



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 10 | N. 1 | JANEIRO/ABRIL 2023 | ISSN 2359-5639



Discriminação estrutural e cotas raciais para candidaturas negras em partidos políticos: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceito fundamental 738/DF*

Structural discrimination and racial quotas for black applications in the political parties: analysis of the Federal Supreme Court's decision in the claim of non-compliance with a fundamental percept 738/DF

ELIZIANE FARDIN DE VARGAS^{1, **}

¹Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)
elizianefvargas@mx2.unisc.br
<https://orcid.org/0000-0002-3192-659X>

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL^{1, ***}

¹Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)
<https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>
moniah@unisc.br

Recebido/Received: 25.10.2022 / 25 October 2022

Aprovado/Approved: 13.04.2023 / 13 April 2023

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: VARGAS, Eliziane Fardin de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Discriminação estrutural e cotas raciais para candidaturas negras em partidos políticos: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceito fundamental 738/DF. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 1, e240, jan./abr. 2023. DOI: 10.5380/rinc.v10i1.88132

* Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

** Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil), na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I. Mestre (2022) e graduada (2020) em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição Constitucional - instrumentos teóricos e práticos”.

*** Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil), onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Políticas Públicas, respectivamente. Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (São Leopoldo, RS, Brasil), com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

Resumo

O presente estudo tem como objetivo analisar os fundamentos utilizados pelo STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 738/DF para decidir pela impossibilidade de reconhecimento das cotas de candidatura para negros na política por equiparação às cotas de gênero na política. Levando-se em consideração que na ADPF 738/DF o STF reconheceu a responsabilidade prioritária do Congresso Nacional para a estipulação de ações afirmativas direcionadas à promoção de uma maior inclusão da população negra na política e, diante do fato de que essa maioria que compõe a atual conjuntura do Congresso Nacional — composta, majoritariamente, por representantes não negros (atualmente, a população negra representa 22,22% da composição do Senado Federal e 24,16% da Câmara de Deputados) — não tem demonstrado empenho na articulação de ações afirmativas nesse sentido, o estudo pretende destacar a atuação da jurisdição constitucional em prol da correção dos défices de representação democrática numa perspectiva inclusiva e igualitária, justamente pelo fato de permanecer exclusivamente ao encargo da maioria política a responsabilidade pela articulação de ações afirmativas de estímulo à candidatura da população negra a cargos políticos. Para tanto, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento analítico. Da análise, concluiu-se que, na ADPF 738/DF, a inexistência de previsão legal definindo a ação afirmativa de reserva de vagas para candidatura de pessoas negras nos pleitos eleitorais foi o principal fundamento para o reconhecimento da impossibilidade de equiparação com as cotas de gênero na política, reafirmadas na decisão da ADI 5617/DF. No tocante à proteção das minorias politicamente sub-representadas, se constatou que não só a atuação contramajoritária opera como um mecanismo de proteção das minorias por intermédio da atuação da jurisdição constitucional, assim como a articulação de litígios estratégicos pode atuar como importante ator de mudanças sociais significativas, reivindicando que a jurisdição constitucional profira decisões estruturantes direcionadas a suprir os défices democráticos e possa corrigir as situações de desigualdade estrutural.

Palavras-chave: cotas na política; jurisdição constitucional; poder contramajoritário; litígios estratégicos; sub-representação política.

Abstract

The present study aims at analyzing the foundations used by the Federal Supreme Court (STF) in judging the claim of non-compliance with a fundamental precept 738/DF (ADPF 738/DF) to decide on the impossibility of recognizing quotas for black applications in politics for equivalence to the gender quotas in politics. Considering that in the ADPF 738/DF the STF recognized the main responsibility of the National Congress for stipulating the affirmative actions directed to the promotion of a higher inclusion of the black population in politics, and, given that this majority that forms the current scenario of the National Congress – formed, mainly, by non-black representatives (currently, the black population represents 22,22% of the Federal Senate and 24,16% of the House of the Representatives) – has not demonstrated commitment in articulating affirmative actions in this sense, the study intends to highlight the constitutional jurisdiction acting on behalf of correcting the democratic representation deficits in an inclusive and egalitarian perspective, precisely by the fact of remaining exclusively to the burden of the politics majority the responsibility for the articulations of affirmative actions to stimulate applications of the black population for political positions. To do so, the deductive approach method and the analytical procedure method will be used. From the analysis, it was concluded that, in the ADPF 738/DF, the inexistence of a legal provision defining the affirmative action of reserve of positions for black people applications in the political parties was the main foundation for recognizing the impossibility of equivalence to the gender quotas in politics, restated in the decision of the ADI 5617/DF. Concerning the protection of politically sub-represented minorities, it was observed that not only the counter-majoritarian acting functions as a mechanism of minorities protection by means of the constitutional jurisdiction acting, but also the articulation of strategic litigations may act as an important actor of meaningful social changes, claiming that the constitutional jurisdiction utter structural decisions directed to meet the democratic deficits and may correct the situations of structural inequality.

Keywords: quotas on politics; constitutional jurisdiction; counter-majoritarian power; strategic litigations; political sub-representation.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Fundamentos do STF para a impossibilidade de equiparação das cotas para negros na política (ADPF 738/DF) às cotas de gênero na política (ADI 5617/DF); **3.** A sub-representação política da população negra no Brasil: alcances e impasses da legitimidade da jurisdição constitucional no caso da ADPF 738/DF; **4.** Definição de ações afirmativas de inclusão política da população negra ao encargo das maiorias? O papel contramajoritário da jurisdição constitucional na correção dos défices democráticos; **5.** Conclusão; **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, a disparidade na distribuição do poder político e a representação deficitária de determinados grupos nas searas do debate democrático são problemas que desafiam a concretização do direito à igualdade e mingam a efetiva inclusão e participação política de grupos minoritários e vulneráveis. Esse é o caso das mulheres e dos negros, que, embora conformem grande parte da população brasileira — 52,5% do eleitorado brasileiro é composto por mulheres¹ e 56,1% da população brasileira é negra² — ainda assim logram pouca representação política nos pleitos eleitorais, permanecendo à sombra do que delibera a maioria política, que, nem sempre, tem a pretensão de saudar os interesses específicos desses grupos.

Essa baixa representação política feminina pode ser observada a partir do levantamento realizado pelo Senado Federal, através do qual se constata que, por mais que as mulheres representem mais de 52% da população brasileira, mesmo assim, na 56ª Legislatura do Congresso Nacional, as mulheres ocupam apenas 15% das cadeiras na Câmara de Deputados e 13% das cadeiras no Senado Federal.³

Já em relação à representação da população negra, apenas 22,22% do total de cadeiras do Senado Federal e 24,16% das cadeiras da Câmara de Deputados são ocupadas por representantes negros.⁴

Visando à alteração dessa realidade, no tocante à representação feminina, importa asseverar que ações afirmativas de fomento às candidaturas e financiamento das campanhas eleitorais de mulheres já foram traçadas pela Lei n. 9.504/97 e pela Lei n. 13.165/2015, a primeira prevendo a cota mínima de 30% de reserva de vagas para as candidaturas femininas no seu artigo 10, § 3º, e a segunda, em complemento à previsão das cotas de gênero na política, acabou estabelecendo, primeiramente, a destinação do percentual mínimo de 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário para o financiamento das campanhas eleitorais de

¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas sobre as eleições de 2020**. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

² BRASIL. Senado Federal. **Negros representam 56% da população brasileira, mas representatividade em cargos de decisão é baixa**. 11 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/08/negros-representam-56-da-populacao-brasileira-mas-representatividade-em-cargos-de-decisao-e-baixa>>. Acesso em 01 abr. 2022.

³ BRASIL. Senado Federal. **Mulheres na política: ações buscam garantir maior participação feminina no poder**. 27 de maio de 2022. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/05/aliados-na-luta-por-mais-mulheres-na-politica>>. Acesso em: 05 jul. 2022.

⁴ BRASIL. Senado Federal. **Observatório Equidade no Legislativo**. 26 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/responsabilidade-social/oel/observatorio-de-equidade-nos-legislativos-federal-e-estaduais>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

candidaturas femininas, sendo esse percentual posteriormente equiparado ao percentual das cotas de gênero, através da ADI 5617/DF5.

Porém, previsões normativas de reserva de percentual de vagas de candidatura para pessoas negras ainda não foram elaboradas pelo Poder Legislativo, de modo que a única disposição no sentido de promover, unicamente, as campanhas de candidatos negros está disposta na decisão da ADPF 738/DF e na Consulta n. 600306-47/DF do TSE — decisões as quais resguardaram aos candidatos negros um percentual de cotas proporcional para a recepção de verbas de financiamento de campanhas e de repartição do tempo de propaganda eleitoral, mas que, no entanto, não reconhecem o cabimento de reserva de cotas de vagas para candidatura de pessoas negras no âmbito dos partidos políticos.⁶

Diante desse cenário, pergunta-se: quais os fundamentos utilizados pelo STF na ADPF 738/DF para reconhecer a impossibilidade de equiparação entre as cotas de gênero e as cotas para negros na política?

Para responder ao problema de pesquisa proposto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento analítico, com o objetivo de, inicialmente, desenvolver uma síntese das decisões na ADPF 738/DF e na ADI 5617/DF, indicando suas diferenças e similaridades, pretendendo evidenciar quais foram os argumentos utilizados pelos Ministros do STF na ADPF 738/DF para afastar a pretensão de equiparação das cotas para negros às cotas para mulheres na política, fixadas na decisão da ADPF 5617/DF.

Em seguida, busca-se evidenciar a situação de sub-representação política da população negra, abordando-se o papel da atuação protetiva das minorias pela jurisdição constitucional quando constatada a situação de mau funcionamento da democracia, correlacionando esses debates a respeito da legitimidade da atuação jurisdicional com os posicionamentos exarados na decisão da ADPF 738/DF.

