

Yasmine Mafulde

Direito e Narrativa: Uma análise dos discursos raciais em decisões judiciais ¹**Law and Narrative: An analysis of racial discourses in judicial decisions**

Palavras Chave

Roland Barthes
Teoria Crítica
Direito
Narrativa
Raça.

No presente artigo será trabalhado o conceito de narrativa à luz da teoria do autor Roland Barthes, que serviu de base para que autores da teoria crítica do direito criassem novos modos de interpretação de textos jurídicos de forma a dissolver o sujeito neutro e universal: o homem branco heterossexual. Para fins práticos analisaremos duas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, para ilustrar como a ideia de raça foi sendo construída historicamente nas decisões judiciais e de que maneiras o judiciário utilizou-se do discurso da universalidade, da neutralidade e da imparcialidade para perpetuar a dominação racial.

K e y w o r d s

Roland Barthes
Critical Theory
Law
Narrative
Race.

The present paper will work on the concept of narrative given by Roland Barthes's theory, which was an important basis for authors of the critical theory of law to create new methods of interpreting judicial texts in a way of dissolving the neutral and universal subject: the white heterosexual man. For practical reasons we will analyze two U.S. Supreme Court decisions to illustrate how the idea of race has been constructed historically in judicial rulings and in which ways the judiciary has been using the discourse of universality, neutrality and impartiality to perpetuate the racial domination.

Universidade Presbiteriana
Mackenzie

CONCEITO DE NARRATIVA

Segundo Roland Barthes (2001, p. 19), a narrativa é algo que sempre se fez presente em todas as sociedades, sendo criada de diferentes maneiras, seja por uso da linguagem articulada, de imagens, de gestos e movimentos ou todas as opções simultaneamente. A narrativa, portanto, é um fenômeno universal e constante, que é, ao mesmo tempo, produzida de incontáveis formas diferentes. Seria impossível, por conseguinte, conceituar o fenômeno da narrativa por meio do método indutivo, que levaria em consideração todas as narrativas particulares, uma vez que todos os seres humanos narram o tempo todo, de variadas maneiras.

O autor em questão, através do método dedutivo, portanto, cria sua teoria no sentido de que a narrativa é o processo de relatar e articular fatos, não de maneira aleatória, mas sim a partir de uma lógica específica. Ao narrar, portanto, o indivíduo atribui sentido a acontecimentos a partir do valor cultural que esses acontecimentos têm para ele. Por esse motivo, a narrativa é uma espécie de produção cultural, uma atividade axiológica, em que os seres humanos – reitero – atribuem sentido aos fatos da vida. Neste mesmo diapasão, explica o autor Adilson Moreira:

Segundo Roland Barthes, a ideia de narrativa refere-se às várias formas a partir das quais alguém comunica um relato coerente de eventos e personagens de acordo com um processo seletivo que os organizam em uma ordem temporal. Nesse sentido, a ideia de narrativa remete para as várias maneiras a partir das quais as culturas humanas produzem e transmitem significados sociais (2017, p. 11).

Roland Barthes ainda em seu texto introdutório ao tema, defende que a narrativa possui uma língua própria, que não é *“mais do que um dos idiomas oferecidos à linguística do discurso”* (2001, p. 24). Em outras palavras, o autor estabelece uma relação homológica entre a frase – que é objeto de estudo da linguística – e o discurso. A frase não é apenas a somatória das palavras que a constitui, mas sim uma *“unidade original”*, um *“enunciado”*. Da mesma forma, o discurso não é apenas uma sucessão de frases, mas sim uma grande *“frase”* que deve ser

Yasmine Mafulde

Direito e Narrativa: Uma análise dos discursos raciais em decisões judiciais

¹ Este artigo se originou do Trabalho de Conclusão de Curso, cuja banca avaliadora atribuiu nota 10. Ele também foi indicado ao Prêmio de Melhor TCC da Universidade Presbiteriana Mackenzie, sendo orientado pelo Profº. Adilson Moreira.

sujeita à análise de uma segunda linguística, que ele chamará de a “nova linguística do discurso” (que substituiria inclusive os estudos da retórica). Nesse sentido:

(...) estruturalmente, a narrativa participa da frase, sem poder jamais se reduzir a uma soma de frases: a narrativa é uma grande frase, como toda frase constativa de uma certa maneira o esboço de uma pequena narrativa. (...) A homologia que se sugere aqui não tem apenas um valor heurístico: implica uma identidade entre a linguagem e a literatura (enquanto esta for uma espécie de veículo privilegiado da narrativa): (...) a linguagem não cessa de acompanhar o discurso estendendo-lhe o espelho de sua própria estrutura (IBIDEM).

Desta forma, a última instância de análise da narrativa é a sua dimensão discursiva. O discurso é o núcleo indivisível da narrativa. Em outras palavras, ela é traduzível e resumível sem que se perca esse seu núcleo fundamental que é a sua mensagem principal. Entende-se, portanto, que assim como a análise linguística para na frase, a análise da narrativa para no discurso. Cada narrativa, portanto, é uma unidade específica, com suas próprias regras implícitas e sua própria lógica. Dessa maneira, até o tempo da narrativa não é o mesmo que o tempo real, sendo, na verdade, um tempo lógico que liga os acontecimentos da sequência.

