UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

ISIS APARECIDA CONCEIÇÃO.

Movimentos Sociais e Judiciário: Uma análise
comparativa entre Brasil e Estados Unidos da
América do Norte.

São Paulo
2014

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

ISIS APARECIDA CONCEIÇÃO.

**Movimentos Sociais e Judiciário: Uma análise
comparativa entre Brasil e Estados Unidos da
América do Norte.**

Tese de Doutorado apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo para obtenção do título de
Doutora em Direito do Estado sob
orientação da Professora Doutora Eunice
Aparecida de Jesus Prudente.

**São Paulo
2014**

Agradecimentos:

O desenvolvimento desta tese de doutorado foi um processo muito solitário o que, como afirma Bell Hooks em seu artigo sobre mulheres intelectuais negras, é traço marcante do espaço da academia, e eu diria mais presente no espaço acadêmico do Direito e Justiça Racial no Brasil. Certamente esta tese somente foi concluída graças ao apoio da professora Eunice Aparecida de Jesus Prudente a qual alternou os papéis de orientadora e conselheira. É necessário também agradecer a professora Kimberlé Crenshaw e sua sugestão de aplicar para um período de formação no programa de Estudos Críticos Raciais da Universidade de Califórnia em Los Angeles. Ao professor Fernando Andrade Fernandes que me iniciou na pesquisa científica do Direito. Também fazem-se presentes na memória, neste momento, o professor Ivair Santos, Jaques d'Ásky, professoras Äsli Bali e Tenday Achiume, bem como a membro do grupo de experts da ONU para Pessoas Afro Descendentes senhora Mireile Fanon –Mendes e o Ministro membro da Delegação Brasileira do Brasil em Genebra juntos à ONU e outros Organismos Internacionais senhor João Genésio de Almeida Filho. Sem a intervenção destas pessoas, raros interlocutores privilegiados, essa tese não seria concluída com a vontade que foi.

Os amigos são muitos, sempre influenciando positivamente a nossa vida. Destaque nesse processo para a querida Luísa Helena Marques e a irmã Flora Telo que desde Angola fincava meus pés no chão nos momentos de

desânimo. Também cabe agradeço aos funcionários da faculdade de direito da USP.

Cabe, como de praxe, agradecimento a minha família, cada um imprimindo em mim uma parte de sua personalidade, herança ancestral. E, por fim, agradecer aos ancestrais que abrem meu caminho, e sopram pra longe o que pode me impedir de alcançar meus sonhos.

“À medida que a escravidão desaparece no tempo, o racismo se fortalece nas consciências.” Alexis Tocqueville – A Democracia na América.

Resumo.

A implementação de políticas de Ações Afirmativas no ensino superior do Brasil comemorou seu aniversário de 10 anos em 2013. O presente antecipado da comemoração foi a decisão de Abril de 2012 do Supremo Tribunal Federal que declarou em a constitucionalidade daquelas Políticas mesmo em face das críticas. As teses dos requerentes e requeridos no processo majoritariamente apoiaram-se na experiência Norte Americana de Justiça Racial. Reconhecendo que naquele país as políticas raciais de ações afirmativas foram desconstruídas e a desigualdade racial permaneceu, segundo alguns igual ou pior a que existia nos anos de legislação Jim Crown, entende-se de significativa importância observar e analisar a implementação das leis e normas de promoção de igualdade racial e combate ao racismo no Brasil a partir das lentes que buscaram explicar a desconstrução do uso de raça como categoria jurídica nos EUA.

Quais elementos jurídicos viabilizaram a ocorrência do que chamam de ressegregação da sociedade americana? Quais elementos desse processo de ressegregação se fazem presentes no nosso processo de implementação de políticas de inclusão? As declarações dos Judiciário, Executivo e Legislativo reconhecendo a legalidade e fazendo uso da categoria raça, espelham uma conjuntura doméstica e Internacional a qual não permanecerá *ad eternum*. Tal conjuntura constitui se num momento em que é possível a intervenção em instituições, buscando a redução das desigualdades raciais e do racismo. Contudo, conforme mencionado, tal conjuntura não se manterá e surge a pergunta sobre a maneira pela qual se pode garantir que ao fim desse *momentum* tais conquistas permanecerão?

Utilizando o princípio de convergência de interesses, cunhado por Derrick Bell, analisamos as decisões do Tribunal de São Paulo e do STF que aplicam leis de combate ao racismo e de promoção de igualdade racial. O objetivo foi identificar a presença de leis e julgamentos “álbis” os quais são uteis para o Estado no cenário Internacional de Direitos Humanos, contudo, sem

possibilidades de execução que possibilite mudanças estruturais sem possibilidade de retrocesso, como ocorreu nos Estados Unidos. Acreditamos que analisar o judiciário com tal ferramenta nos permitirá a visualização lúcida deste *momentum* e uma intervenção mais consciente por parte do Movimento Social Negro para a conquista da Justiça Racial.

Palavras Chaves: Teoria Crítica Racial, Judiciário, Movimento Social Negro, Racismo, Direitos Humanos, Direito Internacional, Convergência de Interesses.

Abstract

The implementation of affirmative action policies in higher education in Brazil celebrated its 10th anniversary in 2013. The early gift of this celebration's was the April's decision of the Supreme Court declaring the constitutionality of those policies even in face of criticism. Claimants and defendants' rationale in the case relied mostly on the experience of North American's history of Racial Justice. Recognizing that race based affirmative action policies were deconstructed by the American Supreme Court and racial inequality remained the same or even worse to that existed in the Jim Crow's years, we believe of significant importance to observe and analyze the implementation of laws and regulations to promote racial equality in Brazil using lenses that sought to explain the deconstruction of the use of race as a legal category in the U.S.

What legal elements made possible the occurrence of what they call ressegregation of American society? What elements of this ressegregation's process are present in our implementation of inclusion policies? The statements of the judiciary, executive and legislative recognizing the legality of making use of race as a category reflects a domestic and international momentum which will not remain ad eternum . Such a situation is in a time when intervention seeking to reduce racial inequality and racism in institutions is possible. However, as mentioned, this situation cannot be maintained for too long like we learned with the American experience and the question about the way in which we can ensure that this momentum won't be over before achievements of the black movement goals?

Using the principle of Interest convergence, coined by Derrick Bell, we analyze the decisions of the Court of São Paulo and the Brazil's Supreme Court application of laws to combat racism and promote racial equality. The objective was to identify the presence of laws and judgments " alibis " which are useful to the State in the International scenario of Human Rights , however, without the possibility of implementing structural changes that would provide no possibility of backsliding, as occurred in the United States . We believe that analyzing the

judiciary with such a tool will allow us to lucid viewing this momentum and a more conscious intervention by the Social Movement for the conquest of the Black Racial Justice.

Keys words.: RacialCritical Theory, Judiciary, SocialNegroMovement, Racism, HumanRights, International Law, ConvergingInterests

Résumé

La mise en oeuvre de politiques de discrimination positive dans l'enseignement supérieur au Brésil a célébré son 10^e anniversaire en 2013. Le t^ot cadeau de cette célébration a été la décision de avril de 2012 la Cour suprême déclarant la constitutionnalité de ces politiques, même dans le visage de la critique. Les thèses de demandeurs et des défenseurs dans le cas la plupart du temps invoqués sur l'expérience de la justice raciale en Amérique du Nord . Reconnaisant que, dans ce pays, les politiques d'action positive ont été déconstruits raciales et les inégalités raciales sont restés , selon certains même ou pire qui existait dans la législation de Jim Crow , le terme d'une grande importance pour observer et analyser la mise en oeuvre des lois et des règlements pour promouvoir l'égalité raciale et la lutte contre le racisme au Brésil de lentilles qui ont cherché à expliquer la déconstruction de l'utilisation de la race comme catégorie juridique aux États-Unis.

Quels sont les éléments juridiques a rendu possible la survenue de ce qu'ils appellent réségrégation de la société américaine? Quels sont les éléments de ce processus réségrégation sont présents dans notre processus de mise en oeuvre de politiques d'inclusion ? Les états de l'appareil judiciaire, exécutif et législatif et la reconnaissance de la légalité de faire usage de la catégorie *raça* reflètent un échellennationale et intrnationale que ne restera pas ad eternum. Une telle situation est à une époque où l'intervention est possible dans les institutions, visant à réduire l'inégalité raciale et le racisme. Cependant, comme mentionné , cette situation ne peut pas être maintenue et la question de la façon dont nous pouvons faire en sorte que cet élan pour terminer ces réalisations restent se pose?

En utilisant le principe de la convergence des intérêts , inventé par Derrick Bell, nous analysons les décisions de la Cour de São Paulo et le Cour suprême au Brésil applicables des lois pour lutter contre le racisme et promouvoir l'égalité raciale . L'objectif était d'identifier la présence de lois et jugements » alibis " qui sont utiles à l'État dans le scénario international des

droits de l'homme, cependant, sans la possibilité de la mise en œuvre des changements structurels qui permet aucune possibilité de retour en arrière , comme cela s'est produit aux États-Unis . Nous croyons que l'analyse de la magistrature d'un tel outil nous permettra de regarder cette dynamique et une intervention plus consciente par le Mouvement Social pour la conquête de la justice raciale noire.

Clésmots. : Théorie critiqueraciale, judiciaire, Mouvement socialNegro, racisme, droits de l'homme, du droit international, des intérêts convergents

Sumário

1. Introdução.....	13
2. Capítulo sobre a relação histórica do judiciário americano com o movimento negro daquele país.	24
2.1.1 O Caso Dred Scott.....	25
2.1.2 O Casos dos Direitos Civis.....	29
2.1.3 Plessy v Ferguson	33
2.2 A Promessa Não cumprida: o Caso Brown v Board of Education.	37
2.3 Griggs v. Duke Power a expansão do antissegregacionismo no Mercado de Trabalho....	44
2.3.1 Washington v Davis o início das desconstruções de promessas.	45
2.3.2 Ricci v DeStefano	46
2.4 O Caso Bakke o fim das Cotas.	48
2.5 Gratz e Grutter o afunilamento de uma passagem com a exigência de “adaptações minuciosa e meteticulasamente elaboradas”	50
2.5.1 Parents Involved v Seattle Schools	52
2.6 Os recentes ataques de morte: o caso Fisher e Shelby a Suprema Corte de Obama e a ideologia de Cegueira Racial.	53
3 Capítulo sobre a teoria de Convergências de Interesses de Derrick Bell e sua aplicação como ferramenta de análise das relações Movimento Negro e Judiciário.....	57
3.1 Exemplos de Convergência de Interesses em Casos de Justiça Racial pré Emenda 14 nos EUA.	63
3.2 O princípio da Convergência de Interesses	65
3.3 A Convergência de Interesses sob as lentes da Política Internacional.....	68
4 As Ambições do Estado Brasileiro no cenário Internacional e o alinhamento com as demandas dos Movimentos Sociais Negro.	82
5. Os reflexos da convergência de interesses no judiciário doméstico do Brasil, o exemplo do Tribunal de São Paulo e do STF no julgamento da ADPF-186-DF	89
5.1 O Tribunal de Justiça de São Paulo e a proteção dos Direitos das vítimas de racismo.....	89
5.2 O Tribunal de Justiça de São Paulo sob as lentes da Teoria Crítica Racial: Acórdãos de 2000 a 2012.....	109
5.3 O Julgamento das Políticas de Cotas da UNB – Nossa Suprema Corte e seu segundo momento racial.	123
6. Conclusão.	138
Bibliografia	148

1. Introdução.

A tese apresentada é o resultado de uma trajetória acadêmica iniciada no ano de 2000, com resumo apresentado em Congresso de Iniciação Científica, intitulado “Obstáculos em preto e branco: a desigualdade racial no acesso à justiça.” No decorrer deste período de quatorze anos, o objeto mais amplo desta pesquisa – “Direito e Racismo no Sistema de Justiça” - foi desenvolvido de forma a incorporar experiências pessoais junto ao Movimento Social Negro e a diversas instituições de ensino e de promoção de direitos humanos no Brasil e no mundo.

Esse amadurecimento acadêmico foi possível em razão do apoio de agências de fomento à pesquisa, como a PROEX (Pro Reitoria de Pesquisa Extensão da UNESP), CNPq-PIBIC (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica) e FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo), durante a graduação. O estudo foi continuado através do tema: “Produção e Transmissão de Conhecimento Sobre Igualdade Racial”, e apresentado por meio de monografia de conclusão de especialização em Direitos Humanos. Outrossim, foi resultado desta trajetória a Dissertação de Mestrado, depois publicada como livro, intitulada: “Racismo Estrutural no Brasil”. No decorrer desses quatorze anos, diversas experiências de formação enquanto ativista do Movimento Social Negro em espaços como o Departamento Jurídico da OEA (Organização dos Estados Americanos), Missão Brasileira junto à ONU e outros Organismos Internacionais, EQUITAS,

Núcleo de Teoria Crítica Racial da Universidade HUMBOLDT e Programa de Lei de Interesse Público da Faculdade de Direito da UCLA (Universidade de Los Angeles/Califórnia) formaram a pesquisadora.

É em razão disso e com fundamento nesta trajetória, que o objeto desta tese acadêmica apresenta-se. A experiência pessoal de um indivíduo alvo de políticas públicas que consegue mudar, no espaço da academia, sua posição de objeto para a de sujeito, leva a pensar as estruturas sociais do judiciário, os motivos pelos quais elas funcionam e como funcionam, além de obras que tenham problematizado o assunto e, principalmente, os silêncios e ausências naturalizados e não questionados no espaço da academia do direito.

Os cenários nacional e internacional nunca foram tão propícios para a implementação de políticas de promoção de igualdade racial e combate ao racismo no Brasil. A recente proclamação pela Assembleia-Geral da ONU - por consenso - da Década Internacional dos Afrodescendentes, nomeada “Pessoas Afrodescendentes: Reconhecimento, Justiça e Desenvolvimento”, é forte indício desse contexto.

O balanço de uma década de implementação de cotas raciais em universidades públicas, sua ampliação para o espaço do funcionalismo público de algumas cidades e estados, e ainda, através da proposta encaminhada pela Presidenta de ampliação para o espaço do funcionalismo federal, dentre outros fatos, indicam que o reconhecimento de que o racismo existe e o compromisso com o combate deste e com a promoção da igualdade racial tem relevante atenção do Poder Executivo do Brasil.

Apesar da expressiva manifestação do Executivo brasileiro, no sentido de implementar diversas políticas de promoção da igualdade, existe uma

superatensão ao executivo e desatenção ao que se passa no poder judiciário. Esse poder é um ator importante na legitimidade e manutenção da realização dessas políticas.

Após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186-DF, em que foi declarada a constitucionalidade do uso da categoria raça para a solução de problemas sociais de desigualdade no acesso ao ensino superior, reconhecendo que tal conduto não viola o princípio constitucional da Isonomia, alguns meses depois, a presidenta Dilma Roussef assinou decreto implementando cotas raciais, condicionadas ao pré-requisito social, em todas Universidades Federais.

Essa é a primeira vitória de um caso de Justiça Racial conquistado pelo Movimento Social Negro no Espaço do Supremo Tribunal Federal. O Judiciário passou a ser, recentemente, palco de atuação dos movimentos sociais do Brasil e de sua democracia recém-adquirida.

