputas de poder que contribuiu para o adiamento da abolição da escravidão até o final do século XIX.

No pós-aboliçao, apesar das violências cotidianas a que população negra continuou

submetida após o fim da escravidão, somente em 1951, após um longo tempo de luta e resistências da população e movimentos negros, o véu da branquidade foi tensionado para fazer uma espécie de "concessão à negritude", por meio da Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390, de 03 de julho de 1951), inserindo a prática de discriminação e preconceito racial no rol de contravenções penais.

Diferentemente da Lei Afonso Arinos, a constitucionalização do crime de racismo e as leis infracostitucionais que criaram o crime de racismo e injúria racial no pós-Constituição de 1988 tiveram participação ativa do movimento negro. Isso, entretanto, não representou mudança significativa na realidade do sistema de justiça criminal. A "concessão" da branquidade à luta por reconhecimento da população negra continuava enfrentando resistência, sobretudo quando analisamos o problema sob a ótica do pensamento dogmático.

Dogmática jurídica casuística e práxis judicial de conveniência! A coexistência da escravidão ao longo do século XIX com o projeto de formação de um Estado Liberal só foi possível pela simbiose entre esses dois elementos. Na justiça de conveniência, buscava-se fazer a mediação possível entre as reivindicações da população escrava, os interesses senhoriais e os interesses políticos, tentando conciliar o direito de propriedade dos senhores e a liberdade dos escravos.

Partindo dessa compreensão e com suporte na historiografia da escravidão, foi demonstrado como o funcionamento do Poder Judicial no período oitocentista na condução das ações de liberdade e de escravidão, bem como no julgamento de crime de redução de pessoa livre à escravidão, caracterizou uma justiça de conveniência, ao lado de um Direito Penal de Exceção aplicado aos corpos negros.

Analisando a posição do "negro-autor" nas ações cíveis de liberdade e de escravidão, percebeu-se que, apesar das barreiras dogmáticas e judiciais, ainda assim, muitos escravos se utilizaram da via judicial como estratégia de resistência e de luta pela liberdade e, às vezes, conseguiam romper os obstáculos desse regime de verdade. Embora restrita a uma pequena parcela da população escrava, havia, de fato, chances de obter uma sentença favorável à liberdade, o que representava uma intervenção do Poder Judicial nas relações privadas entre senhores e escravos.

As chances de êxito para o escravo eram mais remotas quando se analisou a alteração da posição do corpo negro na relação processual. A situação do "negro-vítima" de crimes de redução de pessoa livre à escravidão, no qual figuravam como réus os senhores de escravos, acrescentou outros componentes à racialidade, já que não estava em jogo uma mera relação

privada de propriedade e seu contraponto (a liberdade do "escravo-coisa"), mas sim a possibilidade de colocar um senhor de escravo no banco dos réus pela prática de crime.

A precariedade da liberdade das pessoas livres de cor e os dilemas da prova da posse da liberdade levava inevitavelmente à baixa resolutividade das ações penais do crime do artigo 179, do Código Criminal do Império, completando o ciclo de operatividade do regime de verdade judicial desse tipo de ação, produzindo os efeitos não declarados, porém reais, da ordem jurídica vigente, imunizando a branquidade quanto aos bens negativos (a pena criminal) e mantendo os seus privilégios (a propriedade escrava) na sociedade brasileira do período oitocentista. A imunização dos senhores de escravos acusados de crime de redução de pessoa livre (negros) à escravidão não era uma desfuncionalidade, mas sim uma marca da operacionalidade do sistema de justiça, pois o Direito Penal, desde então, não era voltado para punir "homens" e "mulheres" de bem (ou, melhor dizendo, "brancos" e de "bens").

Por outro lado, quando o banco dos réus era ocupado pela população escrava, a punição seria praticamente inevitável. Nesse aspecto, a situação do "negro-réu" no Poder Judicial do Império foi caracterizada pela vigência de um Direito Penal de Exceção. A excepcionalidade desse regime não estava apenas na aplicação da pena de morte e de açoites para os crimes praticados pelos escravos contra os senhores, seus parentes e feitores, mas também no procedimento sumário que foi criado, do qual dificilmente o escravo escapava ileso.

Esse estado de coisas racializado persistiu, de algum modo, ao longo dos séculos XX e XXI, como um contínuo da racialização do regime de verdade judicial do período colonial, como se o "tempo saquarema" ecoasse no meio de nós, reatualizando as relações entre senhores e escravos, da casa-grande e da senzala, dos sobrados e dos mocambos, por meio de dispositivos de racialidade.

Apesar da constitucionalização do racismo e da tipificação dos crimes raciais após a Constituição de 1988, persistem o desrespeito e a desconsideração do sofrimento das vítimas, conforme demonstrado a partir das práticas judiciais de veridição do século XX, como constatado a partir dos padrões racializados que marcaram a condução dos casos de contravenções penais da Lei Afonso Arinos pelos agentes do sistema de justiça criminal. O funcionamento desse sistema frente a esses casos cumpria a função estratégica, característica da branquidade, de negação das ofensas raciais, de interdição do corpo negro ao longo das fases da persecução penal, inviabilizando a apuração, a comprovação das ofensas e a punição dos agressores. Nessa época, surge a "doutrina penal do especial fim de agir da ofensa racial", que consistia na exigência de demonstração inequívoca da intenção de ofender ou

discriminar o negro em razão da raça, cor ou etnia como condição para a subsunção da conduta típica. No julgamento das contravenções penais da Lei Afonso Arinos, essa doutrina já demonstrava sua força, que passou a ser uma das principais estratégias da branquidade para afastar a responsabilização penal dos agressores.

A emergência de uma "doutrina penal do especial fim de agir da ofensa racial" nesses julgamentos completa a tríade da racialização do regime de verdade judicial sobre os corpos negros no século XX. A compreensão dessa racialização, como argumentado ao longo deste trabalho, só foi possível a partir da conjugação dos três eixos analíticos a) tanto as leis antiescravistas do século XIX quanto as leis antirracistas do século XX, emergiram em um campo de tensão, de disputa de poder, de jogos estratégicos que, inclusive, não foram lineares; b) o refinamento de dogmática de tradição formalista, agora reforçada pela "doutrina penal do especial fim de agir da ofensa racial"; e c) de uma prática judicial que, utilizando dessa legislação e dessa dogmática, reproduzia o racismo no julgamento dos corpos negros.

Apesar do refinamento teórico dessa dogmática e das promessas de igualdade e de segurança jurídica, com a "mais perfeita justiça", os corpos negros continuam enfrentando um regime de verdade racializado, o que demonstra a robustez e a força da colonialidade do direito e da branquidade do poder. Em pleno século XXI, a população negra tem diante de si um Direito e uma Justiça desiguais, às quais não tem efetivo acesso. No campo penal, como réus, continua sendo objeto de um Direito Penal de Exceção, agora sob a roupagem da seletividade racial e, como vítima de racismo, continua enfrentando dificuldades para o reconhecimento judicial do racismo e a responsabilização dos ofensores, tanto nas ações de crimes raciais quanto nas ações de reparação civil.

E esse argumento foi demonstrado na análise da situação do "negro-réu" na atualidade sob a perspectiva da seletividade racial, pois o corpo negro no banco dos réus é marcado por excepcionalidades, embora a dogmática processual insista no discurso da igualdade, da imparcialidade e da segurança jurídica. A excepcionalidade se reatualiza cotidianamente e demarca a seletividade racial do sistema de justiça criminal, que começa com a suspeição policial generalizada no cotidiano das ruas, perpassa as investigações preliminares na fase pré-processual sem assistência de advogado (particular ou Defensoria Pública) e chega ao promotor de justiça, que geralmente replica, na denúncia criminal, a verdade produzida no inquérito policial. Somente na fase processual a defesa do corpo-negro tem acesso aos elementos da acusação, quando pouco ou quase nada resta a fazer em termos de produção probatória e instrumentos capazes de interferir na formação da verdade judicial sobre os fatos. O juiz, por sua vez, segue o ritual jurídico, e, com frequência, decide que a versão apresentada

pelo Ministério Público na denúncia é a que está "no verdadeiro". O final dessa história, todos já conhecemos: são os corpos negros que definem a "cor" da população prisional.

Nesse contexto, a observância do rito procedimental é um reforço do mascaramento da violência do Direito, levando ao encarceramento em massa da população negra sem que isso provoque qualquer comoção pública, tampouco entre os juristas dogmáticos que se contentam com uma "verdade judicial" que é válida e justa tão somente por ter observado o devido processo legal.

Para demonstrar o argumento em relação ao "negro-vítima" no julgamento dos crimes de racismo e injúria racial, a pesquisa exploratória apresentou o funcionamento da Justiça Penal no Distrito Federal, a partir da estratégia de atuação adotada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que privilegia a justiça negocial e a reparação do dano à vítima. A conclusão a que se chegou é que o poder definidor da branquidade quanto ao lugar do branco no sistema de justiça criminal reflete na concessão de privilégios jurídico-processuais que afastam o ofensor da pena privativa de liberdade e dos efeitos estigmatizantes da pena. Nesse cenário, o benefício do sursis processual, na forma praticada no Distrito Federal, vem produzindo dois resultados: a imunização dos ofensores em relação aos efeitos de uma condenação criminal e a mitigação da responsabilidade civil dos ofensores.

