

11-13
DEZ
2019

Seminário Internacional

O Direito como Liberdade

30 Anos de O Direito Achado na Rua



RACISMO ESTRUTURAL COMO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONALISMO ACHADO NA RUA

Franklim da Silva Peixinho – Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais / email:
franklin_peixinho@yahoo.com.br

Antônio Mario Dantas Bastos Filho - Mestre em Filosofia pela UFBA / email:
mario.bastos.adv@gmail.com

RESUMO

A presente proposta de pesquisa pretende investigar o seguinte problema: em que medida é possível afirmar que o racismo estrutural no Brasil se estabelece como um estado de coisas inconstitucional? No contexto do Constitucionalismo do Sul Global, orientado pela garantia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em uma região marcada pela desigualdade, particularmente no Brasil, o racismo estrutural se encontra na base desse problema e, não por acaso, no estabelecimento do modo de produção capitalista e das relações de classe, raça e gênero no país. A partir desse contexto, a pesquisa trabalhará com a hipótese de que a omissão do Estado brasileiro em resolver de maneira cooventilada e simplória o problema do racismo estrutural no país importaria ela mesmo em violação generalizada, contínua e sistemática massiva de direitos fundamentais e humanos no país, se configurando, nesses termos, em um estado de coisas inconstitucional. O objetivo geral é estabelecer uma base teórica sólida capaz de fundamentar o acesso à jurisdição constitucional brasileira para confrontar o problema sistêmico do racismo estrutural, determinando a partir dessa perspectiva políticas públicas específicas que tenham esse fenômeno como escopo. A metodologia será de pesquisa fundamental, compreendendo o fenômeno da perspectiva do materialismo histórico e do marxismo jurídico, mobilizando principalmente a proposta do Constitucionalismo achado na rua.

Palavras-chave: Racismo Estrutural, Constitucionalismo achado na rua, Estado de coisas inconstitucional.

INTRODUÇÃO

A presente proposta de investigação propõe o seguinte questionamento: em que medida é possível afirmar que o racismo estrutural no Brasil se estabelece como um estado de coisas inconstitucional? O instituto do Estado de Coisas Inconstitucional emerge do contexto de desigualdade da América Latina como mecanismo hermenêutico capaz de estender às cortes constitucionais a possibilidade de atuar recorrendo a soluções estruturantes que resolvam o problema de violação massiva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na região (HERNÁNDEZ, 2003). O instituto surge na Corte Constitucional da Colômbia e adentra ordenamento jurídico brasileiro através da ADPF 347 (CAMPOS, 2016).

Uma das principais preocupações do Constitucionalismo do Sul Global, particularmente no contexto da América Latina, tem sido a busca pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, ou realização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (MALDONADO, 2013). Essa característica se depreende do processo de acúmulo primitivo

11-13
DEZ
2019

Seminário Internacional

O Direito como Liberdade

30 Anos de O Direito Achado na Rua



do Capital, estabelecendo as bases do estado geral de coisas que aflige o cone Sul (MARX, 2015). Entre os alicerces que estruturam esse cenário de desigualdade, especificamente no Brasil, está a questão do racismo (SCHWARCK; STARLING, 2015), mormente nas suas manifestações institucional e estrutural (ALMEIDA, 2018).

A partir desse contexto, a pesquisa trabalhará com a hipótese de que a omissão do Estado brasileiro em resolver de maneira sistêmica e coordenada o problema do racismo estrutural no país importaria ela mesmo em violação generalizada, contínua e sistemática massiva de direitos fundamentais e humanos no país, se configurando, nesses termos, em um estado de coisas inconstitucional.

O objetivo geral do trabalho é estabelecer uma teoria, a partir da perspectiva do Constitucionalismo achado na Rua, que sustente a possibilidade do recurso à jurisdição constitucional por parte das comunidades originárias, quilombolas e outros movimentos de representação dos negros no país, no sentido de reconhecer o racismo estrutural como um Estado de Coisas Inconstitucional no país, situação que demande soluções estruturais de políticas públicas no sentido de garantir a dimensão objetiva dos direitos fundamentais tendo como escopo, sobretudo, o enfrentamento ao problema do racismo e suas ramificações.

