

PARTICIPAÇÃO SOCIAL NAS AÇÕES DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA PARA NEGROS NO BRASIL

Aline Caldeira Lopes¹ e Mariana Trotta Dallalana Quintans²

RESUMO

O artigo analisa a atuação do STF nas ações do controle de constitucionalidade relativas a políticas de ações afirmativas para negros no Brasil (cotas raciais no ensino superior e titulação de territórios quilombolas). Tem como principal objetivo verificar a abertura, ou não, da Corte para a participação social nesses julgamentos por meio do deferimento de pedidos de *amicus curiae* e da convocação de audiências públicas. O trabalho dialoga com a teoria de Peter Häberle sobre a necessidade da abertura do processo de interpretação constitucional para a sociedade civil. Compreende-se esses instrumentos como fundamentais para permitir o acesso à justiça e a concretização da democracia no país.

Palavras-chaves: participação social; controle de constitucionalidade; políticas de ação afirmativa.

SOCIAL PARTICIPATION ON CONSTITUTIONAL PROCESS ABOUT AFFIRMATIVE'S POLICY FOR BLACKS PEOPLE IN BRAZIL

ABSTRACT

The article analyzes the performance of the STF in the actions of judicial policies regarding affirmative action for blacks people in Brazil (racial quotas in higher education and descendants of slave's property). Has as main objective to verify the opening or not the Court for social participation in these trials through the granting of requests for *amicus curiae* and convene public hearings. The work speaks to the theory of Peter Häberle about the necessity of opening of constitutional interpretation procedure for civil society. It is understood these instruments as key to allow access to justice and the realization of democracy in the country.

Key word: social participation; constitutional process, affirmative's policy.

¹ Doutoranda em Direito da PUC-Rio. Professora em Direito da Unifoa. Mestre em Ciências Sociais pelo CPDA/UFRRJ.

² Professora Adjunta da FND/UFRRJ e da PUC-Rio. Doutora em Ciências Sociais pelo CPDA/UFRRJ e mestre em Direito pela PUC-Rio.

1. Introdução

Em recente propaganda eleitoral do Partido Democratas (DEM)³, um jovem negro⁴, morador da periferia de Salvador (BA) inicia o vídeo com o seguinte texto: “só porque sou jovem e negro, alguns políticos pensam que eu tenho que ser de esquerda. A esquerda não é dona da juventude, e nem de quem mora na periferia.” Em seguida, o ator expõe suas opiniões acerca das políticas de cotas no Brasil e de programas de garantia de renda mínima como o bolsa família: “Eu sou livre para pensar diferente. Sou a favor das cotas para os pobres, independente da cor. Sou a favor do bolsa família, mas as pessoas não podem depender dela pra sempre. ” E finaliza: “Eu quero mais oportunidade, segurança, paz. Meu partido? Democratas, o partido da sociedade livre e da democracia brasileira”. O cenário onde se passa o programa é típico das periferias das grandes cidades: casas simples, ruelas. O jovem, vestido com uma camisa azul – cor que simboliza o Partido Democratas -, atua em passagens cotidianas de seu dia a dia: chega do trabalho a pé, participa do jantar em família, toca violão e expressa valores em voga (segurança, paz).

O exemplo citado acima não foi o único relativo a propagandas eleitorais patrocinadas pelo Partido Democratas envolvendo atores negros em papéis de destaque nos últimos anos. Ao mesmo tempo, representam uma modificação no padrão de produção de programas eleitorais pelo partido, posto que outrora envolviam atores predominantemente brancos nos papéis de destaque. Trata-se de uma percepção, pelo grupo político representado pelo DEM atualmente, acerca da legitimidade – ao menos no plano do simbólico - das reivindicações envolvendo políticas de reparação aos negros no Brasil, reparação esta com objetivos de minimizar as consequências do período escravista no país em passado recente. Note-se que essa percepção, como desenvolveremos ao longo deste artigo, não significa a concordância com as referidas reivindicações, mas significa tão somente que elas encontram eco na sociedade e que há a necessidade de produção de diálogo com as mesmas.

As chamadas “políticas de reparação” envolvendo os negros atualmente, serão exemplificadas nesse artigo a partir da Política de Cotas Raciais nas Universidades Públicas e da Política de Titulação de Territórios Quilombolas. É interessante notar que a abertura de um diálogo maior entre o DEM e os negros, representado por programas eleitorais como os citados acima, segue em paralelo com a iniciativa do partido para o questionamento judicial

³ A denominação Partido Democratas é relativamente recente. Anteriormente o grupo político representado por essa nomenclatura atualmente era referido como Partido da Frente Liberal (PFL).

⁴ O referido jovem chama-se Bruno Alves.

de leis, decretos e editais que regulamentam políticas de ação afirmativas⁵ como as mencionadas. A judicialização da política e das relações sociais é uma tendência destacada por vários autores como Santos (2007), Vianna (et. ali, 1997 e 2007) e Sorj (2001).

Santos (2007) destaca um crescimento da importância do papel do Judiciário na resolução dos conflitos sociais tanto nos países da América Latina como nos demais continentes. Sinaliza como um importante fator para isso a ascensão do Estado Providência nos países da Europa, com a luta e a conquista pela classe trabalhadora de direitos sociais (SANTOS, 2005). Posteriormente, com o declínio deste modelo de Estado, segundo o autor, houve um aumento dos conflitos sociais levados ao Poder Judiciário, transformando-os em conflitos jurídicos (SANTOS, 2005).

Este fenômeno também é apontado pelo autor nos países em desenvolvimento (periféricos e semi-periféricos). Nesta linha, defende que, no Brasil, apesar de nunca ter existido um “Estado-providência muito denso”, a transição democrática e a promulgação da CF/88 geraram expectativas muito grandes na população. Entretanto, estas expectativas foram frustradas, pois a cidadania não gozou dos direitos estabelecidos no texto constitucional, motivando o maior recurso aos tribunais (SANTOS, 2007). O autor destaca que o fenômeno da judicialização das relações sociais provocou uma “explosão de litigiosidade” da qual a administração da justiça não deu conta, produzindo uma crise relacionada com o acesso à justiça por parte dos setores populares, com a necessidade de processos mais simplificados, capacitação dos juízes (formação além da tradicional) etc. (SANTOS, 2005).