Foi constatado que há subvalorização do sofrimento da vítima, caracterizada pela modicidade (e em alguns casos pelo caráter meramente simbólico) do valor das indenizações fixadas no sursis processual. Além disso, há o poder de legitimação do ritual, que reforça a racialidade. De acordo com os dados analisados, independentemente da participação da vítima na audiência de aceitação do sursis processual, o valor da indenização não será diferente do valor pré-estabelecido pelo MPDFT. Mesmo nos casos em que as propostas de acordo indicaram que o valor seria definido em audiência, os valores finais não se distanciaram dos valores praticados pelo órgão ministerial. Diante disso, a participação da vítima não tem influência relevante na produção dessa "verdade", da verdade sobre o valor dos seus sentimentos, das suas dores, da expressão monetária dos constrangimentos morais sofridos em virtude da ofensa racial. Sua presença na audiência apenas contribui para validar o procedimento e confirmar a "verdade" acerca da expressão monetária pré-estabelecida pelos agentes do sistema de justiça criminal sobre o valor do sofrimento negro.

Além disso, ao adotar o acordo de sursis processual como principal estratégia para a reparação do dano, acaba-se esvaziando o próprio instituto da responsabilização civil, na medida em que os valores são fixados de forma simbólica (inexpressivos) e dissociados das circunstâncias do caso concreto, além de inibir a vítima de buscar a reparação no juízo cível.

Por essa razão, o sursis processual opera como um dispositivo de racialidade que blinda os ofensores da aplicação da pena privativa de liberdade e dos efeitos estigmatizantes da condenação criminal, além de contribuir para manter o silêncio eloquente (ou o não-dito) do Judiciário sobre o mérito de grande parte das ofensas raciais, já que o juiz se restringe à uma função homologatória.

Nos casos que avançaram para a fase de instrução e julgamento no Distrito Federal, persistiram uma série de dificuldades para a comprovação da materialidade e da autoria necessária para a responsabilização do ofensor. Na condução do inquérito policial não há preocupação da polícia científica e tampouco do Ministério Público em produzir outras provas do ocorrido. Basta, para fins de inquérito policial e para o oferecimento das denúncias, a coleta do depoimento da vítima, do ofensor e, quando existentes, de uma ou duas testemunhas. Provas técnicas e documentais são raras nesses casos, mesmo quando de fácil obtenção. Nos processos analisados, a instrução processual feita durante a ação penal, consiste basicamente na reinquirição das mesmas pessoas ouvidas na fase inquisitorial. Não há produção de novas provas, salvo as testemunhas indicadas pelo acusado, e, quando as pessoas arroladas não comparecem (às vezes nem a vítima é localizada para reinquirição), o caminho natural é a absolvição por insuficiência de provas.

A precariedade da atividade probatória e a falta de meios para influir na formação da convicção do magistrado foram identificadas na maioria dos processos que levaram à absolvição na primeira instância. Nesses casos, geralmente o promotor sequer apela ao Tribunal e, quando há recurso, a tendência é de que a sentença seja mantida na segunda instância. Este é o "modo normal de ser" do julgamento das pessoas negras "anônimas" cujo destino parece estar pré-determinado numa lógica de produção industrial de decisões judiciais que precisa cumprir um conjunto de fórmulas jurídicas para estar "no verdadeiro". Porém, quando é o corpo negro que está nos autos do processo, a anonimização das partes se entrelaça ao racismo institucional, num regime de verdade judicial racializado que acaba revitimizando os corpos negros.

Há casos, porém, que fogem à regra e até mesmo levam à condenação do agressor. De toda forma, mesmo quando se reconhece a prática do crime, a conotação racial é tratada como uma questão secundária. Com base na prova oral produzida, o juiz faz o raciocínio lógico-dedutivo dizendo que as palavras ou a conduta tem conotação racial e, portanto, se enquadra no tipo de racismo ou injúria racial. Para tanto, a referência às fórmulas dogmáticas como "materialidade", "autoria", "decoro", "honra", "honra subjetiva", "dignidade da pessoa humana", dolo", "dolo específico", "*animus injuriandi*" ou até mesmo "racismo" e "injúria

racial" no sentido estritamente jurídico, é suficiente para a elaboração discursiva do sentenciante. A questão racial fica reduzida à mera subsunção fato-norma, em um discurso jurídico no qual não é possível sequer extrair os sentidos de raça, racismo e ofensa racial que estão sendo mobilizados na formação da convicção dos julgadores.

Por outro lado, quando a sentença penal condenatória avança na análise do dano moral, responsabilizando civilmente o agressor de crimes raciais, há uma tendência de minimização do sofrimento negro em termos monetários. Constatou-se que os órgãos de persecução penal (Polícia e Ministério Público) são omissos na produção de elementos de provas e informações acerca da capacidade econômica das partes e das circunstâncias do caso concreto que possam influir na formação da convicção do julgador acerca da expressão monetária do dano moral. O juiz, por sua vez, se satisfaz com a informação da atividade ou profissão dos réus informadas nos termos de depoimento e, em geral, fixa o valor que o Ministério Público entende suficiente para reparar o sofrimento da vítima. Nesse cenário, a vítima (o corpo negro), a maior interessada na demanda, continua sem participação efetiva.

A forma como os procedimentos (sursis processual, sentença penal condenatória, e fixação, na sentença penal, do valor mínimo para a reparação do dano moral à vítima) são conduzidos indica que a estratégia de reparação civil atua como dispositivo de racialidade, não apenas pelos valores irrisórios definidos pelo Ministério Público e pelos juízes, como também pela padronização do dano moral por meio de parâmetros pré-definidos desde o oferecimento da denúncia, pouco importando as provas, as circunstâncias do caso concreto, a participação da vítima no procedimento e a conotação racial da ofensa. Apesar disso, o cumprimento do ritual jurídico é necessário para dar legitimidade ao regime de verdade e validar a estratégia de persecução penal, sob o rótulo de "combate ao racismo".

Vê-se que a percepção dos juristas do "tempo saquarema" ainda ecoa no sistema de justiça brasileiro, pois, apesar de todas as mudanças ocorridas ao longo do tempo, a Justiça Penal continua sendo um lugar de não-reconhecimento de direitos e de subvalorização do sofrimento do corpo negro. Por isso, a análise da percepção e o sentido da reparação de danos em outras esferas judiciais, foi um caminho produtivo para entender a dimensão dessa racialidade.

O estudo da situação do "negro-vítima" nas ações de reparação cível na Justiça Cível do Distrito Federal demonstrou que a esfera cível tem sido um canal mais permeável à luta por reconhecimento da população negra, pois a percepção dos julgadores quanto à ocorrência da ofensa e a sua expressão monetária é mais favorável às vítimas, ao menos no que se refere à fixação do valor da indenização por danos morais.

Apesar disso, os negros continuam enfrentando obstáculos para produção de provas capazes de influir na produção da verdade e na convicção do julgador nas ações cíveis. A rigor, a instrução probatória nos processos civis é semelhante às ações penais no que concerne à comprovação da ofensa racial e do dano causado à vítima. Em vários processos cíveis, inclusive, a ação cível se limitou às peças de boletim de ocorrência e do inquérito e à reprodução da prova oral feita na ação penal.

Quanto ao discurso judicial, os julgadores não se preocupam em aprofundar na conotação racial da conduta, nas circunstâncias do caso concreto e, tampouco, exigem provas robustas para além daquelas que já são produzidas na ação penal, para fins de avaliação da extensão do dano moral e do respectivo valor indenizatório. Na maioria dos processos nos quais se reconheceu o dever de indenizar a vítima, o julgador se limitou a afirmar que, no seu entender, o valor arbitrado seria suficiente para a reparação do dano, o que demonstra a alta carga de subjetividade no arbitramento do dano moral. A despreocupação com a fundamentação é ainda maior quando a causa se processa perante o Juizado Especial Cível, onde prevalece a simplicidade e a informalidade.

O sentenciamento cível acompanha o padrão decisório das questões raciais no âmbito do Judiciário. Assim, tendo ou não provas substanciais nos autos acerca dos elementos da responsabilidade civil (conduta, dano e nexo de causalidade) ou da "extensão do dano" não é possível extrair do fundamento das sentenças e dos acórdãos cíveis em que medida os elementos de convicção estão relacionados ao contexto racial e às circunstâncias do caso concreto. Há uma espécie de interdição do discurso racial, como se fosse proibido falar em racismo, mesmo quando se reconhece a inadequação do comportamento do agressor. Para tanto, os julgadores se valem das fórmulas dogmáticas universalizantes e, com isso, se desonera de ter de falar em raça, racismo, escravidão e, claro, não precisa se despojar do véu da branquidade.

A Justiça do Trabalho também tem sido utilizada pelas vítimas de ofensas raciais para buscar a responsabilização do ofensor por meio de reclamatórias trabalhistas e, a exemplo das ações cíveis, as vítimas têm obtido êxito em grande parte dos casos. Quando se observa os valores das indenizações, constatou-se que a Justiça do Trabalho tem uma percepção semelhante à da Justiça Cível quanto ao reconhecimento da ofensa, mas tende a arbitrar indenizações em valores mais significativos.