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E DECOLONIALIDADE

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pode ser classificado como um mecanismo hermenêutico de jurisdição constitucional, que surge a partir de jurisprudências da Corte Constitucional Colombiana (CCC), relacionada, particularmente, às demandas trazidas pelos movimentos do chamado Constitucionalismo do Sul-global que se ocupa em garantir a dimensão objetiva de direitos fundamentais, relacionados a uma realidade histórica e estrutural que caracteriza a América Latina como em espaço de profunda desigualdade social sistêmica. Essa situação histórica, notadamente a partir da segunda metade do século XX, contribuirá para uma modificação estrutural da relação entre Poder Judiciário e ingerência nas relações sociais e econômicas, como aponta Santos (1986).

Sarlet (2012, p. 295-299) esclarece que a chamada dimensão objetiva obriga o Estado a proteger os direitos fundamentais individuais frente ao próprio Estado, a particulares e a estados estrangeiros. Essa dimensão dos direitos fundamentais está associada a uma obrigação positiva por parte da autoridade pública, na medida em que é integrante de uma estrutura estatal caracterizada como um Estado Social de Direitos (HERNÁNDEZ, 2003, p. 207-212).

11-13
DEZ
2019

Seminário Internacional

O Direito como Liberdade

30 Anos de O Direito Achado na Rua



O Estado Social de Direitos se diferencia da figura do Estado de Direitos típico do Século XIX por ter elencados entre seus direitos fundamentais aqueles classificados como de segunda geração ou dimensão, reconhecidos como Direitos Sociais ou Direitos Positivos, os quais versam sobre os direitos de igualdade e, portanto, demandam necessariamente uma ação concreta e ativa por parte do Estado na realização dos mesmos, seja em sede executiva, legislativa ou judicial. São, destarte, os próprios fundamentais, quando compreendidos em sua dimensão objetiva, considerados como mandados de ação e deveres de proteção que se impõem ao Estado, que determinam pautas, fins e objetivos que devem ser alcançados não apenas pela via legislativa, mas também pela via executiva e, finalmente, pela via judicial. As Constituições – e assim se dá tanto no caso da Colômbia quanto no do Brasil –, na condição de lei fundamental, estabelecem uma ordem objetiva de valores, que emana da dignidade humana, e se irradia por todo o ordenamento jurídico, impondo aos poderes públicos, em todas as suas instâncias mencionadas, o cumprimento daquelas diretrizes que servem à garantia e respeito dos direitos fundamentais que se traduzem também na não violação da dimensão objetiva dos mesmos (HERNÁNDEZ, 2003, p. 207-208).

Resgatando a mudança de configuração do Poder Judiciário na América Latina, já mencionada por Santos (1986), cabe reforçar o papel que a referida instância estatal passou a assumir de maior ingerência frente às omissões dos poderes públicos, não só no que concerne à produção normativa, mas também em relação à omissão de execução de políticas públicas, traduz-se em um resultado circunscrito também a um processo histórico. Esse registro é relevante para se contextualizar melhor a questão do chamado ativismo judicial dialógico – como discute Campos (2016, p. 240-256) –, e seu papel naquilo que esse estudo aponta como Constitucionalismo do Sul-Global, que se caracteriza por recorrer às Constituições como instrumento político e jurídico capaz de atender às demandas sociais urgentes dessas regiões historicamente marcadas pela exploração imperialista e profundas desigualdades sociais (BILCHITZ, 2013, p. 41-94). No contexto da América Latina, mais especificamente, o ECI irá emergir como um mecanismo inserido nesse processo mencionado, destinado a munir a sociedade civil de ferramentas capazes de exigir do Estado a prestação prescrita nas constituições para realização dos direitos fundamentais sociais (HERNÁNDEZ, 2003).

Trata-se, como se percebe, de uma mudança de paradigma que transcendeu o caráter apenas político e assumiu efetiva expressão jurídica com o reconhecimento da força normativa das constituições no pós-guerra. Correspondeu, ainda, a um novo momento do

11-13
DEZ
2019

Seminário Internacional

O Direito como Liberdade

30 Anos de O Direito Achado na Rua



constitucionalismo no qual os direitos fundamentais passam a traduzir interesses mais difusos da sociedade, orientados principalmente pela preocupação social.

Essa preocupação, é evidente, carrega consigo um aspecto de materialismo histórico incontornável, na medida em que as demandas sociais irão logicamente variar no espaço e no tempo. No referido Sul Global, mais especificamente na América Latina, as referidas demandas sociais são particularmente mais emergentes. O estado de coisas inconstitucional é definido por Hernández (2003, p. 206) como uma “realidade social intolerável e contrária aos princípios constitutivos do Estado Social de Direito”, que de uma perspectiva jurídica “viola de forma grave, permanente e contínua Direitos Fundamentais”, justificando uma atuação judicialmente ativa por parte do juiz constitucional no sentido de promover soluções profundas que resolvam os problemas estruturais que afetam o gozo da dimensão objetiva daqueles direitos. Segundo Cunha Júnior (2017), o ECI é declarado diante de omissões sistemáticas, generalizadas e contínuas do poder público em implementar os direitos fundamentais dos cidadãos. “Tem por finalidade a construção de soluções estruturais voltadas à superação desse lamentável quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público.”