Outros autores como Vianna et al. (1999 e 2007) também analisam a judicialização em curso no Brasil, desde ao menos a metade da década de 1990, relacionando este fenômeno à busca pela concretização de direitos no Judiciário. Defendem que a falência do Estado de Bem Estar Social e a adoção das políticas neoliberais teriam levado a sociedade a buscar no Judiciário a efetivação dos direitos de cidadania. A perda de direitos e o afastamento do Executivo e do Legislativo do compromisso na formulação de políticas públicas capazes de melhorar as condições de vida da sociedade teriam levado as classes populares a verem na

⁵ Segundo Joaquim Barbosa Gomes, as ações afirmativas, atualmente, podem ser definidas: “(...) como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego” (GOMES *In*: SANTOS, 2005:53). Comumente justifica-se a adoção das medidas de ação afirmativa a partir do argumento de que esse tipo de política social seria mais eficaz que aquelas que, visando o combate à discriminação, limitam-se à adoção, no campo normativo, de regras meramente proibitivas de discriminação (GOMES *In*: SANTOS, 2005: 55).

atuação do Judiciário a possibilidade de concretização de seus direitos. Vianna et al. (1997) consideram que:

as transformações por que tem passado o imaginário da sociedade civil, especialmente dos seus setores mais pobres e desprotegidos que, depois da deslegitimação do Estado como instituição de proteção social, vêm procurando encontrar no Judiciário um lugar substitutivo, como nas ações públicas e nos Juizados Especiais, para as suas expectativas de direito e de aquisição de cidadania. (VIANNA et al., 1997:42).

Sorj (2001) também chama a atenção para o fenômeno da “judicialização” ocorrido nas sociedades ocidentais a partir do fim do século XX e defende que, na atualidade, as bases do *Welfare State* estão se diluindo, em particular com as privatizações dos serviços públicos. Nesta passagem, o Poder Executivo perde o controle do sistema, que passa ao Poder Judiciário.

O objetivo do presente artigo é analisar a atuação do STF no julgamento de ações do controle de constitucionalidade relacionadas a políticas de reparação aos negros no Brasil, observando a abertura da Corte a participação dessas ações pela sociedade civil, por meio de *amicis curiae* e audiências públicas. A análise será realizada a partir de duas ações do controle concentrado de constitucionalidade ajuizadas no Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Partido Democratas, que questionam a constitucionalidade das políticas de ações afirmativas, estas ações consistem na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 3239, relativa a titulação e reconhecimento de comunidades quilombolas e, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 186,⁶ relativa a análise da constitucionalidade do sistema de cotas raciais adotados em 2004 pela Universidade Federal de Brasília (UnB).

Nessas ações judiciais é possível identificar posições políticas e argumentações jurídicas oriundas não somente daquele que ajuizou as ações – o DEM – ou daquele que se defendeu – a União Federal – mas também de associações, partidos políticos, órgãos públicos dentre outros que se apresentaram na condição de *amicis curiae*, ou seja, amigos da corte. Será dada atenção especial aos *amicis curiae*, esse instrumento relacionado ao processo constitucional que permite que, em casos considerados complexos como os aqui analisados, a corte possa contar com a fala de “especialistas” no tema que possam esclarecer aspectos relativos às temáticas em julgamento. Esse instrumento tem possibilitado que várias organizações da sociedade civil.

⁶ Outras ações foram propostas no STF contra o sistema de cotas como a ADI, também recursos chegaram ao Supremo como o Recurso Extraordinário 597.285/RS.

Também será dada atenção a visão do STF nessas ações sobre a convocação de audiências públicas. Esse é outro instrumento também destinado a ampliar o debate sobre o tema que pode ser utilizado pelo STF nas ações de constitucionalidade são as audiências públicas destinadas a ouvir diferentes posicionamentos sobre o tema. Desde a previsão normativa acerca da realização de das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (Leis 9.868 e 9.882 de 1999) como mecanismo de abertura à participação da sociedade em processos de controle de constitucionalidade concentrado, somente cindo audiências foram convocadas e realizadas. A primeira delas foi a que abordou a constitucionalidade de um dos dispositivos da Lei de Biossegurança, que versava sobre a possibilidade de realização de pesquisas com células-tronco embrionárias. As demais audiências públicas realizadas, assim como a primeira, abordaram temas de grande relevância social e complexidade. De acordo com Carolina Alves Vestena, após o debate envolvendo as células-tronco foram debatidos quatro temas, quais sejam, em ordem de ocorrência: a possibilidade de importação de pneus reciclados, a descriminalização da interrupção da gravidez no caso de fetos anencéfalos, a prestação do direito social à saúde e, por fim, a política de ações afirmativas nas universidades, esta, objeto de análise no presente artigo (VESTENA, 2010).

Vestena destaca que desde 2009, houve ainda mais a abertura da participação da sociedade civil nos processos de constitucionalidade, ao ser estendida a possibilidade de convocação pela Corte de audiências públicas nos processos do controle difuso, a autora explica que:

(...) A promulgação do novo regimento interno do STF, em 2009, ampliou a possibilidade de realização de audiências públicas para os processos de controle difuso de constitucionalidade, uma vez que dispôs para esclarecimentos a prerrogativa de convocação de agentes externos em quaisquer casos nos quais o relator identifique complexidade fática ou insuficiência de elementos para a formulação dos julgamentos. A audiência que tratou sobre a questão da saúde, por exemplo, ocorreu em torno de um conjunto de liminares, em processos de controle difuso, que tramitavam sob a relatoria do presidente do tribunal à época (VESTENA, 2010).

Consideramos que a convocação de audiências públicas é fundamental para a ampliação do acesso à justiça. Permitindo a participação social na interpretação constitucional, permitindo assim a formação de uma sociedade aberta dos interpretes da constituição, assim como proposto por Peter Häberle (1997).

Peter Hälerbe defende o alargamento da hermenêutica constitucional por meio da abertura das Cortes Constitucionais à participação da sociedade como forma de estabelecer um procedimento democrático adequado as sociedades plurais. O autor explica que “a

sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato.” (HÄBERLE, 2002: 40)

O autor segue explicando que *“todas as potencias públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (HÄBERLE, 2002:13)*

Essa perspectiva trazida por Häberle pode ser expressa nos processos de controle de constitucionalidade no STF por meio de audiências públicas e dos *amicus curiae*. Estes mecanismos permitem, teoricamente, a participação de setores da sociedade no processo de Hermenêutica Constitucional. Nesse sentido, o artigo tem como objetivo analisar a abertura dessa Corte para a participação da sociedade civil nas ações do controle concentrado de constitucionalidade relativas a políticas de ações afirmativas para negros no Brasil. Essas ações questionam políticas que envolvem redistribuição e de reconhecimento assim como ponderado por Fraser (2002). Segundo Boaventura de Sousa Santos essas ações judiciais podem representar uma contra-revolução jurídica, ao consistirem uma forma de ativismo jurídico conservador que pode neutralizar os avanços democráticos advindos com a CF/88 (SANTOS, 2009). O autor acrescenta que este processo:

(...) Cobre um vasto leque de temas que têm em comum referirem-se a conflitos individuais diretamente vinculados a conflitos coletivos sobre distribuição de poder e de recursos na sociedade, sobre concepções de democracia e visões de país e de identidade nacional. (SANTOS, 2009: 01)

O artigo encontra-se dividido em três partes, além dessa introdução e a conclusão. O primeiro tópico trata das demandas do movimento negro na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 e, o seu reconhecimento no atual texto constitucional. O segundo tópico analisa a ação direta de inconstitucionalidade 3239 e o terceiro capítulo analisa a ADPF 186.