É provável que as peculiaridades procedimentais das diferentes esferas judiciais e seus princípios norteadores influenciem na percepção do julgador acerca da quantificação monetária do sofrimento suportado pela vítima de ofensas raciais. Entretanto, a análise

comparativa dos processos indica que o julgador se depara com o mesmo conjunto de provas e as vítimas possuem dificuldades semelhantes para influir na produção da verdade judicial. Na Justiça Trabalhista a discussão também se limitou a análise das provas e dos fatos com base na presença ou ausência dos elementos da responsabilidade civil a partir da referência à previsão legal ou às fórmulas dogmáticas. A conotação racial da conduta é tratada sutilmente, quase sempre para a avaliação da gravidade da conduta, sem, entretanto, explicitar em que medida essa qualidade da ofensa impacta na definição do valor da indenização.

Em ambas as esferas judiciais (penal, cível e trabalhista) a interpretação judicial sobre a extensão do dano e sua quantificação monetária acaba sendo produto do subjetivismo do julgador, mesmo em uma esfera judicial mais protetiva para a vítima, como a Justiça do Trabalho.

A racialidade, portanto, atravessa os regimes de verdade. Os dispositivos de racialidade ficam latentes no julgamento de corpos negros, seja em ações penais, cíveis ou trabalhista, e são acionados pela branquidade do poder sempre que necessário para preservar as relações de poder desiguais numa sociedade estruturada no racismo, mantendo, assim, a colonialidade racial do direito.

A demonstração dessas estratégias nos crimes raciais e os usos e sentidos da reparação dos danos nos processos penais e seus reflexos na responsabilização civil em outras esferas judiciais, reduzindo a criminalização do racismo e a reparação do dano causado à vítima a valores inexpressivos, é apenas uma forma, ainda que parcial, de tentar compreender problema e de demonstrar a persistência do discurso jurídico elaborado desde o período oitocentista, segundo o qual, a pena criminal não é destinada aos acusados de crimes raciais. Estes, quando muito, poderão ser responsabilizados civilmente, porém, sem o estigma de criminoso e sem sofrer os efeitos de uma condenação criminal. De toda forma, os valores das indenizações são inexpressivos, subvalorizando a dor e o sofrimento do corpo negro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo. In.: Revista Outra Travessia. N. 5, 2º sem., 2005, p. 9-16.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. Parecer sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF/186, apresentada ao Supremo Tribunal Federal. 2010, Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/stf_alencastro.doc. Acesso em: 09.04.2023.

ALMEIDA, Eneá de Stutz e. Ecos da Casa de Montezuma: O Instituto dos Advogados Brasileiros como referência na cultura jurídica nacional.Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2003.

ALMEIDA, Silvio. Racismo estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro: Jandaíra, 2020. 255 p. (Feminismos plurais / coordenação Djamila Ribeiro).

ALVES, Dina. Rés negras, Judiciário branco: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. Dissertação (Mestrado) Ciências Sociais. São Paulo, Universidade Pontifícia Católica de São Paulo, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática jurídica: escorço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira. Fim do tráfico. In.: SCHWARCZ, Lilia Moritz; GOMES, Flávio dos Santos (Org.). Dicionário da escravidão e liberdade: 50 textos críticos. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. 513 p., p. 232-236.

AVELAR, Laís da Silva. O "pacto pela vida", aqui, é o pacto pela morte!: o controle racializado das bases comunitárias de segurança pelas narrativas dos jovens do Grande Nordeste de Amaralina. Dissertação (Mestrado) Direitos Humanos e Cidadania. Universidade de Brasília. Brasília, 2016.

AVILA. André Pierobom de Ávila (coord). Acusações de racismo na capital da República: obra comemorativa dos 10 anos do Núcleo de Enfrentamento à Discriminação do MPDFT / coordenador, Thiago André Pierobom de Ávila; autores, Ana Claudia Farranha ... [et al.]. – Brasília: MPDFT, Procuradoria Geral de Justiça, 2017, 544p.

AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites século XIX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, 267p.(Colecao oficinas da historia).

AZEVEDO, Elciene Rizzato et al. (Org.) Trabalhadores na cidade: cotidiano e cultura no Rio de Janeiro e em São Paulo, séculos XIX e XX. Campinas, SP: Ed. Unicamp, 2009, 280p.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 2, n. 5 – jan.1994.

_____. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2002, 254 p. (Coleção Pensamento Criminológico)

_____. Funciones instrumentais y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. Tradução de Maurício Martínez. In: ABOSO Gustavo E. (org.). Criminología y Sistema Penal. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Flório de Angelis. Bauru, EDIPRO, 2000.

BENTO, Maria Aparecida da Silva. Pactos narcísicos no racismo: Branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público. Tese (doutorado), São Paulo: Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, Departamento de Psicologia da Aprendizagem, do Desenvolvimento e da Personalidade, 2002.

BERTANI, Mauro; FONTANA, Alessandro. Situação do curso. In: Em defesa da sociedade: curso dado no Collége de France (1975-1976). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Mauro Bertani e Alessandro Fontana; trad. Maria Ermanita Galvão. 1.ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998a. (Coleção obras de Michel Foucault), p. 327-351.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1989.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de Direito Processual do Trabalho / Carlos Henrique Bezerra Leite. – 20. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022.

BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: volume 1: parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito compiladas por Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi., Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOITEUX, Luciana et al. (2009), "Tráfico de drogas e Constituição". Relatório de pesquisa. Brasília, Ministério da Justiça - série "Pensando o Direito". Disponível em http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf. Acesso em: 19.06.2023.

BOSI, Alfredo. A escrevidão entre dois liberalismos. Revista Estudos Avançados. V. 2 N. 3, 1988.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Anais da Sessão de 16 de julho de 1852. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/125-anos-da-lei-aurea/euzebio-queiroz. Acesso em: 26.12.2022.

BRASIL, Câmara dos Deputados, Código de Processo Penal. Exposição de Motivos Nº 212, de 9 de Maio de 1983. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html. Acesso em: 09.09.2023.

BRASIL. Primeiro Censo Demográfico de 1872. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/1o-censo-do-brasil-feito-ha-150-anos-contou-1-5-milhao-de-escravizados. Acesso em: 09/04/2023.

BRASIL. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, 2023. Disponível em: [https://www.dieese.org.br/infografico/2022/populacaoNegra2022/index.html?page=3. Acesso em: 07/10/2023.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: https://painel.ibge.gov.br/pnadc/. Acesso em 07.10.2023

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Censo do Poder Judiciário. VIDE: Vetores iniciais e dados estatísticos. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça.Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros - 2018 Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2018

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pesquisa sobre Negros e Negras no Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2021.

BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Políticas Penais - SENAPPEN. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário nacional. População por cor/raça no sistema prisional. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNTFkZDA5MDEtZmJjNi00YjRhLTlkOTUtYWUxZjE3NWE3NDU5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSectionf330443a7e0c245a2804. Acesso em 31.08.2023

BRASIL. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. INSTITUTO DE ECONOMIA. LABORATÓRIO DE ANÁLISES ECONÔMICAS, HISTÓRICAS, SOCIAIS E ESTATÍSTICAS – LAESER. Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil;2009-2010. Disponível em: [http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2011/09/desigualdades_raciais_2009-2010.pdf] Acesso em: 08.07.2023.

CARDOSO, Lourenço. O branco “invisível”: um estudo sobre a emergência da branquitude nas pesquisas sobre as relações raciais no Brasil (Período: 1957-2007). [Dissertação de mestrado], Faculdade de Economia e Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2008.

_____. O branco ante a rebeldia do desejo: um estudo sobre a branquitude no Brasil. 2014. 290 f. Tese (doutorado) – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciencias e Letras (Campus de Araraquara), 2014.

CARNEIRO, Levi. Estudo Crítico-Biográfico. In: Esboço do Código Civil. Volume 1. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. IX-XXXVII).

CARNEIRO, Sueli. A Construção do Outro como Não-Ser como Fundamento do Ser. Tese de doutorado defendida no programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade de São Paulo, 2005.

_____. Racismo, Sexismo e Desigualdade no Brasil. São Paulo: Editora Loyola, 2011.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo Caminho. 23ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CARVALHO, Marcus J. M. O desembarque nas praias: o funcionamento do tráfico de escravos depois de 1831. In: Revista de História, USP, São Paulo, n. 167, julho/dezembro 2012, p. 223-260.

CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil, 16. ed. – Barueri: Atlas, 2023.

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

_____.Costumes senhoriais: escravização ilegal e precarização da liberdade no Brasil Império. In: AZEVEDO, Elciene et al. (Orgs.) Trabalhadores na cidade: cotidiano e cultura no Rio de Janeiro e em São Paulo, séculos XIX e XX. Campinas: Editora da Unicamp, 2009. p. 23-62.

_____. A força da escravidão: ilegalidade e costume no Brasil oitocentista. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 31ed rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Ferreira. Além do positivismo jurídico. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Sobre os silêncios da lei: lei costumeira e positiva nas alforrias de escravos no brasil no século XIX. Cadernos IFCH Unicamp, Campinas, Editora Hucitec, 1983.