O Estado de Coisas Inconstitucional é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. Nesse cenário de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, a atuação ativista das cortes acaba sendo o único meio, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos, temores de custos políticos, *legislative blindspots*, sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados. (CAMPOS, 2015).

No que tange aos aspectos gerais do controle de constitucionalidade na Colômbia, aspectos esses que contribuíram para a formação do ECI como mecanismo de jurisdição constitucional, a Constituição colombiana de 1991 trouxe em seu bojo mecanismos de proteção constitucional e estabeleceu a criação da Corte Constitucional Colombiana (CCC) a fim de garantir a supremacia da Carta Política, cuja previsão encontra-se positivada em seu art. 4º.¹ Assim como ocorre no Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade na Colômbia é o misto, agregando fundamentos do modelo americano de controle difuso e do modelo austríaco de controle concentrado (SILVA, 2014). Streck (2018, p. 97) destaca, ainda, como principal característica do controle de constitucionalidade naquele país a participação popular.

¹ Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

11-13
DEZ
2019

Seminário Internacional

O Direito como Liberdade

30 Anos de O Direito Achado na Rua



De acordo com Silva (2014), nos primórdios do constitucionalismo na Colômbia, a Constituição de 1886 continha apenas uma previsão de controle de constitucionalidade, realizado pela Corte Suprema de Justiça, que tinha a última palavra acerca da constitucionalidade de projeto de lei rejeitado pelo governo. O sistema de controle de constitucionalidade na Colômbia se tornou completo apenas com o advento da reforma constitucional de 1910.

[...] o controle jurisdicional de constitucionalidade na Colômbia nasceu com a Constituição de 1910 ao consignar que a Corte Suprema de Justiça decidiria sobre: a constitucionalidade de ato legislativo questionado pelo governo; e constitucionalidade de leis ou decretos impugnados por qualquer cidadão. Assim, há mais de um século, o cidadão colombiano ostenta o direito político de provocar o Poder Judiciário, a fim de prevalecer o que determina a Constituição. (SILVA, 2014, p. 191).

No âmbito do controle abstrato de constitucionalidade exercida pela CCC, merece destaque aquela que se estabelece através da via de ação chamada de *acción de tutela*. De acordo com Hernández (2003, p. 203-204), a ação de tutela foi a principal novidade trazida pela Constituição de 1991 para o direito colombiano. Trata-se de um mecanismo cautelar que pode ser proposto por qualquer pessoa, ou por quem a represente, a fim de reclamar a proteção aos seus direitos constitucionais fundamentais que estejam ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública, por particulares que atuem nessa qualidade ou por particulares cuja conduta afete de maneira grave e direta o interesse coletivo ou do solicitante a ele subordinado, em estado de desamparo.

As *acciones de tutela* têm cumprindo um papel fundamental, como estaca Hernández (2003, p. 205) na efetivação dos direitos fundamentais, em virtude de a Colômbia, assim como o Brasil, ser um país eivado de problemas sociais e políticos. Esses problemas dificultam o gozo dos direitos fundamentais pelos cidadãos, exigindo dos juízes um papel mais atuante na busca por soluções.

Sob a égide da atual Constituição Colombiana, assim, a jurisdição constitucional se manifesta, entre outras formas, por meio do controle concentrado e abstrato cuja ação é proposta perante a CCC, tendo como legitimado qualquer cidadão, o que reforça o caráter democrático mencionado por Streck. Esta é uma importante distinção em relação ao controle concentrado no Brasil que possui legitimados específicos para recorrer ao controle concentrado da jurisdição constitucional pela via de ação.