2. O reconhecimento de políticas de ações afirmativas para negros no Direito brasileiro

Nos últimos anos, algumas ações afirmativas importantes para o movimento negro foram ou são questionadas no STF, por meio de ações do controle concentrado de constitucionalidade, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 3239 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 186. Ambas ações foram propostas pelo partido da Frente Liberal (PFL), atualmente Democratas (DEM). A primeira busca a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 4887/2003, que regulamenta o procedimento de reconhecimento, demarcação e titulação dos territórios das comunidades remanescentes de quilombos. A segunda buscava a declaração da inconstitucionalidade da políticas de cotas raciais implantada na UnB desde 2004.⁷

A obrigatoriedade do Estado brasileiro titular as terras das comunidades de remanescentes de quilombos foi reconhecida no artigo 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Por outro lado, as políticas de ações afirmativas no ensino apesar de serem uma pauta de reivindicação do movimento negro⁸ a época da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, não foi incorporada ao texto constitucional.

Interessante resgatar os direitos que foram reivindicados nesse período da elaboração do atual texto constitucional pelo movimento negro. Thula Pires destaca que em 1986 foi realizado a Convenção Nacional do Negro na qual foi debatido o tema do “*Negro e a Constituinte*”. Nesse encontro foi elencadas as demandas prioritárias que seriam levadas aos constituintes. Segundo a autora, esse encontro contou com a participação de 63 entidades da sociedade civil, dentre movimentos negros, religiosos negros, grupos de “terras de petros”, sindicatos dentre outros. Essa convenção sistematizou ao final as seguintes propostas:

- 1) No âmbito dos direitos e garantias individuais: proteção do direito à igualdade; transformação do racismo em crime inafiançável e sujeito à pena de reclusão; proibição da pena de morte; respeito à integridade física e moral do detento do sistema prisional; criação de Tribunal Especial para julgamento de crimes de discriminação racial; tortura tratada como crime contra a humanidade;

⁷Outras medidas judiciais foram propostas no STF contra o sistema de cotas, como o Recurso Extraordinário 597.285/RS.

⁸ José Geraldo de Souza Junior analisando os novos movimentos sociais que se organizam no período da redemocratização destaca a incidência desses movimentos na mudança institucional, destacando o papel instituinte de direitos desses movimentos sociais que entram em cena na esfera pública brasileira naquele período (SOUZA JUNIOR, 2002). Convém destacar que o movimento negro também passa a se rearticular e se reorganizar no período da redemocratização. O Movimento Negro Unificado (MNU) importante sujeito coletivo de direito surge em 1978.

- 2) Sobre atividade policial: unificação das polícias civil e militar, capacitada regularmente ao exercício da função com respeito à integridade física e moral do cidadão, independentemente de sua raça ou cor;
- 3) Condições de vida e saúde: extensão da licença maternidade para seis meses; estatização, socialização e unificação do sistema de saúde; assistência ao idoso, independentemente de contribuição previdenciária; estatização dos transportes públicos; garantia do direito à moradia;
- 4) Direitos da mulher: igualdade de direitos entre homem e mulher; proibição de imposição estatal de qualquer programa de controle de natalidade, bem como a descriminalização do aborto;
- 5) Direitos do menor: responsabilidade estatal pela educação da criança carente; proibição de Casas de detenção de menores;
- 6) Educação: ensino obrigatório de História da África e da História do negro no Brasil; educação gratuita em todos os níveis; ocupação da direção e coordenação das escolas públicas mediante eleição com a participação dos professores, alunos e pais de alunos;
- 7) Cultura: seja decretado feriado nacional no dia 20 de novembro como Dia da Consciência Negra; liberdade de culto religioso e manifestação cultural; reconhecimento expresso do caráter multi-racial da cultura brasileira;
- 8) Trabalho: jornada diária de seis horas; estabilidade no emprego; reconhecimento da profissão de empregada doméstica e diarista de acordo com a CLT; aposentadoria por tempo de serviço com salário integral; licença paternidade; direito de sindicalização para funcionários públicos; criação do 'juizado de pequenas causas' na área trabalhista;
- 9) Acesso à terra: garantia do direito de propriedade do solo urbano às populações pobres; garantia do título de propriedade da terra às Comunidades Negras remanescentes de quilombos, que no meio urbano ou rural; desapropriação de imóveis improdutivos;
- 10) Relações Internacionais: rompimento imediato de relações diplomáticas e/ou comerciais com Estados que tenham institucionalizado qualquer tipo de discriminação entre sua população. (PIRES, 2013:109)

Algumas dessas reivindicações foram reconhecidas e transformadas em políticas e direitos conferidos aos negros, outras não, como no caso das ações chamadas à época de ações compensatórias. Nos anos que se seguiram alguns desses temas continuaram na pauta de luta por direitos desse setor e foram reconhecidas pela legislação infra-constitucional ou se transformaram em demandas judiciais.

3. A ADI 3239: a política de reconhecimento dos territórios quilombolas em questão no STF

O direito as terras pelas comunidades remanescentes de quilombo, como já destacado, foi reconhecido no artigo 68 do ADCT. A regulamentação do direito quilombola passou cerca de sete anos, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sem qualquer instrumento legal de abrangência nacional que guiasse a sua efetivação. Isto ocorreu não sem a pressão de organizações sociais de luta pela terra que, em alguns Estados como o Pará, pressionaram os governos locais para que realizassem a titulação através de regulamentações estaduais.