DÖPCKE, Wolfgang. O Ocidente deveria indenizar as vítimas do tráfico transatlântico de escravos? Reflexões sobre a Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, a Intolerância Racial, a Xenofobia e a Intolerância Correlata. In: Rev. Bras. Polít. Int. 44 (2): 26-45 [2001].

DU BOIS. W. E. B. Black Reconstruction in American. New York: 1992.

DUARTE, Evandro C. Piza. Negro: Este Cidadão Invisível. In: Recrie: arte e ciência, Revista Crítica Estudantil, Ano 1, n. 1. Florianópolis: Instituto da Cultura e da Barbárie, Fundação Boiteux, 2004.

_____. Ruy Barbosa e a queima dos arquivos: as lutas pela memória da escravidão e os discursos dos juristas. Universitas JUS. v. 26, n. 2, 2015, p.23-39.

_____. Criminologia & Racismo. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2017.

_____. Diálogos com o "realismo marginal" e a crítica à branquidade: por que a dogmática processual "não vê" o racismo institucional da gestão policial brasileiras? In. DUARTE, Evandro Piza; SANTOS, Fernando Nascimento dos; MAGALHÃES, Camilla (coord). Lições de Dogmática Crítica: direitos fundamentais dos identificados como suspeitos na atividade policial. Volume 1. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 25-60.

_____. Textos fraternos: escritos sobre Racismo, Branquidade, Criminologia e Direito. Organização Ana Beatriz Gonçalves Feliz, Danilo dos Santos Rabelo. São Paulo: Editora Dialética, 2022, 240p.

_____. Uma dogmática processual penal em crise ou uma dogmática para a crise do processo penal? In: Textos fraternos: escritos sobre Racismo, Branquidade, Criminologia e Direito. Organização Ana Beatriz Gonçalves Feliz, Danilo dos Santos Rabelo. São Paulo: Editora Dialética, 2022, 240p.

DUARTE, Evandro C. Piza; ZACKSESKI, Cristina. Sociologia dos sistemas penais: controle social, conceitos fundamentais e características. In. DUARTE, Evandro Piza; SANTOS, Fernando Nascimento dos; MAGALHÃES, Camilla (coord). Lições de Dogmática Crítica: direitos fundamentais dos identificados como suspeitos na atividade policial. Volume 1. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 61-81.

DUARTE, Evandro C. Piza; QUEIROZ, Marcos V. Lustosa. COSTA, Pedro Argolo. A Hipótese Colonial, um diálogo com Michel Foucault: a modernidade e o Atlântico Negro no centro do debate sobre racismo e sistema penal. Universitas JUS, v. 27, n2, p. 1-31, 2016.

DUARTE, Evandro Charles Piza; MURARO, Mariel; LACERDA, Marina; GARCIA, Rafael de Deus. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: LIMA, Cristiane do Socorro Loureiro et al. (Org.). Segurança pública e direitos humanos. Pensando a segurança pública. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014. v. 5.

DUARTE, Evandro Charles Piza; SANTOS, Fernando Nascimento dos; PINTO, Rafael Figueiredo; TACHY, Mayara Lima. A Defensoria Pública e os desafios para a Justiça Racial

no sistema de justiça criminal Brasileiro. In: Alberto Amaral; Bruno Amaral Machado; Cristina Zackseski. (Org.). Direito Penal e Acesso à Justiça. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, v. 1, p. 181-214.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA - EUA, Carta de Declaração de Independência. Disponível em: https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM7SS42-Declara__o%20da%20Virginia.pdf. Acesso em: 06.04.2023.

FANON, Frantz. Pele negra máscaras brancas. Tradução de Renato da Silveira. Prefácio de Lewis R. Gordon. Salvador, EDUFBA, 2008.

FERNANDES, Florestan. "Prefácio", in F.H. Cardoso e Octávio Ianni. "Cor e mobilidade social em Florianópolis". São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

_____. A integração do negro na sociedade de classes. 5. Ed, São Paulo, Editora Globo, 2008.

_____. "Prefácio", in F.H. Cardoso e Octávio Ianni. "Cor e mobilidade social em Florianópolis". São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3.ed. rev. e ampl.
São Paulo: RT, 2010. 925p.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. A função social da dogmática jurídica, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; FREITAS, Felipe da Silva. Do paradoxal privilégio de ser vítima: Terror de Estado e a negação do sofrimento negro no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 135, ano 25, p. 49-71, São Paulo: Ed. RT, set, 2017.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 31.08.2023.

FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade 1: a vontade do saber. Trad, Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 7. Ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018 (Coleção Biblioteca de Filosofia), 175p.

_____. Do governo dos vivos: curso dado no Collége de France (1979-1980). Edição estabelecida sob a coordenação de François Ewald e Alessandro Fontana, por Michel Senellart; trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. (Coleção obras de Michel Foucault).

_____. A arqueologia do saber. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010a, 236p.

_____. A hermenêutica do sujeito: curso dado no Collége de France (1981-1982). Edição estabelecida sob a coordenação de François Ewald e Alessandro Fontana, por Frédéric Gros; trad. Márcio Alves da Fonseca, Salma Annus Muchail. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010b. (Coleção obras de Michel Foucault).

_____. Ética, Sexualidade, Política. Organização e seleção de textos de Manoel Barros da Motta, trad. Elisa Monteiro, Inês Auran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2004 (Coleção Ditos e Escritos, Volume V).

_____. Os anormais: curso dado no Collége de France (1974-1975). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Valério Marchetti e Antonella Salomoni; trad. Eduardo Brandão. 1.ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001. (Coleção Tópicos).

_____. Em defesa da sociedade: curso dado no Collége de France (1975-1976). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Mauro Bertani e Alessandro Fontana; trad. Maria Ermanita Galvão. 1.ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998a. (Coleção obras de Michel Foucault).

_____. Microfísica do poder. Org. e trad. Roberto Machado. 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998b.

_____. As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 1999 (Coleção Tópicos)

_____. A ordem do discurso: aula inaugural no Collége de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Editoções Loyola, 1996a.

_____. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novais. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1996b.

_____. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 23 ed. Petrópolis: Vozes, 1987, 288p.

FREITAS, Augusto Teixeira de. Esboço do Código Civil. Volume 1. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983.

_____. Consolidação das Lis Civis. Volume II, Brasília, Senado Federal, Conselho Editoral, 2003a (Coleção história do direito Brasileiro).

_____. Consolidação das Lis Civis. Volume II, Brasília, Senado Federal, Conselho Editoral, 2003b (Coleção história do direito Brasileiro).

FREITAS, Felipe. Novas perguntas para a criminologia brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda. Cadernos do CEAS, Salvador, n. 238, p. 488-499, 2016.

_____. REDE DE OBSERVATÓRIO DE DA SEGURANÇA. Chacina do Jacarezinho: o Ministério Público do Rio precisa falar o que pensa. 2021, Disponível em: [http://observatorioseguranca.com.br/chacina-do-jacarezinho-o-ministerio-publico-do-rio-precisa-falar-o-que-pensa/] Acesso em: 22.12.2022.

FRANKENBERG, A miragem de uma branquidade não marcada. In: WARE, Vron. (org.). Branquidade: identidade branca e multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 307-338.

FREYRE, Gilberto. "Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal". São Paulo: Global, 2006.

FUZIGER, Rodrigo José. As faces de jano: O simbolismo do Direito Penal. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GARCIA. Rafael de Deus. O uso da tecnologia e a atualização do modelo inquisitorial: gestão da prova e violação de direitos fundamentais na investigação policial na política de drogas. Dissertação de Mestrado em Direito. UNB. Brasília, 2015.

GENOVESE, Eugene D. A Terra Prometida : O mundo que os escravos criaram. Rio de janeiro: Paz e Terra, 1988. 497p.

GONZALES, Lelia. A categoria político-cultural de amefricanidade. In: Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, Nº. 92/93 (jan./jun.). 1988, p. 69-82

GONZALES, Lélia; HASENBALG, Carlos. Lugar de negro. Rio de janeiro: Marco Zero, 1982 (coleção 2 pontos).

GRINBERG, Keila. Liberata: a lei da ambigüidade: as ações de liberdade da Corte de Apelação do Rio de Janeiro no século XIX . Rio de janeiro: Relume Dumará, 1994. 122 p.

_____. O fiador dos brasileiros. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

HASENBALG, Carlos. Discriminação e desiguldades raciais no Brasil. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. Tradução de Elena Larrauri. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir). Pena y Estado. Santiago: Conosur, 1995.

_____. Direito Penal: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, 336p.

HEYES, Cressida J. Subjetividade e poder. In. Michel Foucault: conceitos fundamentais. Org. Dianna Taylor, Tradução Fábio Creder. Petrópolis: 2018, p.203-219.

HOBBES, Thomas. Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. A Carta de Renúncia de Teixeira de Freitas à Presidência do IAB. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=7hS821p9BJI/. Acesso em: 28.01.2023.

_____. Conferência em 14 de novembro de 1861). Disponível em: https://www.iabnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/06.pdf. Acesso em: 21.01.2023.

JACOBSON, Matthew Frye. “Pessoas brancas livres” na República, 1790-1840. In: WARE, Vron (org.). Branquidade: identidade branca e multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 63-96.