11-13
DEZ
2019

Seminário Internacional

O Direito como Liberdade

30 Anos de O Direito Achado na Rua



Dessa forma, por meio da *Sentencia* T-153 (COLÔMBIA, 1988) foi declarado o Estado de Coisas Inconstitucional instaurado no sistema prisional da Colômbia. A referida sentença tem particular relevância por tratar de uma inconstitucionalidade por omissão generalizada muito similar àquela que virá a ser reconhecida através da ADPF 347 no Brasil. Em contexto similar ao brasileiro, percebendo se tratar de um tema fora da agenda política, tendo em vista ser a população carcerária historicamente de pouca relevância social, por não constituírem uma pauta de interesse eleitoral para os políticos, os juízes entenderam ser justa a intervenção haja vista que dificilmente haveria solução para a violação massiva daqueles direitos sem a mediação da Corte. Dessa vez, a Corte não se preocupou em resolver demandas individuais. Campos (2016, p. 132) ressalta que nesse julgado a preocupação estava centrada em tutelar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Destarte, surgiram os primeiros delineamentos do que se compreende hoje como ECI.

Conforme esclarecido, o ECI é uma criação da CCC utilizada, inicialmente, como mecanismo processual para lidar com as questões que demandavam proteção coletiva e abstrata de direitos fundamentais a fim de evitar o abarrotamento do judiciário, uma vez que naquele país não havia mecanismos próprios para tanto. No entanto, o instituto em comento evoluiu de maneira que possibilitou lidar com a resolução de questões complexas que envolviam o litígio estrutural. Essa construção jurisprudencial tem como esboço a importância dos direitos fundamentais nos Estados Democráticos de direito.

Assim o ECI pode ser considerado um mecanismo hermenêutico de jurisdição constitucional, haja vista que deve ser declarado no âmbito de uma via de ação própria, o qual serve para reconhecer um tipo específico de inconstitucionalidade por omissão que se caracteriza a partir de prolongados casos de litígio estrutural, que se traduzem em grave omissão de políticas públicas, que violam a dimensão objetiva dos direitos fundamentais no Brasil. A realidade social brasileira abunda em situações que seriam beneficiadas pela decretação de ECI. No presente, a situação do sistema carcerário nacional foi o objeto da primeira tentativa de aplicação da nova tese pelo STF. Como se pretende defender aqui, o racismo estrutural pode vir a ser considerada, ao menos de uma perspectiva teórica, uma situação de violação massiva de direitos fundamentais as quais deveriam ser reconhecidas como inconstitucionalidades por omissão, convidando nesse sentido sentenças estruturais destinadas a resolver de maneira eficaz os referidos problemas.

11-13
DEZ
2019

Seminário Internacional

O Direito como Liberdade

30 Anos de O Direito Achado na Rua



No âmbito desse debate, porém, cabe trazer a relação entre jurisdição constitucional e decolonialidade. Embora haja posições divergentes nesse sentido, não nos parece haver contradição intrínseca entre o recurso a mecanismos de jurisdição constitucional – notadamente gestados em um modelo, é fato, eurocêntrico – e a construção de uma perspectiva decolonial da realização de direitos das comunidades latino-americanas. Conforme destacam Fernandes e Fabríz (2018) é importante considerar como, no contexto do final do século XX, a América Latina experimenta um novo momento do constitucionalismo que considera a “incompatibilidade do constitucionalismo europeu na realidade latino-americana”. Além das constituições da Bolívia, do Equador e da Venezuela, destacam os autores, a constituição da Colômbia de 1991 será um dos marcos desse processo que acompanha uma série de lutas políticas no continente. Prosseguem, nesse sentido, afirmando tratar-se de um elemento que aponta para o “rompimento com a cosmovisão colonizadora, por meio da busca pela inclusão de sujeitos e coletivos historicamente excluídos e marginalizados”.

Embora a Constituição Brasileira de 1988, como reconhecem os próprios Fernandes e Fabríz (2018), não esteja inserida dentre os mencionados marcos constitucionais do novo constitucionalismo do sul-global de marcante caráter decolonial, a transposição do ECI, mecanismo que surge lastreado pela mencionada Constituição Colombiana de 1991, parece reforçar o potencial de ferramenta decolonial do instituto, mesmo no âmbito de um sistema jurídico marcadamente eurocêntrico como é o do modelo brasileiro. Trata-se de uma possibilidade de atender justamente à incapacidade histórica da carta constitucional brasileira de 1988 de produzir “resultados concretos em termos de efetivação de direitos em favor de grupos minoritários”. Tal perspectiva, entendem os autores, poderia ser melhor realizada através justamente da via hermenêutica, recorte no qual, como destacamos, se insere o ECI.