Segundo a Comissão Pró-Índio de São Paulo (CPI-SP), organização não governamental que realiza pesquisas sobre comunidades tradicionais no país (indígenas e quilombolas), a primeira manifestação do poder público pelo desdobramento do dispositivo constitucional foi a portaria 307 do INCRA, que regulamentava a demarcação e a titulação das áreas quilombolas e foi publicada no ano de 1995. O segundo instrumento de regulamentação seria a 11ª reedição da Medida Provisória 1.911, que delegou ao Ministério da Cultura, através da Fundação Cultural Palmares (FCP), a competência para titular as terras quilombolas, remetendo-nos a um conflito interno ao próprio Estado, que dizia respeito a qual órgão – INCRA ou FCP – seria o responsável pelas titulações e demarcações das áreas remanescentes de quilombos, uma disputa que na realidade tinha como pano de fundo a oposição entre o enquadramento dos “remanescentes de “quilombos” como uma problemática fundiária ou cultural (ARRUTI, 2006, p. 111).

A julgar pela estrutura da Fundação Cultural Palmares à época, carente em corpo técnico e funcional, há que se questionar a disposição do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso em realizar as desapropriações necessárias à titulação das terras quilombolas, o que é confirmado pelo “pacote de titulação” realizado pelo órgão em novembro de 2000, sem que houvesse desapropriações nas áreas ou a anulação de títulos de terceiros e nem mesmo a retirada de ocupantes não quilombolas (Site da Comissão Pró Índio – SP).

No ano de 2001, foi editado o Decreto 3.912, que delimitava um marco temporal para a caracterização das comunidades como “remanescentes de quilombos”. Segundo o decreto, estavam contempladas pelo artigo 68 as terras ocupadas por remanescentes de quilombos “desde o ano de 1888 até a data de 5 de outubro de 1988”.

Atualmente, vigora o decreto 4.887 de 2003, editado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que revogou o anterior. Ele regulamenta os procedimentos administrativos para a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação da propriedade

definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos e define que a competência para a realização dos procedimentos é do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), por meio do INCRA, porém a Fundação Cultural Palmares (FCP) é a responsável pela emissão da certidão que declara acolhido o pedido de reconhecimento dos grupos como remanescentes de quilombos.

O decreto aboliu a exigência temporal de permanência no território e incorporou a definição da categoria “remanescente de quilombo”. Além disto, definiu a categoria “remanescentes e quilombos” como “grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida” (art. 2º. Decreto 4887/2003). O novo decreto inseriu modificações na conceitualização de comunidade quilombola em relação ao anterior, que limitava a definição de quilombo à referência da legislação penal da época da escravidão e à ocupação do território ao período compreendido entre os anos de 1888 e 1988.

O Decreto 4.887/2003 estabeleceu ainda que a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante a autodefinição⁹ da própria comunidade e os procedimentos para identificação, reconhecimento, delimitação e titulação das terras ocupadas pelos grupos. Entretanto, estabeleceu a possibilidade de desapropriação pelo Estado do território quilombola ocupado por supostos proprietários, garantindo o direito de propriedade destes.

O Decreto 4887/2003 vem sendo atacado por vários setores contrários ao reconhecimento do direito quilombola, esses questionamentos foram levados ao STF pelo antigo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM), que impetrou no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3239/2004, visando à declaração da inconstitucionalidade do Decreto 4887/2003, pois a matéria, segundo o Partido, deveria ser regulada por uma lei e não por um decreto presidencial. Além disso, para o DEM, o decreto produziu uma interpretação extensiva da categoria quilombolas, território e introduziu equivocadamente critério de autoatribuição¹⁰.

Para os setores pró-quilombolas é descabido o argumento de inconstitucionalidade do Decreto 4887/2003 pois o artigo 68 do ADCT reconhece o direito fundamental das comunidades quilombolas e, portanto, é autoaplicável, assim como previsto no art. 5º, §1º da

⁹ O critério do autoreconhecimento ou autoidentificação é previsto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que foi ratificada pelo Brasil.

¹⁰ Essa ação teve como relator o Ministro Cezar Peluso, até que o mesmo se aposentasse.

CF/88, ou seja, sua aplicação independe de edição de lei, nesse sentido entende Sarmento (2006).

Outro aspecto contra-argumentado por antropólogos que trabalham com as comunidades remanescentes de quilombo é sobre a definição dessas comunidades. Esses antropólogos propõe um conceito “ressemantizado” como Figueiredo (2009), que pressupõe uma interpretação extensiva dos quilombolas como grupos étnicos, em oposição ao conceito “dicionarizado”, que interpreta o artigo constitucional de forma restrita e entende os quilombos unicamente como espaços de “negros fugidos”. (FIGUEIREDO, 2009).

Exemplo dessa interpretação “dicionarizada” que menciona Figueiredo, é a petição da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA, na qual solicita ao Tribunal sua inclusão nos autos na condição de *amicus curia*. Na mesma, os autores afirmam a seguinte interpretação:

comunidades dos quilombos, sabidamente, eram grupos formados, durante a escravidão, predominantemente por escravos fugidos do cativeiro, que se homiziavam em lugares ermos e quase inacessíveis, onde podiam encontrar espaço para prover livremente a sua subsistência e em cujo meio também se acoitaram índios e eventualmente brancos socialmente desprivilegiados (cf. Dicionário Houaiss, Rio, 2004), ou, mesmo, após a abolição, por ex-escravos, em áreas cedidas por seus ex-senhores ou por eles adquiridas com o fruto do seu trabalho (Petição CNA. ADI 3.239/2004, STF, p. 2).

Como conclusão coerente dessa interpretação, concluem que “remanescentes das comunidades dos quilombos, na verdade, não podem ser senão o que sobrevive dessas comunidades” (Petição CNA. ADI 3.239/2004, STF, p.2).

No sentido oposto, a petição do Presidente da República, em defesa do Decreto 4.887/2003, transcreve a Exposição de Motivos nº 020/03 da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) que fundamentou a edição do Decreto, para expor um posicionamento interpretativo acerca do conceito de quilombolas, que caracterizamos como “ressemantizado”.

De acordo com tal interpretação, as comunidades remanescentes de quilombos são caracterizadas como uma “identidade étnica, histórica e socialmente construída, bem como conceitua [sic] territorialidade negra, ambas compreendidas sob a ótica antropológica que propõe nova avaliação semântica, de forma a atender os desígnios e objetivos evidentes da Constituição” (Petição do Presidente da República. ADI 3.239/2003, STF, p.21).