Por fim, diante do reconhecimento, pelo STF, na ADPF 738/DF, de que cabe, exclusivamente, ao Poder Legislativo o dever de estabelecer ações afirmativas voltadas ao fomento da candidatura de pessoas negras na política, pretende-se bordar a respeito dos riscos decorrentes dessa posição autocontida e deferente do STF – em vista que deposita nas mãos da maioria política a responsabilidade por criar mecanismos de inclusão dessa minoria nos campos de debate – assim como busca-se alertar para o dever da jurisdição constitucional em monitorar como as maiorias políticas tratam as minorias

⁵ Trata-se de maneira mais detalhada sobre a ADI 5617/DF e a discriminação estrutural de gênero que ocasiona a sub-representação política feminina no seguinte escrito: VARGAS, Eliziane Fardin de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O Direito à igualdade e não-discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5617/DF e a doutrina das categorias suspeitas. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 22, n. 2, p. 85-114, 9 maio 2022.

⁶ As decisões, tanto do TSE quanto do STF, não reconheceram cotas para candidatura, apenas reconhecem a reserva para os candidatos negros de financiamento de suas campanhas e tempo de propaganda eleitoral.

(no caso, mais especificamente, as minorias negras na esfera política), evidenciando-se o papel de destaque da atuação contramajoritária da jurisdição constitucional e da articulação dos litígios estratégicos em prol da correção dos défices democráticos e da promoção da inclusão política igualitária da população negra como pressuposto essencial da democracia.

2. FUNDAMENTOS DO STF PARA A IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DAS COTAS PARA NEGROS NA POLÍTICA (ADPF 738/DF) ÀS COTAS DE GÊNERO NA POLÍTICA (ADI 5617/DF)

Da situação de sub-representação dos grupos minoritários e vulneráveis nos ambientes de debate político emerge a necessidade de articulação de ações afirmativas voltadas à promoção da integração e adequada representação política desses grupos, inclusão essa imprescindível dentro do contexto de uma sociedade democrática, pautada pelo pluralismo.⁷

Face ao histórico de discriminação experimentado no Brasil, há dois grupos que, notadamente, logram representação política insuficiente no âmbito do Poder Legislativo: a população negra e as mulheres. Face a esse déficit de representação, a articulação de algumas medidas no sentido de fomentar uma representação política inclusiva e igualitária a esses grupos já foram traçadas.

Pode-se destacar, nesse sentido, em relação ao caso da representação política das mulheres, a figura das “cotas políticas de gênero”.⁸ Essa medida foi estabelecida por intermédio da Lei n. 9.504/97, a qual prevê a reserva de, no mínimo, 30% das vagas para candidatura nos partidos políticos para as candidatas do sexo feminino.⁹ E ainda, com o mesmo intuito de estimular as candidaturas femininas, em complementação à reserva

⁷ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Políticas públicas de Governo e de Estado – uma distinção um pouco complexa: necessidade de diferenciação entre modelos decisórios, arranjos institucionais e objetivos de políticas públicas de Governo e Estado. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 631-667, set./dez. 2021.

⁸ Sobre a experiência italiana na matéria, ver: GARDIN, Sílvia. Representación política y equilibrios de género en Italia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 37-56, jul./set. 2022.

⁹ Destaca-se que a previsão normativa é direcionada, exclusivamente, a assegurar vagas para as candidaturas femininas, fazendo com que a concretização da representação política igualitária das mulheres dependa da sua efetiva eleição para os cargos políticos. Em uma leitura comparada, diferente foi o que ocorreu no Chile, por exemplo, onde, pretendendo-se garantir uma participação igualitária no processo constituinte e corrigir os desequilíbrios provenientes da baixa representação política feminina, reservaram-se 50% das cadeiras para que as mulheres integrassem os debates sobre as disposições da nova Constituição. MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Nova constituição chilena, paridade de gênero e regulamentação de direitos sexuais e reprodutivos: uma mirada para os standards interamericanos. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 20, n. especial, p. 264-290, 2022. p. 269. Percebe-se, portanto, que a medida lá adotada é diretamente voltada a garantir a igualdade de *representação feminina*, enquanto, no caso do Brasil, as cotas de gênero na política recaem apenas sobre a garantia do direito das mulheres em concorrerem aos cargos políticos, não tendo a direta pretensão de garantir uma efetiva representação política feminina igualitária.

de vagas para candidatas mulheres, a Lei n. 13.165/2015, em seu artigo 9º, prevê o fomento ao financiamento das campanhas eleitorais femininas, vinculando os partidos políticos a reservarem no mínimo 5% e no máximo 15% do montante do Fundo Partidário para o financiamento de campanhas de candidatas mulheres. A ação afirmativa estabelecida no artigo 9º da Lei n. 13.165/2015 teve, contudo, sua constitucionalidade questionada através da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5617/DF, tendo como resultado a equiparação do percentual mínimo de recursos do Fundo Partidário ao patamar legal mínimo de 30% de candidaturas femininas previsto no artigo 10, § 3º, da Lei n. 9.504/1997.¹⁰

Com a decisão, buscou-se afastar eventual prejuízo às candidaturas femininas em razão da disparidade entre o percentual de vagas (30%) em relação ao percentual destinado ao financiamento das candidaturas femininas (5% até 15%). A sentença acabou concedendo interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 9º da Lei n. 13.165/2015, reinterpretação os alcances da ação afirmativa já disposta na legislação eleitoral para repelir uma possível disparidade de recursos.

No entanto, a situação das cotas raciais na política debatida na ADPF 738/DF se configura outra. A pretensão da demanda não se focava na interpretação de uma ação afirmativa legislativamente estabelecida, mas sim, buscava que fossem, ainda nas eleições municipais de 2020, reconhecidos e imediatamente aplicados os efeitos decorrentes da decisão do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta n. 600306-47/DF, ocasião na qual instituiu-se que, a partir das eleições de 2022, vigoraria uma série de incentivos à candidatura de pessoas negras, pretendendo fomentar sua participação nas disputas eleitorais por cargos eletivos.

Com esse intento, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou com um pedido de medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738/DF, o qual foi deferido, garantindo a integral aplicação do teor da decisão do TSE nas eleições municipais de 2020.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, referendou medida cautelar na ADPF 738/DF¹¹, garantindo os incentivos à candidatura de pessoas negras nos exatos termos fixados pelo TSE na Consulta n. 600306-47/DF, ou seja, definindo que: 1º) Em relação à distribuição dos recursos públicos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e do tempo de rádio e TV destinados às candidaturas de mulheres, em razão das cotas de gênero, devem ser repartidos na exata proporção de candidaturas entre mulheres negras e brancas; 2º) Não cabe ao STF, assim como foi o

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5617/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 16 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5080398>>. Acesso em: 08 jun. 2022. p. 02.

¹¹ A medida cautelar foi deferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski em 09 de setembro de 2020, sendo referendada pelo plenário em sessão virtual realizada de 25 de setembro de 2020 a 02 de outubro de 2020.

entendimento fixado pelo TSE na Consulta n. 0600306-47/DF, a criação da política afirmativa de reserva do percentual de 30% de vagas de candidatura para pessoas negras, visto que implicaria em inovação na legislação política, a qual é de encargo, prioritário, do Congresso Nacional; 3º) No intuito de mitigar o impacto desproporcional ocasionado pela instituição das cotas de gênero, fica garantida a reserva proporcional, na exata proporção do número de candidaturas, dos recursos públicos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e do tempo de rádio e TV às candidaturas negras.¹²

Por mais que, com a decisão, se tenha reservado aos candidatos negros um percentual de cotas proporcional para a recepção de verbas de financiamento de campanhas e de repartição do tempo de propaganda eleitoral, destaca-se que o posicionamento, tanto do STF como do TSE, foi no sentido de não reconhecer a instituição de um percentual de cotas para a candidatura de pessoas negras, de modo que o enfoque das decisões recaiu exclusivamente sobre a distribuição proporcional dos recursos de financiamento e de propaganda eleitoral, não adentrando na questão da reserva de percentual de vagas para candidatura de pessoas negras.¹³

Vale deixar evidenciado que o Supremo Tribunal Federal foi chamado a deliberar, exclusivamente, a respeito da aplicabilidade imediata do disposto na Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.000 do TSE nas eleições de 2020, não havendo espaço para que deliberasse a respeito da possibilidade de implementação dessa ação afirmativa, entendimento corroborado pelo Ministro Marco Aurélio ao defender que

*O tratamento conferido à defesa dos direitos da população negra e das questões de raça deve considerar o arcabouço normativo. Ausente disciplina, não se justifica a atuação como legislador positivo, no sentido de prescrever medidas direcionadas a promover candidaturas de pessoas negras.*¹⁴

De outra banda, o TSE foi provocado a se manifestar em relação a esse ponto, tendo então exarado o entendimento – o qual foi ratificado como assertivo, segundo entendimento do STF – estritamente interpretacionista e contido, adotando uma postura preponderantemente deferente à competência (por ora não executada) do Poder

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 05 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435114/false>>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 01-02.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 05 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435114/false>>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 23-24.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 05 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435114/false>>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 24.