Nessa mesma esteira, Barthes vai diferenciar narrador de autor derrubando em seu texto as concepções clássicas de que o doador da narrativa seria uma pessoa real e viva. Em sentido contrário, ele defende que “*narrador e personagens são essencialmente ‘seres de papel’*”, e que “*quem fala (na narrativa) não é quem escreve (na vida) e quem escreve não é quem é*” (Barthes, 2001, p. 50). Dessa forma, não se confunde o autor com o narrador, pois este último é imanente à narrativa. O narrador e o próprio texto, portanto, encerram-se em si mesmos:

A narração não pode com efeito receber sua significação do mundo que a usa, acima do nível narracional, começa o mundo, isto é, outros sistemas (sociais, econômicos, ideológicos), cujos termos não são mais apenas as narrati-

vas, mas elementos de uma outra substância (fatos históricos, determinações, comportamentos, etc.). (...) Pode-se dizer (...) que toda narrativa é tributária de uma "situação de narrativa", conjunto de protocolos segundo os quais a narrativa é consumida (OP. CIT, p. 54).

Yasmine Mafulde

Direito e Narrativa: Uma análise dos discursos raciais em decisões judiciais

A ideia de colocar a narrativa como imanente a ela mesma, a ponto de "matar" o autor, é interessante no sentido de destruir a ideia de verdade e de realismo.

DIREITO, NARRATIVA E IDEOLOGIA

Visto que as sociedades são marcadas por divisões sociais e relações hierárquicas de poder, a narrativa é também um instrumento de legitimação e produção ideológica. No item anterior, quando foi dito que o núcleo indivisível da narrativa é o discurso, pretendeu-se dizer que ela utiliza uma série de premissas para sustentar uma ideologia. Os acontecimentos ou fatos são articulados de maneira a dar sustento a uma mensagem ou ideia específica. O autor Thomas Ross (Cf. 1989) irá nos destacar o exemplo das narrativas com discurso moralizante tão presentes em nossa cultura. Diz o autor que é praticamente inevitável o contato com esse tipo de narrativa, pois o discurso moralizante está presente nos mitos, nas narrativas religiosas, nas fábulas e até mesmos nas narrativas que adultos criam para educar crianças sobre fatos simples do cotidiano:

A experiência da narrativa como um discurso moralizante é uma recorrente e difundida, se não inescapável, parte de nossa experiência cultural. Cada cultura tem seus mitos. Cada religião tem suas narrativas centrais. (...) Quando eu procuro me definir, eu conto histórias. E nas minhas histórias, eu revelo meu senso sobre a minha luta para dizer algo e para ser alguém e, ao mesmo tempo, para observar a crueldade e humilhação que causamos aos outros. Tudo isso é o paradigma do discurso moralizante (ROSS, 1989, p. 384. Trad. nossa).²

² *"The experience of narrative as moralizing discourse is a recurrent and pervasive, if not inescapable, part of our cultural experience. Each culture has its myths. (...) When I seek to define myself, I tell stories. And in my stories, I reveal my sense of my struggle to say something and to be someone and, at the same time, to attend to the cruelty and humiliation that we inflict on others. All of this is the paradigm of moralizing discourse."*

Ainda segundo Ross, o direito também produz narrativas com discursos moralizantes a todo tempo. As

³ *“Judicial opinions are generally well-controlled pieces of apparently rational discourse. Even in dissent, judges ultimately seem to take on the sense of detachment and cool rationality that is part of the ascribed cultural role of judges. (...) Every judicial opinion is connected to violence. If reading opinions as narratives obscures that point, it is a pernicious endeavor. I hope instead to read opinions as narratives as a way of illuminating the idea of law as composed essentially of choices made for and against people, and imposed through violence”.*

articulações de fatos e decisões judiciais, assim como a de peças de defesa e acusação, justificam-se a partir de ideias de bem e mal e de outras premissas morais. O direito, nesse sentido, busca o tempo todo dizer o que é certo ou errado, verdadeiro ou falso. Autores da teoria crítica do direito como Ross irão adotar a ideia de que o direito é produtor de narrativas culturais e, portanto, produtor de discursos e ideologias. A afirmação de que decisões judiciais – entre outros textos jurídicos – são narrativas é de veras polêmica. Tal afirmação causa um inicial incômodo, pois confronta a tradição jurídica formalista, que pensa o direito a partir da adoção de orientações epistemológicas constituídas pelas ideias de transparência, neutralidade e imparcialidade. Nesse mesmo sentido, pensa-se o direito como algo pautado na razão universal:

Decisões judiciais são geralmente peças aparentemente contendo um discurso controlado e racional. Mesmo em divergência, juízes fundamentalmente parecem adotar um distanciamento e uma fria racionalidade que faz parte do papel cultural atribuído a eles. (...) Toda decisão judicial está conectada à violência. Se ler decisões como narrativas obscurecer esse ponto, será um esforço danoso. Eu desejo, ao contrário, ler decisões como narrativas como uma maneira de iluminar a ideia de que o direito é composto essencialmente de escolhas feitas para e contra pessoas, e impostas através de violência (IBIDEM. Trad. nossa).³

Ao ler decisões judiciais como narrativas, os autores da teoria crítica confrontam as ideias de verdade e neutralidade implícitas nos textos jurídicos. Enxergar uma decisão judicial como portadora de características de narrativa – como uma “estória” – implica em ver a sua construção como um processo subjetivo e, por conseguinte, não-neutro, pois uma história pode ser contada de diferentes maneiras a depender do narrador:

A ideia de narrativizar é de expor e, portanto, sujeitar-se a debater os valores escondidos pela forma aparentemente não-narrativa das peças escritas em estilo acadêmico tradicional. (...) Antifundacionalistas

defendem que argumentos, legais ou outros, não são feitos no vácuo, mas são construídos dentro de um contexto de inúmeros fatores: crenças políticas, valores morais e princípios filosóficos. (...) Como observado acima, isso não significa que não há verdade ou fatos, ou mesmo que a objetividade não possa ser vista como um ideal. Significa, no entanto, que nosso conhecimento dos fatos ou da verdade está sempre filtrado de alguma maneira (BARRON; EPSTEIN, 1997, p. 173. Trad. nossa).⁴

Desta maneira, como diz o autor acima citado, o objetivo principal não é negar completamente a existência dos fatos ou abolir a ideia de que devemos buscar pela objetividade e imparcialidade do direito nas decisões judiciais. É importante, no entanto, que possamos enxergar que, na prática, é impossível decidir de maneira completamente neutra. Assim podemos identificar quando o discurso da neutralidade é utilizado de maneira falaciosa para perpetuar a dominação social de grupos historicamente oprimidos. A análise dos textos jurídicos através das teorias literárias, por conseguinte, propõe identificar o discurso por trás das decisões e demonstrar o caráter ideológico do direito. Mesmo as decisões com os mais abstratos dos pressupostos são ideológicas. Os magistrados fazem uma série de escolhas para construir os textos das decisões: utilizar abstrações e regras gerais; ignorar particularidades de um caso concreto; ser omissos ou não a fatos históricos e sociais, entre outras opções. Por conseguinte, é possível dizer que o direito produz narrativas, uma vez que relata fatos da vida de forma não aleatória e atribui sentido e valor a eles através do discurso. No subitem a seguir, veremos como as narrativas jurídicas operam no âmbito da questão racial, demonstrando este ponto defendido pela escola da teoria crítica.

DIREITO, NARRATIVA E A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO RACISMO

Um grande exemplo de manifestação do direito como um instrumento ideológico está no âmbito das questões raciais. Ele cria e reproduz narrativas e, portanto, discursos que podem legitimar ou não a preservação do racismo na sociedade. Lendo decisões judiciais

Yasmine Mafulde

Direito e Narrativa: Uma análise dos discursos raciais em decisões judiciais

⁴ *"The point of narrativizing is to expose and thereby subject to debate the values hidden by the apparently nonnarrative format of pieces written in traditional "academic" styles. (...). Antifoundationalists hold that arguments, legal or other, are not made in a vacuum, but are constructed within a context of many factors: political beliefs, moral values and philosophical principles.(...) As noted above, this does not mean that there is no such things as truth or facts, or even that objectivity cannot be seen as an ideal. It does mean, however, that our knowledge of facts or truth is always in some way filtered"*.

⁵ Tradução que se adotou neste trabalho para o termo *mixed race*, que é utilizado nos Estados Unidos para denominar pessoas que não são geneticamente totalmente caucasianas.

a partir das propostas de análise da teoria crítica racial do direito, podemos identificar como as ideias de raça e racismo foram sendo construídas no direito e como esse serviu de instrumento de criação, reprodução e preservação da desigualdade racial. No presente item serão analisadas duas decisões paradigmáticas da Suprema Corte dos Estados Unidos a respeito de questões raciais.

Plessy V. Ferguson (1896)

O primeiro caso a ser estudado é o *Plessy v. Ferguson*, de 1896, que se trata de um caso a respeito de uma lei promulgada no estado de Louisiana, sul dos Estados Unidos, em 1890, que determinava que companhias ferroviárias providenciassem acomodações separadas para pessoas brancas e negras, devendo as pessoas ocuparem os vagões reservados a suas respectivas cores/raças, sob pena de multa ou prisão. Homer Plessy, um homem mestiço⁵ que dizia possuir sete oitavos de sangue caucasiano e um oitavo de sangue africano, comprou uma passagem de primeira classe em um vagão para brancos, sendo preso por violar a mencionada legislação de Louisiana. Plessy, então, ajuizou uma petição perante a Suprema Corte alegando que a lei em questão violava as 13^a e 14^a emendas da Constituição norte-americana.

A 13^a emenda, que foi aprovada em 1865, diz respeito à abolição da escravidão nos Estados Unidos. Durante a Guerra Civil, o presidente Abraham Lincoln viu na emancipação total dos escravos e servos involuntários uma oportunidade de obter mais popularidade, tendo em vista a crescente pressão nacional e internacional dos abolicionistas, assim como a possibilidade de agilizar o fim da guerra (Karnal, 2017, p. 134). Dessa forma, foi proclamada a Lei de Emancipação dos escravos em 1863, e apenas em 1865 a 13^a emenda constitucional foi promulgada, sendo a primeira das três emendas do período posterior ao fim da Guerra de Secessão, que é chamado de Reconstrução. Um ano depois, o partido Republicano, pensando na possibilidade de aumento de representação com a emancipação dos negros, consegue aprovar a 14^a emenda à Constituição, em 1866, cuja primeira seção estabeleceu que todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos são cidadãos estadunidenses, não podendo nenhum estado legislar no sentido de privá-los do direito à vida, à liberdade, à

propriedade e ao devido processo legal, nem negar igual proteção legal (USA, 1787).