Dessa forma, ainda que não se possa desprezar - como bem lembram Bello, Bercovici e Lima (2019) – a forte relação entre o caráter liberal e eurocêntrico da constituição brasileira de 1988, e o importante papel de uma doutrina, também fortemente marcada pela tradição liberal e de um caráter epistêmico colonial que compreende particularmente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais – ou efetividade dos direitos – desconexa da realidade histórica e material brasileira, é certo que tal caráter não pode ser suficiente para necessariamente condenar, como já sugerimos, os mecanismos de garantia de lutas por direito que passem por mecanismos inseridos em uma estrutura capitalista e originalmente colonial da organização da justiça. Negar essa possibilidade, aliás, entende-se, seria o mesmo que negar a possibilidade uma nova compreensão do direito constitucional e do constitucionalismo tal qual proposta da perspectiva do “Constitucionalismo Achado na Rua” conforme sugerem Souza Júnior e Fonseca (2017).

11-13
DEZ
2019

Seminário Internacional

O Direito como Liberdade

30 Anos de O Direito Achado na Rua



INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL

Diante desse cenário posto, acerca do ECI, cabe confrontar o questionamento acerca da possibilidade de se reconhecer o Racismo Estrutural, fenômeno que forma e conforma profundamente a realidade social e histórica do país (SCHWARCK; STARLING, 2015), e determina até a presente data suas relações sociais e de direito, como um Estado de Coisas Inconstitucional. Em suma, cabe defender uma compreensão teórica que permita o reconhecimento de que a omissão do Estado brasileiro em resolver de maneira sistêmica e coordenada o problema do racismo estrutural no país importaria ela mesmo em violação generalizada, contínua e sistemática massiva de direitos fundamentais e humanos no país, se configurando, nesses termos, em um estado de coisas inconstitucional.

Da perspectiva teórica de um Constitucionalismo achado na Rua, ademais, essa hipótese se reforça significativamente, especialmente quando se considera que essa leitura corresponde ao reconhecimento de um lugar de fala coletivo historicamente negado à minoria negra do Brasil. Embora, como já sinalizado, perspectivas mais ortodoxas do Constitucionalismo estejam associadas à tradição liberal, aos interesses da classe burguesa e forma jurídica capitalista, criando obstáculos, assim, para uma atuação do Poder Judiciário que atue como garantidor da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, caberia ao projeto político e jurídico do Constitucionalismo achado na Rua, dialogando com a historicidade da América Latina, instrumentalizar compreensões que legitimem e reforcem a importância da atuação das Cortes Constitucionais no projeto decolonial. No Brasil esse projeto se realiza, sobretudo, através do contundente e efetivo enfrentamento do grave problema do racismo estrutural.

Entre os alicerces que estruturam esse cenário de desigualdade, especificamente no Brasil, está a questão do racismo, mormente nas suas manifestações institucional e estrutural (ALMEIDA, 2018). Cabe reforçar, aqui, da perspectiva teórica a partir da qual essa pesquisa pretende se desenvolver, acerca da peculiar relação na formação histórica brasileira entre capitalismo e racismo, tanto em sua manifestação estrutural quanto institucional. O principal epifenômeno o qual pode servir como evidência que suporte os perniciosos aspectos dessa relação está justamente na constatação de uma divisão do trabalho racial a qual historicamente tem sido instrumental para o processo de acumulação de capital no país. Como destacam Prata e Leite (2019, p. 101), o Brasil, “a dinâmica social central é a racialização das relações, ou seja, o Estado precisa alimentar o racismo e se servir dele para garantir e valorização do valor do Capital”. A

11-13
DEZ
2019

Seminário Internacional

O Direito como Liberdade

30 Anos de O Direito Achado na Rua



exemplo é possível mencionar como as relações entre a divisão sexual do trabalho e o racismo estrutural no Brasil determinam perfis de raça e gênero no mercado de trabalho brasileiro que tem sua representatividade mais evidente na figura da empregada doméstica, majoritariamente formada por uma população de mulheres negras (BASTOS, 2019).

Como lembra Almeida (2018, p. 19-21) raça está longe de ser uma categoria natural e corresponde a uma construção social que, não por acaso, avança juntamente com a modernidade e o capitalismo. O objetivo, como destaca o autor é, primeiro favorecer às estruturas do colonialismo e, na continuidade histórica, ao modo de produção capitalista (p. 22-24). Afinal, como denuncia Marx (1996b, p. 370), “a transformação da África em um cercado para a caça comercial às peles negras” é parte fundamental do processo de acumulação originária que garantirá o desenvolvimento das forças produtivas que gestarão a Revolução industrial na Europa e promoverão o estabelecimento do capitalismo como forma hegemônica. Nessa quadra o racismo institucional e o racismo estrutural se apresentarão como importantes mecanismos de perpetuação das relações de exploração capitalistas, com particular ênfase nas colônias, locais onde esses modos de sociabilização baseados em critérios de raça foram historicamente determinantes na formação geral da sociedade e de suas instituições.