Legislativo em traçar políticas de ação afirmativa diante da situação recorrente de sub-representação das pessoas negras nos espaços políticos deliberativos:

12. Compete prioritariamente ao Congresso Nacional estabelecer política de ação afirmativa apta a ampliar a participação política de minorias não-brancas, atendendo ao anseio popular e à demanda constitucional por igualdade. À mingua de uma norma específica que institua ação afirmativa nessa seara, o Poder Judiciário não deve ser protagonista da sua formulação.”¹⁵

Já a postura de completa concordância do STF com a decisão do TSE pode ser vislumbrada por ocasião do referendo da medida cautelar, quando é determinada a “imediata aplicação dos incentivos às candidaturas de pessoas negras, nos exatos termos da resposta do TSE à Consulta 600306-47, ainda nas eleições de 2020, nos termos do voto do Relator.”¹⁶

Essa posição em relação ao Poder Legislativo decorre da inexistência de disposição legal prevendo a possibilidade das cotas raciais, pois, caso existisse essa previsão legal, e essa fosse inadequada ou inoperante a dar respostas satisfatórias à demanda, tal situação abriria espaço para que o STF fosse instigado a deliberar a respeito da aplicabilidade dessa norma, podendo interpretá-la e redefinir seus alcances, visando a uma otimização normativa, assim como ocorreu no caso das cotas eleitorais femininas na ADI 5617/DF.

Ou, ainda, caso a demanda fosse atacada através de alegação de uma omissão legislativa, proposta por intermédio de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO),¹⁷ seria aberta a possibilidade de reconhecimento da necessidade da criação de cotas raciais na política – com fundamento na promoção da igualdade material e na promoção do direito de integração política –, e, concomitantemente, poderia o Supremo Tribunal Federal declarar a existência de uma excessiva demora na articulação de ações voltadas a promover a inclusão da minoria na política, dando ciência ao Poder Legislativo sobre a mora, para que providencie as medidas necessárias ao caso, nos moldes do que prevê o artigo 12-H da Lei n. 9.868/1999¹⁸.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n. 0600306-47.2019.6.00.0000/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 25 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/942852216/consulta-ctael-6003064720196000000-brasil-ia-df->>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 04.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 05 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435114/false>>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 02.

¹⁷ Sobre os efeitos da ADO, ver: ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Os efeitos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até a ADO nº 26/DF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 131-155, out./dez. 2021.

¹⁸ “Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.”. BRASIL. **Lei n. 9.868**, de 10 de

Vale salientar que, por intermédio da supramencionada consulta, o Ministro do TSE Og Fernandes expressou posicionamento em sentido semelhante, afirmando que:

Não nego que o Poder Judiciário pode e deve atuar em caso de omissão legislativa, sobretudo na defesa de populações vulneráveis, mas as técnicas de controle para tanto são o mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ambas de competência da Suprema Corte Federal. Não cabe, portanto, a esta Corte, por meio de consulta, suprir omissão legislativa e inaugurar ação afirmativa em relação à reserva de cotas à população negra na disputa eleitoral, razão pela qual respondo negativamente ao segundo questionamento. De toda forma, a matéria reclama, sem sombra de dúvidas, a providência adotada na Cta nº 0603816-39/DF, no sentido de se oficiar ao Congresso Nacional para que se debruce sobre o tema das cotas raciais na política, com a recomendação de que inclua em pauta o PL nº 8.350/2017.¹⁹

A respeito da possibilidade de surgir uma alegação de omissão inconstitucional sobre a matéria, o próprio STF, a partir do voto do Ministro Marco Aurélio, problematizou que:

Teria havido, então, inconstitucionalidade por omissão? Ao menos não foi ajuizada ação buscando vê-la declarada. Mesmo que tivesse havido, decorre do texto constitucional que, em se tratando de inação de Poder, descabe assinar prazo para o Legislativo atuar, ao contrário do verificado quando a inércia parte de autoridade administrativa.²⁰

É perceptível o cuidado do mais alto tribunal brasileiro em evidenciar uma nítida deferência ao legislador e uma acentuada preocupação com o respeito estrito à separação dos poderes ao afirmar que, embora o tema fosse atacado por meio de ADO, do mesmo modo como ocorreu na decisão, não traçaria uma decisão que vinculasse o legislador a sanar a omissão.

A inexistência de previsão legislativa de ações afirmativas também impossibilitou que o STF e o TSE construíssem um entendimento pautado na equiparação do percentual de reserva de vagas para negros aos patamares já fixados em relação às candidaturas femininas. Caso fossem instituídas, através da equiparação às cotas femininas, novas cotas em razão da raça, restaria configurada uma inovação na legislação

novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 10 de novembro de 1999. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 12 set. 2022.

¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n. 0600306-47.2019.6.00.0000/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 25 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/942852216/consulta-ctael-6003064720196000000-brasilia-df>>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 41, grifo nosso.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 05 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435114/false>>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 24.

eleitoral, transgredindo assim o processo legislativo pátrio e conformando uma usurpação da competência legislativa pelo Judiciário, conforme se extrai da construção realizada pelo Ministro do TSE Sérgio Banhos, e que foi posteriormente ratificada pela decisão do STF:

Enfim, mesmo em Constituições dirigentes e detalhadas como a nossa e mesmo em face de problemas graves de nossa sociedade – como o racismo e a sub-representação de minorias –, entendo que a criação de posições jurídicas deve, preferencialmente, decorrer das decisões políticas do Congresso Nacional, verdadeira câmara de ressonância dos anseios dos diversos grupos da população brasileira. A questão das cotas de gênero para financiamento de campanhas é um exemplo de decisão judicial na qual não se percebe caracterizada nenhuma interferência judicial indevida na autonomia partidária, tampouco usurpação de competência, pois o Poder Judiciário tinha um parâmetro legal já existente, qual seja, a reserva de vagas por gênero constante do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97. Daí a peculiaridade daquele caso, que o distingue do presente. O entendimento de ambas as Cortes, Supremo Tribunal Federal (ADI 5.679, rel. Min. Edson Fachin) e Tribunal Superior Eleitoral (CTA 060025218, rel. Min. Rosa Weber), não usurpou a competência do Poder Legislativo, mas tão somente privilegiou a escolha antes tomada pelo próprio legislador: a reserva de vagas de, no mínimo, 30% e, no máximo, 70% de candidatos do mesmo gênero. Na presente hipótese, todavia, não há disposição similar de reserva mínima de vagas para candidatos negros, da qual se poderia extrair a necessidade de observância proporcional na distribuição de tempo de propaganda e dos recursos oriundos dos fundos públicos de custeio de partidos e campanhas. Demais disso, não há aqui uma decisão prévia, do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade. A situação, portanto, a meu sentir, é distinta, data venia.²¹

Expressando consonância com o posicionamento do TSE, o STF referendou a medida cautelar na ADPF 738/DF, considerando os exatos termos exarados na Consulta nº 600306-47 do TSE — a qual reconheceu apenas os incentivos de financiamento e de tempo de campanha, declarando incabível o reconhecimento de um percentual de vagas de candidatura para pessoas negras — e impondo a sua imediata aplicabilidade nas eleições de 2020.²²

²¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n. 0600306-47.2019.6.00.0000/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 25 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/942852216/consulta-ctael-6003064720196000000-brasilia-df>>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 59, grifo nosso.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 05 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435114/false>>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 48.

Dessa forma, a ausência de previsão legal de reserva de vagas para candidaturas negras foi o principal argumento levantado pelo STF, assim como pelo TSE, para não reconhecer a equiparação entre as cotas para candidaturas de negros às cotas para candidaturas femininas, uma vez que, no caso das primeiras, existia prévia previsão legislativa nesse sentido, cabendo ao tribunal apenas a interpretação dos dispositivos visando à igualdade. Enquanto no segundo caso, o objeto da ação era a busca de exigibilidade, ainda no pleito eleitoral do ano de 2020, do cumprimento das disposições estabelecidas pelo TSE na Consulta n. 600306-47/DF²³ de modo que o estabelecimento de cotas para candidaturas negras extrapolaria os limites de sua competência, conformando uma sentença *extra petita*.

Para além dos potenciais efeitos produzidos a partir das decisões do STF e do TSE, percebe-se, embora de maneira ainda tímida, um crescimento nos percentuais de autoidentificação de candidatos negros.²⁴ Segundo Rodrigues²⁵, os índices de autodeclaração de candidatos pretos e pardos nas eleições de 2020 apresentaram avanços, sendo que 10,5% declararam-se pretos e 39,4% declararam-se pardos. Segundo a autora, naquelas eleições obteve-se um “total de 49,9% de candidaturas negras. Esse foi o maior índice já alcançado e a primeira vez que o total de negros ultrapassou o de brancos desde 2014, quando o TSE passou a incluir a cor da pele no registro dos candidatos”.²⁶

Não obstante esse incremento em relação às candidaturas de pessoas negras, deve-se ter em vista que o aumento desse número não representa, de pronto, em um aumento automático na taxa de ocupação de cadeiras políticas, as quais, como se verá a seguir, seguem em estado de déficit de representação negra.

²³ Importa deixar registrado que o teor da consulta expedida pelo TSE não gerava qualquer vinculação de posicionamento que devesse ser seguida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, conforme Castilhos, os precedentes fixados pelos TSE, por intermédio de consultas, não detêm caráter vinculante, ou seja, por mais que estabeleçam, em abstrato, parâmetros capazes de orientar decisões no âmbito administrativo e judicial, não há impedimento para que, diante de um caso concreto, sejam adotados posicionamentos distintos daqueles explicitados através de consulta. Porém, segundo o autor, “ainda que possamos, facilmente, admitir que, por vezes, o caso concreto apreciado exija, por suas peculiaridades, o afastamento de entendimento abstratamente consolidado, isso não pode ser utilizado em desfavor dos jurisdicionados de forma geral, genérica e irrestrita”. CASTILHOS, Ângelo Soares. O procedimento de consulta ao Tribunal Superior Eleitoral: o novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica. **Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 13, n. 2, p. 55-78, 2019. p. 58.