Segundo Leandro Karnal (Ibidem), os congressistas republicanos, apesar de terem aprovado a emenda que concedia formalmente direitos básicos iguais a todos enquanto cidadãos, não pensavam que negros e brancos fossem iguais. O que predominava, segundo o autor, era um grande paradoxo em que se aboliu a escravidão ao mesmo tempo em que se pensava em uma suposta inferioridade natural da “raça negra”.

O voto vencido do Juiz Harlan concordou com o pedido do autor Plessy, pois, segundo sua interpretação da Constituição, a separação arbitrária de pessoas por critério apenas racial é incompatível com os princípios de liberdade e igualdade civil pregados pelo texto constitucional. Fazendo uma interpretação finalística das duas emendas, Harlan entendeu que a 13ª emenda, além de ter abolido a escravidão, tem como finalidade prevenir quaisquer atos ou imposições que reproduzam o *status* de escravidão ou servitude, ainda que simbolicamente, estabelecendo liberdade universal nos Estados Unidos. A 14ª emenda, por conseguinte, ampliou a proteção da 13ª ao assegurar direitos civis como liberdade e cidadania a todos aqueles nascidos ou naturalizados no país. Dessa maneira, a segregação racial em vagões de trem e outros espaços públicos seria uma discriminação irrazoável que não é justificável por meios legais.

O magistrado ainda entendeu que a ideia de que a lei de Louisiana seria aplicável igualmente a pessoas brancas e negras era falaciosa, pois o objetivo de tal ato legal não é proibir que brancos ocupem os espaços dos negros tanto quanto é proibir os negros de ocuparem os mesmos espaços que brancos. Ainda que socialmente existisse a desigualdade e o pensamento de que a raça negra era inferior, Harlan afirma que a Constituição não poderia ser utilizada para reforçar esse quadro, pois seu texto é cego à cor da pele e estabelece o ideal de liberdade e igualdade para todos os cidadãos americanos.

O voto vencedor escrito pelo Juiz Brown, no entanto, utiliza uma interpretação mais literal do texto constitucional, conseguindo justificar a suposta não-violação da lei de Louisiana à Constituição. Ele argumenta que a lei não confrontaria a 13ª emenda, pois esta diria respeito apenas à abolição da escravidão e da servidão involuntária.

Yasmine Mafulde

Direito e Narrativa: Uma análise dos discursos raciais em decisões judiciais

⁶ *"(...) the Supreme Court decided against Plessy, proclaiming "separate but equal" facilities constitutional and upholding Louisiana's law. As important as the ruling was the Court's reasoning: its insistence that racial differences lay outside the law, beyond and before any act of human agency. The law, the Court decided, could only reflect the sense of racial difference that was a part of human nature itself. (...) Reform-minded whites across the nation saw their own fantasies about blackness as biological realities and found no difficulty in justifying their sense of superiority racially and, especially in the South, encoding their racial essentialism in local and state law".*

Universidade Presbiteriana
Mackenzie

ria em suas concretudes. Ou seja, a 13ª emenda apenas serviria para proibir a posse legal de um ser humano por outro, cumulado com a ausência de direito do escravizado de dispor de sua própria pessoa, de sua propriedade e de serviços. Por o caso em questão não se tratar literalmente de uma situação de escravidão, foi descartada, portanto, a tese de que a lei violaria a 13ª emenda. Com relação à 14ª emenda, o magistrado determinou que também não havia violação porque apenas foi feita uma distinção entre as raças, não afetando a igualdade de condições entre as duas, nem restabelecendo o estado de servidão involuntária. É o tão conhecido princípio do "separado, mas igual" do sistema de segregação racial norte-americano.

Além disso, o magistrado também evoca o argumento de que o objetivo do direito é o de manter ordem e a paz social, o que torna a lei de Louisiana razoável, na medida em que existe a desigualdade social entre raças devido à não-afinidade entre elas. Disse em seu voto que a "inferioridade" racial dos negros não existia civilmente ou politicamente – ou seja, na esfera legal –, mas que existia socialmente, não podendo o direito fazer nada a respeito para mudar esse quadro. A autora Grace Elizabeth Hale comenta sobre tal caso paradigmático, extraíndo da decisão final seu caráter essencialista, uma vez que para Brown e a maioria dos magistrados, as diferenças entre negros e brancos eram naturais e deveriam ser reconhecidas pelo direito:

(...) A Suprema Corte decidiu contra Plessy, proclamando instalações "separadas mas iguais" como constitucionais e defendendo a legislação de Louisiana. Tão importante quanto a decisão foi o raciocínio utilizado pela Corte: sua insistência de que diferenças raciais existem fora do direito, antes e além de qualquer ato de intervenção humana. A lei, a Corte decidiu, poderia apenas refletir o sentido de diferença racial que era parte da natureza humana em si. (...) Brancos de toda nação viram suas próprias fantasias sobre negritude como verdades biológicas, e encontraram nenhuma dificuldade em justificar o seu senso de superioridade racial e, especialmente no Sul, em codificar seu essencialismo racial na legislação local e estadual (HALE, 1998, p. 23. Trad. nossa).⁶