É nesse sentido que, como aponta Almeida (2016), o racismo estrutural diz respeito a uma ampla conjuntura social que marca a base material da sociedade brasileira e se apresenta principalmente em três aspectos: econômico, político e subjetivo. Quando observamos o perfil socioeconômico do brasileiro e o comparamos a dados que delineiam perfis raciais, salta aos olhos a identidade de negros pobres ou abaixo da linha de pobreza. Trata-se de uma realidade histórica calcada em elementos materiais típicos da construção do Brasil que passam ao largo de uma questão meramente ética. Nesse sentido, aliás, é o racismo estrutural quem garante as condições materiais para outra forma mais específica do racismo, também importante para o estudo, qual seja, o racismo institucional. López (2016) conceitua o racismo institucional como um fenômeno que, a partir das condições identificadas como aspectos do racismo estrutural, “racializa o acesso ao poder e às posições de prestígio social, e naturalizam as desigualdades entre grupos”. Em outras palavras, trata-se de observar um evidente descompasso entre o tamanho da população negra no país e a ocupação de espaços de representatividade em instituições do Estado e da sociedade civil.

O racismo institucional diz respeito às relações entre racismo e Estado (ALMEIDA, 2018, p. 27), de maneira mais ou menos ostensiva, que se estabelece através das instituições que lhe são

11-13
DEZ
2019

Seminário Internacional

O Direito como Liberdade

30 Anos de O Direito Achado na Rua



representativas. O acesso a essas instituições é vedado, por um conjunto de normas, por vezes jurídicas, por vezes sociais, mais ou menos evidentes, aos não-brancos (p. 30). São assim garantidores da hegemonia dos brancos, frequentemente naturalizados por discursos ideológicos. O racismo estrutural, por sua vez, está na base das relações sociais por dizer respeito à relação entre racismo e economia (p. 27). A conformação das relações a partir do critério racial se expressa nas mais diversas manifestações da esfera privada e de maneira ainda muito mais sutil e sub-reptícia. Nesse sentido as práticas sociais em geral, bem como os comportamentos individuais e institucionais serão sempre também derivados de um estado de coisas que define uma sociedade na qual o racismo, longe de ser uma exceção, é na verdade uma regra que se reproduz sistematicamente na “organização política, econômica e jurídica” (p.38-39).

Dessa forma, quando consideramos a dignidade da pessoa humana como eixo axiológico da Constituição de 1988 (BARROSO, 2013) e a necessidade objetiva de garantia da igualdade em sentido subjetivo e redução das desigualdades e combate ao racismo que são determinantes no contexto dirigente do Estado Constitucional de Direito brasileiro, é possível se considerar a possibilidade de que o Racismo Estrutural, como fenômeno mais amplo, e o Racismo Institucional, como uma consequência direta deste último, considerando, principalmente, uma série de violações da dimensão objetiva de diversos direitos fundamentais, violações essas que decorrem dessas duas formas de racismo mencionadas, não é exagero considerar ambas as formas como um Estado de Coisas Inconstitucional no contexto brasileiro.

Entretanto, embora seja possível, de uma perspectiva teórica, apontar, como se fez, uma relação lógica e intrínseca entre racismo estrutural e violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, de uma perspectiva jurídica este cenário se depara com outros obstáculos. Ironicamente, o principal obstáculo que se pode apontar diz respeito, justamente, a uma posição hermenêutica da Corte Constitucional brasileira a qual nos parece calcada em um formalismo jurídico e uma compreensão positivista e liberal da relação entre direitos fundamentais e aplicação da Constituição Federal.

A inconstitucionalidade por omissão é uma forma específica do fenômeno da inconstitucionalidade que, em linhas gerais, reconhece a omissão do legislador em formular normas infraconstitucionais que viabilizem normas constitucionais como um desrespeito a um comando direto do Poder Constituinte Originário expresso pelo Texto Constitucional. Esse tipo de inconstitucionalidade foi determinado no art. 103, § 2º da CF/88, mas passou a integrar, formalmente, o ordenamento jurídico brasileiro com o advento das Leis n. 9.868, de



10 de novembro de 1999, e n. 12.063, de 27 de outubro de 2009 (BRASIL, 1999). Por meio das referidas leis, normatizou-se, em via de ação própria de controle concentrado, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade por omissão.