²⁴ Sobre a temática da identificação dos beneficiários de cotas raciais, ver: DUARTE, Evandro Piza; BERTÚLIO, Dora Lucia de Lima; QUEIROZ, Marcos. Direito à liberdade e à igualdade nas políticas de reconhecimento: fundamentos jurídicos da identificação dos beneficiários nas cotas raciais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 173-210, abr./jun. 2020.

²⁵ RODRIGUES, Carla. Análise da ADPF nº 738: avanço histórico para a participação de negros e pardos na política brasileira. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**, Belo Horizonte, ano 13, n. 24, p. 43-57, jan./jun. 2021. p. 52.

²⁶ RODRIGUES, Carla. Análise da ADPF nº 738: avanço histórico para a participação de negros e pardos na política brasileira. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**, Belo Horizonte, ano 13, n. 24, p. 43-57, jan./jun. 2021. p. 52.

Ainda há um longo caminho a ser trilhado rumo a uma representação política real por parte desse grupo, sendo que, para isso, a jurisdição constitucional não só pode, como deve (em atenção aos pressupostos inerentes ao reconhecimento da dimensão objetiva e de acordo com os mandados constitucionais), contribuir com a complexa tarefa de concretizar e promover, de fato, uma maior inclusão da população negra nos ambientes de debate político democrático. Face a esse poder/dever da jurisdição constitucional, a seguir passa-se a analisar, a partir de alguns pressupostos teóricos relacionados ao constitucionalismo, os alcances, possibilidades e a legitimidade dessa atuação pela jurisdição constitucional diante de situações de mau funcionamento democrático.

3. A SUB-REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DA POPULAÇÃO NEGRA NO BRASIL: ALCANCES E IMPASSES DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CASO DA ADPF 738/DF

Há pontos da decisão exarada na ADPF 738/DF que carecem ser observados através das lentes do debate a respeito da responsabilidade e legitimidade da atuação da jurisdição constitucional no contexto democrático, principalmente se levado em consideração que a demanda trata da fundamentalidade da inclusão política de um grupo minoritário que, historicamente, não logra representação política suficiente para ser ouvido dentro dos ambientes de deliberação democrática, mais especificamente, não adquire representação política na esfera do Poder Legislativo.

Pretendendo demonstrar como o racismo estrutural repercute na questão da representação política, Olsen e Kozicki²⁷ alertam para o fato que, por mais que a sociedade brasileira seja composta por 54,9% de cidadãos pardos e negros, a representação popular no Congresso Nacional é essencialmente composta por representantes brancos (79,9% dos Senadores e 75% dos deputados federais), apontando, assim, para uma normalização da situação de racismo estrutural.

Essa insuficiência de representação mediante os poderes eleitos faz com que a situação de desigualdade racial e social se perpetue, conforme preceitua o Ministro Alexandre de Moraes em trecho de seu voto na ADPF 738/DF:

Ressalto que não tenho dúvidas de que a sub-representação das pessoas negras nos poderes eleitos, ao mesmo tempo que é derivada do racismo estrutural existente no Brasil, acaba sendo um dos principais instrumentos de perpetuação da gravíssima desigualdade social entre brancos e negros. Trata-se de um círculo extremamente

²⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 1, p. 82-118, jan./jun. 2021. p. 90.

*vicioso, que afeta diretamente a igualdade proclamada na Constituição Federal e fere gravemente a dignidade das pessoas negras. Em outras palavras, o histórico funcionamento do sistema político eleitoral brasileiro perpetua a desigualdade racial, pois, tradicionalmente, foi estruturado nas bases de uma sociedade ainda, e lamentavelmente, racista.*²⁸

Considerando-se o trecho acima, importa destacar que o histórico de discriminação e racismo estrutural contra a população negra é considerado pela decisão como fator que impacta diretamente para que existam baixos índices de pessoas negras ocupando cargos políticos.²⁹

Essa não foi a primeira ocasião em que o Supremo Tribunal Federal exarou entendimento no sentido de reconhecer a situação de discriminação e racismo estrutural em relação à população negra.³⁰ A título de exemplo, o histórico da jurisprudência do STF registra entendimentos nesse sentido nas decisões da ADPF 186/DF³¹, ao afirmar a constitucionalidade do sistema de cotas raciais nas universidades brasileiras; na ADC 41³², quando declarou a constitucionalidade da lei de cotas para negros em concursos

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 05 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435114/false>>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 32, grifo nosso.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 05 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435114/false>>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 32.

³⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. As ações afirmativas no Supremo Tribunal Federal: conexões entre direito e política na difícil promoção da equidade racial no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 51-74, jan./mar. 2021.

³¹ O Ministro Relator Ricardo Lewandowski reconhece os impactos negativos causados pelo racismo estrutural no seguinte trecho da decisão: “Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita. Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=698469>>. Acesso em: 01 ago. 2022. p. 66-67

³² Em idêntico sentido da decisão anteriormente mencionada, incorporando a noção de racismo estrutural em relação aos negros, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso asseverou na ADC 41/DF que: “No caso da reserva de vagas em concursos públicos, a análise da legitimidade da desequiparação instituída em favor dos negros passa pela constatação da existência do chamado “racismo estrutural” (ou institucional) e das consequências que ele produz em nossa sociedade. Esse tipo de racismo não decorre necessariamente da existência de ódio racial ou de um preconceito consciente de brancos em relação aos negros. Ele constitui antes um sistema institucionalizado que, apesar de não ser explicitamente “desenhado” para discriminar, afeta, em múltiplos setores, as condições de vida, as oportunidades, a percepção de mundo e a percepção de si que pessoas, negras e brancas, adquirirão ao longo de suas vidas.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 08 de junho de 2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>>. Acesso em: 01 ago. 2022. p. 40-41. A decisão do STF na referida ADC foi analisada em: LIMA, Sabrina Santos; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O controle de constitucionalidade e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias: análise

públicos; e, excepcionalmente, na ADPF 635/DF³³, ao suspender as operações policiais nas favelas do Rio de Janeiro durante a pandemia do coronavírus, tomando como base o fato de que os dados sobre a letalidade policial evidenciam o racismo estrutural, já que 86% das vítimas de letalidade policial em operações nas favelas, no primeiro trimestre de 2021, eram negras.³⁴

Retomando os debates acerca da decisão da ADPF 738/DF, importa mencionar que, nela, se reconhece que o sistema político eleitoral brasileiro guarda em suas raízes uma forte tendência em perpetuar a desigualdade racial e de gênero³⁵. No entanto, o cenário político tem logrado significativos avanços nos últimos tempos em relação à superação da desigualdade de gênero na política, principalmente em razão das implementações de ações afirmativas nesse sentido, conforme se vislumbra do seguinte trecho:

*o histórico funcionamento do sistema político eleitoral brasileiro perpetua a desigualdade racial, pois, tradicionalmente, foi estruturado nas bases de uma sociedade ainda, e lamentavelmente, racista. O mesmo sempre ocorreu em relação à questão de gênero, cuja legislação vem avançando em busca de uma efetiva e concreta igualdade de oportunidades com a adoção de mecanismos de ações afirmativas.*³⁶

Vale asseverar que o problema da sub-representação da comunidade negra na política não é tema recente, de modo que a responsabilidade pelo estabelecimento de medidas corretivas à questão está nas mãos do Poder Legislativo há um tempo significativo, sendo plausível pensar que possíveis intentos no sentido de positivar normas

crítica da ADC nº 41 (cotas raciais em concursos públicos). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 507-528, maio/ago. 2021.

³³ Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes asseverou em seu voto que: “O racismo estrutural da sociedade se revela potencializado nas mortes ocasionadas pelas forças policiais”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 27 de maio de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>>. Acesso em: 01 ago. 2022. p. 497.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 27 de maio de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>>. Acesso em: 01 ago. 2022. p. 28.

³⁵ Especialmente no contexto dos países da América Latina, continente considerado o mais desigual do mundo e que é marcado pela existência daquilo que Gargarella chama de “democracias defeituosas”, caracteriza-se por uma histórica desigualdade econômica, social e política, sendo uma das principais razões que levam ao inadequado funcionamento do sistema democrático, situação essa que tem como principal reflexo a perpetuação da situação de injustiças e subordinação social e a exclusão política de determinados grupos. GARGARELLA, Roberto. La revisión judicial en democracias defectuosas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, p. 153-169, 2019. p. 153.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 05 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435114/false>>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 32, grifo nosso.

nesse sentido tenham sido deixadas de lado por não integrarem os interesses das maiorias³⁷.

Sobre esse ponto, vale trazer os apontamentos de Dworkin³⁸ quando alerta sobre os riscos decorrentes do depósito do dever de proteção das minorias, exclusivamente, nas mãos e à mercê da benevolência das maiorias política representativas:

*Os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem mais a tomar o partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles que não se opõem. Por esse motivo, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são menos vulneráveis nesse sentido. Disso não decorre que os juízes, à margem da censura da maioria, sejam as pessoas ideais para decidir sobre esses direitos. Os juízes têm seus próprios interesses ideológicos e pessoais no resultado dos casos, e também podem ser tirânicos. A priori, porém, não há motivo para considerá-los teóricos políticos menos competentes do que os legisladores estaduais ou os procuradores gerais.*³⁹

Não obstante o apontamento realizado por Dworkin, em sentido complementar Ely⁴⁰ defende que, em se tratando de uma democracia representativa, é legítimo que os representantes eleitos definam os valores a serem prestigiados, porém, será necessária e legítima uma atuação protetiva das minorias pela jurisdição constitucional quando constatada a situação de mau funcionamento da democracia. Esse mau funcionamento do processo democrático, segundo o autor,

ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva

³⁷ A exemplo, pode-se mencionar o caso da Proposta de Emenda à Constituição n. 116/2011, que pretendia acrescentar ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a reserva de vagas na Câmara dos Deputados, nas assembleias legislativas e na Câmara Legislativa, por cinco legislaturas, para parlamentares oriundos da população negra. O projeto foi apresentado em 30 de novembro de 2011, no entanto, não obteve sucesso, tramitando até 31 de janeiro de 2015 quando foi arquivado com fundamento no Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n. 116**, de 30 de novembro de 2011. Autor da proposta: Luiz Alberto (PT/BA). Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=529275>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

³⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999. p. 448-449.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999. p. 448-449.