Nessa ação foram feitos vários pedidos de realização de audiência pública por diferentes entidades, como estados membros, associações de classe, procuradores da

república, associações da sociedade civil dentre outro. Entretanto, apesar dos vários pedidos o Ministro Relator entendeu pela falta de necessidade de convocação da referida audiência, exposta no voto do então relator o ministro Cesar Peluso¹¹, divulgado no dia 17 de Abril de 2012, quando a ação foi colocada na mesa para julgamento. Segundo o ministro relator

E, antes de adentrar-lhe [sic] o mérito, registro que, apesar de muitos pedidos para a realização de audiência pública, não descobri razões que justificassem, à luz da própria legislação de regência desse instituto (...). Ora, à [sic] toda evidência, a causa encerra matéria de direito. Os autos estão fartamente instruídos, e não há tema que envolva complexidade técnica” (Voto do Min. Rel. Cesar Peluso. ADI 3.239/DF. Pgs. 6 e 7).

A primeira tentativa argumentativa de isolamento das razões que fundamentaram o voto do Ministro, num campo fechado (BOURDIEU, 1997) hermeticamente às pressões e lutas em torno das regras de titulação e registro de territórios quilombolas no Brasil foi o entendimento pela não realização de audiência pública sobre o tema. Deste modo, os elementos que embasariam os votos do Ministro Relator e dos demais estariam limitados ao que pudesse ser trazido aos autos na forma documental, excluindo-se assim um debate público em torno da temática.

Ocorre que, tendo em vista tratar-se de uma temática que tangencia questões estruturais, relacionadas à distribuição de direitos e privilégios no Brasil, como a questão da terra/território, tal tentativa de isolamento apenas pode subsistir como ideologia. Pierre Bourdieu critica tal concepção, apontando que a ciência jurídica, tal como a concebem os juristas, “apreende o direito como um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a sua dinâmica interna” (1997: 209). Aponta, portanto, um *modus operandi* do campo, que dificulta o debate aberto, entre setores diversos da sociedade.

No campo da Teoria Constitucional, Peter Haberle compreende a hermenêutica constitucional a partir da necessidade de que esta se conforme a uma sociedade pluralista ou sociedade aberta (1997). Entende, portanto, o processo constitucional como parte do processo de participação democrática (HABERLE 1997:10).

Para Haberle, a teoria da interpretação constitucional, na contemporaneidade, está em confronto com três principais questionamentos, quais sejam: quais são as tarefas e os objetivos da mesma; qual seu método, no que tange ao processo de interpretação constitucional e às regras da mesma e, por fim; quais são os participantes do processo de

¹¹ Logo em seguida à exposição, houve o pedido de vista pela Ministra Rosa Weber, ocorrência que suspendeu o julgamento até a presente data. Ainda não existe data marcada para a continuidade do julgamento dessa ação.

interpretação constitucional. Este último, mais recente, apresenta-se como consequência das tentativas de elaboração de um processo constitucional mais assente às demandas da *sociedade aberta* ou *sociedade pluralista*, categorias com as quais o autor opera para caracterizar sociedades democráticas (HABERLE, 1997: 11).

Considerando a influência do constitucionalismo alemão no direito brasileiro, demonstrado inclusive na elaboração da apresentação do livro *Hermenêutica Constitucional*, do autor alemão, pelo Ministro do Supremo, Gilmar Ferreira Mendes, é relevante que as ideias daquele sejam trazidas como mecanismo de auxílio na compreensão da forma como se dá o processo de interpretação constitucional no tribunal brasileiro em análise. Mesmo que no caso concreto, o que se aponta seja contraditório ao que se tem elaborado no campo da teoria constitucional, ainda assim torna-se um instrumento de análise da realidade.

Häberle sustenta a tese de que, no processo constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado *com numerus clausus* de intérpretes da Constituição (1997: 13). Entretanto, “subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre interpretação” (HABERLE, 1997: 14).

Outro ponto desenvolvido nas argumentações do voto em análise é consequência do primeiro. O entendimento de se tratar de *matéria de direito*, eminentemente *técnica*, fundamenta o entendimento da desnecessidade de diálogo com outras áreas de conhecimento, que não a jurídica propriamente dita.

Ao manifestar-se pela inconstitucionalidade material do Decreto, ora questionado, o Ministro Peluso coloca-se “ao lado da ponderação sempre lúcida” do ex-Ministro Carlos Velloso, em parecer acostado à manifestação do *amicus curiae*¹² da Confederação Nacional da Indústria (CNI), o qual vale transcrever neste ponto:

O Decreto 4.887, de 2003, além de inconstitucional, sob o ponto de vista formal, contém dispositivos ofensivos à Constituição. É dizer, contém normas materialmente inconstitucionais, normas que, mesmo se veiculadas mediante lei, apresentaria, o mesmo vício. É que elas inovam e desvirtuam o disposto no art. 68 do ADCT. Muito se escreveu a respeito do tema. A maioria dos trabalhos, bons trabalhos, é necessário registrar, são, entretanto, trabalhos metajurídicos, escritos sob o ponto de vista ético – alguns chegam a falar num ramo do

¹² Em que pese a não autorização da realização de audiência pública pelo Ministro Cezar Peluso possa ser contraposta ao fato de que argumentos de áreas do conhecimento estranhas ao direito foram trazidos na forma de *amicus curia*, o instituto não teve o condão de efetivar o diálogo com os fundamentos do julgamento expressos no voto em análise, como será desenvolvido ao longo do texto.

Direito, o Direito Étnico – sócio-antropológico e político. São bons trabalhos, repete-se, que pugnam mais pelo ideal de proteção aos descendentes dos quilombolas, o que é elogiável. Por tal razão, são muito mais de *lege ferenda* do que *de lege lata*, refletidores, portanto, do que devia ser, tendo em consideração os conceitos metajurídicos em que se assentam, do que efetivamente, é, tendo em linha de conta conceitos jurídicos. (VELLOSO, Carlos *apud* Voto do Min. Rel. Cezar Peluso. ADI 3.239/DF. Pg. 20).

Nota-se que, ao incorporar o trecho acima, após declaração de concordância com o mesmo, o Ministro Peluso traz para o campo das razões de seu convencimento, os argumentos apresentados pelo autor do texto. Reitera, portanto, a concepção de que todos os estudos, ainda que científicos, do campo acadêmico da antropologia, da sociologia, da história ou da ciência política, não devem fazer parte do rol de fundamentação das decisões judiciais, no âmbito do controle de constitucionalidade ao menos, por serem *metajurídicos*.

Retomando o diálogo com Haberle, tal entendimento estaria em discordância com a teoria que diz respeito à metodologia da interpretação constitucional. Isso porque o autor compreende a mesma como processo interdisciplinar, que se relaciona com as diversas áreas das ciências humanas:

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional encerra seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídicas funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para o atendimento do interesse público e do bem estar geral – então, há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da realidade constitucional (HABERLE, 1997: 12).