Yasmine Mafulde

Direito e Narrativa: Uma análise dos discursos raciais em decisões judiciais

Os dois votos citados trazem narrativas e, portanto, discursos diferentes. O juiz Brown constrói uma narrativa da raça como essência. Seu discurso leva o leitor a entender que raça é algo puramente biológico e inato. Traz a ideia de que uma raça é inferior à outra e que isso nunca será alterado pelo direito, pois é algo natural. Sendo as raças diferentes naturalmente, não haveria, supostamente, nada de errado ou imoral em o direito reconhecer tais distinções. Ao mesmo tempo em que ele diz que a desigualdade social entre as raças era um fato verdadeiro e imutável, paradoxalmente defende que a separação racial por vagão não implicaria dizer que uma raça era inferior à outra. Utiliza-se de interpretação literal da Constituição para afirmar que a cláusula da igual proteção não estava sendo violada, uma vez que negros e brancos continuariam possuindo os mesmos direitos civis e políticos com a segregação racial. Já o juiz Harlan, utiliza-se de outros recursos para construir sua decisão. Seu discurso será construído com o uso de princípios, o que torna sua interpretação da Constituição finalística, ao invés de literal. Sua narrativa é a da *"colorblindness"*, ou seja, do direito cego à cor dos indivíduos. Também trará em seu discurso a ideia de que não pode existir igualdade sem haver simetria no tratamento dos indivíduos.

City of Richmond vs J. A. Croson CO (1989)

O segundo caso que analisaremos ocorreu quase cem anos após o famoso *Plessy v. Ferguson*, e traz consigo novas narrativas que serão analisadas. A cidade de Richmond, capital do estado de Virgínia, adotou um plano denominado *Minority Business Utilization Plan*, que determinava que as construtoras contratadas pela cidade para executar obras deveriam subcontratar as chamadas "empresas minoritárias" para executar pelo menos 30% do valor do contrato, em dólares. As empresas "minoritárias" – *minority business enterprise* em inglês – seriam aquelas caracterizadas pelo controle de pelo menos 51% do capital da empresa por cidadãos estadunidenses que pertencem a algum grupo racial minoritário (no sentido qualitativo da palavra), como negros, hispânicos, asiáticos, indígenas entre outros.

Visto isso, a empresa *J. A. Croson Company* ajuizou uma ação perante a Suprema Corte alegando que o plano adotado pela cidade violaria a 14ª Emenda da Cons-

tituição que, como já explicado, estabelece o princípio da igual proteção. O voto majoritário foi da Juíza Sandra O'Connor, favorável a demanda da *J. A. Croson Company* e, portanto, contra o plano adotado pela cidade de Richmond. Além dele, destacam-se o voto concorrente do Juiz Scalia e o voto dissidente do Juiz Marshall. Analisaremos a seguir os três votos, que possuem linhas de argumentação bem diferentes. O voto vencedor e majoritário da Juíza O'Connor é o mais burocrático e tecnicista entre os três. Uma das principais preocupações em seu voto é discutir se a cidade de Richmond teria a competência legislativa para criar leis de ações afirmativas.

Na parte II do voto, concluiu a magistrada que é possível a promulgação de leis para a reparação dos danos coletivos causados por discriminação, mediante comprovação da existência de discriminação na indústria local da cidade de Richmond, conforme os requisitos da 14ª Emenda da Constituição estadunidense. A competência legislativa, portanto, estaria limitada àquela jurisdição municipal e dependeria da prova de que a discriminação na área de construção civil existe, e/ou que a cidade de Richmond tem tido culpa, ainda que por omissão, na perpetuação de um sistema de exclusão racial neste setor específico.

Na parte III(a), discutiu-se se a legislação em questão passaria pelo filtro mais rigoroso de controle de constitucionalidade. A magistrada requereu que fosse demonstrado que o baixo número de pessoas não-brancas integrando os quadros societários das empresas de construção civil seria uma consequência direta de discriminação racial no passado. Assim, a cidade de Richmond estaria promovendo uma reparação legislativa por um motivo importante suficiente, utilizando-se de um critério racial de maneira legítima. Também foi justificada a necessidade de utilização deste filtro mais rígido pelos fatos de que pessoas negras são 50% da população da cidade e de que ocupam 5 cadeiras de 9 do Conselho Municipal de Richmond, constituindo, por conseguinte, maioria política (no sentido quantitativo da palavra). No subitem III (b), O'Connor afirma de que não foi comprovado o passado de discriminação que teria dado causa à pouca representatividade de minorias raciais na indústria de construção civil. O fato de que a cidade de Richmond possui aproximadamente 50% da sua população negra, ao mesmo tempo que apenas que menos de 1% dos contratos de execução de obra foram dados a "em-

presas minoritárias”, não se mostrou suficiente para a magistrada, que considerou a comparação equivocada.

No subitem IV, a magistrada afirma que uma ação afirmativa que leva em conta critério racial não seria a única e exclusiva maneira de resolver o problema em questão, existindo alternativas legislativas que são neutras racialmente. Na visão dela, cotas raciais não são necessárias neste caso, devendo a cidade de Richmond resolver caso a caso quando houver comprovada discriminação racial.