⁴⁰ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 137.

sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece aos outros grupos.⁴¹

Tomando como base o aporte doutrinário exposto por Ely⁴², pode-se reconhecer a existência de défices no sistema democrático, ou, utilizando-se as palavras do autor, um “mau funcionamento” das regras do jogo democrático no Brasil no que tange à inclusão de pessoas negras no campo político. Esse mau funcionamento do processo democrático é comprovado através dos dados apresentados pelo Observatório Equidade no Legislativo, os quais apontam que, na 56ª Legislatura do Senado Federal, foram eleitos apenas 4 (de um total de 81) senadores autodeclarados negros, enquanto que, entre os deputados federais eleitos na mesma legislatura, apenas 123 (de um total de 513 eleitos) se declararam negros (104 pardos e 21 negros).⁴³

Cabe ressaltar que esse cenário de baixa representatividade negra no legislativo, somado ao fato de que os negros constituem 56,1% da população brasileira⁴⁴, são fatores que permitiriam, uma atuação protetiva por parte da jurisdição constitucional brasileira, a fim de corrigir essa nítida má operacionalidade do sistema democrático e a omissão legislativa no sentido de alterar, por intermédio da articulação de ações afirmativas, a situação de exclusão das minorias raciais do meio político.

Tomando como ponto de partida essa ideia de mau funcionamento do processo democrático brasileiro em razão do déficit de representação política da população negra, denota-se que uma das mais notórias contribuições das Cortes Constitucionais à promoção do diálogo constitucional inclusivo e democrático se dá em razão da sua responsabilidade por acolher as reivindicações daqueles grupos que se sentem excluídos ou indevidamente prejudicados diante das decisões majoritárias democraticamente constituídas.⁴⁵

Em vista de que essa atuação jurisdicional muitas vezes se dará em prol da correção dos desvirtuamentos do processo democrático, decorrentes de uma representação

⁴¹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 137, grifo nosso.

⁴² ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 137.

⁴³ BRASIL. Senado Federal. **Observatório Equidade no Legislativo**. 26 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/responsabilidade-social/oel/observatorio-de-equidade-nos-legislativos-federal-e-estaduais>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

⁴⁴ BRASIL. Senado Federal. **Negros representam 56% da população brasileira, mas representatividade em cargos de decisão é baixa**. 11 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/08/negros-representam-56-da-populacao-brasileira-mas-representatividade-em-cargos-de-decisao-e-baixa>>. Acesso em 01 abr. 2022

⁴⁵ GARGARELLA, Roberto. La revisión judicial en democracias defectuosas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, p. 153-169, 2019. p. 155.

popular débil — alinhando-se aos posicionamentos traçados por Ely⁴⁶ de que a jurisdição constitucional permanece encarregada pela garantia da observância das regras do jogo democrático e pela constante manutenção da abertura dos canais de participação democrática e de mudança política — essa atuação não só vai promover uma reparação daquelas organizações democráticas que já não operam como deveriam, assim como pressupõe que essa atuação promova a recuperação da capacidade cidadã do povo, integrando-o aos espaços deliberativos e ao procedimento de construção da tomada das decisões públicas que o envolva.⁴⁷

Para tanto, poderiam os magistrados promover a escuta dos grupos diretamente afetados pelas decisões públicas por intermédio da realização de audiências públicas (como realizou a Suprema Corte da Argentina no caso Cuenca del Río Matanza-Riachuelo), visando que, a partir disso, grupos que logrem insuficiente representação ou que são excluídos dos ambientes de debate político democrático possam integrar o processo de elaboração dos programas e ações que atinjam seus direitos fundamentais.⁴⁸

Ainda, considerando-se os reflexos negativos do hiperpresidencialismo — especialmente aqueles relacionados com os prejuízos causados ao sistema de “freios e contrapesos” — a jurisdição constitucional deve direcionar sua atuação para a reconstituição e proteção desse sistema de equilíbrio entre os poderes, assim como manter abertos os canais de mudança política — como preconiza Ely⁴⁹ ao analisar a nota de rodapé n. 4 do caso *Carolene Products* — visando não depositar, exclusivamente, na democracia o poder de escolha, já que as história nos mostra que isso poderia gerar uma tirania da maioria, a opressão das minorias e uma situação de hiperpresidencialismo.⁵⁰

Em vista disso, Gargarella⁵¹ aponta para a urgência de serem traçados mecanismos capazes de fornecer a estrutura procedimental necessária para garantir a abertura desses canais de participação às minorias, sugerindo que:

podría pensarse en el diseño de mecanismos institucionales exclusivamente dedicados a recoger, cuando sea necesario, la opinión de los sectores minoritarios afectados, y también podría pensarse en abrir canales más directos para que los grupos que se sientan

⁴⁶ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 136-137.

⁴⁷ GARGARELLA, Roberto. La revisión judicial en democracias defectuosas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, p. 153-169, 2019. p. 156-157.

⁴⁸ GARGARELLA, Roberto. La revisión judicial en democracias defectuosas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, p. 153-169, 2019. p. 157.

⁴⁹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 100-101.

⁵⁰ GARGARELLA, Roberto. La revisión judicial en democracias defectuosas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, p. 153-169, 2019. p. 161.

⁵¹ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. p. 281.

perjudicados injustamente por una determinada norma puedan ser escuchados a pesar de su escaso número o poder de presión.

A ideia de abertura igualitária dos canais participativos também está diretamente ligada à superação da subordinação à qual certos grupos são expostos, pois apenas quando esses grupos oprimidos obtêm meios para “expresar en el ámbito público sus intereses y experiencias en igualdad de condiciones con otros grupos, podrá entonces eliminarse la dominación de grupos a través de procedimientos formalmente iguales de participación”.⁵²

Assim, e por mais que se reconheça a importância de uma possível atuação protetiva do STF a fim de corrigir esse déficit de representação e inclusão democrática, de modo a superar a situação de representação política baixa que dificulta que a população negra tenha suas pretensões atendidas pelo inaccessos aos ambientes de deliberação democrática, essa atuação jurisdicional esbarra na previsão constitucional da separação de Poderes e nos riscos de tal atuação ser taxada como ilegítima, demasiadamente “ativista” ou – conforme a terminologia cunhada por Böckenförde⁵³ – como um “governo de juízes”.

Ainda vale analisar a questão sob a ótica das questões políticas (*political questions*), vez que a posição firmada pelo STF e pelo TSE no caso demonstram uma acentuada preocupação em proferir uma decisão que preserve o espaço de conformação do legislador. Tomando como base uma análise comparativa com a Suprema Corte Norte-Americana, Leal⁵⁴ afirma que, diante do notório caráter representativo do sistema americano,

a Suprema Corte desenvolveu, como auto-limitação para sua atuação no controle de constitucionalidade, a posição de que as questões políticas são inadmissíveis, recusando-se a julgar conflitos entre órgãos estatais, que devem ser resolvidos por intermédio do próprio processo político. Com isso, ficam manifestos, pelo menos em tese, o respeito ao legislador e, conseqüentemente, a observância à separação dos poderes, que caracteriza a noção de Estado de Direito inaugurada pelo constitucionalismo moderno. O foco principal reside, pois, no Legislativo.

Percebe-se, pois, certa similaridade dos moldes da decisão do STF e do TSE com o estilo de decisão traçado pela Suprema Corte Norte Americana em relação aos casos

⁵² YOUNG, Iris Marion. **La justicia y la política de la diferencia**. Madrid: Catedra, 2000. p. 163.

⁵³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. In: **Staat, Verfassung, Demokratie**: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991, pp. 159-199. p. 192-193.

⁵⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional democrática**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 144-145.

envolvendo questões políticas, ao passo que acaba delegando ao próprio processo político a responsabilidade de dirimir os conflitos que envolvam os interesses divergente dos Poderes, evidenciando uma completa conformidade e respeito em relação a separação dos Poderes e, em certa medida, demonstrando uma postura de deferência ao legislador.⁵⁵

Porém, segundo Landa Arroyo,

*La judicialización de las political questions es una tarea que le corresponde decidir al Tribunal Constitucional y no al Congreso, en cuanto a su alcance o densidad de control judicial; a través del desarrollo de los clásicos principios y las nuevas técnicas de interpretación constitucional, con lo cual se evita que frente al abuso parlamentario o del gobierno, se instale el abuso judicial.*⁵⁶

Concomitantemente a isso, se tomados como base os aportes doutrinários traçados por John Hart Ely⁵⁷ — através dos quais advoga que uma abordagem voltada a promover a noção de participação e representatividade deveria permanecer ao encargo dos tribunais, por serem estes os grandes “especialistas em questões de processo e (mais importante ainda) estando à margem do jogo político, estão mais bem qualificados e situados para executar do que as autoridades políticas” — se extrai o entendimento de que estaria a jurisdição constitucional em condições mais propícias para intervir sempre que as regras do jogo democrático se mostrarem deficitárias, ou seja, naquelas ocasiões em que as minorias não conseguirem se fazer representar dentro do processo político, de modo que essa percepção pretende não só garantir os direitos como preservar e impulsionar a democracia.