JESUS, Eunice Aparecida de. Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 1980.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 8. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KHALED JR, Salah H. A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

KOERNER, Andrei. Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira (1841-1920) Andrei Koerner, Ricardo Moreira Fonseca (Coord). Curitiba: Juruá, 2010, 272p. (Biblioteca de História do Direito).

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas, 5.ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LEMOS, Eduardo Xavier. Teoria crítica dos direitos humanos desde a América Latina: a teoria e práxis do coletivo O Direito Achado na Rua. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, 524p.

LIMA, Lúcia Maria Aparecida Ribeiro de. A proteção às vítimas do crime de injúria racial no Tribunal de Justiça do Acre. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, 2017.

LIMA E SILVA, Andrea Franco; RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. Racismo ou injúria racial? Como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se posiciona diante dos conflitos raciais. In: Revista de Estudos Empíricos em Direito. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies vol. 3, n. 1, jan 2016, p. 54-78

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o Governo. Trad. Alex Marins. São Paulo: Editora Martins Claret, 2002.

LOPES JR, Aury. Direito processual penal. Disponível em: Minha Biblioteca, (19th edição). Editora Saraiva, 2022.

LOPES JR, Aury. Sistemas de Investigação preliminar no processo penal, 4.ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Direito processual penal. Disponível em: Minha Biblioteca, (19th edição). Editora Saraiva, 2022.

LEITE, Carlos Henrique B. Curso de Direito Processual do Trabalho. Disponível em: Minha Biblioteca, (20th edição). Editora Saraiva, 2022.

LIMA, Lúcia Maria Ribeiro de. A proteção às vítimas do crime de injúria racial no Tribunal de Justiça do Acre. Dissertação de mestrado. Universidade e Brasilia, Brasília, 2017.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, 252p.

_____. Sociologia do direito II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MACHADO, Maria Helena. Crime e escravidão: trabalho, luta e resistência nas lavouras paulistas : 1830-1888. São Paulo: Brasiliense, 1987. 134 p.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; LIMA, Márcia; NERIS, Natália. Racismo e insulto racial na sociedade brasileira: dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do direito. Novos Estudos – Cebrap, São Paulo, v. 35.03, p. 11- 28, novembro, 2016.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. A escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico social. Parte 1. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1866.

_____. A escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico social. Parte 2. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1867a.

_____. A escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico social. Parte 3. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1867b.

MANDELA, Nelson. A luta é minha vida. Org. Fundo Interseccional de Defesa e Auxílio para a África (IDAF); Trad. Celso Nogueira. 6. ed., São Paulo: Globo, 1989

MARTINS, Maria Fernanda Vieira. A velha arte de governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial. In: TOPOI, v. 7, n. 12, jan.-jun. 2006, pp. 178-221.

MARTINS, Sérgio Pinto, Direito Processual do Trabalho, 45. ed. São Paulo : SaraivaJur, 2023.

MATTOS, Hebe Maria. Escravidão e cidadania no Brasil monárquico. 2. ed, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2004, 74 p.

_____. Das cores do silêncio: os significados da liberdade no Sudeste escravista - Brasil século XIX. 3. ed. Campinas, SP: Editora Unicamp, 2013. 383 p.

MATTOS, Ilmar Rohloff de. O tempo saquarema: a formação do Estado Imperial. 2 ed. São Paulo: Editora Hucitec, 1990

McGUSHIN, Edward. A teoria e a prática da subjetividade de Foucault. In. Michel Foucault: conceitos fundamentais. Org. Dianna Taylor, Tradução Fábio Creder. Petrópolis: 2018, p. 165-184.

MELIM FILHO, Oscar. Criminalização e seleção no sistema judiciário. Tese (Doutorado em Direito). 2009. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos. Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do império. Brasília: Cegraf, 1983 (Edição comemorativa)

MICHAELIS, Carolina; MICHAELIS, Henriette. Dicionário Michaelis. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/manipular/] Consulta em 20.03.2022.

MILLS, Charles. The Racial Contract. Ithaca, NY: Cornell University, 1997.

MONTESQUIEU, Charles de Secodant, Baron de. O espírito das leis. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOURA, Clóvis. Rebeliões da senzala. 3. ed. São Paulo: 1981, Editora Ciências Humanas (Coleção A questão Social no Brasil, 6)

_____. Sociologia do negro brasileiro. São Paulo: Editora Ática, 1988. (Série Fundamentos)

_____. Dialética radical do Brasil negro. 2. ed. São Paulo: Fundação Maurício Grabois co-edição com Anita Garibaldi, 2014.

NABUCO, Joaquim. O abolicionismo. Rio de Janeiro: Novas Fronteiras; São Paulo: Publifolha, 2000 (Grandes nomes do pensamento brasileiro)

NASCIMENTO, Abdias do. O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978.

NASCIMENTO. Beatriz. Por uma história do homem negro. In. RATTS, Alex. Eu sou atlântica sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 93-98.

NEQUETE, Lenine. O escravo na jurisprudência – Magistratura e ideologia no Segundo Reinado. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 1988.

_____. Poder judiciário no brasil a partir da independencia(o). Brasília : Supr Trib Fed, 2000.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

NOGUEIRA, Izildinha Baptista. Significações do Corpo Negro. Tese de Doutorado em Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano. São Paulo, Universidade de São Paulo, 1998.

ONOFRI, Renato Sedano. O quanto seríamos savignyanos? O lugar-comum da relação entre Friedrich Carl von Savigny e Augusto Teixeira de Freitas na historiografia jurídica brasileira. Revista Direito GV, São Paulo, v. 19, e2306, 2023. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/2317-6172202306] Acesso em: 08/04/2023.

OXFORD UNIVERSITY PRESS. Oxford Learner's Dictionaries. Disponível em: https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/post-truth?q=post+truth. Acesso em: 17.10.2021.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 22. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

PARRON, Tâmis Peixoto. A política da escravidão no Império do Brasil, 1826-1865. Dissertação em História Social, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2009.

PIRES, Pires, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do Racismo entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2013.

PIROLA, Ricardo Figueiredo. Escravos e rebeldes nos tribunais do império: uma história social da lei de 10 junho de 1835. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2015. 312 p. (Prêmio Arquivo Nacional de Pesquisa)

POPPER, Karl R., A lógica da pesquisa científica. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.

PORTUGAL, Tratado de 22 de Janeiro de 1815, Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/carlei/anterioresa1824/cartadelei-39430-8-novembro-1817-569614-publicacaooriginal-92834-pe.html. Acesso em: 26.12.2022.

PORTUGAL, Convenção adicional de 28 de julho de 1817, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/alv/1818/alv-26-1-1818.html#:~:text=N%C3%A3o%20se%20poder%C3%A3o%20fazer%20seguros,para%20o%20caso%20de%20sinistro. Acesso em: 08.04.2023.

PORTUGAL. Carta de 08 de novembro de 1817. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/carlei/anterioresa1824/cartadelei-39430-8-novembro-1817-569614-publicacaooriginal-92834-pe.html; Acesso em: 26.12.2022.

PORTUGAL, Carta de Lei de 8 de Junho de 1815, Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/carlei/anterioresa1824/cartadelei-39527-8-junho-1815-569874-publicacaooriginal-93060-pe.html. Acesso em: 26.12.2022.

PORTUGAL, Código Philipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal. 14ª Edição. org. Candido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro: Typografia do Instituto Philomáthico, 1870.

PRANDO. Camila Cardoso de Mello. A contribuição do discurso criminológico latino-americano para a compreensão do controle punitivo moderno controle penal na América América Latina. In: Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 3, n.6, p-77-93, julho-dezembro de 2006a.

_____. Sistema penal subterrâneo: o caso do trabalho escravo contemporâneo na Amazônia.. In: Revista de Estudos Criminais, v. 22, abr/jun, 2006b, p. 149-165.

_____. A Criminologia Crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquidade. Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 70-84, 2017.

QUEIROZ, Marcos. O HAITI É AQUI: Ensaio sobre formação social e cultura jurídica latino-americana (Brasil, Colômbia e Haiti, século XIX). Tese (doutorado). Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2022.

_____. Assombros da Casa-Grande: Constituição de 1824 e as vidas póstumas da escravidão. (no prelo)

RACHLEFF, Peter. Branquidade: seu lugar na historiografia da raça e da classe nos Estados Unidos. In: WARE, Vron (org.). Branquidade: identidade branca e multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 97-113.

RAMOS, Alberto Guerreiro. Introdução crítica à sociologia brasileira. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1995.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. "Elemento suspeito", abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania. Boletim segurança pública e cidadania, v. 3, n. 8, 2004.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal / Paulo Rangel. – 29. ed. – Barueri [SP] : Atlas, 2021.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tra. Almiro Pisettae Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. Ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

RICOEUR, Paul. Tempo e narrativa, tomo III. Campinas, SP: Papirus, 1997.

ROEDIGER, David R. Sobre autobiografia e teoria: uma introdução. In: WARE, Vron (org.). Branquidade: identidade branca e multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 41-62.