Apesar das inúmeras declarações de leis para proteção dos negros no país - Lei Afonso Arinos, Lei Caó, Injúria qualificada por racismo, e alteração processual definindo o crime de Injúria como de ação condicionada - ainda é constante a insatisfação com a atuação do judiciário quando este é provocado a aplicar tais leis explicitando a resistência desse poder em relação ao tema.

Atualmente, a influência de Organizações de Direitos Humanos na atuação de movimentos sociais tem levado organizações do movimento negro a valerem-se de estratégias elaboradas em um contexto de militância não racial para combate ao racismo.

Essa tática, de busca por casos emblemáticos e de uso da litigância estratégica, parece dessaber a inclinação ideológica do Judiciário e reflete

orientações de “ONGs guarda-chuvas” que ignoram os elementos racialmente estruturantes da sociedade, os quais constituem, inclusive, formação, funcionamento e atuação dessas na interação com o judiciário.

A insatisfação com as respostas do Judiciário para as ações de combate à discriminação racial e as estratégias que alcançam conquistas nesse espaço refletem a cegueira racial dessas organizações, pois estas atuam com as ferramentas de litigância estratégica para defesa de direitos humanos universalistas quando atuam na proteção de direitos de grupos específicos, a exemplo de direitos raciais.

A estratégia de litigância é apontada por alguns teóricos da Escola de Teoria Crítica Racial como um dos motivos de enfraquecimento do movimento social negro. Isso porque, nos EUA, houve um enorme uso do Judiciário como fonte de apoio, o que implicou em ignorar que “significativas mudanças sociais e econômicas precisam de constante vigilância e atuação por parte dos grupos desprivilegiados.” (BELL 1995, p.18)

Nos EUA, o processo “dessegregação” foi informado por uma convergência de interesses entre movimento social negro e Governo do Estado Americano. Acreditamos ser o mesmo princípio aplicável no que ocorre no Brasil atualmente.

Ademais, acreditamos que da mesma forma como ocorreu nos EUA, tal declaração de leis e normas “álisis” tem uma preocupação com a imagem do Estado perante a política internacional que converge no momento com as demandas dos afrodescendentes do país.

A partir dessa leitura da conjuntura, utilizamos o Judiciário e suas decisões como termômetro da relação do Estado com a sociedade civil

organizada, valendo-nos das lentes do princípio da Convergência de Interesses, cunhado pelo fundador da corrente teórico doutrinária conhecida como Teoria Crítica Racial, o professor da Faculdade de Direito de Harvard Derrick Bell.

Sabemos que analisar o judiciário e sua interação com o movimento negro não é algo novo. Cercado de uma aura de imparcialidade e neutralidade, o sistema de justiça nega os elementos políticos ideológicos que se fazem presentes no seu funcionamento. Esses elementos precisam ser explicitados, quando este é chamado a declarar a legalidade de práticas ou normas que implicam em redistribuição de símbolos e ferramentas de poder na sociedade.

Apesar do aumento da produção teórica sobre Racismo e Direito, reflexo também da implementação de políticas de ações afirmativas no espaço das universidades públicas, bem como do interesse de alunos os quais não se faziam numericamente presentes neste espaço, e que ao ocuparem o mesmo mantiveram seu compromisso com suas origens produzindo conhecimento para maior inclusão e combate ao racismo, essa produção ainda não alcançou o seu potencial pleno, em referências numéricas.

Como em todas as áreas do Direito, a reduzida presença de negros, somada ao baixo estímulo à opção acadêmica no espaço das faculdades de Direito, resulta na necessidade de maior produção de conhecimento sobre esse tema elaborado por pesquisadores negros. Tais debates precisam ultrapassar o espaço da imprensa, alcançando o espaço da Universidade e exigindo o reconhecimento desta produção igualmente como conhecimento acadêmico e não como militância.

Como foi mencionado, poucas são as obras no espaço do Direito que analisaram o racismo no Judiciário para além da notória seletividade racial na atuação repressiva dessa instituição/poder. Como exemplo de pesquisadores que produziram as escassas obras existentes, mencionamos: PIRES, 2013; MATOS, 2009; CONCEIÇÃO, 2009; SILVA, 2001; SILVA, 2002; CHRISTIANO, 2001; PRUDENTE, 1990; BERTULIO, 1989.

Muitos são os cientistas sociais que analisam o Judiciário, e que consideram a raça como importante categoria de análise, como realmente o é. Dentre estes, destacamos as pesquisas de ADORNO, 1995; RACUSEN, 2002; SANTOS, 2012; HERNANDEZ, 2012; GUIMARÃES, 1995, dentre outros autores nacionais e internacionais que buscaram observar o funcionamento do sistema judiciário brasileiro tendo a categoria raça como central em seus estudos.

Ao fazermos essa afirmação, não ignoramos o gigantesco “bum” de produções teórico-acadêmicas da geração pós políticas de cotas. Apesar do reduzido número de jovens estudantes negros que tenham ingressado no espaço das faculdades de Direito, esses, em sua maioria, buscaram produzir conhecimento sobre Direito e Racismo, a exemplo da enorme quantidade de obras com temas relacionados às ações afirmativas no ensino superior.

Ainda que seja significativa a produção sobre ações afirmativas por jovens juristas e inúmeros cientistas sociais negros, destaca-se a quase ausência de obras de autores negros na fundamentação bibliográfica dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da constitucionalidade das cotas, assunto que é também problematizado pela Teoria Crítica Racial e que traz à luz a temática de produção acadêmica não

branca e sua invisibilidade. Contudo, esse não é o tema central da tese, mas, apenas mais uma problematização da estrutura que permite a realidade a qual analisamos.

Assim, observamos o poder judiciário e as decisões dos casos de racismo com um olhar atento para o visível novo alinhamento de padrões da instituição, o Judiciário Paulista e o Supremo Tribunal Federal, com os interesses do Estado brasileiro em sua atuação na política internacional.

As políticas de promoção de igualdade racial e combate ao racismo na história do Brasil inseriram-se constantemente em um contexto de prestação de contas internacional.

A declaração constante de igualdade formal, declaração a não discriminação de Judeus e outros imigrantes e a promulgação de Lei Afonso Arinos foram uma resposta a um incidente que poderia tornar-se diplomático e as recentes normas federais de promoção de igualdade racial confirmam essa interpretação quando da análise da história legislativa de proposição, votação e promulgação das mesmas.

Essa preocupação com a política internacional tornou-se mais presente com o recente posicionamento do Brasil, ambicioso por tomar o posto de liderança dos países do Sul, em conjunto com África do Sul, China, Índia e Rússia. O país então ampliou a atenção para as políticas de justiça racial, o executivo domesticamente implementa normas com intuito de reformar sua imagem e discurso internacional.

O calcanhar de Aquiles da nação tem sido protegido com a criação de uma Secretaria com status de Ministério, um julgamento inédito para uma democracia racial a qual não se reconhece como segregacionista, a aprovação

do Estatuto da Igualdade Racial e de uma lei Federal de cotas sócio raciais nas universidades federais, dentre outras declarações que primariamente fundamentam relatórios internacionais de direitos humanos.

A história de construção da elaboração e efetivação de políticas de Ações Afirmativas no Brasil assemelha-se à Americana, quando optamos por observar o cenário internacional e os benefícios que o Estado brasileiro tem nesse espaço com o reconhecimento do racismo e declaração de normas.

Sabendo que o Judiciário americano desconstruiu tais conquistas não reconhecendo princípios de Justiça Racial perguntamos, é possível perceber, no comportamento do nosso Judiciário os indícios percebidos pela Escola de Teoria Crítica Racial como os motivos que levaram ao fim do movimento de Direitos Civis sem que a igualdade racial fosse alcançada?

Como o movimento social negro pode se resguardar dos previsíveis contra-ataques e mudanças de cenário político internacional e doméstico os quais podem implicar em não mais empatia do executivo com o tema?

Para que o movimento sócio negro ao ser contra atacado tenha se apropriado de forma relevante das ferramentas de autonomia e não se encontre em condições similares ao do movimento negro americano - incapazes de defenderem-se e observando a constante desconstrução das políticas de Justiça Racial pela Suprema Corte - é importante que ao menos nos apropriemos de forma efetiva das ferramentas disponibilizadas neste momento.

Para alcançar nossos objetivos nessa tese, assumimos algumas premissas:

Apesar de o racismo ser estrutural e estruturante no Brasil, ele não sensibiliza ou conquista a solidariedade dos brancos liberais militantes de Direitos Humanos no país. Este assunto foi objeto de dissertação de Mestrado, CONCEIÇÃO, 2009, onde pontuamos como a opção de gestores de políticas de direitos humanos reproduz as dinâmicas racistas das instituições.

Assumimos também, que a natureza das coalisões entre movimento social, ONGs de projeção internacional e governo, está inserida num contexto similar ao que se deu nos EUA, quando do julgamento do caso *Brown v Board*, o que leva a crer que as mesmas resultam de uma interpretação de concessão filantrópica e não de reconhecimento de direitos.

Assumimos ainda, que EUA e Brasil utilizam-se das mesmas ferramentas no que se refere à disputa por poder (direitos econômicos sociais e culturais bem como os direitos civis e políticos) e Justiça Racial.

As obras que analisam o funcionamento do nosso sistema judiciário no combate à discriminação racial apontam críticas idênticas àquelas feitas às respostas da Suprema Corte Americana, quando provocada a declarar-se sobre esse tema. Como exemplo, temos a teoria de intencionalidade, cujo reconhecimento da prática do racismo acontece apenas quando provada a intenção de discriminar.

Assim, partindo dessas assunções, observamos o que se passa no Judiciário, em face das demandas históricas do Movimento Social Negro por combate ao racismo, utilizando lentes da Teoria Crítica Racial e do princípio da convergência de interesses inserindo o judiciário doméstico em um quadro de análise mais amplo, ou seja, o cenário político internacional de proteção dos Direitos Humanos, e este em contexto maior de Política Internacional.

O primeiro capítulo apresenta a história do Direito Racial Americano com os casos emblemáticos estudados até hoje nos cursos de Teoria Crítica Racial e de Direitos Civis. Temos a evolução das decisões da Suprema Corte negando cidadania a negros, reconhecendo a sua condição de libertos, legitimando a segregação, desconstruindo-a e resgatando uma ideologia mais “brasileira” de segregação racial.

O segundo capítulo aborda o Princípio da Convergência de Interesses, cunhado pelo professor Derrick Bell, fundador da Escola de Teoria Crítica Racial, bem como demonstra como esse princípio se aplica no contexto Internacional de Guerra Fria e Julgamento do caso *Brown v Board of Education*, que declarou inconstitucional a segregação das leis Jim Crown nas escolas. Neste capítulo, também contextualizamos o Brasil internacionalmente e os motivos pelo qual, no âmbito da Política Internacional de Justiça Racial, este país encontra-se em situação similar a dos EUA nos anos 50.

O terceiro capítulo analisa decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, com o objetivo de identificar domesticamente os efeitos desta convergência de interesses. Foi feito um recorte temporal de forma a permitir observarem-se os reflexos de declarações internacionais consideradas marcos legais no padrão de decisões do Tribunal de São Paulo. No mesmo capítulo é feita a ponderação sobre os votos, disponíveis até o momento, da ADPF186-DF, a qual reconheceu a legitimidade constitucional do uso do critério de raça na implementação de políticas de cotas e de ações afirmativas nas Universidades Públicas e Privadas do Brasil.

Na análise destes votos buscamos identificar elementos de similaridade ideológica aos valores que justificaram a desconstrução das políticas de Justiça

Racial nos EUA pela Suprema Corte Americana. Esses valores presentes, também, nos discursos que justificaram a implementação e manutenção das ações afirmativas no espaço educacional daquele país a exemplo dos casos *Bakke* e do caso *Brown v Board*.

Por fim, a conclusão da tese retoma a interpretação de que o Princípio de Convergência de Interesses também informa a aplicação “tokenista” de políticas de Justiça Racial no Brasil da mesma forma como informou nos Estados Unidos da América do Norte.

2. Capítulo sobre a relação histórica do judiciário americano com o movimento negro daquele país.

Durante a história dos Afrodescendentes nos EUA o sistema judiciário se fez presente de forma significativa em inúmeros momentos. Uma nação cujos “pais fundadores” eram em sua grande maioria advogados, dentre os 57 signatários da carta 35 possuíam algum treinamento legal ou atuação como juíza local, (Brown, 1976, p.467)e fundada em valores contratuais tem o judiciário como um palco importante na garantia de direitos individuais e para os Afrodescendentes daquele país isso não é diferente.

A percepção generalizada de que as declarações da Suprema Corte definem o dia a dia de todo cidadão americano, ou não cidadão naquele território, até hoje informa as disputas por espaços de poder e privilégios no país.

Essa imagem do judiciário não é exclusiva dos brancos pertencentes às elites daquele país, como foi por muitos anos no Brasil. A confiança no Judiciário, quase uma fé, fez com que ações judiciais fossem imediatamente consideradas como possível ferramenta para a garantia do direito humano de afrodescendentes.

É por essa razão que a história das decisões da Suprema Corte apreciando a garantia do Direito ao tratamento igualmente humano entre brancos e negros naquele país tem início já durante o período escravista.

A provocação de tribunais para que estes declarassem que o direito à liberdade de negros era algo a ser tutelado pelas cortes de justiça, mesmo

reclamando interpretação de direitos de forma restrita, como veremos à seguir, foi uma constante na história dos Estados Unidos e permanece até o presente.

Nos dias atuais, podemos perceber mais uma utilização das cortes de forma defensiva, por parte do movimento negro americano, do que de forma ofensiva, como fora utilizada nos primórdios das ações por justiça racial.

A evolução da jurisprudência de Justiça Racial, como direitos foram negados, concedidos e desconstruídos, perpassa pelos casos emblemáticos que serão apresentados sob as lentes da escola de análise da Teoria Crítica Racial.

O marco temporal da abolição do escravismo não pode ser apresentado como marco desta história. O primeiro caso em que a Suprema Corte manifestou-se sobre direitos de Afrodescendentes acontece antes da Guerra Civil que informou a aprovação das Emendas número 13 e 14 as quais aboliram o escravismo e declararam a igualdade de todos perante a constituição.

2.1.1 O Caso Dred Scott

O Caso Dred Scott explicita a relação do judiciário com os então escravos e não escravos afrodescendentes dos Estados Unidos da América até a declaração das Emendas número 13 e 14.

Dred Scott nasceu na condição de escravizado no estado da Virginia. O seu dono mudou-se para o estado do Missouri e o vendeu, naquele estado, para um soldado do exército americano cujo posto ficava no estado de Illinois,

Em Illinois o escravismo já encontrava-se definido como uma ilegalidade, contudo, Dred Scott permaneceu com seu “dono” naquele estado. Levado novamente em viagem para onde hoje é o Estado de Minnesota, mas naquele tempo fazia parte de Wisconsin – Estado onde o escravismo também se encontrava banido- Dred Scott permaneceu naquele lugar.