Consoante a isso, Ely afirma que:

*uma abordagem do controle judicial de constitucionalidade que promova a representação — em contraposição à abordagem contrária, que busca proteger os valores — não é incompatível com os pressupostos implícitos do sistema norte-americano de democracia representativa — pelo contrário, apoia-os plenamente. [...] tal abordagem, novamente em comparação com sua rival, envolve tarefas para as quais os tribunais, sendo especialistas em questão de processo e (mais importante ainda) estando à margem do jogo político, estão mais bem qualificados e situados para executar do que as autoridades políticas.*⁵⁸

⁵⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional democrática.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 144-145.

⁵⁶ LANDA ARROYO, Cesar. **Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional.** México: Editorial Porrúa, 2006. p. 71.

⁵⁷ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 117.

⁵⁸ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 117.

A partir dessa leitura de John Hart Ely sobre a atuação da Suprema Corte Norte-Americana, Ulrich Haltern denominou que a jurisdição constitucional atua como o “cão de guarda da democracia” (*Wachhund der Demokratie*).⁵⁹

Nessa tarefa de “guarda” da democracia, na concepção de Gargarella⁶⁰, os juízes devem se ocupar de proteger os direitos das minorias, atuando no sentido de garantir que tais grupos se identifiquem e figurem como atores ativos da vida democrática da sociedade na qual estão inseridos.

Isso não só contribui para que o Poder Judiciário solicite ações inerentes ao Poder Público, assim como igualmente promove a integração dos grupos historicamente excluídos, o que acaba contribuindo para a superação da segregação e opressão social, uma vez que os tribunais estariam pondo em prática todas as alternativas ao seu dispor para promover a eliminação ou redução dos fatores que ensejam uma situação de exclusão e de marginalização social estrutural.⁶¹

Diante desses aportes doutrinários, e partindo de um olhar pautado no movimento do constitucionalismo transformador, o qual, segundo Roa Roa⁶², toma como um de seus conceitos centrais a ideia de inclusão, busca-se compreender, na sequência, qual o papel da jurisdição constitucional face à questão da sub-representação política negra e como, através de uma atuação contramajoritária da jurisdição constitucional e da propositura de litígios estratégicos, se torna possível obter sentenças de natureza estruturante, voltadas a corrigir a situação de desigualdade e discriminação estrutural que minam as condições mínimas para uma inclusão política igualitária da população negra.

4. DEFINIÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS DE INCLUSÃO POLÍTICA DA POPULAÇÃO NEGRA AO ENCARGO DAS MAIORIAS? O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CORREÇÃO DOS DÉFICES DEMOCRÁTICOS

O processo de combate às situações de discriminação estrutural exige do Estado a articulação de medidas de ação afirmativas, as quais são fixadas através de instrumentos constitucionais ou legislativos. Diante disso, surge a questão da viabilidade da

⁵⁹ HALTERN, Ulrich R. *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen*: das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

⁶⁰ GARGARELLA, Roberto. La revisión judicial en democracias defectuosas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 153-169, 2019. p. 162.

⁶¹ GARGARELLA, Roberto. La revisión judicial en democracias defectuosas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 153-169, 2019. p. 163.

⁶² ROA ROA, Jorge. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n. 2020-11, p. 01-16, 2020. p. 03.

aplicação de um controle de inconstitucionalidade por omissão frente àqueles casos em que, mesmo em face de uma discriminação estrutural, o Estado permanece inerte perante seu dever de articular medidas de discriminação inversa, direcionadas a promover uma transformação da realidade social e a eliminação da discriminação estrutural.⁶³

Partindo da ideia do constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural no Brasil, Olsen e Kozicki⁶⁴ advogam que os estratagemas que envolvem o jogo político, e que atingem o Poder Legislativo, fazem com que recaia sobre determinadas pautas uma certa “inércia” ou “pontos cegos”, de modo que essas temáticas permaneçam esquecidas durante o processo legislativo de criação e implementação das normas constitucionais.

Dada a gravidade dos prejuízos que poderiam ser causados à ordem constitucional devido a esses “pontos cegos” ou pela “inércia” é que se justifica a atuação de atores como as Cortes Constitucionais para realizar esse desbloqueio, impulsionando “o reconhecimento de direitos que ficam nos ‘pontos cegos’ de legislativos, enfrentar a inércia decorrente do favorecimento de grupos politicamente mais influentes, e também conter medidas que impliquem retrocesso”.⁶⁵

Nesse ponto, percebe-se que as decisões judiciais em casos de omissões inconstitucionais também auxiliam na promoção de pautas que se encontram fora da agenda pública, fazendo com que os poderes políticos tomem conhecimento de certas reivindicações que permanecem desatendidas. Assim, o Poder Judiciário funciona como uma ferramenta disposta a comunicar aos poderes políticos a situação de não cumprimento de suas obrigações constitucionais,⁶⁶ de a trazer ao conhecimento do Estado a situação de afronta à Constituição e oferecendo a possibilidade de correção da situação de omissão inconstitucional antes que a demanda seja levada aos Sistemas Internacionais de proteção aos direitos humanos.⁶⁷

⁶³ SAGÜES, María Sofía. Discriminación estructural, inclusión y litigios estratégicos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FLORES PANTOJA, Rogelio (Coord.). **Inclusión, los Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana**. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Colección Constitución y Derechos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 129-178. p. 173.

⁶⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 82-118, jan./jun. 2021. p. 98.

⁶⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 82-118, jan./jun. 2021. p. 98.

⁶⁶ Sobre o papel do Poder Judiciário no Estado de Direito: SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. The role of the Judicial Branch in Brazilian rule of law erosion. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 731-769, set./dez. 2021.

⁶⁷ BAZÁN, Víctor. **Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014. p. 266.

Voltando-se para o caso em comento, é possível identificar que, no julgamento da ADPF 738/DF o Supremo Tribunal Federal – bem como o TSE, nos termos da sua decisão, que foi integralmente reconhecida pelo STF – acabou adotando uma postura contida (*self restraint*) em relação ao reconhecimento e incorporação das cotas para candidatura de pessoas negras nos partidos políticos, vinculando-se estritamente aos ditames constitucionais de repartição de competência e atestando que o entendimento por ele firmado não impunha qualquer tipo de alteração legislativa, muito pelo contrário, operou apenas em relação à interpretação do alcance das regras sobre propaganda e financiamento de campanhas eleitorais, matérias as quais já estavam previstas em dispositivos legais, cabendo apenas a sua reinterpretção na ADPF 738/DF.⁶⁸

Esse entendimento pode ser vislumbrado a partir dos argumentos utilizados para o deferimento da medida cautelar, quando o Ministro Ricardo Lewandowski atesta que:

*No caso dos autos, é possível constatar que o TSE não promoveu qualquer inovação nas normas relativas ao processo eleitoral, concebido em sua aceção estrita, porquanto não modificou a disciplina das convenções partidárias, nem os coeficientes eleitorais e nem tampouco a extensão do sufrágio universal. Apenas introduziu um aperfeiçoamento nas regras relativas à propaganda, ao financiamento das campanhas e à prestação de contas, todas com caráter eminentemente procedimental, com o elevado propósito de ampliar a participação de cidadãos negros no embate democrático pela conquista de cargos políticos. O incentivo proposto pelo TSE, ademais, não implica qualquer alteração das 'regras do jogo' em vigor. Na verdade, a Corte Eleitoral somente determinou que os partidos políticos procedam a uma distribuição mais igualitária e equitativa dos recursos públicos que lhe são endereçados, quer dizer, das verbas resultantes do pagamento de tributos por todos os brasileiros indistintamente. E, é escusado dizer, que, em se tratando de verbas públicas, cumpre às agremiações partidárias alocá-las rigorosamente em conformidade com os ditames constitucionais, legais e regulamentares pertinentes.*⁶⁹

Essa construção demonstra certa preocupação da jurisdição constitucional pátria em deixar evidenciada a inexistência de qualquer espécie de interferência ou de avocação para si da tarefa legislativa, delineando que seus posicionamentos não representam nada além de pura interpretação constitucional, direcionada à concretização

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 05 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435114/false>>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 11.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 05 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435114/false>>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 11, grifo nosso.

dos objetivos da República Federativa do Brasil em promover uma sociedade mais justa e igualitária para todos, objetivos esses expressamente elencados na Constituição Federal de 1988.⁷⁰

No entanto, se a questão for analisada através das lentes do constitucionalismo transformador, é possível auferir que, diante de casos como esse — em que a discriminação e desigualdade estrutural refletem na perpetuação da falta de adequada representação política de uma minoria historicamente oprimida — há espaços para uma atuação mais ativa das Cortes Constitucionais, vez que o movimento do constitucionalismo transformador “defiende que la función judicial ordinaria debe tener un contenido activista en un contexto marcado por la exclusión y la desigualdad como el que existe en América Latina”.⁷¹

Ainda importa evidenciar que, segundo Böckenförde⁷², a prática interpretativa constitucional, que toma como base os pressupostos inerentes ao reconhecimento da noção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, adota uma postura eminentemente concretizadora, a qual ocasiona uma verdadeira mutação constitucional (*Verfassungswandel*) — compreendida como a manifestação de uma efetiva alteração do conteúdo normativo e Constitucional através de sua interpretação e aplicação, ou seja, essa alteração ocorre sem a alteração expressa do texto normativo — o que faz com que essa medida se assemelhe muito às atividades tipicamente legislativas.

Esse processo de interpretação concretizadora por parte dos Tribunais, proveniente das características de abertura e de indeterminação das normas do constitucionalismo democrático, possibilita e vincula que os Tribunais articulem suas atuações pautados na ideia de concretização criativa, superando as concepções tradicionais da interpretação constitucional. É desse ponto que emerge o aparente conflito entre jurisdição e política, vez que, originalmente, a atribuição da jurisdição constitucional delimitava-se, unicamente, à tarefa interpretativa, em seu sentido mais restrito; no entanto, com o influxo que sofre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, essas funções dos Tribunais sofrem influxos e são alteradas.⁷³

⁷⁰ HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; SILVA, Jailce Campos e. O princípio da juridicidade e o controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários na implementação das políticas sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 113-141, jul./set. 2022.