Ao longo da fundamentação do voto ora em análise, no entanto, há larga menção a textos de outras áreas do conhecimento, não propriamente científicas, como textos jornalísticos, sabidamente desenvolvidos sem o rigor acadêmico que os tradicionais métodos científicos impõem aos textos antropológicos, históricos ou sociológicos. É o que ocorre após a declaração do convencimento pela inconstitucionalidade do Decreto em questão (pg. 20), momento em que faz menção ao crescimento dos conflitos agrários e o “incitamento à revolta” que a “usurpação de direitos” decorrente da edição do Decreto trouxe à sociedade brasileira: “É que o nobre pretexto de realizar justiça social, quando posto ao largo da Constituição, tem como consequência inevitável a desestabilização da paz social, o que o Estado de Direito não pode nem deve tolerar. Antes, deve afastar” (Voto do Min. Rel. Cezar Peluso. ADI 3.239/DF. Pg.20 e 21).

Em decorrência dessa afirmação, houve a citação de uma publicação conhecida no campo dos debates acerca do tema como vinculadora de posições contrárias não somente à constitucionalidade do Decreto 4.887/2003, mas de qualquer direito atribuído como reparação ao período histórico da escravidão:

Por essa especial razão, também li artigos e editoriais publicados pela mídia, assim como obras escritas pelos que já se vinham opondo ao Decreto nº 4.887/2003, a exemplo do jornalista NELSON RAMOS BARRETO, autor da “Revolução Quilombolas – Guerra Racial – Confisco Agrário e Urbano – Coletivismo”, Artpress Indústria Gráfica e Editora Ltda., 2007. Depois retomaremos a este ponto, para focalizar situações que, por todo o País, dão prova das perplexidades que hão de ser enfrentadas (Voto do Min. Rel. Cezar Peluso. ADI 3.239/DF. Pg.20).

É interessante ressaltar que, ao mesmo tempo em que o texto expõe uma concepção de direito e de interpretação judicial restrita a fontes oriundas tão somente do campo jurisdicional, traz à baila uma série de textos jornalísticos, propriamente ditos, ou elaborados por jornalistas, como o citado acima. São citações de artigos de opinião ou editoriais dos Jornais O Estado de São Paulo, Revista Isto É, Jornal O Globo e Agência Estado.

O voto do relator cita matéria do Jornal O Estado de São Paulo, do dia 14/08/2008 (Pg. 52), na qual há a afirmação de que:

os conflitos são gerados, necessariamente, pela usurpação de direitos fundiários de ocupantes – sejam empresas de produção agrícola, comunidades religiosas e até áreas de adestramento da Marinha do Brasil – ou por confronto com o interesse público, caso de reservas biológicas sob a proteção do IBAMA. (...) Como diz o advogado da Aracruz Celulose – uma das empresas mais atingidas pelas expropriações quilombolas-, o Decreto nº 4.887 (...) abriu um processo de reforma (agrária) com base em critérios raciais, passando, a partir daí, a atingir recursos de terceiros (Voto do Min. Rel. Cezar Peluso. ADI 3.239/DF. Pg.52).

Interessante notar, ainda, que o diálogo e a referência a outros campos de conhecimento não goza de baixa ocorrência no âmbito dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Sendo o tribunal competente, no Brasil, para o controle de constitucionalidade de leis, decretos, atos normativos e decisões judiciais de modo geral, com frequência permite-se trazer à baila estudos históricos, antropológicos, sociológicos, filosóficos, dentre outros. Como será visto no próximo tópico, posicionamento diferente foi adotado na ADPF 186, na qual foi convocada audiência pública com a participação de especialistas de diferentes áreas do conhecimento e outros representantes da sociedade civil.

4. ADPF 186: O posicionamento do STF sobre as cotas raciais no ensino superior pelo STF

Em 2009, o partido Democratas (DEM) ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental n.186 contra o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE/UnB), Reitor da UnB e o Centro de Seleção e Promoção de Eventos da UnB (CESPE/UnB), questionando o edital que instituiu o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade. Na petição inicial o referido partido explica suas razões de impugnação da política pública de cotas raciais da universidade, destacamos um trecho da decisão da referida ação que explica tais motivos:

(...) na presente hipótese, sucessivos atos estatais oriundos da Universidade de Brasília atingiram preceitos fundamentais diversos, na medida em que estipularam a criação da reserva de vagas de 20% para negros no acesso às vagas universais e instituíram verdadeiro ‘Tribunal Racial’, composto por pessoas não-identificadas e por meio do qual os direitos dos indivíduos ficariam, sorrateiramente, à mercê da discricionariedade dos componentes,(...)”(fl. 9).

O autor esclarece, inicialmente, que a presente arguição não visa a questionar a constitucionalidade de ações afirmativas como políticas necessárias para a inclusão de minorias, ou mesmo a adoção do modelo de Estado Social pelo Brasil e a existência de racismo, preconceito e discriminação na sociedade brasileira. Acentua, dessa forma, que a ação impugna, especificamente, a adoção de políticas afirmativas “racialistas”, nos moldes da adotada pela UnB, que entende inadequada para as especificidades brasileiras. Assim, a petição traz trechos em que se questiona se “a raça, isoladamente, pode ser considerada no Brasil um critério válido, legítimo, razoável, constitucional, de diferenciação entre o exercício de direitos dos cidadãos”(fl. 28). Defende o partido político, com isso, que o acesso aos direitos fundamentais no Brasil não é negado aos negros, mas aos pobres e que o problema econômico está atrelado à questão racial. Alega que o sistema de cotas da UnB pode agravar o preconceito racial, uma vez que institui a consciência estatal da raça, promove ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gera discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecer a classe média negra.

(...)

Conclui, assim, que as cotas raciais instituídas pela UnB violam o princípio constitucional da proporcionalidade, por ofensa ao subprincípio da adequação, no que concerne à utilização da raça como critério diferenciador de direitos entre indivíduos, uma vez que é a pobreza que impede o acesso ao ensino superior (fl. 74). Sugere que um modelo que levasse em conta a renda em vez da cor da pele seria menos lesivo aos direitos fundamentais e também atingiria a finalida

de pretendida de integrar os negros (fl. 75). (Decisão da ADPF 186, p.1-3)

A ação foi proposta no período de férias do Tribunal e, como estabelecido no art. 13, VIII Regimento Interno do STF e no art. 5º, § 1º da Lei nº 9.882/99, foi apreciado pelo presidente à época Ministro Gilmar Mendes, em 31 de julho de 2009, que indeferiu o pedido de medida cautelar formulado na inicial expondo os seguintes motivos:

Embora a importância dos temas em debate mereça a apreciação célere desta Suprema Corte, neste momento não há urgência a justificar a concessão da medida liminar.