No estado de Wisconsin Dred Scott casou-se, indicativo da sua condição e identificação como liberto, e viveu durante vários anos. Quando o seu então “dono” morreu, Dred Scott foi alugado pela esposa herdeira para inúmeros distintos locadores. Ao ter uma oferta pela sua liberdade recusada por sua então “dona”, Dred Scott decidiu processá-la exigindo o reconhecimento de sua condição de livre e tal declaração por parte do judiciário.

A ação foi fundamentada nos precedentes do estado onde ele se encontrava. Naquele estado até então várias declarações foram feitas no sentido de reconhecer o direito à liberdade de escravizados levados para estados onde o escravismo não mais era legal. No caso de Dred Scott a corte do estado de Missouri decidiu reformar o seu entendimento e não reconheceu o direito à liberdade do requerente. No decorrer desse processo em primeiro grau de jurisdição a então “dona” de Dred Scott passou a sua propriedade ao seu irmão, uma vez que ela havia se casado com um abolicionista.

Em face deste novo fato Dred Scott novamente acionou o judiciário alegando desta vez a competência de Justiça Federal para apreciar o caso, haja vista que ele e seu “dono” encontravam-se em jurisdições distintas.

A tese preliminar do requerido foi de que Dred Scott não era cidadão americano, por ser negro, e portanto não poderia apresentar-se perante uma corte daquele país pleiteando tutela de direitos. A preliminar processual não foi

acolhida, contudo no mérito o entendimento da Corte Federal Local foi o de que Dred Scott não tinha direito à liberdade. Então em grau de recurso o caso foi apreciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Definindo a relação do judiciário com sua população negra escravizada ou não escravizada a sentença proferida pela Suprema Corte teve o Juiz Roger Brook Taney como relator. A decisão indicou quais valores a Carta Constitucional daquele país tinha como centrais: a individualidade e proteção da propriedade. Tais valores não permitiam concessões em face da demanda de proteção da dignidade humana de um não branco.

Em uma decisão não unânime, com dois juízes dissidentes, a preliminar alegada foi acolhida pela Suprema Corte determinando que Dred Scott deveria permanecer na sua condição de escravizado. A corte também declarou que a lei do estado de Missouri era inconstitucional e que não era permitido a Estados ou à União legislar sobre a propriedade privada sem a devida compensação.

O relator, Juiz Taney declarou em seu voto que:

“(...) are not included, and were not intended to be included, under the word "citizens" in the Constitution, and can therefore claim none of the rights and privileges which that instrument provides for and secures to citizens of the United States. On the contrary, they were at that time considered as a subordinate and inferior class of beings, who had been subjugated by the dominant race, and, whether emancipated or not, yet remained subject to their authority, and had no rights or privileges but such as those who held the power and Government might choose to grant them. (Finkelman,2007,p. 58)”¹

¹ "Não estão incluídos, e não se intencionava incluí-los, sob a palavra" cidadãos "na Constituição, e não podem, portanto, alegar nenhum dos direitos e privilégios que esse instrumento proporciona e assegura aos cidadãos dos Estados Unidos. Pelo contrário, eles eram na época considerada como uma classe subordinada e inferior dos seres, que haviam sido subjugadas pela raça dominante, e, se emancipado ou não, ainda permanecem sujeitos à

E desenvolveu seu argumento da seguinte forma:

“no one, we presume, supposes that any change in public opinion or feeling, in relation to this unfortunate race, in the civilized nations of Europe or in this country, should induce the court to give to the words of the Constitution a more liberal construction in their favor than they were intended to bear when the instrument was framed and adopted.”²(Finkelman,2007,p. 68)

Esse caso é considerado até hoje como exemplo de uma das maiores falhas da Suprema Corte daquele país em cumprir o seu papel como poder da Federação cujas decisões técnicas têm efeitos políticos importantes.

Os problemas relacionados ao racismo, expressão da interseção entre jurídico e político, não podem ter soluções exclusivamente jurídicas ou políticas. A Suprema Corte ao decidir da forma como o fez infligiu na instituição uma mácula de credibilidade que duraria por anos.

A eleição de Abrahão Lincoln três anos após a decisão proferida pela Corte Constitucional, para alguns, foi um dos efeitos colaterais da inabilidade daquele poder. A eleição de Lincoln acirrou a oposição entre estados livres e estados não livres na decisão de qual seria o regime a ser aplicado aos novos estados anexados no processo de expansão para o oeste do país.

As Emendas número 13 e 14 da Constituição dos Estados Unidos foram promulgadas durante o processo da Guerra de Secessão. A Emenda número

essa autoridade, e não tinham direitos ou privilégios, exceto aqueles que os detentores do poder ou o Governo opte por conceder-lhes.

² Ninguém, presumimos, supõe que qualquer mudança na opinião pública ou sentimento, em relação a esta raça infeliz, nas nações civilizadas da Europa ou nos Estados Unidos, deve induzir o tribunal a dar às palavras da Constituição uma construção mais liberal em favor daqueles do que os constituintes tinham a intenção de tolerar quando o instrumento foi idealizado e adotado.

treze tratava do tema da escravidão, declarando todos no território dos Estados Unidos da América cidadãos livres e o escravismo um crime em todo o território nacional. A emenda número quatorze, por sua vez, declarou que todos deveria ser tratados de forma igual, sem discriminações, enfim garantia o direito à igualdade.

As práticas cotidianas, mesmo em face destas emendas constitucionais levaram o Congresso à promulgar em 1875 o primeiro “Ato de Direitos Civis”. Tal ato legislativo garantia livre acesso à estabelecimentos independentemente da “cor, raça, etnia, ou condição prévia de servidão dos cidadãos americanos”. O ato trazia uma preocupação com a condição imposta aos negros após fim do escravismo principalmente no Sul do país.

As práticas violadoras desse ato normativo levaram a Suprema Corte a apreciação de cinco casos que ficaram conhecidos como “Os Casos dos Direitos Civis”. A decisão proferida na apreciação destes casos, em 1883 explicitou que Estados Unidos institucionalizaria as praticas de racismo valendo-se de um mecanismo familiar na América Latina: “a omissão”.

2.1.2 O Casos dos Direitos Civis

Os cinco casos dividiam-se em dois casos civis, que tratavam de proibição de acesso a hotéis por pessoas negras, dois também civis ,que tratavam de proibição de acesso ao teatro por pessoas negras e pessoa branca acompanhada de parceiro negro, e um caso criminal,

Os autores requeriam a aplicação da multa prevista em lei para qualquer que descumprisse o ato do Congresso Nacional o qual prescrevia:

“Be it enacted, that all persons within the jurisdiction of the United States Shall be entitled to the full and equal enjoyment of the accommodations, advantages, facilities, and privileges of inns, public conveyances on land or water, theaters, and other places of public amusement; subject only to the conditions and limitations established by law, and applicable alike to citizens of every race and color, regardless of any previous condition of servitude.”³

Ao apreciar os cinco casos a Suprema Corte concluiu que o ato do Congresso era inconstitucional e, portanto, não poderia ser imposto como obrigação aos cidadãos americanos.

Foi declarado que o ato de Direitos Civis violava a emenda número dez da Constituição. Tal Emenda afirma que a União não pode regular sobre poderes os quais pertencem ao Estado ao aos indivíduos.

A Suprema Corte interpretou, com fundamentos nos valores que formaram aquele país, que a União não poderia fundamentar-se na proteção da implementação da emenda número quatorze para violar o pacto federativo regulando atos privados. Estes atos entre privados poderiam ser regulados somente pelos Estados. Na mesma decisão foi proferido que a Corte reconhecia que a Emenda número 13, a qual aboliu o escravismo, interferia em relações privadas, contudo, o conteúdo da Emenda mencionada proibia que as pessoas tivessem escravos, e não que estas comportassem-se de forma discriminatória.

³ " É decretado, que todas as pessoas dentro da jurisdição dos Estados Unidos terão direito ao gozo pleno e equitativo de acomodações, vantagens, facilidades e privilégios de pousadas, transportes públicos sobre terra ou água, teatros e outros locais de diversões públicas; apenas sujeitos às condições e limitações estabelecidas pela lei , e aplicável tanto para os cidadãos de todas as raças e cor, independentemente de qualquer condição prévia de servidão"

O Julgamento dos Casos de Direitos Civis de 1883 foi o primeiro passo do judiciário impulsionando o processo de neutralização das ambições da União em promover a inclusão de afrodescendentes na sociedade americana em pé de igualdade. O Processo de segregação o qual encontrava-se em franca expansão nos Estados do Sul intensificou-se.

A Ideologia, podemos dizer, do continente Americano, de estado ausente no que concernia a promoção de igualdade e proibição de tratamentos desiguais, discriminação e ampliação de privilégios brancos, passou a ser francamente implementada e projetou-se durante anos a fio nos debates sobre o racismo intervenção do judiciário, estados e união. Essa construção chegou a fundamentar até mesmo, a recente declaração da Suprema Corte Americana de que o Ato de Direitos ao Voto não tinha mais justificativa para a sua existência, no julgamento proferido no primeiro semestre de 2013.

Naquele julgamento de 1883 o Ministro Bradley argumentou que:

“When a man has emerged from slavery, and, by the aid of beneficent legislation, has shaken off the inseparable concomitants of that state, there must be some stage in the progress of his elevation when he takes the rank of a mere citizen and ceases to be the special favorite of the laws, and when his rights as a citizen or a man are to be protected in the ordinary modes by which other men's rights are protected. There were thousands of free colored people in this country before the abolition of slavery, enjoying all the essential rights of life, liberty and property the same as white citizens, yet no one at that time thought that it was any invasion of his personal status as a freeman because he was not admitted to all the privileges enjoyed by white citizens, or because he was subjected to discriminations in the enjoyment of accommodations in inns, public conveyances and places of amusement. Mere discriminations on account of race or color were not regarded as badges of slavery. If, since that time, the enjoyment of equal rights in all these respects has become established by constitutional enactment, it is not by force of the Thirteenth Amendment

(which merely abolishes slavery), but by force of the Thirteenth and Fifteenth Amendments.”⁴

O argumento do Ministro em 1883 assemelha-se ao discurso dos dias atuais da Corte. A semente da “transitoriedade” plantada durante a implementação de políticas de ações afirmativas trazia em si o momento em que a retomada de tal discurso, de culpabilização de um grupo e de não reconhecimento das desigualdades racialmente estruturais da sociedade renasceria.

Com a decisão do Caso de Direitos Civis a mensagem enviada pela Suprema Corte foi de que os Estados não estavam submetidos a obrigatoriedade de implementação de legislação anti -racista promulgada pela União, ou seja, cada estado era livre para legislar como bem estendesse as relações raciais de sua população, bem como, também ficou explicitado que a única proibição reconhecida pela Suprema Corte era a de que o escravismo fosse retomado na sociedade americana.

Práticas de semi-escravismo foram implementadas durante esse período principalmente no Sul valendo-se de mecanismos conhecidos como sistema de

⁴ "Quando um homem sai da escravidão, e, com a ajuda de legislação beneficente, tem sacudido os concomitantes inseparáveis desse estado, deve existir alguma etapa no processo da sua elevação quando ele assume o posto de um mero cidadão e deixa ser o favorito especial das leis, e quando os seus direitos como cidadão ou de um homem devem ser protegidos nos modos comuns pelos quais os direitos de outros homens estão protegidos. Existia milhares de pessoas de cor livres neste país antes da abolição da escravatura, desfrutando de todos os direitos essenciais da vida, liberdade e propriedade da mesma forma que cidadãos brancos, mas ninguém naquele momento pensei que era uma violação de seu status pessoal como um homem livre, não ser admitido à todos os privilégios de que gozam os cidadãos brancos, ou porque ele foi submetido a discriminação no gozo de acomodações em hotéis, transportes públicos e locais de diversão. Meras discriminações em razão de raça ou de cor não foram considerados como marcas de escravidão. Se, desde aquela época, o gozo de direitos iguais em todos estes aspectos se estabeleceu por decreto constitucional, não é pela força da Décima Terceira Emenda (que simplesmente abole a escravidão), mas pela força das emendas XIII e XV

barracão, uma prática reconhecida pela legislação brasileira e pelas Nações Unidas como escravidão moderno.

Essas práticas buscavam manter as interações humanas da mesma forma como se davam no período pré-emendas 13 e 14, hierarquização entre raças, supervalorização da branquitude, exploração do trabalho de negros e segregação destes.

O caso paradigmático, ápice da naturalização das práticas segregacionistas pelo judiciário Americano viria a ser conhecido como o caso Plessy. A decisão proferida neste caso, em conjunto com a decisão proferida nos Casos de Direitos Civis, somente seriam desconstruídas com as decisões do caso Brown v Board e outros casos dos anos 60.

2.1.3 Plessy v Ferguson

A decisão do precedente Plessy v Ferguson ficou conhecida como “separados mas iguais.” A corte manifestou entendimento de que separar pessoas em razão de sua raça não caracterizava conduta criminosa e que a garantia de que mesmo separados os indivíduos teriam tratamento igual seria suficiente para resguardar a declaração da Emenda número 14.

Plessy era um homem socialmente branco que nasceu e cresceu na Luisiana. Membro de uma família notoriamente não branca, Plessy gozava dos privilégios da sua condição de negro de pele branca o que indicava que o mesmo era oriundo parcialmente de uma linhagem a qual remetia a uma tradicional família daquela cidade.

O réu na ação criminal foi detido por sentar-se no carro reservado as pessoas brancas e recusar-se em mudar de carro ou deixar o trem quando sua condição de não branco foi “descoberta”.⁵

A defesa de Plessy na ação penal atuou em duas frentes. A primeira alegava que o réu na ação era vítima de uma norma local inconstitucional que separava negros de brancos nos transportes públicos e, por consequência, tal norma violava a emenda 14. A segunda frente de argumentação questionava a lei de Luisiana que o classificava como não branco por possuir um oitavo de sangue negro. Alegavam os defensores da NAACP que tal lógica não aplicava-se diametralmente, valorando de forma desigual iguais elementos, uma vez que um oitavo de sangue negro fazia de alguém negro mas, um oitavo de sangue branco não fazia de uma pessoa branca, e por tal razão o princípio resguardado na emenda número quatorze também estaria sendo violado e por conseguinte a sua condenação seria ilegal.