⁷¹ ROA ROA, Jorge. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)**, n. 2020-11, p. 01-16, 2020. p. 03.

⁷² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel. In: **Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1999, pp. 141-156. p. 142.

⁷³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel. In: **Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1999, pp. 141-156. p. 142.

É possível extrair da doutrina de Böckenförde o entendimento de que, diante dos efeitos do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais – principalmente em decorrência dos mandados de otimização e de ponderação de valores – haveria espaço para uma atividade interpretativa constitucional mais criativa (porém não desvinculada do direito e das disposições Constitucionais). Assim, tomando-se como base a percepção do autor, bem como transportando-a para a análise do caso em comento, haveria a possibilidade de adoção de uma postura interpretativa tendente a uma perspectiva concretizadora, por parte do TSE e do STF, que fosse destinada a dar concretude aos mandados de igualdade e de não discriminação previstos na Constituição Federal.

Ainda vale asseverar que uma postura extremamente contida e uma leitura programática da Constituição conflita com o aspecto concretizador da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tendo em vista que tal postura, diante da abertura e indeterminação dos contornos dos direitos fundamentais, será incapaz de fornecer uma interpretação constitucional concretizadora de direitos,⁷⁴ por receio de entregar nas mãos dos juízes esse papel.⁷⁵

Nesse diapasão, há um trecho do voto do Ministro Marco Aurélio que gera indagações interessantes:

A ação afirmativa não compete, em si, ao Judiciário, mas ao Legislativo. Revela opção político-legislativa. [...] Políticas públicas de ação afirmativa, voltadas à correção de desigualdades históricas, conferem concretude a valores constitucionais e evidenciam o conteúdo democrático dos preceitos fundamentais. Decorrem, sem penada única e atropelo, por quem de direito, no campo político, pelo legislador.”⁷⁶

Desse trecho extrai-se uma reflexão complexa, pois, tendo-se em vista que essa política afirmativa em prol do fomento das candidaturas da população negra deveria surgir, exclusivamente, através do Poder Legislativo e, diante do fato de que os candidatos negros encontram dificuldades em obter acesso aos cargos eletivos, acabam logrando baixa representação nos espaços de debate políticos; face a esses fatores, emerge a seguinte problemática: através de que meios a população negra poderá obter políticas

⁷⁴ Para uma visão crítica da postura proativa do Poder Judiciário, ver: CARVALHAES, Rafael Bitencourt; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Questioning our faith in the judiciary: from institutional entrenchment to the monopoly of constitution. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 347-370, maio/ago. 2022.

⁷⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. In: **Staat, Verfassung, Demokratie**: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991, pp. 159-199. p. 192-193.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 05 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435114/false>>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 24-25, grifo nosso.

afirmativas almejando maior inclusão política, maior voz nos espaços de deliberação democrática e como será capaz de romper com o ciclo de ausência e insuficiência de representação política, sendo que, para se chegar a tais resultados, é necessário que seus interesses sejam adequadamente representados nos espaços políticos democráticos (notadamente no âmbito das atividades legislativas do Congresso Nacional)?

Aparentemente a questão é paradoxal, e mais uma vez, a minoria permanece sujeita à boa vontade da maioria para que tenha seus direitos e interesses prestigiados, tendo em vista que, na ausência de ações afirmativas, seu acesso ao campo político é limitado em razão da dificuldade que encontram para serem eleitos.

Importa então destacar os riscos à proteção e representação das minorias quando a responsabilidade por traçar ações afirmativas voltadas para a sua inclusão ficam ao exclusivo encargo das majorias políticas, pois nem sempre será de interesse da maioria prestigiar os direitos e reivindicações dos grupos minoritários.⁷⁷

Tendo em vista a complexidade desse caso é que a atuação contramajoritária se configura como importante ferramenta de correção dos défices da democracia. Conforme advogam Martins e Mituzani:

É possível que o exercício jurisdicional force legislações específicas a determinados grupos minoritários ou alerte para situações em que o Executivo deve iniciar ou ampliar sua atuação por políticas públicas e de inclusão. A atividade do Poder Judiciário reforça a proteção dos que carecem de representatividade ou reconhecimento público, porque explicita os fundamentos jurídicos que lhes acobertam – o que é imprescindível em um Estado de Direito.⁷⁸

No entanto, vale destacar que a forma de propositura do litígio atuou como um aspecto que impossibilitou uma articulação da jurisdição constitucional brasileira no sentido de reconhecer a possibilidade das cotas para negros na política através de uma atuação pautada no papel contramajoritário⁷⁹ exercido pelo STF, já que, conforme Capelletti:

⁷⁷ ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Revista Argumenta – UENP**, n. 20, p. 33-45, 2014. p. 36.

⁷⁸ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; MITUZANI, Larissa. Direito das Minorias Interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro. **Revista Sequência**, n. 63, p. 319-352, dez. 2011. p. 348-349.

⁷⁹ Para além da postura contramajoritária como alternativa de enfrentamento e superação da vontade política majoritária discriminante, a decisão poderia atuar desobstruindo o meio de participação política, ou, conforme a concepção de Ely, operar em uma lógica de “abertura dos canais democráticos”, para, através disso, promover uma maior inclusão política democrática, a qual, reflexamente, prestaria um caráter imparcial e moralmente correto às decisões políticas, uma vez que, conforme Santiago Nino, “si todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución a un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción”. ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF

*o judicial process, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado ex officio pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja actio constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional.*⁸⁰

Com isso, destaca-se a importância dos litígios estratégicos para que seja possível que o mais alto tribunal brasileiro fixe decisões que promovam mudanças sociais significativas através de casos paradigmáticos. Assim, os litígios estratégicos são vistos como uma

*ferramenta para fortalecer as lutas pela ampliação de direitos, sobretudo dos direitos fundamentais, interagindo com o que denomina-se de judicialização das relações sociais. O litígio estratégico consiste numa prática voltada para a transformação da realidade social, tendo como escopo veicular temas constitucionais aos quais não foi dado o devido tratamento pelo poder público, buscando conferir visibilidade ao objeto de reivindicação e alcançar o reconhecimento ou a ampliação do conteúdo do direito pelas vias ordinárias próprias. Utiliza o Poder Judiciário como locus de deliberação política e convida os demais atores constitucionais, juntamente com a sociedade, ao diálogo.*⁸¹

No entanto, no caso da ADPF 738/DF, essa articulação voltada ao reconhecimento das ações afirmativas de inclusão das minorias negras na política não foi almejada, de modo que a reivindicação registrada junto ao Supremo Tribunal Federal foi apenas no sentido de buscar pela aplicação da decisão do TSE ainda nas eleições do 2020, não adentrando de maneira mais específica na questão da fixação do percentual mínimo de cotas para candidaturas de pessoas negras.

Nesse ponto é que a qualificação do litígio — articulado com o intuito de promover uma sentença estruturante voltada à correção da situação de desigualdade estrutural, a qual ocasiona uma representação política deficitária dessa parcela da população — se mostra uma alternativa viável a sanar a questão. Consoante a isso, Sagüés advoga que:

a fin de lograr una adecuada tutela jurisdiccional de la desigualdad estructural mediante la instrumentación de acciones afirmativas de discriminación inversa, es necesario un litigio complejo estructural a través de procesos constitucionales objetivos — de

Martins Fontes, 2010. p. 181-182. SANTIAGO NINO, Carlos. **La constitución de la democracia deliberativa**. Tradução de Roberto P. Saba. Espanha: Editorial Gedisa, 1997. p. 166.

⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 76.

⁸¹ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público): Ao fim e ao cabo, denominações de um mesmo instituto para a defesa de direitos fundamentais? **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 27, n. 1, p. 1-12, jan./mar. 2022. p. 03.

*inconstitucionalidade por omisión — o bien subjetivos de naturaliza colectiva, acorde con las características que exige la ponderación de las acciones positivas.*⁸²

Com isso, tomando como base a perspectiva da autora⁸³ quanto à adoção de um litígio estrategicamente proposto a fim de obter ações afirmativas através da atividade jurisdicional, é possível perceber que, no caso da ADPF 738/DF, não ocorreu esse tipo de articulação estratégica, pois, se levada em consideração a maneira como a jurisdição constitucional foi chamada a se manifestar sobre o assunto — uma vez que o pedido da ação é voltado, exclusivamente, para o debate a respeito da aplicabilidade da decisão do TSE às eleições subsequentes e não manifesta, de maneira direta, pretensão de ver sanada a situação de desigualdade de representação política dos negros através da articulação de ações afirmativas.

No entanto, importa destacar que o litígio estratégico não possui como único objetivo a superação de um problema por intermédio da obtenção de respostas exitosas às demandas judiciais que propõe. Isso pois, mesmo naqueles casos em que se obtenha um resultado diverso daquele inicialmente pretendido com a demanda, ainda assim, acaba atendendo ao seu papel de trazer à pauta e a conhecimento o problema, ou seja, “um caso “perdido” judicialmente pode ser um caso “ganho” em termos de tematização social”.⁸⁴

Nesse diapasão, de acordo com Osório⁸⁵, mesmo nos casos em que o Poder Judiciário adote uma postura refratária e de cunho mais conservador, ainda assim, “o litígio estratégico pode cumprir o papel de sensibilizar a corte e os juízes quanto ao tema, e adaptar as respostas judiciais aos problemas apresentados, como em casos que envolvem implementação de políticas públicas”.