O Juiz Scalia, por sua vez, irá discordar com O’Connor apenas na questão da validade das ações afirmativas. Enquanto a magistrada acredita ser às vezes cabível a adoção de ações afirmativas para reparar danos causados pela discriminação racial, localmente e nacionalmente, Scalia acredita que não é constitucional legislar utilizando critérios raciais, independente do motivo. Ele argumenta que discriminação racial é ilegal, imoral e incompatível com a democracia. Para sustentar essa ideia, ele cita uma passagem do voto do Juiz Harlan no caso *Plessy v. Ferguson* que diz que a Constituição estadunidense não vê cor, devendo ser aplicada igualmente a pessoas de todas as cores. Isto implica dizer que deve haver uma simetria de tratamento para com todas as raças. Desta forma, discriminar em favor dos negros seria simetricamente inconstitucional e imoral a discriminar em favor dos brancos. Outro argumento é de que não só negros sofreram discriminação, mas que hispânicos e chineses, por exemplo, também. Nesse sentido, escreve o magistrado que *“a proposta relevante não é de que negros, judeus ou irlandeses que foram alvo de discriminação, mas que indivíduos, – homens e mulheres – “criados igualmente,” que foram discriminados”* (USA, 1989. Trad. nossa).⁷

Segundo Ross em seu artigo *“The Richmond Narratives”* (1989, p. 404), o magistrado Scalia ao falar que a questão da discriminação não é sobre negros, judeus ou irlandeses terem sido vítimas dela, mas sim que indivíduos “criados igualmente” a sofreram, apaga o fator racial da questão, igualando o racismo contra a população negra a outras opressões e preconceitos como intolerância religiosa e xenofobia. Ele apaga não só o sujeito passivo do racismo, como também o sujeito ativo – os brancos. Desta forma, Scalia aponta o perigo de o grupo politicamente dominante determinar a adoção de uma ação

Yasmine Mafulde

Direito e Narrativa: Uma análise dos discursos raciais em decisões judiciais

⁷ *“the relevant proposition is not that it was blacks, or Jews, or Irish who were discriminated against, but that it was individual men and women, ‘created equal,’ who were discriminated against.”.*

afirmativa. Neste caso, ele está se referindo aos próprios negros que ocupavam mais da metade dos assentos do Conselho Municipal da cidade de Richmond. Para Scalia, a discriminação racial imposta pelo plano adotado pela cidade é tão prejudicial, inconstitucional e imoral quanto o regime de segregação racial, objeto do caso *Plessy v. Ferguson* (ROSS, 1989, p. 404).

Finalmente o magistrado Marshall, vai opinar de maneira contrária às posições majoritária e concorrente: para ele, a decisão tomada é um retrocesso na questão de ações afirmativas. A Suprema Corte ignorou a existência de evidência documentada a respeito da discriminação racial no setor de construção civil em âmbito nacional. A cidade de Richmond, segundo Marshall, não é uma exceção a esse padrão nacional reconhecido oficialmente pelo Congresso. Visto que a exclusão racial no setor de construção civil é evidente em razão dos dados estatísticos, o magistrado Marshall prossegue dizendo que o interesse do poder público municipal em erradicar os efeitos do histórico de discriminação racial de Richmond é relevante suficiente para preencher os requisitos de constitucionalidade.

Ainda, para suportar sua argumentação, o juiz Marshall fala sobre o passado recente de discriminação racial em Richmond conhecido e experienciado pelos líderes políticos da cidade. Entre outros casos, o magistrado fala da resistência da cidade em cumprir com a des-segregação racial nas escolas imposta pela decisão do famoso caso *Brown v. Board of Education*, que foi objeto do caso *Bradley v. School Board of Richmond* de 1974. O uso de fatos históricos é um elemento central do voto de Marshall. A ação afirmativa em questão seria justificável pelo passado histórico de discriminação racial e a continuidade dessa prática e de seus efeitos até a atualidade.

As narrativas criadas pelos três magistrados nesse caso são bem distintas. O'Connor se apega a argumentos tecnicistas, utilizando uma interpretação mais restrita da Constituição e dos critérios de controle de constitucionalidade para se opor à adoção da ação afirmativa no setor de construção civil. A princípio, sua posição ideológica quanto a questão das ações afirmativas fica pouco evidente, pois não é totalmente contra a adoção de ações afirmativas, dando uma impressão de neutralidade ao leitor. É a narrativa da neutralidade e da imparcialidade do direito sendo reproduzida.

O'Connor vai além e justifica a necessidade de um rigor interpretativo em relação aos requisitos de controle de constitucionalidade com o fato de que o Conselho Municipal de Richmond é integrado por uma maioria de pessoas negras. Diz ela que deve ser evitado que o caso vire uma questão de "política racial", utilizando o termo de maneira negativa. O autor Ross, nesse mesmo sentido, aponta:

A decisão se baseia mais na ideia de "políticas raciais" para justificar uma concepção quase impraticável de rígido escrutínio. O'Connor não só evoca a ideia de políticas raciais, mas também põe em xeque ou ignora a evidência trazida pelo conselho municipal e o seu julgamento. Ela, desta maneira, parece dizer que não se pode confiar nos membros do conselho municipal pois são pessoas negras votando uma lei de ação afirmativa (ROSS, 1989, p. 395. Trad. nossa).⁸

Ao ler tal argumento na decisão de O'Connor, o leitor consegue extrair a ideia de que raça implica em parcialidade, mas apenas se o sujeito ativo não for branco. O fato de pessoas negras votarem a favor de um projeto de ação afirmativa em benefício de pessoas não-brancas seria motivo de desconfiança, pois não seria uma decisão imparcial. Se o sujeito negro – ou de qualquer outra minoria racial não-branca – é provavelmente parcial e motivado por interesses próprios, por exclusão, o sujeito branco é neutro, universal e supostamente desinteressado em beneficiar-se por ser branco. Este é o discurso que sutilmente dá sentido à decisão da magistrada.