Com apenas um voto dissidente a Suprema Corte entendeu como mencionado anteriormente que tal norma não violava a Constituição e a emenda treze ou quatorze. Ao argumentar que o estatuto não violava a emenda número treze o Ministro Brown disse:

“A statute which implies merely a legal distinction between the white and colored races -- a distinction which is founded in the color of the two races and which must always exist so long as white men are distinguished from the other race by color -- has no tendency to destroy

⁵ Existe uma discussão sobre o processo de construção de situações que permitiriam casos exemplares pela NAACP em prol do movimento de Direitos Cívicos. Plessy era socialmente branco e somente poderia ser descoberto por meio de denúncia uma vez que o mesmo conseguiu comprar a passagem de trem para o vagão não negro sem constrangimentos. Alguns afirmam que Rosa Parks também foi aceita como personagem para mais um caso exemplar de litigância estratégica por ter perfil similar ao de Plessy, inclusão social imaculada, exceto pela condição de não branco.

the legal equality of the two races, or reestablish a state of involuntary servitude. Indeed, we do not understand that the Thirteenth Amendment is strenuously relied upon by the plaintiff in error in this connection.”⁶

Ao mesmo tempo a corte também entendeu que o estatuto do Estado não violava a emenda 14 porque:

“The object of the amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but, in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguished from political, equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either. Laws permitting, and even requiring, their separation in places where they are liable to be brought into contact do not necessarily imply the inferiority of either race to the other, and have been generally, if not universally, recognized as within the competency of the state legislatures in the exercise of their police power. The most common instance of this is connected with the establishment of separate schools for white and colored children, which has been held to be a valid exercise of the legislative power even by courts of States where the political rights of the colored race have been longest and most earnestly enforced”⁷

O argumento que futuramente viria a ser aceito pela Suprema Corte, de que a separação colocava uma marca de inferioridade nos negros em relação

⁶ " Um estatuto que implica apenas uma distinção legal entre as raças brancas e coloridas - uma distinção que se baseia na cor das duas raças e que deve sempre existir, desde que os homens brancos são distintos de outra raça por cor - tem nenhuma tendência para destruir a igualdade jurídica das duas raças, ou restabelecer um estado de servidão involuntária. Na verdade, nós não entendemos que a Décima Terceira Emenda é tenazmente invocado pelo autor de forma errônea neste caso. "

⁷ "O objetivo da alteração foi, sem dúvida, reforçar a igualdade absoluta das duas raças perante a lei, mas, na natureza das coisas, não poderia ter sido destinado a abolir as distinções baseadas na cor, ou impor igualdade social, distinta da política, ou uma mistura das duas raças sobre termos insatisfatórios para ambas. Leis que permitem, e até mesmo que requerem, a sua separação em lugares onde eles são suscetíveis de ser postos em contato não necessariamente implicam na inferioridade de qualquer raça em relação a outra, e têm sido geralmente, se não universalmente, reconhecido como dentro da competência das legislaturas estaduais no exercício do seu poder de polícia. O exemplo mais comum está relacionado com a criação de escolas separadas para crianças brancas e de cor, que foi reconhecida como um exercício válido do poder legislativo até mesmo pelos tribunais dos Estados os quais os direitos políticos da raça negra têm sido mais longa e fervorosamente implementados "

aos brancos e que por isso deveria ser declarado inconstitucional foi assim afastado naquele julgamento:

We consider the underlying fallacy of the plaintiff's argument to consist in the assumption that the enforced separation of the two races stamps the colored race with a badge of inferiority. If this be so, it is not by reason of anything found in the act, but solely because the colored race chooses to put that construction upon it. The argument necessarily assumes that if, as has been more than once the case and is not unlikely to be so again, the colored race should become the dominant power in the state legislature, and should enact a law in precisely similar terms, it would thereby relegate the white race to an inferior position. We imagine that the white race, at least, would not acquiesce in this assumption. The argument also assumes that social prejudices may be overcome by legislation, and that equal rights cannot be secured to the negro except by an enforced commingling of the two races. We cannot accept this proposition. If the two races are to meet upon terms of social equality, it must be the result of natural affinities, a mutual appreciation of each other's merits, and a voluntary consent of individuals. As was said by the Court of Appeals of New York in *People v. Gallagher*, 93 N. Y. 438, 448,"⁸

(...)

"this end can neither be accomplished nor promoted by laws which conflict with the general sentiment of the community upon whom they are designed to operate. When the government, therefore, has secured to each of its citizens equal rights before the law and equal opportunities for improvement and progress, it has accomplished the end for which it was organized, and performed all of the functions respecting social advantages with which it is endowed."⁹

(...)

⁸ Consideramos uma falácia subjacente o argumento do autor consistente no pressuposto de que a separação forçada das duas raças impinge na raça negra com uma marca de inferioridade. Se isto é assim, não é por causa de qualquer coisa encontrada no ato, mas apenas porque a raça negra escolhe colocar essa construção em cima do ato. O argumento pressupõe, necessariamente, que, se, como tem sido mais de uma vez o caso e não é improvável que seja assim novamente, a raça negra se tornar um grupo dominante na Assembleia Legislativa, e promulgar uma lei em termos precisamente similares, seria assim relegar a raça branca a uma posição inferior. Imaginamos que a raça branca, pelo menos, não iria concordar com essa hipótese. O argumento também supõe que os preconceitos sociais podem ser superados pela legislação, e que a igualdade de direitos não pode ser garantida ao negro, exceto por uma aproximação forçada das duas raças. Não podemos aceitar essa proposta. Se as duas raças irão se equiparar em termos de igualdade social, isso deve ser o resultado de afinidades naturais, uma apreciação mútua dos méritos de cada um, e um consentimento voluntário dos indivíduos. Como foi dito pelo Tribunal de Apelações de Nova York, em o Povo contra Gallagher, 93 NY 438, 448, "

⁹ " este fim não pode nem ser alcançado nem promovido por leis que entram em conflito com o sentimento geral da comunidade sobre quem elas são projetadas para operar. Quando o governo, por isso, garantiu a cada um de seus cidadãos igualdade de direitos perante a lei e igualdade de oportunidades para melhoria e progresso, ele alcançou o fim para o qual foi organizado e realizou todas as funções relativas a benefícios sociais com o qual é dotado "

“Legislation is powerless to eradicate racial instincts or to abolish distinctions based upon physical differences, and the attempt to do so can only result in accentuating the difficulties of the present situation. If the civil and political rights of both races be equal, one cannot be inferior to the other civilly”¹⁰

O caso Plessy v Ferguson permaneceu como o que os americanos chamam de Lei Boa, até a sua revogação com a histórica e exemplar decisão do caso Brown v Board of Education.

2.2 A Promessa Não cumprida: o Caso Brown v Board of Education.

O caso Brown v Board of Education, como mencionamos anteriormente, reflete o momento em que Estados Unidos da América encontravam-se no auge da disputa por área de influência no cenário internacional. Competindo com a URSS pelas antigas colônias do continente Africano, além da América Latina, a contra-propaganda da URSS precisava ser desconstruída com a imagem de que nos EUA a segregação tinha chegado ao fim.

Uma pesquisa feita sobre citações das decisões da Suprema Corte Americana por outras Supremas cortes no mundo identificou 32 citações do caso Brown no mundo indicando o quão internacionalmente divulgada foi a decisão. A Corte Constitucional brasileira também citou julgamento que revolucionou as relações sociais americanas, para fundamentar uma de suas decisões.

¹⁰ "A legislação é impotente para erradicar instintos raciais ou abolir distinções com base em diferenças físicas, e a tentativa de fazer isso só pode resultar em acentuar as dificuldades da situação atual. Se os direitos civis e políticos de ambas as raças são iguais, não se pode afirmar inferioridade de um em relação ao outro civilmente "

As decisões, no entanto, são duas, conhecidas como Brown v Board I e Brown v Board II. A primeira decisão, expressando o auge de um processo de dessegregação dos espaços públicos, iniciado alguns anos antes desse pronunciamento com decisões que declaravam ilegal a segregação em restaurantes e ônibus interestaduais. As decisões anteriores valeram-se de mecanismos de interpretação da Constituição e de normas reguladoras do Comércio. Apesar desses julgamentos anteriores Brown v Board é a decisão referência por ser uma ruptura lógico-ideológica no padrão de decisões da Suprema Corte, reformando julgamento anterior.

A Suprema Corte reviu seu entendimento e levou em consideração, como fundamento para tal, exatamente os argumentos contrariados na decisão Plessy V Fergursson. A segregação não somente infligia desnecessário e injusto sofrimento para as crianças, que tinham que se deslocar por quilômetros de distância para frequentar as poucas escolas para não brancos existentes, escolas essas subfinanciadas com estruturas físicas e humana insuficiente, como também afetava a auto estima destas crianças.

O caso Brown é o clássico “caso exemplar”, isso porque era a demanda certa no momento histórico ideal. A ação individual passou a ser coletiva com a inclusão de outros pais que tinham a mesma insatisfação com a educação em Topeka.

A ação julgada na Suprema Corte apreciou ações originárias da Carolina do Sul, Kansas, Virginia e Delaware. Com fundamentos fáticos similares as ações traziam o pedido comum; a inserção de crianças negras em escolas próximas de suas casas, onde as mesmas tiveram sua admissão negada com

fundamentos nas normas segregacionistas declaradas constitucionais quando da apreciação do caso *Plessy v. Ferguson*.

Informados pelo precedente da Suprema Corte, todas as cortes locais julgaram improcedentes o caso, com exceção da ação julgada em Delaware¹¹ a qual reconheceu a violação da emenda 14 da Constituição Americana nas práticas de segregação nas escolas daquele estado.

A sentença do estado de Kansas declarou que não podia julgar contrariamente à decisão da Suprema Corte, mas que encontravam-se os julgadores também como os autores insatisfeitos com o estado de coisas resultantes da segregação.

O Juiz relator da decisão do Kansas, ao fundamentar sua limitação em razão do modelo de decisões americanos baseados em precedentes da Suprema Corte, *Common Law* afirmou reconhecer o caráter negativo da segregação, mas que naquela cidade as escolas para negros e brancos eram similares em suas estruturas e serviços prestados.

“The effect of this separation on their educational opportunities was well stated by a finding in the Kansas case by a court which nevertheless felt compelled to rule against the Negro plaintiffs: Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law, for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to [retard] the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial[ly] integrated school system. Whatever may have been the extent of psychological knowledge at the time of *Plessy v. Ferguson*, this finding is amply supported by modern authority. Any language in *Plessy v. Ferguson* contrary to this finding is rejected.

¹¹ In each of the cases other than the Delaware case, a three-judge federal district court denied relief to the plaintiffs on the so-called "separate but equal" doctrine announced by this Court in *Plessy v. Ferguson*.

A observação dos juízes daquela cidade, de que reconheciam a perniciosidade da segregação, foi o motivo pelo qual apesar de inúmeros casos com o mesmo objeto terem sido apresentados perante cortes locais o caso Brown tornou-se a referência. Os argumentos do juiz do 10º distrito, apesar do não deferimento do pedido, destacou a natureza desigual da segregação e os efeitos psicológicos resultantes dessa separação.

Durante o julgamento do caso perante a Suprema Corte um dos Ministros veio a falecer em razão de um ataque cardíaco fulminante. Com a morte do ministro Vinson foi nomeado um ministro com posicionamento alinhado ao do executivo, contrário à segregação, e notoriamente conhecido como formador de conciliações, o juiz Earl Warren.

Foi entregue uma decisão unânime no caso, unanimidade creditada às habilidades do então nomeado Ministro Warren.

“With his activism and outspokenness on the issue, Chief Justice Warren led the Court to its unanimous decision to overrule Plessy and declare that the separate but equal doctrine had no place in the public education system.” (Martin, Jr, 1998, P. 1207)¹²

A decisão unânime da Suprema Corte revogou o entendimento do caso Plessy v Ferguson o qual reconhecia como legal e constitucional a segregação racial naquele país. A Corte afirmou que:

¹² Com seu ativismo e franqueza sobre o assunto, Chief Justice Warren levou o Tribunal a sua decisão unânime para anular Plessy e declarar que a doutrina separados mas iguais não tinha lugar no sistema de educação pública."

"We come then to the question presented: Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other "tangible" factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities? We believe that it does."¹³

Continuando a desconstrução do caso Plessy v Ferguson a corte unânime declarou que:

"To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone."¹⁴

E

"Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of law; for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the Negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to retard the educational and mental development of Negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial integrated school system."¹⁵

A festejada decisão do caso Brown trouxe suas incoerências auto destrutivas, também. Uma das teses centrais era de que as escolas não eram

¹³ Chegamos então à questão apresentada: A segregação das crianças nas escolas públicas apenas com base na raça, mesmo que as instalações físicas e outros "fatores tangíveis" podem ser iguais, priva as crianças do grupo minoritário de oportunidades educacionais iguais? Acreditamos que sim

¹⁴ Separá-los de crianças de idade e qualificações semelhantes unicamente por causa de sua raça gera um sentimento de inferioridade quanto ao seu status na comunidade que pode afetar seus corações e mentes de uma maneira improvável de ser desfeita."

¹⁵ "A segregação de crianças brancas e negras nas escolas públicas tem um efeito negativo sobre as crianças de cor. O impacto é maior quando se tem a autorização da lei, porque a política de separar as raças é geralmente interpretada como denotador de a inferioridade do grupo negro. Um senso de inferioridade afeta a motivação de uma criança para aprender. Segregação com a sanção da lei, portanto, tem uma tendência para retardar o desenvolvimento educacional e mental das crianças negras e privá-los de alguns dos benefícios que receberiam em um sistema de escola racialmente integrada".

iguais, e que, portanto, a decisão do caso Plessy estava sendo violada. O argumento de que tal desigualdade somente seria desconstruída com o fim da segregação foi um entendimento para além dos pedidos iniciais, os quais se constituíam numa demanda de educação de igual qualidade para brancos e negros, em resumo, de garantia de tratamento igual.

A decisão do caso Brown II, proferida sete meses depois, buscou responder a pergunta referente a forma como a corte determinaria a implementação da decisão que havia declarado. A decisão Brown II indicou a falta de vontade em implementar verdadeiramente a dessegregação em face do medo de um conflito racial incontrolável dentro da sociedade americana provocado pela intervenção do Judiciário da União no Executivo dos Estados. A decisão do caso Brown II explicitou a impossibilidade do judiciário de programar ou determinar como seria a implementação de políticas públicas, como as de dessegregação nas escolas.

A execução de uma política pública com a finalidade de cumprimento da determinação do judiciário começa a desconstruir a conquista “propagandista” do julgamento do caso Brown. Mas essa desconstrução ocorreu somente no âmbito doméstico permanecendo o caso Brown v Board com suas funções propagandistas até os dias atuais.

A Suprema Corte determinou que a implementação deveria ser feita com “a máxima urgência” (“all deliberate speed”) sem maiores determinações de prazos, metas, ou objetivos a serem alcançados, quais seriam indicadores da real implementação da conquista do movimento social negro americano? Complementarmente foi determinado que o julgamento deveria ser remetido para as cortes locais, em sua maioria dirigidas por juízes contrários à política

de integração, e essas cortes definiriam a velocidade com que a decisão seria executada.

A NAACP começou, então, a agir localmente com o objetivo de implementar a decisão da Suprema Corte e nesse processo enfrentou inúmeras e notórias reações violentas nos estados Sulistas, principalmente, onde a segregação permanece até os dias atuais e a declaração das 13th e 14th emendas representam a maior perda histórica¹⁶ daquela região.

Acontece que o acolhimento do subargumento integracionista¹⁷, em lugar do principal argumento, de promoção de Justiça Racial e Igualdade¹⁸ trouxe efeitos ideológicos e concretos nos Estados Unidos da América que se prolongam até hoje.

É por essa razão que entendo que o caso Brown, imediatamente após cumprir a sua função dentro da lógica de coalizão de interesses doméstica e internacional, marcar um novo discurso do Estado Americano como um todo sobre o racismo no país, trouxe dentro de si mesmo, na sua segunda parte, os elementos que implicavam naquele momento a sua desconstrução e abriu

¹⁶ As Emendas 13 e 14 foram promulgadas no contexto de disputa entre o Norte e o Sul e a derrota do Sul na guerra de secessão. A ambição do Sul de expandir seu regime escravista para os Estados conquistados ao Oeste e a ambição do Norte de expandir seu modelo Industrial para aqueles estados resultou num conflito político que culminou no assassinato do presidente Abrahan Lincoln após a vitória do Norte e da aprovação das Emendas 13 que declarou o fim do escravismo e emenda 14 que declarou a igualdade de todos perante a lei.