ROMERO, Silvio. Comentário de Silvio Romero. In: Rodrigues, Nina. Os Africanos no Brasil. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 5a ed., 1978.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, Do contrato social; trad. Eduardo Brandão; org. e introd. Maurice Cranston. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011;

SÁ, Gabriela Barreto de. A negação da liberdade: direito e escravização ilegal no Brasil oitocentista (1835-1874). Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2019, 176p.

SALA-MOLIN, Louis. Dark side of the light: slavery and the French Enlightenment; translated and with an introduction by John Conteh-Morgan. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006.

SALES JR. Ronaldo Laurentino de. Raça e justiça: o mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça. Tese de doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006.

SANTOS, Elaine de Melo Lopes dos. Racismo e injúria racial sob a ótica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2010. 96 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2010.

SANTOS, Fernando Nascimento dos. Levando o direito dos povos indígenas a sério. In: Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.3, n.3, jul./dez., 2017, p. 38-67.

_____. O estado de suspeição racial permanente e o sucesso das prisões negras. In: DUARTE, Evandro Piza; SANTOS, Fernando Nascimento dos; MAGALHÃES, Camilla (coord). Lições de Dogmática Crítica: direitos fundamentais dos identificados como suspeitos na atividade policial. Volume 1. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021a, p. 61-81.

_____. Violência policial blindada e defesa técnica mitigada: contradições da fase pré-processual da persecução penal. In: DUARTE, Evandro Piza; SANTOS, Fernando Nascimento dos; MAGALHÃES, Camilla (coord). Lições de Dogmática Crítica: direitos fundamentais dos identificados como suspeitos na atividade policial. Volume 1. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021b, p. 61-81.

_____. Do “caso” à “causa” e à “justa causa” incorporação do sofrimento negro à gramática dos direitos humanos no Judiciário. In: InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais. v. 7 n. 2 (2021c): Dossiê: "Raça, gênero e sexualidade: direitos e lutas sociais". p. 38-67.

SANTOS, Gislene Aparecida dos. A invenção do ser: um percurso das idéias que naturalizaram a inferioridade dos negros. Rio de Janeiro, Pallas, 2002.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. Direitos humanos e as práticas de racismo. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

SCHUCMAN, Lia Vainer. Entre o encardido, o branco e o branquíssimo: branquitude, hierarquia e poder na cidade de São Paulo. 2ª. Edição / Lia Vainer Schucman. Introdução de Antonio Sérgio Alfredo Guimarães. Apresentação de Leny Sato. Prefácio de Maria Aparecida da Silva Bento. – São Paulo: Veneta, 2020.

SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. Boletim IBCCRIM, v. 286, n. 24, p. 8–9, 2016.

SILVA, André Drumond Mello. Da senzala ao mercado: o lugar da escravidão no pensamento liberal brasileiro do século XIX. Dissertação de mestrado. UFMG, Belo Horizonte, 2009a.

SILVA, Antônio Delgado da, Collecção da Legislação Portugueza: v. 2: de 1763 a 1774, Lisboa: Tipografia de L. C. da Cunha, 1858, p. 639-640.

SILVA, Gilvan Gomes da. A lógica da PMDF na construção do suspeito. Dissertação de Mestrado em Sociologia. UNB. Brasília, 2009b.

SILVA, Andrea Franco Lima e; RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. Racismo ou Injúria racial? Como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se posiciona diante dos conflitos raciais. Revista de Estudos Empíricos em Direito. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies, vol. 3, n. 1, jan 2016, p. 54-78.

SILVA, Vanessa Rodrigues. "Escravizados livres": crítica ao discurso jurídico sobre a história do Direito do Trabalho a partir da representação historiográfica do trabalho escravo. Monografia de graduação em Direito. UNB. Brasília, 2015.

SKIDMORE, Thomas. Preto no Branco. Raça e Nacionalidade no pensamento brasileiro. Trad. Raul de Sá Barbosa. Rio Janeiro, Paz e Terra, 1976. 328p.

SOTANG, Kenny. Tendências teórico-jurídicas decorrentes da escola histórica do direito: pandectistica, germanística e histórica do direito na ciência do direito positivo alemã do século XIX. In: Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 66, pp. 421 - 456, jan./jun. 2015, p. 421-456.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos, 2003.

SOVIK, Liv. Aqui ninguém é branco: hegemonia branca no Brasil. In: WARE, Vron (org.) Branquidade: identidade branca e multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond. 2004, p. 363-386.

STEYN, Melissa. Novos matizes da "branquitude": a identidade branca numa África do Sul multicultural e democrática. In: In: WARE, Vron (org.) Branquidade: identidade branca e multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond. 2004, pp. 115-137.

SURGIK, Aloísio. O pensamento codificador de Augusto Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil, "in" SCHIPANI, Sandro (org.), Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Roma, Universitá di Roma: CedamPadova, 1988.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. White collar crime. New York: Holt, 1961, 272p.

TARSKI, Alfred. La concepción semântica de la verdad y los fundamentos de la semântica. Buenos Aires: Nueva Visión, 1972.

TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. 4.ed. Bologna: Editoral Trotta, 2011.

TAYLOR, Dianna. Práticas de si. In. Michel Foucault: conceitos fundamentais. Org. Dianna Taylor, Tradução Fábio Creder. Petrópolis: 2018, p. 221-

THEODORO JR, Humberto. Curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

THOMPSON, E. O. Senhores e caçadores: a origem da lei negra.Rio de janeiro: Paz e Terra, 1987.

TERTO NETO, Ulisses. Defensores (as) de direitos humanos, direitos econômicos, sociais e culturais e cidadania plena no Brasil. In. GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa; JESUS, Thiago Allisson Cardoso de; COSTA, Yuri (org.). Biodiversidade, Democracia e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 431-469..

TROULLIOT, Michel-Rolph. Silenciando o passado: poder e a produção da história. Tradução de Sebastião Nascimento. Curitiba: Huya, 2016. 263p.

VALLADÃO, Haroldo. Teixeira de Freitas, jurista excelso do Brasil, da América, do mundo. n: Esboço do Código Civil. Volume 1. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. XXXIX-LX).

VARGAS, Joana Domingues. Em busca da "verdade real": tortura e confissão no Brasil ontem e hoje. In: Sociologia & Antropologia, v.02.03, pp. 237-265, 2012.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Liberdade e suspeição no Estado de Direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal. Dissertação de mestrado no curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2017.

WARAT, Luis Alberto. Sobre la dogmática jurídica. Sequência. Florianópolis, nº 2, p. 33-55, 1980.

_____. Introdução geral ao direito. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARE, Vron. (org.). Branquidade: identidade branca e multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond, 2004a

_____. Introdução: O poder duradouro da branquidade um problema a solucionar. In WARE, Vron. (org.). Branquidade: identidade branca e multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond, 2004b, p. 7-40.

WRAY, Matt. Pondo a ralé branca' no centro: implicações para as pesquisas futuras. In: WARE, Vron (Org.) Branquidade: identidade branca e multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond. 2004, p. 339-361.

ZAFFARONI. Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas: em perda da legitimidade do sistema penal. 2. Ed. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Renavan, 1996.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do Direito Penal, 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ANEXOS

ANEXO I - Relação de processos criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Caso	Número do Processo	Vara	Circunscrição
1	0056207-06.2007.8.07.0001	2	Brasília
2	0007514-83.2010.8.07.0001	3	Brasília
3	0033306-21.2010.8.07.0007	3	Taguatinga
4	0071794-63.2010.8.07.0001	7	Brasília
5	0000669-74.2011.8.07.0009	2	Samambaia
6	0001078-29.2011.8.07.0016	7	Brasília
7	0028470-63.2014.8.07.0007	2	Taguatinga
8	0015405-40.2010.8.07.000	2	Taguatinga
9	0010357-95.2013.8.07.0007	3	Taguatinga
10	0074876-05.2010.8.07.0001	6	Brasília
11	0021042-35.2011.8.07.0007	1	Taguatinga
12	0033262-83.2011.8.07.0001	6	Brasília
13	0031385-11.2011.8.07.0001	5	Brasília
14	0054283-18.2011.8.07.0001	4	Brasília
15	0040316-03.2011.8.07.0001	6	Brasília
16	0003592-18.2012.8.07.0016	3	Brasília
17	0041864-97.2010.8.07.0001	5	Brasília
18	0011479-23.2011.8.07.0005	2	Planaltina
19	0008732-60.2012.8.07.0007	2	Taguatinga
20	0015234-33.2012.8.07.0001	8	Brasília
21	0040168-55.2012.8.07.0001	4	Brasília
22	0017672-95.2013.8.07.0001	6	Brasília
23	0000394-33.2013.8.07.0017	Criminal	Riacho Fundo
24	0004454-34.2012.8.07.0001	8	Brasília
25	0048577-20.2012.8.07.0001	5	Brasília
26	0002530-82.2012.8.07.0002	Criminal	Brazlândia
27	0019251-09.2012.8.07.0003	1	Ceilândia
28	0021055-18.2012.8.07.0001	2	Brasília
29	0009163-78.2013.8.07.0001	4	Brasília
30	0017820-43.2012.8.07.0001	5	Brasília
31	0002924-34.2013.8.07.0009	1	Samambaia
32	0015365-87.2012.8.07.0007	2	Brasília
33	0010655-87.2013.8.07.0007	2	Taguatinga
34	0024745-21.2013.8.07.0001	6	Brasília
35	0009466-86.2013.8.07.0003	1	Taguatinga
36	0002246-19.2013.8.07.0009	2	Samambaia
37	0000045-63.2013.8.07.0006	Criminal	Sobradinho