A opinião concorrente do juiz Scalia, por sua vez, é a narrativa da "colorblindness" mencionada já na análise do caso *Plessy v. Ferguson*. Tal magistrado será contra qualquer política ou decisão racialmente consciente, pois em sua opinião a discriminação racial nunca pode ser algo positivo, sempre ferindo a cláusula da igual proteção. Para sustentar seu voto, utiliza a ideia de igualdade como simetria utilizada no voto do juiz Harlan em *Plessy v. Ferguson*. No entanto, no caso de 1896, a ideia era demonstrar que o objetivo das leis de segregação eram apenas de proibir os negros de frequentarem o

Yasmine Mafulde

Direito e Narrativa: Uma análise dos discursos raciais em decisões judiciais

⁸ *"The opinion relies mostly on the idea of racial politics to justify a nigh impassable conception of strict scrutiny. O'Connor not only invokes the idea of racial politics, but she also discredits or ignores the evidence adduced by the city council and the judgment of the council. She thereby seems to say that the city council members cannot be trusted because they are black people voting on an affirmative action law".*

⁹ "The abstraction can become vivid for the white reader by imagining the oppression that white people might suffer at the hands of black people. When and where blacks are the dominant racial group, they will oppress whites, unless whites act to stop them. Affirmative action is thus the seed that will destroy whites. It is the means by which whites might be oppressed in those places where whites are racially outnumbered."

mesmo espaço que brancos e não o contrário, sendo a suposta simetria da lei de segregação falaciosa. Scalia, sem embargo, utiliza do mesmo argumento para se opor a políticas de reparação social à três séculos de exclusão racial. Para ele, não só as situações têm mesmo peso, como também profetiza um cenário de "racismo reverso", em que negros sendo uma maioria política oprimem pessoas brancas ao votarem arbitrariamente políticas que se utilizam de critérios raciais. Segundo Ross, o leitor branco médio pode interpretar desta maneira dramática e alarmista o texto do juiz Scalia:

A abstração pode se tornar vívida para o leitor branco ao imaginar a opressão que as pessoas brancas podem sofrer nas mãos das pessoas negras. Onde e quando os negros forem um grupo racial dominante, eles irão oprimir os brancos, a não ser que eles façam algo para impedir. Ação afirmativa é, portanto, a semente da destruição dos brancos. É o meio pelo qual brancos podem ser oprimidos naqueles lugares em que brancos estão em menor número (ROSS, 1989, p. 401. Trad. nossa).⁹

Para evitar que o cenário de discriminação racial continue existindo, ou ainda que se inverta, Scalia defende que jamais se utilize raça como um critério de discriminação por ser ilegal e imoral. O discurso da *color-blindness* traz a ingênua ideia de que, após a conquista dos direitos civis dos negros na década de 1960, a raça desapareceria naturalmente, não sendo mais um fator relevante para se explicar a situação social das pessoas. Os defensores de políticas *color-blind* enxergam aqueles a favor de políticas racialmente conscientes como "separatistas que praticam política identitária" (Brown; et. al., 2005, p. 4). Apenas as políticas racialmente neutras seriam capazes de promover a inclusão racial.

Esta narrativa da *colorblindness*, no entanto, vai se sustentar com o desligamento dos fatos históricos à situação social atual da população negra. O fato de ter havido mais de três séculos de escravidão negra e mais outro século de segregação racial não teria nenhuma relação com o fato de que a maioria das pessoas negras pós-1964 possuem menos poder econômico e menos representatividade na política nacional e no mercado.

A construção desta narrativa ignora os fatos históricos anteriores ao *Civil Rights Act* de 1964, e deposita a culpa pela desigualdade racial nos próprios indivíduos negros. Nesse mesmo sentido, Brown et al. afirmam:

A segunda afirmação dos realistas raciais é de que a persistência de desigualdades raciais em renda, emprego, residência, e representação política não pode ser explicada pelo racismo dos brancos, ainda que uma porcentagem pequena de brancos continue sendo racista intransigente. Como eles vêem, o problema está no letárgico, incorrigível e muitas vezes patológico comportamento de pessoas que falham em ser responsáveis por suas próprias vidas (Op. cit., p. 6. Trad. nossa).¹⁰

Os dois votos de O'Connor e Scalia são ótimas demonstrações das novas ideologias que permitem a continuidade da dominação racial. Segundo Moreira, trata-se de *"um discurso que mantém a opressão não pela defesa de práticas discriminatórias, mas por meio da abolição de quaisquer tipos de políticas que poderiam reverter as consequências da discriminação racial sistemática"* (Moreira, 2017, p. 22), o chamado *colorblind racism*. Por último, o voto dissidente e vencido do juiz Marshall vai em sentido oposto ao dos outros dois. Ao invés de argumentar somente com princípios abstratos, Marshall faz uso de narrativas históricas para argumentar a favor da ação afirmativa objeto do caso. Há uma possível criação de empatia no leitor ao contar as histórias racistas da cidade de Richmond que possui um passado de alta resistência à dessegregação racial. É um convite para o leitor se colocar no lugar dos sujeitos negros que foram e são vítimas da contínua discriminação racial.

As histórias racistas servem como base para a rejeição dos argumentos da simetria, uma vez que políticas públicas racistas e ações afirmativas que buscam reparar os danos causados pelo racismo não devem ser igualadas, e da desconsideração da raça como fator relevante de análise social. Não obstante, Marshall ainda aponta a falácia da neutralidade contida nas decisões dos outros dois magistrados. Ele interpreta os votos de

Yasmine Mafulde

Direito e Narrativa: Uma análise dos discursos raciais em decisões judiciais

¹⁰ *"The racial realists' second claim is that persistent racial inequalities in income, employment, residence, and political representation cannot be explained by white racism, even though a small percentage of whites remain intransigent racists. As they see it, the problem is the lethargic, incorrigible, and often pathological behavior of people who fail to take responsibility for their own lives"*.