¹⁷ Para integracionistas do movimento de Direitos Civis, o fim do uso da raça era o objetivo final a ser alcançado pela implementação das políticas de combate ao racismo e promoção de igualdade racial. Raça deveria deixar de existir ou tornar-se irrelevante como a cor dos olhos é na sociedade atual. Contudo, as críticas a essa corrente questiona se uma sociedade integrada é o fim em si mesmo da implementação de políticas ou se é um indicador do nível de não opressão vivenciado por um grupo racial? Freeman, 1995, p.35

¹⁸ O discurso do movimento de Direitos Civis ao negar a abordagem nacionalista alinhou-se com o entendimento de que o movimento nacionalista equivalia ao movimento supremacista branco, uma vez que este mantinha a racialização das dinâmicas sociais e não buscava negar tal elemento na sua busca da igualdade. Igualdade para os nacionalista não equivalia a neutralidade e. A integração não respondia as demandas de igualdade uma vez que apresentava como subargumento que aos negros somente lhes seria possível gozar de educação, saúde e moradia de qualidade se esses fossem recebidos nos espaços reservados aos brancos. Peller, 1995, passim.

caminhos para a recepção da ideologia de “harmonia racial” denominada de Colorblindness¹⁹ naquele país.

2.3 Griggs v. Duke Power a expansão do antissegregacionismo no Mercado de Trabalho.

Inúmeros casos que se seguiram a decisão de 1954 restringiram cada vez mais o âmbito de aplicação de políticas de combate a discriminação racial e promoção da igualdade.

A interpretação do caso Griggs v. Duke Power²⁰ julgado em 1971, a qual reconhecia que a implementação de uma política com impactos discriminatórios, mesmo quando esta não tivesse intenção discriminatória²¹, se não fossem relacionadas com a atividade da empresa, deveria ser banidas e tornar a empresa responsável pela reparação por meio de implementação de

¹⁹ O argumento do daltonismo racial tem informado uma corrente constitucional a qual tem sua identificação original no voto do caso Plessy v. Ferguson. Essa escola Constitucionalista nega qualquer forma de racismo e tem se mostrado extremamente presente na realidade legal americana. As Constituições de inúmeros Estados, dentro eles Califórnia e Michigan, já passaram por reformas recentes as quais proíbem qualquer uso da categoria raça, seja para políticas negativas ou políticas positivas. Autores como a professora GOTANDA afirmam que a negação do racismo em uma sociedade estruturalmente racializada que subordina não brancos implica na ressegregação da mesma. Esses teóricos apontam a cegueira racial, ou daltonia racial, como a mais nova ferramenta de manutenção da subordinação de não brancos nos EUA. Uma vez que a “interpretação daltônica da Constituição legitima e por consequência mantem as vantagens sócio econômicas que brancos detêm sobre negros.” (GOTANDA, 1991, p.03)

²⁰ We granted the writ in this case to resolve the question whether an employer is prohibited by the Civil Rights Act of 1964, Title VII, from requiring a high school education [401 U.S. 424, 426] or passing of a standardized general intelligence test as a condition of employment in or transfer to jobs when (a) neither standard is shown to be significantly related to successful job performance, (b) both requirements operate to disqualify Negroes at a substantially higher rate than white applicants, and (c) the jobs in question formerly had been filled only by white employees as part of a longstanding practice of giving preference to whites

²¹ We do not suggest that either the District Court or the Court of Appeals erred in examining the employer's intent; but good intent or absence of discriminatory intent does not redeem employment procedures or testing mechanisms that operate as "built-in headwinds" for minority groups and are unrelated to measuring job capability.

políticas que equilibrassem a representatividade de funcionários pertencentes a minorias em todos os postos da empresa, foi uma rara exceção na evolução do entendimento da Suprema Corte.

Apesar de representar uma conquista, a fundamentação do julgamento na ideia de que desigualdade racial é sempre produto de uma ação direta permaneceu. Esse entendimento foi apresentado dentro das argumentações que justificaram a decisão. A prática “neutra” é entendida como uma prática que tem resultados similares aquelas de atos de discriminação somente quando ocorre em contexto onde anteriormente havia casos de ostensivas práticas de discriminação institucional²².

A decisão não centrou seus fundamentos no conceito de intenção, para reconhecer uma prática como discriminatória, mas manteve a vinculação com a ideia de que o racismo moderno sempre tem um autor, no caso, aqueles que num passado seguiram as normas de segregação da cidade ou estado. (FREEMAN, 1995, p.37)

A decisão do caso Griggs v Duke foi logo desconstruída pela mesma corte ao analisar e decidir o caso Washington v Davis.

2.3.1 Washington v Davis o início das desconstruções de promessas.

²²The District Court found that prior to July 2, 1965, the effective date of the Civil Rights Act of 1964, the [401 U.S. 424, 427] Company openly discriminated on the basis of race in the hiring and assigning of employees at its Dan River plant. The plant was organized into five operating departments: (1) Labor, (2) Coal Handling, (3) Operations, (4) Maintenance, and (5) Laboratory and Test. Negroes were employed only in the Labor Department where the highest paying jobs paid less than the lowest paying jobs in the other four "operating" departments in which only whites were employed

Se no caso anterior a corte decidiu que princípios neutros os quais resultam em desproporcionais resultados raciais teriam que ser justificados, para o propósito da legislação antidiscriminação intenção significava conduta que produzia resultados racialmente desiguais, e que o melhor meio de evitar tais desproporções era através das ações afirmativas, no caso em análise a corte afastou as duas concepções permitindo que o tokenismo voluntário virasse a regra no mercado de trabalho americano. (FREEMAN, 1995, p.44)

2.3.2 Ricci v DeStefano

No ano de 2009 a desconstrução no âmbito do dos Direitos Trabalhistas foi ampliada com o julgamento do caso Ricci v DeStefano. A corte declarou que não havendo provas significativas de que a empregadora seria acionada judicialmente, sob a alegação de impacto desproporcionalmente discriminatório, não caberia à empregadora empregar políticas para alcançar representatividade proporcional. A implementação de tais políticas para equilíbrio representativo, conforme entendeu a Suprema Corte, violava os direitos dos não pertencentes a minorias. Os autores da ação inseriram novamente no espaço de argumentação da Suprema Corte a ideia de “racismo ao contrário”²³.

²³ A ideia de racismo reverso tem se feito amplamente presente em todo o mundo como estratégia de desconstrução das ferramentas de proteção das minorias raciais cunhadas nesse século XX. Como exemplo temos a França: Em 26 de Outubro de 2012 o Tribunal de Paris realizou a audiência do caso cujos fatos se deram em 2010 tornando-se um peculiar caso de racismo anti branco europeu na França. Segundo o Jornal Le Monde o suposto agressor é acusado de ter agredido a vítima no metrô de Paris ao gritar para esta “branco sujo, francês sujo, branco novato”. A organização de combate ao racismo “Licra” tentou usar este caso como um caso paradigmático que explicitaria o posicionamento do Judiciário e sociedade Francesa no que concerne ao entendimento da possibilidade de racismo anti branco. A legislação Francesa possui uma previsão de agravante de determinados crimes quando estes são motivados racialmente. Seria o caso em questão onde uma pessoa branca francesa foi

Alguns apontam esse caso como um exemplo de “ressentimento racial”, ou seja, de interpretação de políticas de inclusão como ferramenta que exclui brancos melhor qualificados de espaços que lhe pertencem por direito. Esse ressentimento segundo alguns teria informado a ideia de que era possível constatar a prática de racismo reverso quando a Cidade de New Haven decidiu anular o teste em face da constatação de que nenhum afrodescendente havia sido aprovado e o temor de ser responsabilizada pelo impacto racialmente desproporcional do exame²⁴.

No âmbito educacional a implementação de políticas de “ações afirmativas” foram desconstruídas com decisões da Suprema Corte que restringiram cada vez mais o âmbito de implementação de ferramentas de

agredida por um branco não Francês, aparentemente, informado por um animo discriminatório e racista. Acontece que o perfil do agressor parecia bem conveniente para uma ação criminal onde a vítima é branca europeia o agressor um branco não europeu com antecedentes criminais diversos relacionados a agressão. Durante a audiência na 13 Câmara Criminal do Tribunal de Paris o acusado apresentou-se ele mesmo como sendo pessoa branca e portanto não tinha de forma alguma intenção racista em seus insultos. Em 26 de Outubro de 2012 o Tribunal de Paris realizou a audiência do caso cujos fatos se deram em 2010 tornando-se um peculiar caso de racismo anti branco europeu na França. Segundo o Jornal Le Monde o suposto agressor é acusado de ter agredido a vítima no metrô de Paris ao gritar para esta “branco sujo, francês sujo, branco novato”. A organização de combate ao racismo “Licra” tentou usar este caso como um caso paradigmático que explicitaria o posicionamento do Judiciário e sociedade Francesa no que concerne ao entendimento da possibilidade de racismo anti branco. A legislação Francesa possui uma previsão de agravante de determinados crimes quando estes são motivados racialmente. Seria o caso em questão onde uma pessoa branca francesa foi agredida por um branco não Francês, aparentemente, informado por um animo discriminatório e racista. Acontece que o perfil do agressor parecia bem conveniente para uma ação criminal onde a vítima é branca europeia e o agressor um branco não europeu com antecedentes criminais diversos relacionados a agressão. Durante a audiência na 13 Câmara Criminal do Tribunal de Paris o acusado apresentou-se ele mesmo como sendo pessoa branca e portanto não tinha de forma alguma intenção racista em seus insultos. O Debate sobre a existência ou não de um racismo anti brancos divide até mesmo os militantes anti racismo da França. O debate iniciado nos anos 80 era apresentado por grupos identificados como ultraliberais de direita. O termo cunhado nos anos 80 parece refletir uma ideologia anti semita muito mais antiga na França. Acontece que o conteúdo de racismo anti branco hoje na França apresenta-se desvinculado da ideologia a qual lhe deu origem e busca revestir-se de uma aparência de anti racismo indiscriminado. Enquanto alguns afirma que “Ideologias e palavras não têm proprietários” valendo-se do processo de absorção da ideologia de racismo anti branco para utilizá-lo como plataforma de legitimação política, alguns insistem ser ilógico utilizar-se de uma legislação específica para proteger brancos quando a legislação anti racismo existente aplica-se a todas as raças e protege, também, os brancos das práticas racistas. Disponível em: (http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/11/14/racisme-anti-blanc-non-a-une-imposture_1790315_3232.html)

²⁴ WARE, 2011

promoção de inclusão de minorias no espaço do ensino superior americano. Concluindo com a negação das premissas dessegracionistas com o caso *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1* em 2007.

2.4 O Caso Bakke o fim das Cotas.

O Caso Bakke (1978) é o primeiro caso em que a Suprema Corte restringiu o uso de ferramentas de promoção de justiça racial nas universidades americanas. Naquele julgamento foi decidido que o sistema de cotas raciais não poderia ser implementado, pois a reserva de vagas violava a emenda 14 da Constituição. A Suprema Corte manteve, porém, o entendimento de que raça era um fato que poderia ser considerado, dentre os diversos fatores utilizados na seleção de estudantes para vagas em universidades.

A decisão do caso Bakke retirou o potencial de implementação legal de políticas de ações afirmativas tornando estas um exercício de predileções das instituições de ensino naquele país. Isso porque foi permitido que raça fosse levada em consideração como critério de seleção, contudo, as vagas não poderiam ser reservadas e nem metas a serem alcançadas de representatividade de grupos minoritários poderiam ser estabelecidas. A decisão do caso Bakke fundamentou a inconstitucionalidade da reserva de vagas com um fundamento similar ao de racismo reverso²⁵. O relator afirmou que:

²⁵We have never approved a classification that aids persons perceived as members of relatively victimized groups at the expense of other innocent individuals in the absence of judicial, legislative, or administrative findings of constitutional or statutory violations. (N'so nunca

“It is evidente that the Davis special admission program involves the use of an explicit racial classification never before countenanced by this Court. It tells applicants who are not Negro, Asian or Chicano that they are totally excluded from a specific percentage of the seats in the entering class”²⁶

É possível perceber que a Corte adotou essa tese no argumento de que a Universidade ao agir de forma discriminatória tinha o ônus de provar e não o requerente, autor da ação.

O Ministro relator, Powell, focou sua atenção nos prejuízos que eram impostos aos alunos não negros que eram excluídos da seleção das vagas reservadas.

Apesar da Corte local, da Califórnia, ter decidido que raça não poderia ser utilizada de forma alguma, contudo, não ter garantido ao Bakke o Direito de ingressar na Universidade, a Suprema Corte manteve o entendimento de que as políticas de cotas eram inconstitucionais, com base em outro fundamento, e garantiu ao Bakke o Direito de ingresso no programa do Curso de Medicina.

Dentre as várias teses que buscaram garantir a manutenção do uso da categoria raça, apenas a existência de um corpo estudantil diverso se manteve com o decorrer dos anos: “The freedom of a university to make its own judgments as to education includes the selection of its student body.”²⁷ E o argumento de diversidade do corpo estudantil tem sido a única tese aceita

aprovamos uma classificação que ajuda pessoas percebidas como membros de grupos relativamente vitimizados às custas de outros indivíduos inocentes sem a constatação de violações administrativas, legislativas, constitucionais, normativas.

²⁶ É evidente que o sistema especial de admissão envolve o uso de uma classificação racial explícita nunca autorizado por esta corte. Ele afirma para os aplicantes não negros, asiáticos ou Latinos que eles estão totalmente excluídos de uma percentagem específica de lugares numa turma de primeiro ano.

²⁷ “A liberdade de uma universidade de tomar suas decisões relacionadas à educação incluem o processo de seleção do corpo discente.

pelas cortes desde então como autorizador do uso da categoria raça como um dos elementos da seleção para as universidades.

2.5 Gratz e Grutter o afinilamento de uma passagem com a exigência de “adaptações minunciosa e meteticulasamente elaboradas”.

Os casos Gratz v Bollinger e Grutter v Bollinger avançaram a desconstrução de uma política de justiça racial timidamente implementada no ensino superior. O caso Grutter afirmou que raça poderia ser usada, como um dentre os inúmeros elementos para a seleção de estudantes nas universidades tendo o objetivo de garantir diversidade de forma a resguardar a presença de uma “massa crítica” de representantes de minorias, impedindo que políticas de justiça racial e inclusão no ensino superior resumissem-se a tokenismos.

O Caso Gratz afirmou a inconstitucionalidade do uso de raça num sistema de pontuações. Atribuir mais pontos para membros de uma raça em detrimento de membros de outras raças, conforme o julgamento da Suprema Corte do ano de 2003, viola a emenda constitucional número 14 que garante igual tratamento entre os cidadãos americanos.

A decisão do caso Grutter, referência para implementação das poucas políticas de promoção de justiça racial no ensino superior existentes nos dias atuais nos Estados Unidos, apontou critérios bem específicos e restritos para a legalidade do uso dessas ferramentas.