38	0016188-27.2013.8.07.0007	2	Taguatinga
39	0054021-34.2012.8.07.0001	2	Brasília
40	0009376-84.2013.8.07.0001	8	Brasília
41	0037964-83.2013.8.07.0007	1	Taguatinga
42	0010159-18.2014.8.07.0009	1	Samambaia
43	0000109-88.2013.8.07.0001	8	Brasília
44	0013620-56.2013.8.07.0001	5	Brasília
45	0008670-83.2013.8.07.0007	2	Taguatinga
46	0004364-49.2014.8.07.0003	3	Ceilândia
47	0012596-84.2013.8.07.0003	2	Ceilândia
48	0012365-63.2013.8.07.0001	6	Brasília
49	0003381-57.2013.8.07.0012	6	Brasília
50	0012515-44.2013.8.07.0001	2	Brasília
51	0015278-18.2013.8.07.0001	6	Brasília
52	0001919-46.2014.8.07.0007	3	Taguatinga
53	0016766-08.2013.8.07.0001	5	Brasília
54	0029326-79.2013.8.07.0001	4	Brasília
55	0006674-56.2013.8.07.0005	1	Planaltina
56	0019940-25.2013.8.07.0001	2	Brasília
57	0044717-11.2012.8.07.0001	3	Brasília
58	0004972-29.2014.8.07.0009	2	Samambaia
59	0046137-17.2013.8.07.0001	6	Brasília
60	0006764-49.2013.8.07.0010	2	Santa Maria
61	0046644-75.2013.8.07.0001	7	Brasília
62	0003154-54.2014.8.07.0005	2	Planaltina
63	0002649-60.2014.8.07.0006	Criminal	Sobradinho
64	0046917-09.2013.8.07.0016	7	Brasília
65	0001986-29.2014.8.07.0001	8	Brasília
66	0038107-90.2013.8.07.0001	5	Brasília
67	0001046-52.2014.8.07.0005	2	Brasília
68	0001968-08.2014.8.07.0001	7	Brasília
69	0012456-47.2013.8.07.0004	2	Gama
70	0016751-96.2014.8.07.0003	2	Ceilândia
71	0019861-12.2014.8.07.0001	6	Brasília
72	0015297-87.2014.8.07.0001	2	Brasília
73	0007893-82.2014.8.07.0001	4	Brasília
74	0016604-42.2015.8.07.0001	4	Brasília
75	0023553-98.2014.8.07.0007	1	Taguatinga
76	0005167-38.2014.8.07.0001	5	Brasília
77	0013911-79.2015.8.07.0003	4	Ceilândia
78	0017600-74.2014.8.07.0001	5	Brasília
79	0005884-16.2015.8.07.0001	4	Brasília

80	0009025-71.2014.8.07.0003	2	Ceilândia
81	0024986-40.2014.8.07.0007	2	Brasília
82	0014420-50.2014.8.07.0001	6	Brasília
83	0024082-38.2014.8.07.0001	3	Brasília
84	0026324-49.2014.8.07.0007	2	Brasília
85	0031856-04.2014.8.07.0007	1	Taguatinga
86	0010009-27.2015.8.07.0001	2	Brasília
87	0049248-72.2014.8.07.0001	7	Brasília
88	0037081-23.2014.8.07.0001	8	Brasília
89	0000162-89.2015.8.07.0004	2	Gama
90	0014013-29.2014.8.07.0006	Criminal	Sobradinho
91	0023885-83.2014.8.07.0001	6	Brasília
92	0034788-46.2015.8.07.0001	3	Brasília
93	0046421-88.2014.8.07.0001	5	Brasília
94	0044257-53.2014.8.07.0001	3	Brasília
95	0000129-96.2015.8.07.0005	1	Planaltina
96	0035213-89.2014.8.07.0007	2	Taguatinga
97	0034830-32.2014.8.07.0001	4	Brasília
98	0000578-60.2015.8.07.0003	3	Ceilândia
99	0012217-63.2015.8.07.0007	2	Taguatinga
100	0000990-70.2015.8.07.0009	2	Samambaia
101	0035526-50.2014.8.07.0007	2	Taguatinga
102	0005729-17.2014.8.07.0011	Criminal	N Bandeirantes
103	0013096-07.2014.8.07.0007	2	Taguatinga
104	0039846-46.2014.8.07.0007	1	Taguatinga
105	0035041-23.2014.8.07.0016	3	Brasília
106	0002557-45.2015.8.07.0007	1	Taguatinga
107	0039855-26.2014.8.07.0001	3	Brasília
108	0005062-27.2015.8.07.0001	1	Brasília
109	0033858-91.2016.8.07.0001	8	Brasília
110	0002855-46.2015.8.07.0004	2	Gama
111	0010242-06.2015.8.07.0007	2	TAguatinga
112	0003882-55.2015.8.07.0007	1	TAguatinga
113	0038746-56.2014.8.07.0007	2	TAguatinga
114	0033828-21.2014.8.07.0003	4	Ceilândia
115	0000591-17.2015.8.07.001	Criminal	Riacho Fundo
116	0014536-95.2015.8.07.0009	2	Samambaia
117	0008680-65.2015.8.07.0005	2	Planaltina
118	0001312-11.2015.8.07.0003	2	Ceilândia
119	0011103-10.2015.8.07.0001	3	Brasília
120	0000895-61.2015.8.07.0002	Criminal	Brazlândia
121	0011535-11.2015.8.07.0007	1	TAguatinga

122	0003932-02.2015.8.07.0001	1	Brasília
123	0010322-85.2015.8.07.0001	6	Brasília
124	0045808-68.2014.8.07.0001	3	Brasília
125	0004571-02.2015.8.07.0007	2	TAguatinga
126	0017016-70.2015.8.07.0001	8	Brasília
127	0005481-23.2015.8.07.0009	2	Samambaia
128	0016626-03.2015.8.07.0001	6	Brasília
129	0003339-25.2015.8.07.0016	8	Brasília
130	0006099-77.2015.8.07.0005	2	Planaltina
131	0014164-49.2015.8.07.0009	2	Samambaia
132	0009937-40.2015.8.07.0001	8	Brasília
133	0001642-81.2015.8.07.0011	Criminal	N Bandeirantes
134	0010527-17.2015.8.07.0001	8	Brasília
135	0015151-12.2015.8.07.0001	1	Brasília
136	0002394-50.2015.8.07.0012	Criminal	São Sebastião
137	0027738-69.2015.8.07.0000	6	Brasília
138	0017426-31.2015.8.07.0001	5	Brasília
139	0016449-21.2015.8.07.0007	2	TAguatinga
140	0024450-92.2015.8.07.0007	2	TAguatinga
141	0005606-85.2015.8.07.0010	1	Santa Maria
142	0036846-22.2015.8.07.0001	5	Brasília
143	0004115-52.2015.8.07.0007	1	TAguatinga
144	0004845-51.2015.8.07.0011	Criminal	N Bandeirantes
145	0006508-26.2015.8.07.0014	Criminal	Guará
146	0030874-71.2015.8.07.0001	6	Brasília
147	0031775-39.2015.8.07.0001	5	Brasília
148	0000972-10.2014.8.07.0001	6	Brasília
149	0012472-24.2015.8.07.0006	Criminal	Sobradinho
150	0001869-42.2013.8.07.0011	Criminal	N Bandeirantes
151	0003557-07.2016.8.07.0020	Criminal	Águas Claras
152	0000121-79.2016.8.07.0007	Criminal	Águas Claras
153	0009180-75.2017.8.07.0001	7	Brasília
154	0003522-36.2018.8.07.0001	3	Brasília
155	0000371-33.2016.8.07.0001	1	Brasília
156	0000588-76.2016.8.07.0001	7	Brasília
157	0007637-71.2016.8.07.0001	4	Brasília
158	0014218-05.2016.8.07.0001	3	Brasília
159	0017594-96.2016.8.07.0001	4	Brasília
160	0016705-97.2016.8.07.0016	7	Brasília
161	0011924-71.2016.8.07.0003	2	Ceilândia
162	0000987-90.2016.8.07.0006	Criminal	Sobradinho
163	0023810-73.2016.8.07.0001	4	Brasília