Scalia e O'Connor como cheios de julgamentos ofensivos para com os membros do Conselho de Richmond, expondo que os juízes também têm ideias e atitudes racistas, mascaradas de princípios neutros e universais (ROSS, 1989, p. 407. Trad. nossa).

As Narrativas jurídicas, suas continuidades e descontinuidades

As narrativas jurídicas predominantes analisadas, apesar de diferentes, conseguem servir para um mesmo objetivo: a preservação da dominação racial. A autora Siegel (Cf. 2000) identificou quatro tipos diferentes de discurso racial presentes nas narrativas jurídicas.

O primeiro tipo de discurso é o **(i) status-race**, que atribui características específicas a determinados grupos para justificar o *status* social daqueles que pertencem à raça branca. Normalmente as características atribuídas ao grupo dominante são opostas àquelas do grupo dominado. Dessa forma, a raça é um critério simples e suficiente para organizar as relações sociais e justificá-las (SIEGEL, 2000, p. 90).

O segundo tipo de discurso é o **(ii) formal-race**, que inicialmente tinha como propósito derrubar o discurso da *status-race*, colocando como inaceitável qualquer tipo de discriminação que utilize o critério racial. A raça, segundo esta ideia discursiva, é um fato biológico que não possui nenhuma relevância social, sendo irracional a sua utilização no direito (IBIDEM).

O terceiro tipo é o discurso da **(iii) historical-race**, que entende a raça como um sistema social construído historicamente, sendo, portanto, uma construção social e não uma essência biológica. O quarto discurso, por último, é o da **(iv) culture-race**, que irá trabalhar a ideia de etnia. Não se pensa também raça como uma categoria natural, pensando no aspecto cultural proeminente do grupo racial específico (OP. CIT., p. 91).

A associação desses tipos criados por Siegel aos discursos jurídicos estudados nos casos *Plessy v. Ferguson* e *City of Richmond v. J. A. Croson Company* é clara: O voto vencedor da primeira decisão trabalha com a ideia de **status-race**, ou seja, com a noção de raça como essência e a ideia de que existe uma hierarquia natural entre brancos e negros; O voto vencedor do segundo caso

traz a ideia de **formal-race**, o que chamamos de narrativa da *colorblindness*. A passagem de um discurso para o outro, no entanto, não resultou no fim da desigualdade racial, se mostrando na verdade como um novo empecilho para a transformação social rumo à igualdade. Isso porque se apaga o passado de discriminação e opressão e ignora-se o fato de que isto estabeleceu condições de completa desvantagem à população negra e outros grupos de minorias raciais. Nesse sentido, a autora classifica essa mudança como uma forma de "*preservação através da transformação*." (Op. Cit., p. 83). Mantém-se a estrutura social, porém muda-se seu significado através de novas narrativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da teoria literária de Roland Barthes e de autores da teoria crítica como Ross e Moreira, conseguimos estudar como o direito funciona como narrativa. Em específico, vimos como são criadas narrativas jurídicas que constroem a ideia de raça e como elas funcionam de modo a reproduzir e preservar a dominação racial. Os estudos de direito como narrativa revelam-se, finalmente, como extremamente relevantes para pensarmos o direito como instrumento ideológico de dominação e/ou transformação e, assim, possamos pensar novas maneiras de pensar novas maneiras interpretação jurídica que sejam racialmente conscientes e que sirvam como estratégias anti-hegemônicas contra os discursos predominantes que auxiliam a perpetuar a dominação racial.

Yasmine Mafulde

Direito e Narrativa: Uma análise dos discursos raciais em decisões judiciais

BIBLIOGRAFIA

BARTHES, Roland. **A aventura semiológica**. Tradução: Mário Laranjeira. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BARON, Jane B.; EPSTEIN, Julia. **Is Law Narrative?** Buffalo Law Review. Vol. 45, 1997.

BROWN, Michael K.; CARNOY, Martin; CURRIE, Elliott; DUSTER, Troy; OPPENHEIMER, David B.; SHULTZ, Marjorie M.; WELLMAN, David. **White-Washing Race: The Myth of a Color-Blind Society**. 1. ed. Berkeley: University of California Press, 2005.

HALE, Grace Elizabeth. **Making Whiteness: The Culture of Segregation in the South, 1890 - 1940**. 1. ed. New York: Pantheon Books, 1998.

KARNAL, Leandro. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. 3. ed. São Paulo: Ed. Contexto, 2017.

MOREIRA, Adilson José. **Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural**. Revista Direito & Práxis, vol. 08, n. 2. 2017.

ROSS, Thomas. The Richmond Narratives. **Texas Law Review**. Vol. 68. n. 381. 1989.

SIEGEL, Reva B. **Discrimination in the Eyes of the Law: How "Color Blindness" Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification**. California Law Review. Vol. 88, n. 77, pp. 77-122, 2000.

USA. Cornell Law School. Legal Information Institute. **U.S. Constitution**. 1787. Cornell Law School. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/constitution/index.html>>. Acesso em: 21 out. 2019.

USA SUPREME COURT. **City of Richmond v. J. A. Croson Company**. 1989. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1988/87-998>>. Acesso em: 12 out. 2019.