Raça deve ser utilizada como última opção, após todos os outros mecanismos “neutros” não conseguirem alcançar e promover a necessária diversidade. Uma vez que cotas são inconstitucionais tal diversidade vai ser

observada e constatada quando uma turma não tiver “Tokens”²⁸ e ao mesmo tempo tiver representatividade de diversidade.

Mesmo em face de critérios impressionantemente indefinidos e exigências do uso de ferramentas restritas o último caso apreciado pela Suprema Corte sobre raça como categoria de seleção no ensino superior, Fisher, explicitou como tal desconstrução não satisfaz a contraofensiva às cotas raciais e a última fronteira é atacada de diversas formas.

A Juíza O’Connor quando de sua decisão do caso Grutter afirmou que desejava que tais políticas, que utilizam raça como categoria, não seriam mais necessárias após 25 anos a contar daquela data. Um comentário manifestando um desejo foi interpretado como uma recomendação e muitos entendem que o prazo de 25 anos deve ser tomado como norma.

Para além das armadilhas da justificativa temporal, que busca tranquilizar “aliados” de que estas políticas não serão implementadas até que a situação de opressão racial inverta-se, mas sim, serão implementadas somente até que desigualdades crassas deixem de existir, o argumento de temporariedade da implementação de políticas afirmativas não apresenta qual o critério definidor de identificação deste ansiado e negociado lapso temporal.

²⁸ TOKENISMO é definido como uma política de esforço mínimo e simbólicos na direção da integração racial, de gênero, etc. Apesar de ser um termo cunhado pela Teoria Feminista da Justiça se faz presente no espaço das Nações Unidas nos debates sobre participação de crianças nas políticas de Direitos das Crianças. “(...) describe those instances in which children are apparently given a voice, but in fact have little or no choice about the subject or the style of communicating it, and little or no opportunity to formulate their own opinions.” (descreve aquelas instancias onde as crianças aparentemente têm voz, mas em realidade, elas não tem escolha sobre o assunto ou modo de comunicação além de nenhuma ou muito pouca oportunidade de formular suas próprias opiniões sobre o assunto que falam.” Existe uma construção nos espaços da Teoria Racial e Teoria Feminista sobre a existência de “bons” e “maus” Tokens, (Fineman apud CONCEIÇÃO, 2009, p.43) bem como a declaração da Suprema Corte Americana, no caso Grutter, de que Tokenismo não atende os interesses de promoção de diversidade no espaço da Universidade, tendo sido o conceito de Massa Crítica adotado por aquela Corte como o paradigma de oposição ao Tokenismo, massa crítica a qual deve ser alcançada na universidade e em sala de aula.

2.5.1 Parents Involved v Seattle Schools

A decisão desse caso é significativa porque diferente do entendimento do ensino superior, a Suprema Corte não manteve como legalmente legítimas práticas que promovem a diversidade no espaço da educação básica. Nesse julgamento a Suprema Corte proibiu que Escolas de Educação Básica Públicas aplicassem planos de integração racial.

O Julgamento deste caso chama a atenção, pois declarou os programas de integração das escolas de Seattle não suficientemente “meticulosamente elaborado”, vários votos indicaram que apesar da decisão proferida pela maioria da Corte, de que o uso de raça como categoria pode ocorrer quando em conformidade com as estritas recomendações da Suprema Corte, houve fortes indicativos de que a vontade dos Ministros era de levar o julgamento um passo adiante proibindo o uso de raça por complemento.

O julgamento também chama a atenção porque mostrava quais eram e são as tendências dessa formação da Suprema Corte quanto ao tema de Justiça Racial mais do que quanto aos seus efeitos. Após as mensagens confusas do caso *Brown v Board*, o qual declarou o fim da segregação mas não declarou a necessidade de integração ou quais medidas deveriam ser utilizadas para alcançar tal integração, o país não sabia quais eram os limites e diversas ferramentas de promoção de integração foram levadas à apreciação da Suprema Corte e declaradas inconstitucionais. (RYAN, 2007, p.139)

Assim, a integração que nunca ocorreu não seria desconstruída com tal decisão, mas o julgamento de *Parents Involved* sinalizou claramente qual a concepção de Justiça Racial e Racialismo da Suprema Corte.

A ideologia de cegueira racial é explicitamente notável em trechos deste julgamento em que a Suprema Corte foi chamada a apreciar práticas de discriminação “de facto” e não de discriminação “de júri”.

O Juiz Robert relator da decisão da corte declarou eloquentemente: “The way to stop discrimination on the basis of race is to stop discriminating on the basis of race.”²⁹Explicitando o novo entendimento de que não existe mais simpatia ao racialismo por parte daquela Corte.

2.6 Os recentes ataques de morte: o caso Fisher e Shelby a Suprema Corte de Obama e a ideologia de Cegueira Racial.

Fisher valendo-se de comentários, dictum, no voto do caso *Grutter* e resgatando a filosofia de cegueira ou daltonismo racial, alegou que nenhuma universidade poderia utilizar raça de qualquer forma em seus critérios de seleção para acesso no ensino superior nos dias atuais nos EUA uma vez que a realidade racial do país não justifica mais a aplicação de políticas racializadas.

Tal entendimento já se encontra presente nas Constituições de diversos estados americanos a exemplo da Califórnia e Michigan. A Corte regional de Califórnia entendeu constitucional a emenda que proíbe o uso de raça para

²⁹ “A forma de acabar com a discriminação de raça e para com as discriminações de raça”. Esse trecho explicita a não distinção que o relator faz entre discriminação positiva ou afirmativa, e a ideia de que a negação da existência de raças resultará a longo prazo no fim do racialismo.

critérios de seleção, seja o uso positivo ou negativo. A corte regional de Michigan derrubou tal emenda Constitucional entendendo que esta violou o processo eleitoral e garantias eleitorais, em momento algum se manifestando sobre a temática de justiça racial.

O caso Fisher apresentado no primeiro semestre de 2013 foi devolvido às cortes locais para devida apreciação, haja vista a constatação de falhas processuais na apreciação do caso. Contudo existe um forte receio de que os contra ataques permanecerão acontecendo e, em face da fragilidade da minoria negra e outras minorias raciais, eles terminem por ser acolhidos na Suprema Corte.

A recente decisão, de Junho de 2013, e fundamento referente a garantia legal de proteção ao direito de voto de negros americanos deixa evidente qual é a linha ideológica da Suprema Corte e de que forma será decidido o mérito de um caso sobre raça como categoria no processo de seleção para universidades americanas.

No caso SHELBY COUNTY, ALABAMA v. HOLDER, ATTORNEY GENERAL, ET AL o “Ato de Direitos ao Voto foi considerado inconstitucional uma vez que sua formula não pode mais ser usada como fundamento para submeter as jurisdições eleitorais a pré avaliação da União. “

No fundamento da decisão foi afirmado que quando da aprovação de tal ato este consistia em

:”strong medicine, but Congress determined it was needed to address entrenched racial discrimination in voting, “an insidious and

pervasive evil which had been perpetuated in certain parts of our country through unrelenting and ingenious defiance of the Constitution”³⁰

E continuou afirmando que :

“At the same time, voting discrimination still exists; no one doubts that. The question is whether the Act’s extraordinary measures, including its disparate treatment of the States, continue to satisfy constitutional requirements. As we put it a short time ago, “the Act imposes current burdens and must be justified by current needs.”³¹

Para então concluir:

“Congress did not use the record it compiled to shape a coverage formula grounded in current conditions. It instead reenacted a formula based on 40-year-old facts having no logical relation to the present day. The dissent relies on “second-generation barriers,” which are not impediments to the casting of ballots, but rather electoral arrangements that affect the weight of minority votes. That does not cure the problem.” (...)
32 “Congress may draft another formula based on current conditions.”

Muitos se valem de elementos cotidianos atuais, como a existência de Colin Powel, Condoleza Rice, e do Presidente Obama ou até mesmo dados estatísticos que mostram que a maioria futura do país será não branca, como uma prova de que as políticas de ações afirmativas alcançaram o seu objetivo e não têm mais razão de ser. Acontece que as teses abraçadas pelas cortes

^{30.}” O remédio é forte, mas o Congresso determinou ser necessário intervir nas discriminações raciais enraizadas no processo de eleição, um mal insidioso e pervazivo que tem sido perpetuado em certas partes em certas partes do nosso país por meio de incessante e enganoso desafio à constituição

³¹ A discriminação nas eleições ainda existe, ninguém duvida disso. A questão é se as medidas extraordinárias, incluindo o tratamento desigual entre os estados, continuam a satisfazer os requisitos constitucionais. Como colocamos há pouco tempo atrás ‘o ato impõe atualmente encargos que precisam ser justificados pelas necessidades atuais.

³² O Congresso não usou os registros que ele computou para modelar a fórmula de cobertura informados pelas condições atuais. Em lugar disso ele reeditou uma fórmula baseada em fatos de 40 anos atrás que não tem relações com os dias atuais. O Dissenso atualmente fundamenta-se nas “barreiras de segunda geração” as quais não são impedimentos para o exercício do voto, mas sim refletem arranjos eleitorais que afetam o peso do voto das minorias. Isso não resolve o problema (...) O Congresso tem condições de reelaborar uma nova fórmula com fundamento nas condições atuais.

não contemplavam a demanda de igualdade. As concessões foram sempre parciais e condicionadas e permanecem sendo parciais e condicionadas. Parcialidade que parece parte da negociação, mas que terminam por descaracterizar e inviabilizar o objetivo final, a promoção de igualdade racial estável.

A inclusão de negros nos diversos espaços têm sido interpretadas pelos teóricos da escola de Teoria Crítica Racial como nada mais do que concessões temporárias e a ausência de direitos continua atingindo de forma desproporcional minorias raciais nos EUA bem como os privilégios continuam desproporcionalmente distribuídos dentre uma minoria numérica de brancos americanos que não querem abrir mão desses em prol de uma sociedade justa e igualitária. .

A história dos Direitos Raciais pelas lentes da Suprema Corte Americana explicitam a importância que a tese do professor Derrick Bell de convergência de interesses tem, como ela realmente tem aplicação para explicar a desconstrução de uma promessa e como a experiência americana pode servir de indicativos para a implementação de políticas e posicionamentos dos Movimentos Sociais no Brasil.

As cortes não são estáticas e o mesmo espaço conservador, tornado progressista pode rapidamente recuar desmantelando décadas de articulação dos movimentos sociais e Estado para a conquista de Direitos Humanos os quais não foram plenamente reconhecidos e garantidos.

3 Capítulo sobre a teoria de Convergências de Interesses de Derick Bell e sua aplicação como ferramenta de análise das relações Movimento Negro e Judiciário.

O Princípio de Convergência de Interesses foi cunhado pelo professor fundador da escola de Teoria Crítica Racial³³, Derick Bell³⁴. Esse princípio é uma das ferramentas de análise da história das relações raciais nos Estados Unidos. Com ele Derick Bell buscou explicar os fatos ocorridos naquele país e como estes resultaram na realidade atual da população negra.

O professor busca pontuar quais elementos na história dos Afrodescendentes Americanos, enquanto Movimento Social organizado, indicaram e implicaram na fragilidade deste grupo quando do contra ataque, pós Brown v Board, para retomada do “status quo” por parte dos não aliados.

³³ A Teoria Crítica Racial é uma área dos estudos legais nos EUA a qual afirma compelir as pessoas a confrontar de forma crítica a centralidade histórica e cumplicidade das leis em manter a supremacia branca e subordinação não branca. Robert Cover e A. Leon Higginbotham são autores do artigo considerado pioneiro na área. Os trabalhos do professor Derick Bell, muitos anos depois, são identificados como as obras solitárias que influenciaram estudantes de direito e iniciou o movimento que veio a tornar-se a área de conhecimento atual. OS teóricos desta escola analisaram todo o pensamento e doutrina legal a partir do ponto de vista da função que estes exercem em construir e manter a dominação e subordinação racial. Os fundadores desta escola questionavam tanto o senso comum conservador quanto o silêncio liberal, o qual também abraçava categorias identificadas como neutras e no entanto tem sua carga racial, sobre a exclusão racial. (WEST in CRENSHAW, 1995, passim)

³⁴ O Professor Derick Bell foi o primeiro professor negro a alcançar a condição de professor “tenured” na Faculdade de Direito de Harvard. Pode-se dizer que a condição de Tenured é similar a de professor titular em um departamento. Esse professor teve seu contrato renovado por mais de 10 anos consecutivos e, portanto, possui estabilidade no seu cargo. O professor é reconhecido não somente por ser o fundador da Escola de teoria Crítica Racial, mas, também, pela sua decisão de abrir mão de sua posição de professor “tenured” quando a Faculdade de Direito de Harvard não aceitou sua solicitação de que um novo professor representante de minoria, no caso uma professora negra, fosse contratada. Naquela época a faculdade possuía cinco professores negros, três deles tenured, mas nenhuma mulher negra. O professor Derick Bell tirou consecutivas licenças até ser desligado da Universidade e então manteve a sua condição de professor visitante na Universidade de Nova York até o final de sua vida. O professor Derick Bell com sua produção Crítica desconstruiu a imagem idealizada do caso Brown v Board e seus declarados resultados a dessegregação apontando que tais “conquistas” não representaram avanço real para a comunidade negra americana. (DELGADO, 2005, passim)

Sua crítica às negociações que resultaram na decisão proferida no caso Brown v Board, às estratégias utilizadas pelos advogados da NAACP para executar aquele julgamento, à excessiva valoração do simbolismo da decisão, bem como à negação do caráter revolucionário daquele julgamento, que segundo o professor foi uma estratégia de manutenção do “status quo”, colocou o professor em conflito com brancos liberais, brancos conservadores, negros militantes do movimento de Direitos Civis e negros conservadores.

Em suas análises tem como premissa que, passada a euforia da ilusão de conquista e vitória que a decisão da Suprema Corte Americana proferida no caso Brown v Board ofereceu aos militantes antir-racismo americanos, a realidade cotidiana de desigualdade racial e racismo dos negros americanos nunca mudou verdadeiramente.

Conforme diversas pesquisas, é possível afirmar que a situação da população negra nos EUA não mudou de forma significativa e é possível notar que algumas coisas pioraram³⁵, quando comparadas com o período de segregação, para a comunidade negra. O professor escreve tentando explicar porque o fim da segregação não trouxe inclusão e igualdade para os negros americanos.

O reconhecimento da inconstitucionalidade da segregação racial apesar de levar ao fim da segregação racial de júri não eliminou o racismo e a conseqüente desigualdade racial resultante das práticas de racismo cotidianas e enraizadas.

³⁵ O grupo de pesquisas sobre Direitos Civis e o Instituto de Políticas Economicas publicaram relatórios, no caso da segunda organização publicado no jornal The Washington Post. Ambos concluíram que as Escolas Públicas dos EUA hoje são mais segregadas do que eram há 40 anos atrás, como se a dessegregação nunca tivesse ocorrido, realmente. Disponível em <http://www.washingtonpost.com/blogs/answer-sheet/wp/2013/08/29/report-public-schools-more-segregated-now-than-40-years-ago/> acesso em 16.09.2013

As dinâmicas de discriminação após o fim da segregação tornaram-se não explícitas. Essas práticas de discriminação “sutil” seguem um padrão mundial de negação do racismo³⁶, padrão para o qual o judiciário dos países multiculturais parece despreparado.