Segundo Novellino (2011, p. 249) a inconstitucionalidade por omissão decorre da inação total ou parcial do Estado em elaborar atos legislativos ou executivos essenciais para a efetivação de norma constitucional ou para satisfação de direito fundamental. Atualmente existem três correntes de entendimento acerca da relação que determina os contornos da inconstitucionalidade por omissão no Brasil. A primeira delas, majoritária, entende que o objeto da ADO são as normas de eficácia limitada, restringindo-se aos atos normativos primários. A segunda é uma simples derivação da corrente majoritária com ampliação do objeto, uma vez que inclui os atos normativos secundários. Por sua vez, a terceira corrente, mais recente, ocupa-se, sobretudo, em resolver o problema concreto da violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, considerando que a referida violação deve ser, senão o principal parâmetro, pelo menos um importante critério adicional, para se definir aquilo que se considera como omissão inconstitucional. Essa terceira corrente, da qual Campos (2016) é um importante expoente, aponta justamente o problema da lacuna criada pela aplicação da teoria majoritária para definir o objeto da ADO e, por conseguinte, os limites da declaração de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento jurídico brasileiro. Desta última perspectiva, particularmente, observa-se que há um resgate do sentido de realização da Constituição, bem como uma preocupação com sua perspectiva de efetividade típico do Constitucionalismo que marcou a segunda metade do século XX e, particularmente, do Constitucionalismo do Sul Global.

Segundo a doutrina mais ortodoxa e formalista, a qual pauta a compreensão do STF acerca do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, a finalidade da ADO não é outra senão, e apenas, conferir eficácia plena às normas constitucionais de eficácia limitada, observando sempre a supremacia da Constituição. Porém, é bem evidente que, no mundo dos fatos, muitas vezes nos deparamos com omissões constitucionais mesmo diante de normas de eficácia plena ou da existência das normas necessárias à efetivação das normas constitucionais de eficácia limitada. Diante da constatação da inação ou ineficácia dos poderes públicos em formular e executar políticas públicas que assegurem o quanto determinado pela constituição, o poder constituinte originário, na carta cidadã de 1988, preocupou-se em prover um mecanismo de jurisdição constitucional que permitisse sanar a omissão que se convalida em violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pelos referidos poderes.



Foi nesse sentido que a ADO teria sido originalmente pensada, sugere Cunha Júnior (2017, p. 258), quando afirma que “[...] com essa ação de controle abstrato das omissões, o constituinte quis superar, em favor da supremacia e efetividade da Constituição, o estado de inconstitucionalidade decorrente das omissões do poder público” (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 258). Porém, a interpretação formalista subordinada à teoria da eficácia das normas constitucionais, que atrela a declaração da inconstitucionalidade por omissão a uma perspectiva também formalista, contribuiu para desvirtuar aquela aparente intenção original do constituinte. Trata-se, como lembra Campos (2016, p. 45) de um “reducionismo semântico-estrutural” que apenas contribui para esvaziar os principais preceitos da Constituição de 1988 por excluir do campo da omissão inconstitucional a aplicação inadequada das normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral (p. 33).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das questões levantadas, o ECI parece se apresentar como um mecanismo capaz de superar a atual concepção formalista de inconstitucionalidade por omissão da Corte Constitucional que esvazia a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Pode-se citar como exemplo da situação acima ventilado caso do sistema carcerário do Brasil, tema da ADPF n. 347 que decretou ECI no nosso sistema prisional. O Brasil possui legislação adequada sobre o tema consubstanciada na Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, que instituiu a Lei de Execução Penal. Trata-se de uma lei completa, cujo conteúdo é suficiente para suprir as determinações constitucionais. Entretanto, mesmo frente a uma legislação não omissa, foi decretada a inconstitucionalidade, por inobservância à garantia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais dos internos em nossos presídios. O reconhecimento do ECI no sistema prisional brasileiro pela Corte Constitucional aponta para uma mudança de entendimento acerca da concepção de inconstitucionalidade, uma vez que além do reconhecimento tradicional de inconstitucionalidades relacionadas às normas jurídicas, nossa Corte Suprema passou a reconhecer uma situação de fato, um estado de coisas, como inconstitucional.