164	0026960-62.2016.8.07.0001	1	Brasília
165	0001050-44.2018.8.07.0007	2	TAguatinga
166	0001718-53.2016.8.07.0017	Criminal	Riacho Fundo
167	0001512-48.2016.8.07.0014	Criminal	Guará
168	0000510-25.2016.8.07.0020	Criminal	Águas Claras
169	0008612-36.2016.8.07.0020	Criminal	Águas Claras
170	0000019-41.2017.8.07.0001	1	Brasília
171	0006576-44.2017.8.07.0001	4	Brasília
172	0007260-66.2017.8.07.0001	7	Brasília
173	0000602-26.2017.8.07.0001	2	Brasília
174	0002095-38.2017.8.07.0001	5	Brasília
175	0005677-37.2017.8.07.0004	Criminal	GAMA
176	0008979-65.2017.8.07.0007	1	Taguatinga
177	0006951-39.2017.8.07.0003	2	Ceilândia
178	0011244-34.2017.8.07.0009	2	Samambaia
179	0006018-45.2017.8.07.0010	2	Santa Maria
180	2017.01.1.056181-4	5	Brasília
181	0002741-15.2017.8.07.0012	Criminal	São Sebastião
182	0015216-88.2017.8.07.0016	2	Brasília
183	0001349-33.2018.8.07.0003	1	Ceilândia
184	0000252-82.2015.8.07.0009	Criminal	Recanto das Emas
185	0004859-51.2018.8.07.0004	1	GAMA
186	0000617-40.2018.8.07.0007	Criminal	Águas Claras
187	0000425-28.2018.8.07.0001	4	Brasília
188	0000488-53.2018.8.07.0001	7	Brasília
189	0000984-82.2018.8.07.0001	3	Brasília
190	0001297-43.2018.8.07.0001	6	Brasília
191	0002422-46.2018.8.07.0001	5	Brasília
192	0004490-66.2018.8.07.0001	6	Brasília
193	0004741-84.2018.8.07.0001	2	Brasília
194	0005760-28.2018.8.07.0001	6	Brasília
195	0006123-15.2018.8.07.0001	3	Brasília
196	0000973-47.2018.8.07.0003	1	Ceilândia
197	0000633-91.2018.8.07.0007	3	Taguatinga
198	0003357-68.2018.8.07.0007	2	Taguatinga
199	0004843-88.2018.8.07.0007	2	Taguatinga
200	0001567-28.2018.8.07.0014	Criminal	Guará
201	0003147-11.2018.8.07.0009	2	Samambaia
202	0000220-62.2019.8.07.0001	6	Brasília
203	0000469-13.2019.8.07.0001	4	Brasília
204	0002311-29.2018.8.07.0012	Criminal	São Sebastião
205	0002288-76.2019.8.07.0003	2	Ceilândia

206	0000290-67.2019.8.07.0005	Criminal	Planaltina
207	0000184-02.2019.8.07.0007	3	Taguatinga
208	0000577-12.2019.8.07.0011	Criminal	Núcleo Bandeirantes
209	0001135-81.2019.8.07.0011	Criminal	Núcleo Bandeirantes
210	0000986-76.2019.8.07.0014	Criminal	Guará
211	0000345-70.2019.8.07.0020	Criminal	Águas Claras
212	0000734-55.2019.8.07.0020	Criminal	Águas Claras
213	0000782-14.2019.8.07.0020	Viol. Doméstica	Águas Claras
214	0000839-32.2019.8.07.0020	Criminal	Águas Claras
215	0001254-33.2019.8.07.0014	Criminal	Guará
216	0001177-06.2019.8.07.0020	Criminal	Águas Claras
217	0002256-71.2019.8.07.0003	3	Ceilândia
218	0005623-28.2018.8.07.0007	1	Taguatinga
219	0000246-33.2019.8.07.0010	2	Santa Maria
220	0000921-81.2019.8.07.0014	Criminal	Guará

ANEXO II - Relação de processos cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Caso	Número do Processo	Juizado?	Vara	Comarca/RA
1	0058250-08.2010.8.07.0001	NÃO	11	Brasília
2	0021624-69.2010.8.07.0007	SIM	2	Taguatinga
3	0006616-21.2011.8.07.0006	SIM	1	Sobradinho
4	0019222-33.2010.8.07.0001	NÃO	12	Brasília
5	0015083-22.2012.8.07.0016	SIM	2	Brasília
6	0028168-23.2012.8.07.0001	NÃO	12	Brasília
7	0725131-57.2016.8.07.0016	SIM	4	Brasília
8	0713587-65.2017.8.07.0007	SIM	2	Taguatinga
9	0701724-76.2017.8.07.0019	SIM		Recanto das Emas
10	0000338-84.2014.8.07.0010	SIM	1	Santa Maria
11	0002260-69.2014.8.07.0008	SIM		Paranoá
12	0018585-09.2015.8.07.0001	NÃO	7	Brasília
13	0700257-76.2014.8.07.0016	SIM	3	Brasília
14	0008648-91.2014.8.07.0006	SIM	1	Sobradinho
15	0701324-76.2014.8.07.0016	SIM	1	Brasília
16	0008081-23.2015.8.07.0007	NÃO	1	Taguatinga
17	0017161-11.2015.8.07.0007	NÃO	5	Taguatinga
18	0007400-37.2016.8.07.0001	NÃO	21	Brasília
19	0717794-17.2016.8.07.0016	SIM	5	Brasília
20	0702968-42.2018.8.07.0007	SIM	1	Taguatinga

21	0704024-26.2017.8.07.0014	SIM		Guará
22	0702950-96.2019.8.07.0003	SIM	3	Ceilândia
23	0717024-98.2018.8.07.0001	NÃO	14	Brasília
24	0719690-72.2018.8.07.0001	NÃO	4	Brasília
25	0737687-23.2018.8.07.0016	SIM	2	Brasília
26	0712655-28.2023.8.07.0020	SIM	1	Águas Claras
27	0709839-15.2019.8.07.0020	NÃO	3	Águas Claras
28	0713709-04.2019.8.07.0009	SIM	1	Samambaia
29	0033146-63.2000.8.07.0001	SIM	12	Brasília
30	2004 01 5 004738-6	NÃO	4	Brasília
31	0079781-05.2000.8.07.0001	NÃO	13	Brasília
32	0041627-10.2003.8.07.0001	NÃO	10	Brasília
33	0121256-28.2006.8.07.0001	NÃO	17	Brasília
34	0063126-40.2009.8.07.0001	NÃO	4	Brasília
35	0004078-43.2015.8.07.0001	NÃO	20	Brasília
36	0004664-50.2015.8.07.0011	NÃO		Núcleo Bandeirantes
37	0045817-30.2014.8.07.0001	NÃO	17	Brasília
38	0027379-98.2015.8.07.0007	NÃO	3	Taguatinga
39	0014891-95.2016.8.07.0001	NÃO	22	Brasília
40	0029345-80.2016.8.07.0001	NÃO	20	Brasília
41	0004743-04.2016.8.07.0008	NÃO		Paranoá
42	0738155-66.2017.8.07.0001	NÃO	4	Brasília
43	0705964-77.2018.8.07.0018	NÃO	7FB	Brasília

44	0709200-54.2019.8.07.0001	NÃO	24	Brasília
45	0708547-52.2019.8.07.0001	NÃO	2	Brasília
46	0708628-41.2019.8.07.0020	NÃO	13	Brasília
47	0701032-92.2021.8.07.0001	NÃO	10	Brasília
48	0718450-43.2021.8.07.0001	NÃO	21	Brasília
49	0020774-37.2000.8.07.0016	SIM	4	Brasília
50	0021885-73.2006.8.07.0007	SIM	3	Taguatinga
51	0028803-59.2007.8.07.0007	SIM	3	Taguatinga
52	0032961-62.2009.8.07.0016	SIM	6	Brasília
53	0014769-81.2009.8.07.0016	SIM	1	Brasília
54	0007127-85.2012.8.07.0005	SIM		Planaltina
55	0007887-34.2012.8.07.0005	SIM		Planaltina
56	0039265-65.2013.8.07.0007	SIM	3	Taguatinga
57	0707831-19.2015.8.07.0016	SIM	6	Brasília
58	0032995-88.2014.8.07.0007	SIM	3	Taguatinga
59	0035744-11.2015.8.07.0018	SIM	3 Faz. Pública	Brasília
60	0702283-72.2017.8.07.0006	SIM	2	Sobradinho
61	0724744-08.2017.8.07.0016	SIM	1	Brasília
62	0733500-40.2016.8.07.0016	SIM	2 Faz. Pública	Brasília
63	0714556-92.2017.8.07.0003	SIM	1	Ceilândia
64	0701576-19.2017.8.07.0002	SIM		Brazlândia
65	0710395-63.2018.8.07.0016	SIM	6	Brasília

66	0704531-62.2018.8.07.0010	SIM	2	Santa Maria
67	0705800-90.2019.8.07.0014	SIM		Guará
68	0705713-27.2020.8.07.0006	SIM	4	Brasília
69	0704486-56.2021.8.07.0009	SIM	2	Samambaia
70	0719677-62.2021.8.07.0003	SIM	1	Ceilândia
71	0702986-82.2022.8.07.0020	SIM	2	Águas Claras

ANEXO III
Relação de reclamatórias trabalhistas do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região
Distrito Federal

Caso	Número do processo	Vara	Circunscrição
1	0000039-74.2020.5.10.0104	4	Taguatinga
2	0000652-94.2020.5.10.0104	15	Brasília
3	0000770-81.2013.5.10.0018	18	Brasília
4	0000871-52.2021.5.10.0111	Vara do Trabalho	Gama
5	0001359-46.2012.5.10.0006	6	Brasília
6	0001775-37.2014.5.10.0105	5	Taguatinga
7	00888-2007-003-10-00-0	3	Brasília