Levando em consideração essa perspectiva do litígio como estratégia para provocar a conscientização sobre problemas estruturais, é possível identificar que os

⁸² SAGÜES, María Sofía. Discriminación estructural, inclusión y litigios estratégicos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FLORES PANTOJA, Rogelio (Coord.). **Inclusión, lus Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana**. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Colección Constitución y Derechos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 129-178. p. 177.

⁸³ SAGÜES, María Sofía. Discriminación estructural, inclusión y litigios estratégicos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FLORES PANTOJA, Rogelio (Coord.). **Inclusión, lus Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana**. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Colección Constitución y Derechos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 129-178. p. 178.

⁸⁴ CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 60.

⁸⁵ OSÓRIO, Letícia. O litígio estratégico pressupõe um judiciário independente e criativo. In: FUNDO BRASIL DE DIREITOS HUMANOS. **Litigância Estratégica em Direitos Humanos: experiências e reflexões**. São Paulo: FBDH, 2016. pp. 14-17. p. 17.

debates desenvolvidos na decisão da ADPF 738/DF alinham-se, em grande medida, a esse papel, uma vez que, segundo Cardoso

Por vezes, uma resposta judicial negativa pode gerar debate suficiente a ponto de provocar ações futuras do próprio judiciário, mudando a sua interpretação em outros casos, ou de outras instituições, como criação de uma lei e mudanças de uma política pública. Estes resultados independem de qualquer capacidade direta de intervenção do judiciário na esfera de outras instituições, decorrem sim da sensibilização e mobilização social e da mídia para o tema a partir do caso litigado.⁸⁶

Assim, os litígios estratégicos podem contribuir para o processo de visibilização do problema e uma consequente inserção da questão na agenda política, para que a pauta seja tratada pelos demais Poderes e atores e obtenha soluções, independentemente do resultado do litígio judicial.

5. CONCLUSÃO

Inicialmente, pretendeu-se demonstrar, através da análise do teor das decisões da ADI 5617/DF e da ADPF 738, as diferenças existentes no caso das cotas femininas e das pretensas cotas raciais na política. Da análise, pode-se constatar que, segundo o posicionamento exarado pelo STF na decisão da ADPF 738/DF, a impossibilidade de reconhecimento da equiparação das cotas para negros na política em relação às cotas femininas se deu em razão de que as primeiras não contavam com qualquer reconhecimento legislativo expresso, enquanto as segundas, antes mesmo da decisão do STF na ADI 5617/DF, já contavam com uma previsão legislativa nesse sentido, sendo que a decisão do STF apenas realizou uma interpretação da norma em relação à proporcionalidade do percentual de financiamento de campanhas femininas em relação ao percentual de cotas já existentes.

Em um segundo momento, foi evidenciada a situação de sub-representação da população negra no Brasil, assim como abordou-se sobre o dever de atuação protetiva das Cortes Constitucionais em relação às minorias diante da situação de ausência ou insuficiência de representação política, relacionando o assunto aos debates a respeito dos limites e da legitimidade da atuação da jurisdição constitucional na ADPF 738/DF.

Por fim, averiguou-se a possibilidade de uma atuação protetiva da jurisdição constitucional voltada a promover a inclusão da população negra na política. Nesse ponto, observou-se que, em casos como o da ADPF 738/DF, onde é possível constatar que uma minoria não consegue obter, por si só, força suficiente para ter uma representação política adequada, a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional se

⁸⁶ CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 60.

configura como uma ferramenta de correção dessa insuficiência democrática, atuando como canal de acesso aqueles grupos que por inúmeras vezes são silenciados no procedimento democrático.

No entanto, para que essa atuação seja articulada de maneira adequada e pretendendo-se que essas decisões promovam mudanças sociais significativas, é essencial que a propositura da ação seja articulada visando a tais fins. Nesse ponto destacam-se as valiosas contribuições dos litígios estratégicos, para que, a partir deles, a jurisdição constitucional tenha as condições mínimas suficientes para proferir decisões estruturais voltadas não só para a promoção da igualdade de representação política e a correção das insuficiências e défcies da democracia, bem como, para que produzam alteração na realidade social em prol da proteção das minorias e dos grupos vulneráveis enquanto diretiva norteadora do Estado Democrático de Direito.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Revista Argumenta – UENP**, n. 20, p. 33-45, 2014.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Os efeitos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até a ADO nº 26/DF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 131-155, out./dez. 2021.

BAZÁN, Víctor. **Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Políticas públicas de Governo e de Estado – uma distinção um pouco complexa: necessidade de diferenciação entre modelos decisórios, arranjos institucionais e objetivos de políticas públicas de Governo e Estado. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 631-667, set./dez. 2021.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel. In: **Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1999, pp. 141-156.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. In: **Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991, pp. 159-199.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n. 116**, de 30 de novembro de 2011. Autor da proposta: Luiz Alberto (PT/BA). Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=529275>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 10 de novembro de 1999. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Mulheres na política: ações buscam garantir maior participação feminina no poder**. 27 de maio de 2022. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/05/aliados-na-luta-por-mais-mulheres-na-politica>>. Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Negros representam 56% da população brasileira, mas representatividade em cargos de decisão é baixa**. 11 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/08/negros-representam-56-da-populacao-brasileira-mas-representatividade-em-cargos-de-decisao-e-baixa>>. Acesso em 01 abr. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Observatório Equidade no Legislativo**. 26 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/responsabilidade-social/oel/observatorio-de-equidade-nos-legislativos-federal-e-estaduais>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 08 de junho de 2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 05 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435114/false>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=698469>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 27 de maio de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5617/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 16 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5080398>>. Acesso em: 08 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n. 0600306-47.2019.6.00.0000/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/942852216/consulta-ctael-6003064720196000000-brasilia-df>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas sobre as eleições de 2020**. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE lança campanha para incentivar mais mulheres na política nas Eleições 2022**. 21 de junho de 2022. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Junho/tse-lanca-campanha-para-incentivar-mais-mulheres-na-politica-nas-eleicoes-2022>>. Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE promove audiência pública sobre “Desigualdade Racial e Sistema Eleitoral”**. 18 de maio de 2022. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Maio/presidente-do-tse-enfatiza-baixa-representatividade-negra-no-congresso-em-audiencia-publica-sobre-desigualdade-racial-e-sistema-eleitoral>>. Acesso em: 05 jul. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As ações afirmativas no Supremo Tribunal Federal: conexões entre direito e política na difícil promoção da equidade racial no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 51-74, jan./mar. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHAES, Rafael Bitencourt; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Questioning our faith in the judiciary: from institutional entrenchment to the monopoly of constitution. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 347-370, maio/ago. 2022.

CASTILHOS, Ângelo Soares. O procedimento de consulta ao Tribunal Superior Eleitoral: o novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica. **Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 13, n. 2, p. 55-78, 2019.

DUARTE, Evandro Piza; BERTÚLIO, Dora Lucia de Lima; QUEIROZ, Marcos. Direito à liberdade e à igualdade nas políticas de reconhecimento: fundamentos jurídicos da identificação dos beneficiários nas cotas raciais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 173-210, abr./jun. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GARDIN, Sílvia. Representación política y equilibrios de género en Italia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 37-56, jul./set. 2022.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GARGARELLA, Roberto. La revisión judicial en democracias defectuosas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, p. 153-169, 2019.

HALTERN, Ulrich R. **Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen**: das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; SILVA, Jailce Campos e. O princípio da juridicidade e o controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários na implementação das políticas sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 113-141, jul./set. 2022.

LANDA ARROYO, Cesar. **Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional**. México: Editorial Porrúa, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional democrática**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LIMA, Sabrina Santos; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O controle de constitucionalidade e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias: análise crítica da ADC nº 41 (cotas raciais em concursos públicos). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 507-528, maio/ago. 2021.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; MITUZANI, Larissa. Direito das Minorias Interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro. **Revista Sequência**, n. 63, p. 319-352, dez. 2011.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Nova constituição chilena, paridade de gênero e regulamentação de direitos sexuais e reprodutivos: uma mirada para os standards interamericanos. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 20, n. especial, p. 264-290, 2022. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002022000300264&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 06 jul. 2022.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público): Ao fim e ao cabo, denominações de um mesmo instituto para a defesa de direitos fundamentais? **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 27, n. 1, p. 1-12, jan./mar. 2022.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 1, p. 82-118, jan./jun. 2021.

OSÓRIO, Letícia. O litígio estratégico pressupõe um judiciário independente e criativo. In: FUNDO BRASIL DE DIREITOS HUMANOS. **Litigância Estratégica em Direitos Humanos**: experiências e reflexões. São Paulo: FBDH, 2016. p. 14-17.

ROA ROA, Jorge. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)**, n. 2020-11, p. 01-16, 2020.

RODRIGUES, Carla. Análise da ADPF nº 738: avanço histórico para a participação de negros e pardos na política brasileira. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**, Belo Horizonte, ano 13, n. 24, p. 43-57, jan./jun. 2021.

SAGÜES, María Sofía. Discriminación estructural, inclusión y litígios estratégicos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FLORES PANTOJA, Rogelio (Coord.). **Inclusión, los Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana**. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Colección Constitución y Derechos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 129-178.

SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. The role of the Judicial Branch in Brazilian rule of law erosion. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 731-769, set./dez. 2021.

SANTIAGO NINO, Carlos. **La constitución de la democracia deliberativa**. Tradução de Roberto P. Saba. Espanha: Editorial Gedisa, 1997.

VARGAS, Eliziane Fardin de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O Direito à igualdade e não-discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5617/DF e a doutrina das categorias suspeitas. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 22, n. 2, p. 85-114, 9 maio 2022.

YOUNG, Iris Marion. **La justicia y la política de la diferencia**. Madrid: Catedra, 2000.