Inclusive é essa “nova realidade” de racismo “sutil”, somada ao imaginário de brasilianização³⁷ da economia americana, e conseqüentemente da cultura do país, tem levado militantes Afro Americanos pelos Direitos Civis a voltarem com imenso interesse seus olhares para a realidade racial Latino Americana. Isso porque com o fim de um modelo de sociedade legalmente racista e segregada os desafios de compreensão da nova realidade imposta aos negros americanos não permitiam que estes aguardem as dinâmicas sociais se acomodarem, uma vez que esse acomodamento tenderia pra a ressegregação racial *de fato* sem declaração de segregação *de jure* daquela sociedade.

Sobre o alegado fenômeno de Brasilianização dos EUA e o interesse de ativistas dos direitos civis pelo Brasil o Embaixador Lindgren afirmou:

“Hoje em dia, muito mais do que antes, o movimento negro brasileiro, em suas diversas ramificações, tem características próprias, inspiradas ou não em conquistas norte-americanas. O intercâmbio de experiências com os irmãos do Norte é frequente, o respaldo mútuo, natural, e os objetivos, assemelhados. Tais objetivos têm agora, aparentemente, fundamentos tão comuns que se vem tornando corrente

³⁶ “putative discriminators rarely admit discriminatory intent.” Goldberg, Suzanne B., “Discrimination by Comparison” (2010). Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers.Paper.

³⁷ Em 2001 o Diplomata J.A. Lindgren Alves escreveu artigo onde ele sugeriu que o Brasil passava por um americanização enquanto os EUA passava por um processo de brasilianização. Esse debate tornou-se mais popular a medida que as economias no contexto mundial realmente mudaram suas condições com a crise americana dando no mesmo momento em que a economia brasileira cresceu de forma significativa e as desigualdades sociais começaram a diminuir no Brasil, de forma significativa, pela primeira vez.

nos Estados Unidos a interpretação de que a questão racial norte-americana se abasileirou” (2001, p.139)

Essa ideologia tem informado inclusive alguns teóricos da Escola de Teoria Crítica Racial, a exemplo da Professora Tania Hernandez. Conrudo, apesar de serem alertados sobre a realidade de desigualdade racial da América Latina muitos pesquisadores afroamericanossão seduzidos pelo modelo Latino de relações raciais, levando-s inclusive a afirmar que o Brasil é o detentor das respostas para as mazelas da herança da segregação, alguns até anseiam por uma sociedade “mestiça como a brasileira

Em editorial que escreveu para o New York Times em 19 de Outubro de 2012, a professora afirmou que “EUA precisam de Ações Afirmativas no estilo Latino Americano”. A professora ignora em sua análise, claro, que a abordagem sócio econômica é condição para implementação das ações afirmativas raciais enão uma expansão de compreensão de forma de intervenção na desigualdade por parte do Estado Brasileiro. Também ignora que as políticas são idealizadas de forma a serem álibis nas sociedades em que são implementadas.

Apesar dessa continua observação equivocada por parte dos Afro Americanos sobre as relações e política racial na América Latina, houve uma mudança, no olhar internacional para as relações raciais do continente.

Antes interessado em entender a harmonia racial brasileira, de forma a exportá-la para outros países após a segunda guerra mundial passaram a buscar entender a dinâmica de desigualdade racial, constatada em pesquisa financiada pela UNESCO, sem um sistema formal e institucional como o da Africa do Sul e dos EUA, por exemplo. Ativistas americanos hoje acreditam que

ao entender a realidade racial Latino Americana encontrarão as respostas para a desconstrução das dinâmicas raciais da América Latina e, por consequência, para a realidade que se implementou nos EUA pós *Brow v Board* e atualmente encontra-se no seu auge com o discurso pós racialista³⁸.

Durante muito tempo, a crença de que o movimento de Direitos Civis tinha alcançado os seus objetivos independente do que se passava internacionalmente foi uma grande falha e obstáculo para o real empoderamento de afrodescendentes nos EUA e acredita-se que ainda o é.

A falha de contextualização do movimento de Direitos Civis no cenário internacional levou-os a crença que as conquistas deram-se independente de tudo mais o que acontecia no âmbito dos interesses políticos estatais internacionais e domésticos.

A interpretação simplista, e ainda geralmente aceita, de que as conquistas do movimento de Direitos Civis refletiam a presença de não afro americanos iluminados membros do Judiciário, Legislativo e Executivo do país os quais juntaram forças com o movimento negro reflete não somente inocência política mas a permanente ignorância dos americanos quanto ao “resto do mundo” o que é perceptível, até mesmo, dentre militantes do movimento de minorias os quais escolhem acreditar muito mais nas ferramentas domésticas do que nas ferramentas internacionais.

São poucos os ativistas de direitos civis que têm essa abordagem estrutural considerando instituições internacionais e domésticas, muitos outros

³⁸ Pós racialismo é uma expressão muito usada nos EUA que afirma não ser mais aquele um país racializado, assim raça seria uma categoria do passado a qual não caberia mais ser considerada. Pós racialistas referem-se muito a eleição do presidente Barack Obama como a prova de que o país não padece mais de racismo e, portanto, deve-se ignorar raça nas instituições públicas e privadas.

encontram-se limitados por suas identidades nacional e, por conseqüência, imersos na crença de que os mecanismos internacionais não interferem na realidade doméstica do país e que um diálogo entre países é sempre inócuo para a busca de soluções dos problemas no país.

Estados Unidos até os anos 60's possuía uma história de relações raciais legalmente segregacionista. Legislativo, executivo e judiciário encontravam motivos racionais e "coerentes" para manter descendentes de escravos, mexicanos naturalizados americanos e imigrantes de países da Europa oriental, Asia, Africa e Americas excluídos dos privilégios da "branquitude".

O momento de aparente mudança na dinâmica social do país surgiu no caso Brown v Board of Education, que até os dias presentes é mencionado, nos EUA e em todo mundo, como exemplo de ativismo jurídico e decisões do judiciário que revolucionam sociedades.

Conforme pesquisa realizada por LIKE (2012) em uma base de dado que conjugava mais de 100 Supremas Cortes do mundo, foi possível notar a ampla divulgação da decisão do caso Brown e como ela influencia o imaginário dos judiciários do mundo até os dias atuais, permitindo, inclusive, que essa decisão seja citada por outras Supremas Cortes, mesmo que tais citações sejam descontextualizadas dos debates sobre igualdade e discriminação racial.

A decisão do caso Brown v Board é apresentada como uma conquista resultante da formação de coalizões entre diversos e diferentes grupos ignorando que a ilógica do judiciário americano quando apresentado a necessidade de proteção da branquitude em face da concessão de direitos negados a não brancos não foi exclusividade presente inicialmente naquele

juízo. Diversos são os casos na história do judiciário americano que destoam do padrão de negação de direitos da minoria étnica a fim de resguardar os privilégios da maioria branca.

Dentre os diversos casos raciais, onde demandas relacionadas a institucionalizações de proibições e negativas de direitos vinculados a identidade racial foram levados perante a Suprema Corte a argumentação para concessão ou denegação de direitos nem sempre pareceu lógica, mas sempre buscou contemplar a preservação dos privilégios da branquidade.

Esses privilégios e garantias da branquidade eram preservados mesmo que à custa da concessão de direitos, em alguns casos em regime de exceção, para não brancos americanos mostrando que a concessão de direitos para negros americanos sempre esteve condicionada a convergência de interesses desta concessão de direitos aos afroamericanos com a manutenção ou ampliação de privilégios brancos para brancos americanos.

A seguir dois casos anteriores à decisão *Brown v Board* onde o princípio da convergência de interesses conforme cunhado pelo professor Derrick Brown já se fazia perceptível.

3.1 Exemplos de Convergência de Interesses em Casos de Justiça Racial pré Emenda 14 nos EUA.

Como exemplo temos um primeiro caso julgado em 1806 reconheceu o direito de liberdade a uma mulher indígena e seus filhos. A lei reconhecia que indígenas não mais poderiam ser escravizados e que as pessoas carregavam o status de suas mães. A requerente alegava ser filha de mãe indígena e,

portanto, filha de mulher livre e conseqüentemente ela e seus filhos tinham direito à liberdade.

O dono alegou que a mesma tinha a condição de escravizada porque sua ascendência era mista e incluía ascendência Africana. O ônus da prova nesse caso específico foi invertido pela Corte de Virginia uma vez que, apesar da regra ser de que o ônus da prova era do escravizado, a aparência da requerente, a qual parecia branca, levava os juízes a entender que manter o ônus da prova regular poderia implicar na escravização de uma pessoa branca, um risco que estes não queriam assumir.

Assim foi reconhecido o direito de liberdade da requerente no caso, em mais uma expressão da convergência de interesses entre proteção de interesse individual de um não branco e proteção de interesses coletivos de branquitude. (LOPEZ, 1995, p.191)

Um segundo caso, dos anos 30's do século XX, mais especificamente em 1932, em que a Suprema Corte concedeu ganho de causa a uma mulher negra, a qual havia casado com um imigrante Grego branco, reconhecendo a mesma não somente a validade do seu casamento "inter-racial", mas, também, os direitos a receber alimentos e as custas do processo e honorários advocatícios.

A corte entendeu não se tratar de um casamento entre um branco e um negro ou mulato porque a avó da requerida não era negra de puro sangue³⁹. A requerida demonstrava isso ao apresentar fisicamente traços físicos muito próximos ao de uma mulher branca, bem como, sua "postura" e educação

³⁹Esse argument nega totalmente o modelo de racismo de origem que informa EUA até os dias atuais e decide fundado no modelo de racismo de marca, segundo Oracy Nogueira, a classificação na forma como ela se dá nas Américas.

assemelharem-se a de um branco americano, qualidades que o requerente, exmarido, não possuía. O ex marido representava o não americano e naquele momento a garantia de direitos para um negro significava o reconhecimento de valores americanos como mais importantes do que o reconhecimento e concessão dos privilégios da branquidade de um estrangeiro.⁴⁰

Ambos casos exemplificam situações onde interesses de não brancos e interesses de brancos americanos convergiram nas Cortes de Justiça daquele país. Essa tradição principalmente nos debates sobre direitos garantidos em razão da raça, como por exemplo direitos de cidadania e liberdade, foi teorizada pelo professor, fundador da Escola de Teoria Crítica Racial, Derrick Bell.

Assim a ferramenta cunhada pelo professor Bell permite a análise de várias mudanças de padrões de decisão judicial os quais parecem sinalizar mudanças estruturais mas, na verdade, são reajustes para manutenção do status quo.

O professor Derrick Bell ao cunhar essa ferramenta tenta explicar porque “a promessa de transformar os negros americanos de pedintes em cidadãos que reclamam direitos constitucionais” (BELL, 1980, p.518) não se tornou real com a vitória do caso decisão Brown v Board.

3.2 O princípio da Convergência de Interesses

O princípio da convergência de interesses é uma ferramenta de leitura de fatos que pode informar interpretações presentes e prospecções futuras,

⁴⁰Theophanis v Theophanis, Court of Appeals of Kentucky, 244 Ky. 689; 51 S.W.2d 957; 1932.

contudo, conforme o professor Derick Bell ele mesmo explicou a prospecção de eventos futuros e análise de dinâmicas presentes não é o objetivo central deste princípio. (FELDMAN, 2011)

É uma ferramenta da leitura da história do movimento de direitos civis americano e busca a partir desta leitura explicitar o que se deu no processo histórico de aparente inclusão e manutenção de racismo e exclusão de afro-americanos.

Nesse sentido o professor Derick Bell afirmava que:

"[I]t does not require an unreasonable reading of history to conclude that the degree of progress blacks have made away from slavery and toward equality has depended on whether allowing blacks more or less opportunity best served the interests and aims of white society.⁴¹" (BELL, 1980, p. 523)

E continuou a argumentar sobre este tópico que:

Throughout the history of civil rights policies, even the most serious injustices suffered by blacks, including slavery, segregation, and patterns of murderous violence, have been insufficient, standing alone, to gain real relief from any branch of government. Rather relief from racial discrimination has come only when policymakers recognize that such relief will provide a clear benefit for the nation or portions of the populace⁴²(BELL, 2004, p.49)

e continua :

The most significant political advances for blacks resulted from policies which were intended to serve and had the effect of serving the

⁴¹ Não exige uma leitura fora do normal da história para concluir que o grau de progresso alcançado pelos negros saindo do escravismo em direção a igualdade tem sido condicionado ao atendimento das melhor forma possível dos interesses da sociedade quando é permitido que negros tenham mais ou menos oportunidades.

⁴² Ao longo da história das políticas de direitos civis, até mesmo as mais graves injustiças sofridas pelos negros, incluindo a escravidão, a segregação, e os padrões de violência assassina, têm sido insuficientes, sozinhos, para obter alívio real a partir de qualquer agência do governo. Ao contrário o alívio da discriminação racial veio somente quando os gestores reconheciam que tal alívio iria propiciar um benefício para a nação ou para uma significativa parcel da população

interest and convenience of whites rather than remedying racial injustices against blacks.”⁴³(BELL, 2004, p.56)

O professor Derrick Bell assim como Stokely Carmichael não conseguia ver uma convergência de interesses entre negros e brancos de longo prazo, sem vislumbrar simultaneamente o sacrifício em curto prazo das metas perseguidas pelos negros em favor do interesse do grupo privilegiado.

“In the absence of overt racial discrimination of a character that shocks the public conscience, the Fourteenth Amendment, standing alone, will not authorize judicial relief providing an effective remedy for [B]lack where the remedy sought threatens the superior societal status of middle and upper class whites. It follows that the availability of Fourteenth Amendment protection in racial cases is not actually determined by the character of harm suffered by [B]lack or the quantum of liability against whites. Rather, racial remedies are the outward manifestations of unspoken and perhaps unconscious judicial conclusions that the remedies, if granted, will secure or advance societal interests deemed important by the upper class. Racial justice or its appearance may, from time to time, be counted among the interests deemed important by the courts and the society’s policymakers.”⁴⁴(Bell, 2008, p. 109)

O professor introduz nessa análise o conceito de acaso ou conjuntura racial afirmando que toda política que combate desigualdade racial é, na verdade, resultado do interesse de uma maioria não negra nos produtos da

⁴³ Os mais significativos avanços políticos para negros resultaram de políticas que destinavam-se e tiveram o efeito de atender o interesse em convergência dos brancos ao contrário de buscar remediar injustiças raciais contra negros.

⁴⁴ Ausente a discriminação racial ostensiva de forma a chocar a consciência pública a décima quarta emenda sozinha não autoriza alívio judicial propiciando um remédio eficaz para negros se o remédio ameaçar a superioridade social e status da classe alta e média branca. A possibilidade de proteção da décima quarta emenda em casos raciais não é determinada pelo caráter do dano sofrido pelos negros, nem o quantum de responsabilidade dos brancos. Em vez disso, as reparações raciais as manifestações exteriores de talvez conclusões judiciais inconscientes de que tais indenizações, se concedidas irão garantir ou promover interesses sociais considerados importante pela classe alta. A Justiça racial ou a aparência de Justiça Racial pode ser considerada, de tempos em tempos, entre os interesses considerados importantes pelos tribunais e formuladores de políticas sociais.

aplicação daquela política, produtos os quais nem sempre foram a eficácia da mesma, mas, as vezes, somente a declaração desta.