Um passo adicional de superação teórica, que importe em uma eventual alteração de posições hermenêuticas do STF, ainda, exige a compreensão do Racismo Estrutural como uma situação de Estado de Coisas Inconstitucional. Tal compreensão exige um entendimento acerca do mencionado critério de litígio estrutural e omissões sucessivas e sistêmicas por parte do estado brasileiro em suas obrigações de garantia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais de forma mais ampla e difusa. Além de destacar um elo intrínseco entre racismo



institucional e estrutural, como apontado, importa em considerar aspectos sociais e econômicos que afetam as próprias possibilidades de expressão de direitos fundamentais, em suas dimensões tanto objetiva quanto subjetiva, que não podem desprezar as intrincadas relações entre capitalismo e formação histórica e social do Brasil.

Parece-nos adequado postular, assim, que particularmente partir da perspectiva do Constitucionalismo achado na Rua, a possibilidade do recurso à jurisdição constitucional por parte das comunidades originárias, quilombolas, e outros movimentos de representação dos negros no país, no sentido de reconhecer o racismo estrutural como um Estado de Coisas Inconstitucional no país, exigindo por parte do Estado soluções estruturais de políticas públicas no sentido de garantir a dimensão objetiva dos direitos fundamentais tendo como escopo, sobretudo, o enfrentamento ao problema do racismo e suas ramificações, se apresente como uma forma genuína epistêmica e política de garantia de espaços de poder e consolidação de luta política por parte dessas minorias.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2016.

BASTOS, Mário. **A condição de não sujeito de direito da mulher negra empregada doméstica no mercado de trabalho brasileiro** In: *Multidireitos V: repensando as vulnerabilidades e promovendo a justiça.* Salvador: Mente Aberta, 2019, v.5, p. 194-209.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n.03, 2019, p. 1769-1811.

BILCHITZ, David. Constitutionalism, the global South, and economic justice. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed). **Constitutionalism of the global South: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia.** New York: Cambridge University, 2013. p. 41-94.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 fev. 2018.

_____. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 11 nov. 1999. disponível

11-13
DEZ
2019

Seminário Internacional

O Direito como Liberdade

30 Anos de O Direito Achado na Rua



4

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em: 12 jun. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-153/98. Relator: Ministro Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: El llamado “Estado de cosas inconstitucional”**. Estudios Constitucionales. Vol.1, núm. 1, 2003, pp. 203-228, Santiago.

FERNANDES, Luana Siquara; FABRIZ, Daury Cesar. Para Repensar a Hermenêutica Constitucional Brasileira a partir do Novo Constitucionalismo Latino-Americano: um diálogo com o pensamento decolonial. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, Brasília, v.12 n.1, jan/abr 2018. p 88-103. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/repam/issue/view/1356/282>. Acesso em 15 jan. 2020.

LÓPEZ, Laura Cecília. O conceito de racismo institucional: aplicações no campo da saúde. *Interface - Comunic., Saude, Educ.*, v.16, n.40, p.121-34, jan./mar. 2012.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MARINONI, Luiz Guilherme. O surgimento do controle judicial de constitucionalidade no Direito Comparado e a sua evolução no Direito brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Orgs.). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 707-1200.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica. Traversées, diasporas, modernités**. *Raison politique*, n.º 21, pp 29-60. Trad. Elisabeth Falomir Archambault.

MOURA, Clóvis. **Dialética radical do Brasil negro**. São Paulo: Anita Garibaldi, 2014.

MALDONADO, Daniel Bonillia. **Constitutionalism of the Global South**. Cambridge University Press, 2013.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política – Livro I – o processo de produção do capital. 1ª ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

PACHUKANIS, Evguiéni Bronislávovitch. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

11-13
DEZ
2019

Seminário Internacional

O Direito como Liberdade

30 Anos de O Direito Achado na Rua



PRATA, Caio; LEITE, Taylisi de Souza Corrêa. Forma-mercantil e racismo estrutural: a manutenção do capitalismo enquanto razão essencial da violência de raça no contexto nacional. **Revista de Direito**, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 67-107, fev. 2019. ISSN 2527-0389. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/ojs/revistadir/article/view/2027>. Acesso em: 28 jul. 2019. doi:<https://doi.org/10.32361/20181022027>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 21, nov. 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Orgs.). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 247-348.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo de; FONSECA, Livia Gimenes Dias da. O Constitucionalismo Achado na Rua – uma proposta de descolonização do direito. In: **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 8, N. 4, nov. 2017, p. 2882-2902

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloísa M. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 203, p. 185-204, jul./set. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2018.