O sistema de cotas raciais da UnB tem sido adotado desde o vestibular de 2004, renovando-se a cada semestre. A interposição da presente arguição ocorreu após a divulgação do resultado final do vestibular 2/2009, quando já encerrados os trabalhos da comissão avaliadora do sistema de cotas.

Assim, por ora, não vislumbro qualquer razão para a medida cautelar de suspensão do registro (matrícula) dos alunos que foram aprovados no último vestibular da UnB ou para qualquer interferência no andamento dos trabalhos na universidade. Com essas breves considerações sobre o tema, indefiro o pedido de medida cautelar, ad referendum do Plenário (ADPF 186).

O Ministro explicou que o objeto da ação é um dos temas mais complexos das sociedades contemporâneas pois envolve a reflexão sobre os princípios basilares das sociedades contemporâneas, quais sejam: igualdade e liberdade. Na fundamentação de sua decisão, o Ministro dialogou com os trabalhos de Robert Alexy e Peter Häberle sobre os princípios fundamentais. O Ministro Gilmar Mendes destacou a importância de repensar os princípios da igualdade e liberdade relacionados ao princípio da fraternidade, vejamos:

No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade. Vivemos, atualmente, as consequências dos acontecimentos do dia 11 de setembro de 2001 e sabemos muito bem o que significam os fundamentalismos de todo tipo para os pilares da liberdade e igualdade. Fazemos parte de sociedades multiculturais e complexas e tentamos ainda compreender a real dimensão das manifestações racistas, segregacionistas e nacionalistas, que representam graves ameaças à liberdade e à igualdade. Nesse contexto, a tolerância nas sociedades multiculturais é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e igualdade. Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as

diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiossincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias (ADPF 186).

O Ministro dissertou sobre o princípio da igualdade, explicando que “o mandamento constitucional de reconhecimento e proteção igual das diferenças impõe um tratamento desigual por parte da lei. O paradoxo da igualdade, portanto, suscita problemas dos mais complexos para o exame da constitucionalidade das ações afirmativas em sociedades plurais.” (ADPF 186)

Cabe destacar que o mesmo recorreu aos escritos de Caio Prado Junior, Gilberto Freire, Florestan Fernandes e Fernando Henrique Cardoso dentre outros para analisar a questão da desigualdade social e racial a partir de uma abordagem sociológica e histórica. Demonstrando a importância da interdisciplinariedade na compreensão da sociedade brasileira e, portanto, para o processo de interpretação judicial. Percebemos um olhar diferenciado do referido ministro em seu voto, daquele defendido pelo Ministro Cesar Peluso na ADI 3239.

Posteriormente, a ação foi distribuída sendo designado como relator o Ministro Ricardo Lewandovsk. No curso da ação foram feitos vários pedidos de *amicus curiae*, entretanto, alguns desses pedidos não foram deferidos.

Convém destacar que diferente do procedimento adotado na ADI 3239 relativo aos pedidos de realização de audiência pública, na ADPF 186 o ministro relator entendeu pela relevância do tema convocar audiência pública com a finalidade de “ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de políticas de ação afirmativa no ensino superior”, assim como possibilitado pelo artigo 21, inciso XVII do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, o DEM questionou o despacho convocatório de habilitação dos participantes da audiência entendendo que não estava sendo garantida a igualdade de participantes favoráveis e contrários as cotas raciais. O Ministro relator indeferiu o pedido de reconsideração dos habilitados explicando que:

A preservação da isonomia tem pautado a história desta Corte Constitucional. Fundado neste princípio constitucional organizei audiência pública para ouvir as diferentes perspectivas conformadoras da sociedade brasileira sobre a utilização do critério étnico-racial na seleção de candidatos para o ingresso no ensino superior (ADPF 186).

Neste sentido, explicou o relator que a audiência seria realizada em três dias divididos da seguinte forma:

(i) Instituições estatais responsáveis pela regulação e organização das políticas nacionais de educação e de combate à discriminação étnica e racial (Ministério da Educação, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Secretaria Nacional de Direitos Humanos, Fundação Nacional do Índio e Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal), bem como pela instituição responsável por mensurar os resultados dessas políticas públicas (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA.

(ii) Partes relacionadas aos processos selecionados para a audiência pública. (...) Início do contraditório entre os defensores da tese de constitucionalidade e os defensores da tese de inconstitucionalidade das políticas de reserva de vaga como ação afirmativa de acesso ao ensino superior (5 defensores para cada uma das teses). Nessa data, os defensores da tese de inconstitucionalidade das políticas de reserva de vagas iniciarão o contraditório e serão seguidos pelos defensores da tese contrária. (...) apresentação das experiências das universidades públicas na aplicação das políticas de reserva de vagas como ação afirmativa para acesso ao ensino superior. Após essas entidades, a Associação dos Juizes Federais exporá como tem julgado os conflitos decorrentes da aplicação dessas medidas (ADPF 186).

A ADPF 186 foi julgada improcedente sendo declarado pelo STF a constitucionalidade da política de cotas da UnB. No voto do relator é possível perceber a importância de elementos levantados na audiência pública para a formação do convencimento judicial.

Nesse bojo, em 2012, foi aprovada no Congresso Nacional a Lei que estabeleceu a política de cotas raciais em todas universidades e institutos federais de educação.

5. Considerações finais.

O artigo analisou a atuação do STF nas ações do controle de constitucionalidade relativas a políticas de ações afirmativas para negros no Brasil (cotas raciais no ensino superior e titulação de territórios quilombolas). Teve como principal objetivo verificar a abertura, ou não, da Corte nesses julgamentos por meio do deferimento de pedidos de *amicus curiae* e da convocação de audiências públicas.

Como analisado, no caso da ADPF 186 o STF entendeu por realizar audiência pública, entretanto, não foram deferidos alguns pedidos de *amicus curiae*. Por outro lado, na ADI 3239 alguns *amicus curiae* foram deferidos mas, por outro lado apesar de vários pedidos formulados para que fosse convocada audiência pública o Ministro Relator entendeu pela falta de necessidade de convocação da mesma.

Os casos analisados chamaram a atenção para a discricionariedade dos Ministros do STF na convocação das referidas audiências públicas. Henrique Pinto e André Rosilho da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) discutiram no âmbito do Observatório do STF o papel das audiências públicas na Corte e problematizaram o assunto da seguinte forma:

Trata-se da ampla discricionariedade concedida aos ministros do STF, tanto pelas normas legais quanto pelas regimentais, para convocar a audiência pública. Há um largo espaço de conformação para a convocação de uma audiência pública. As normas condicionam o uso deste instrumento às hipóteses de “necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato”, de “notória insuficiência das informações existentes nos autos”, e de o ministro relator “entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal”. Por isto, cabe indagar: o que justifica a convocação de uma audiência pública? Quais são os motivos que podem levar à convocação? Quando se justifica a convocação de uma audiência?

Tais perguntas estão ligadas a uma questão maior: qual é a função das audiências públicas do STF? Com ela quer-se apontar para o problema do papel que as audiências do STF cumprem, dentre as muitas outras atribuições e ferramentas deste tribunal. É preciso descobrir o espaço deste instrumento na jurisdição constitucional. As normas existentes e a experiência recente do STF na realização das audiências não permitem a afirmação de uma conclusão inequívoca sobre a função do instrumento.

(...) A audiência pública insere-se neste debate, ainda que de forma indireta. Isto porque é possível compreendê-la como um mecanismo capaz de agregar legitimidade democrática às decisões do STF,

atenuando seu caráter contra-majoritário. Seria, portanto, uma maneira de aproximar a população da Corte Suprema, ou seja, de torná-la mais permeável à vontade popular. Os Ministros Gilmar Mendes e Carlos Britto, por exemplo, manifestaram-se neste sentido quando da primeira audiência pública realizada no STF. Em síntese, alegavam que a audiência teria a função de demonstrar que a Corte, tal qual o parlamento, também tem vocação para ser uma “Casa do Povo”.

Por outro lado, é possível compreender a audiência pública como um instrumento de aprimoramento técnico das decisões tomadas por uma corte constitucional. As normas legais parecem ter partido desta inspiração, ao prever as audiências para as situações nas quais fosse necessário esclarecer matéria ou circunstância de fato, ou ainda quando fossem claramente insuficientes as informações dos autos. Neste sentido, as audiências teriam o objetivo de trazer elementos técnicos para o debate constitucional, que colaboram para a adequada compreensão de temas complexos. A Ministra Ellen Gracie, ao proferir o discurso de abertura da primeira audiência pública do STF, enfatizou esta perspectiva, afirmando que o STF, naquela ocasião, abria suas portas para a comunidade científica. Portanto, quando as audiências públicas são compreendidas desta forma, a justificativa para o seu uso desloca-se do ganho de legitimidade democrática para o incremento de legitimidade técnica da atividade de controle constitucional. (PINTO e ROSILHO, 2009).

Nesse sentido, o título da dissertação de Carolina Alves Vestena: “Participação ou Formalismo? O Impacto das Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal”, é provocador no que diz respeito à efetiva possibilidade de abertura de diálogo entre os Tribunais Superiores e a sociedade por meio do instrumental das audiências públicas, como sugere constitucionalistas como Peter Haberle. A autora aponta uma “evidente impossibilidade estrutural de que procedimentos de caráter formal, internos à cúpula do Judiciário, possam romper a lógica de reprodução das posições de poder no interior da formação social capitalista” (VESTENA, 2010).

Ainda assim, Vestena destaca a importância da defesa e realização, ao menos no plano formal, das audiências públicas, bem como sua “roupagem” democrática, na medida em que contribui para a legitimidade do Poder Judiciário, como espaço de composição dos conflitos sociais perante a sociedade:

Mesmo que sejam discursivamente defendidas como democráticas, as audiências públicas judiciais não ultrapassam a barreira da reprodução do formalismo intrínseco à atuação dos tribunais; pelo contrário, reproduzem-no com uma roupagem mais sofisticada. Com esses mecanismos, fica assegurada a manutenção das formas de controle e reprodução ampliada do capitalismo, que

alcançam altos níveis de legitimidade por meio de práticas que pretensamente democratizam as instituições através da participação. Nesse contexto, a contra-leitura da democratização aqui desenvolvida explicita as reais relações de poder que moldam o corpo social, sob formação de falsos consensos e de participação em seu interior (VESTENA, 2010).

6. Bibliografia

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. Os quilombos e as novas etnias: é necessário que nos libertamos da definição arqueológica. In: LEITÃO, Sérgio (Org.). Direitos territoriais das comunidades negras rurais. Documentos do ISA, n° 5. 1999.

ARRUTI, José Maurício. Mocambo: antropologia e história no processo de formação quilombola. Bauru: Edusc, 2006.

BRASIL. Decreto 4887 de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acessado em 20 de outubro

BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. 10 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

Comissão Pró Índio de São Paulo. Comunidades Quilombolas. Disponível em: < http://www.cpisp.org.br/comunidades/html/oque/home_oque.html>. Acessado em 15 de agosto de 2009.

FIGUEIREDO, André Luiz Videira. O “Caminho Quilombola”: Interpretação constitucional e reconhecimento de direitos étnicos. Rio de Janeiro: IUPERJ. Tese, 2009.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 63, Outubro 2002: 7-20.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

O' DWYER, Eliane Cantarino (org.). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV (2002).

PINTO, Henrique Motta, ROSILHO, André Janjácómo. Qual é a função das audiências públicas do STF: a legitimidade democrática ou a legitimidade técnica? Disponível em http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=16, publicado em 13 de abril de 2009 e acessado em 20 de novembro de 2011.

PIRES, Thula Rafaela. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os não reconhecidos. PUC- Rio. Tese de Doutorado. 2013 (Ponto 3.3. O negro na constituinte de 1987-1988, p. 107-131)

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez Editora, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Sociologia dos Tribunais e a democratização da Justiça, In: *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 9ª edição. São Paulo: Editora Cortez, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João. FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*, 2ª edição. Porto: Edições Aforamento, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma crítica pós-moderna ao direito. In: *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, 5ª edição. São Paulo: Editora Cortez, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A contra-revolução jurídica*, 2009. Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=4493

SANTOS, Sales Augusto (org.). *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

SARMENTO, Daniel Antonio. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Parecer de 09 de outubro de 2006. Disponível em: <www.cpisp.org.br/.../AGarantiadoDireitoaPosse_DanielSarmiento.pdf>. Acessado em 20 de outubro de 2010.

SORJ, Bernardo. Juridicidad, política y sociedade. In: *Poshistoria* 5, 2001.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo de. Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e Direito*, 2ª edição atualizada. São Paulo: Pioneira Thompson, 2002, p. 255-263.

VESTENA, Carolina Alves. Participação ou Formalismo? O Impacto das Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Dissertação. Fundação Getúlio Vargas, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck (org). *A judicialização da política e das relações sociais no brasil*. Rio de Janeiro: editora Renavan, 1999.