Um elemento complementar e polêmico deste conceito é o de que não importa qual o resultado da convergência de interesses a política implementada pode ser revogada a qualquer momento quando esta ameaçar a hegemonia branca.

A Teoria da convergência de interesses afirma que a interpretação racialmente justa da Emenda 14 que desconstruiu a legalidade do segregacionismo somente passou a existir porque tal interpretação contemplava interesses da maioria sem prejudicar o “status quo” verdadeiramente.

No caso da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade das leis do sistema Jim Crow nos EUA o elemento que nos interessa como paradigma de comparação com a realidade atual brasileira é o interesse das elites americanas no conflito da guerra fria, ou seja, no âmbito de política internacional.

3.3 A Convergência de Interesses sob as lentes da Política Internacional.

Apesar de nos interessar o caso Brown v Board como paradigma de comparação com a o comportamento do Judiciário brasileiro na última década, o julgamento que declarou ilegal a segregação racial americana, não é o primeiro e único caso onde o executivo dos EUA interveio no Judiciário daquele país com vistas a viabilizar a sua política internacional.

Em 1948 no julgamento do caso Shelley v Kraemer o Procurador da República na qualidade de Amicus Curie em favor dos autores já afirmava que “Estados Unidos encontrasse em situação embaraçosa em suas relações internacionais pelos atos de discriminação no país” (LESTER, 2004, p.457) trechos da petição já explicitavam a preocupação com a imagem internacional do país:

Contudo é no Julgamento do caso Brown, momento de intensidade do processo de Guerra Fria, que a Administração passou a intervir no Judiciário com petições de amicus curies que explicitavam o prejuízo internacional do regime segregacionista. AS petições abertamente alegavam que:

The United States is trying to prove to the people of the world, of every nationality, race and color, that a free democracy is the most civilized and most secure form of government yet devised by man. We must set an example for others by showing firm determination to remove existing flaws in our democracy. The existence of discrimination against minority groups in the United States has an adverse effect upon our relations with other countries. Racial discrimination furnishes grist for the Communist propaganda mills, and it raises doubts even among friendly nations as to the intensity of our devotion to the democratic Faith.”⁴⁵ (LESTER, 2004, p.458)

Como é sabido, o caso Brown v Board of Education é um marco na história do judiciário americano. A decisão reconheceu a ilegalidade da segregação entre negros e brancos em escolas públicas reformando caso

⁴⁵ OS Estados Unidos estão tentando provar para as pessoas de todo o mundo, independente de nacionalidade, raça ou cor, que uma democracia livre é a forma mais civilizada e mais segura de governo ainda inventado pelo homem. Temos de dar o exemplo par os outros, mostrando firme determinação para remover falhas existentes em nossa democracia. A existência de discriminação contra grupos minoritários nos EUA tem um efeito negativo em nossas interações com outros países. A discriminação racial oferece combustível para a máquina de propaganda comunista e levanta dúvidas até entre as nações aliadas sobre a nossa devoção e fé na democracia.

anterior e oferecendo uma nova interpretação para a garantia de igualdade da Emenda Constitucional número 14 da Constituição americana.

O caso representou uma ruptura na trajetória de omissão estatal em face da exclusão de afro americanos. A partir daquela decisão foi reconhecido que não se justificava negar o gozo de Direitos Fundamentais básicos para negros mesmo que esta negação fosse resultado de omissão estatal.

Essa legitimação estatal das práticas de segregação, que resultava das omissões da União em face das leis segregacionistas declaradas localmente, foi desconstruída em longo prazo, com diversas manobras do governo americano para intervir localmente sem violar interpretações do federalismo e teve o seu aparente fim com a decisão do caso Brown v Board.

O contexto que levou o Procurador da República a impetrar tal ação em conjunto com ONGs como NAACP Nacional era o mesmo, contudo os interesses do país no âmbito internacional pós segunda guerra demandavam legitimação deste como o mais qualificado para liderar a remodelagem do mundo a partir dos seus valores.

Ora, remodelar um mundo onde países do continente africano se tornavam independentes exigia uma nova postura das Instituições dos Estados Unidos em face da sistêmica e sistemática discriminação racial promovida pelos particulares sob o guarda-chuva da proteção de direitos individuais daqueles no país.

Durante o período de Guerra fria, vender democracia e participação de todos nas benesses do modelo americano de vida demandava a eliminação

das contradições entre a inclusão no país e imagem de inclusão proposta pelo país.

Analisar a decisão paradigmática do caso Brown v Board de forma contextualizada no âmbito da luta anticomunismo permite reinterpretar as motivações legais e culturais de tal transformação como têm sido popularmente percebidas e estabelecer eventual ponto de comparação com a realidade brasileira.

Identificar esse elemento internacional é importante para entender aplicabilidade da ferramenta de análise da Teoria Crítica Racial a qual Derrick Bell definiu como “convergência de interesses”. Segundo essa ferramenta de análise cunhada pelo professor “blacks receive favorable judicial decisions to the extent that their interests coincide with the interests of whites.”⁴⁶ (DRIVER, 2011, p.151)

A convergência de interesses domésticos entre brancos privilegiados, Estado e negros excluídos acontece, por exemplo, no momento em que o interesse branco tem que mudar suas práticas domésticas em razão das pressões internacionais.

Essas pressões, no contexto da decisão do caso Brown v Board aconteciam em razão do conflito EUA v URSS e as competições por áreas de influência no mundo entre os modelos políticos de cada país. Esse elemento histórico internacional as vezes parece ser ignorado em diversas análises.

Assim, não se deve somente ao comprometimento pessoal de indivíduos dentro das Instituições governamentais e estatais e o interesse em políticas

⁴⁶ Negros recebem decisões judiciais favoráveis limitadas a coincidência de seus interesses com os interesses dos brancos.

eleitorais domésticas informaram as conquistas do Movimento de Direitos Civis americano, conquistas as quais ainda apontam como auge a decisão *Brown v Board*.

Dudziak afirma que não é possível compreender totalmente o processo de dessegregação a abertura para a demanda de integração ignorando a influência que as políticas internacionais no contexto da guerra fria tiveram no posicionamento doméstico do governo americano.

“Cold War concerns provided a motive beyond equality itself for the federal government, including the president and the courts, to action civil rights when it did. But if we strip the story of the complications of the Cold War, what remains is a romantic tale of heroic litigants, lawyers, and judges who did the right thing. There was much heroism and sacrifice in civil rights history, but as Derrick A. Bell Jr and others have argued for decades, the history of American civil rights reform is not a straight forward tale of a struggle for justice, but a complex story that includes self-interest and limited commitments.”⁴⁷(2004, p.34)

Os incidentes com negros europeus, africanos que visitavam Estados Unidos passaram a ser mais observados, não somente pela maior atenção que o mundo passou a dar a “outra” potência mundial pós segunda guerra, mas também, em razão do uso que a URSS fez desta situação doméstica como contra-propaganda.

Uma agenda pró direitos Civis passou então a ser uma agenda anti comunista. A legitimidade Moral passava a ser necessária em conjunto a

⁴⁷Preocupações com a Guerra Fria deram um motivo para além da igualdade, somente, para o governo federal, incluindo o presidente e os tribunais, agir em relação aos Direitos Civis naquele momento. Mas se retirarmos as complicações históricas da Guerra Fria, o que resta é um conto mágico de litigantes heróicos, advogados e juizes que fizeram uma coisa certa. Houve muito heroísmo e sacrifício na história dos direitos civis, mas como Derrick A. Bell Jr e outros têm argumentado durante décadas, a história da reforma dos direitos civis americanos não é uma história direta e retada de uma luta pela justiça, mas uma história complexa que incluía auto-interesse e compromissos limitados

legitimidade militar e econômica para manter a posição de líder internacional dos Estados Unidos da América.

Em um momento em que domesticamente qualquer defensor de Direitos democráticos poderia ser etiquetado como comunista a possibilidade de pressão somente poderia vir de aliados internacionais do governo americano no sentido de pressionar pelo fim da segregação racial que negava direitos básicos “democráticos” aos negros dentro do auto intitulado berço da democracia moderna.

No sul, onde três quartos dos afroamericanos viviam nos anos 50, as condições de trabalho ainda eram semi escravagistas, inúmeros direitos econômicos, sociais e culturais eram negados e estes em conjunção a negação prática de Direitos políticos, como os testes para alistamento como eleitor e a falta de proteção estatal para que afroamericanos pudessem exercer sem riscos de agressões físicas por parte dos brancos, seus direitos políticos de alistamento eleitoral.

A situação do negro, era assim, a maior fonte de contra propaganda Soviética tornando urgente a intervenção do governo domesticamente de forma a manter a legitimidade moral de suas ambições internacionais. É claro que a atenção do governo Soviético, conforme comunicação do embaixador americano em Moscow, tinha objetivos políticos distintos do interesse de melhorar a qualidade de vida dos negros americanos contudo, essa contra propaganda também era uma convergência de interesses entre as demandas do movimento negro em face do estado americano e o conflito da guerra fria entra EUA e URSS. (DUDZIAK, 1988, p.37)

Em Outubro de 1947 a NAACP apresentou uma petição no sistema das Nações Unidas, tal intitulava-se “um apelo ao mundo”. A organização argumentava que a falha da democracia no âmbito doméstico dos EUA, país que liderava a democracia no mundo, resultaria em uma falha da democracia no mundo como um todo a longo prazo. A inclusão do negro americano era um assunto de segurança mundial e nacional.

A Comissão de Direitos Humanos não aceitou a petição da NAACP em Dezembro de 1947, contudo a petição alcançou o objetivo político de trazer atenção doméstica, sobre pressão internacional, para o tema da discriminação racial, mesmo em face das críticas de que a NAACP estaria fornecendo munição para que a União Soviética agisse contra os EUA. Parece que no momento a identidade nacional permaneceu subordinada em comparação a identidade de raça dos afroamericanos.

Em vários *amicus curies* interpostos pelo governo americano em ações anti discriminações argumentos referentes aos prejuízos as relações internacionais dos EUA com outros países alinhavam-se com inúmeros outros argumentos, como a necessidade de livre comércio, e, em menor grau de importância, responsabilidade estatal de proteção de todos os cidadãos no exercício de seus direitos fundamentais.

A decisão do Caso Brown v Board foi a ferramenta necessária para o Departamento de Estado Americano para contra argumentar e iniciar a neutralização a propaganda da URSS. A assembleia de vereadores da cidade de Santos, São Paulo, aprovou uma moção manifestando o voto de satisfação daquela câmara com a decisão que “estabelecia a justa igualdade das raças, essencial para a paz e harmonia universal.” (DUDZUAK, 1988, 114)

Nos países Africanos a decisão foi amplamente celebrada apesar de ter sido recebida com uma certa descrença em relação a sua implementação.

A utilidade que a decisão da Suprema Corte teve, não somente para o movimento pelos Direitos Civis, mas, também, para formuladores de políticas internacionais foi um dos elementos que levou a convergência de desconstrução das leis segregacionistas, tanto por parte de brancos aliados, como por parte de negros americanos.

Quando da decisão daquele julgamento a Revista Time pontuou em um de seus artigos que tal sentença possuiriam efeitos mais significantes para a política internacional do que para as crianças negras em escolas públicas. Essa prospecção pessimista tornou-se realidade.

Não somente a ameaça de expansão do domínio soviético em ex colônias africanas que temiam a implementação de sistema segregacionista informou o posicionamento do governo americano. A presença no país de grupos negros organizados simpatizantes da ordem socialista, resultavam numa dinâmica tautológica que precisava ser quebrada.

Negros eram simpatizantes de outros regimes porque eram excluídos, negros eram excluídos por serem potenciais simpatizantes e agentes do outro regime. A única forma de quebrar esse ciclo sem perder o potencial de influência em países africanos seria com a declaração jurídica com natureza de álibi e essa demanda passou a ser feita pelo executivo em face do judiciário.

“Our effort abroad to convince emerging third-world nations to apto for democratic rather than communist forms of government were aided greatly by the abandonment of apartheid policies at home. The foreign policy advantages of a pro-civil rights result in Brown were

sepcifically argued to the Courts opinion in Brown did not acnowledge its impacto n either foreign relations or domestic politics, but News media of the day did not miss the implications⁴⁸ (BELL Jr, 1976, p.12)

A formação de coalizões por meio de convergência de interesses exige concessões de longo prazo as quais quase sempre parecem ser feitas somente pelo grupo minoritário. Grupos vulneráveis não conseguem identificar o que estão abrindo mão e quando conseguem acreditam que os pertencentes ao grupo não vulnerável que fazem parte da coalisão estão abrindo mão de algo igualmente valioso para eles o que nem sempre é a realidade. “It is one thing to organize sentiments behind laws that do not disturb consensus politics, and quite another to win battles for their distribution of wealth.” (RUSTIN apud CASHIN, 2005, p.269)

Charmichal em seu artigo sobre os Mitos da Coalizão destacava que a qualquer momento em que os interesses dos grupos coalizionados divergissem a natureza de interesse pessoal prevaleceria e este momento onde os interesses brancos e não brancos divergem seria a regra das interações sociais, não a exceção dessa dinâmica de interação.

Mesmo em face da revolução que a ferramenta da teoria de convergência de interesses propicia é com a ferramenta teórica conhecida como Realismo Racial que o professor Derick Bell desenvolveu uma ambição de possível prospecção do futuro das relações raciais nos Estados Unidos, uma ferramenta bastante pessimista, por sinal ao elaborá-la o professor afirma:

⁴⁸Nossos esforços no exterior paraconvenceras nações emergentesdo terceiro mundo a tornarem-se aptas para a democracia em vez do comunimo foram auxiliadospelo abandonodas políticas do apartheiddoméstico. As vantagensparaumapolítica externa da decisão pró-direitos civisemBrownforamsepcificamente alegadas nas petições para a Corte deBrown a qual não reocnheceu Impactotanto nas relações externasoua política interna, mas amediadodia, nãooperdeuas implicações da decisão.

“Black people will never gain full equality in this country. Even those Herculean efforts we hail as successful will produce no more than temporary `peaks of progress, short-lived victories that slide into irrelevance as racial patterns adapt in ways that maintain white dominance. This is a hard-to-accept fact that all history verifies. We must acknowledge it, not as a sign of submission, but as an act of ultimate defiance.”⁴⁹ (BELL, 1992, p. 373/374)

Nos EUA, diferente de África do Sul, Brasil e Índia, por exemplo, a condição de minoria dos afro-descendentes negros parece clamar pela formação de coalizões com pessoas de outras minorias étnicas e brancos de classe trabalhadora de forma a viabilizar a representatividade política do grupo que traz a demanda por justiça racial.

Assim, as demandas por inclusão igualitária de negros na sociedade americana prece precisar estar inserida em demandas mais amplas inclusive incluindo outros grupos raciais nas demandas de justiça social, de forma a tornar maior o número de contemplados com as políticas redistributivas que são mal vistas em ambos os países.

“Racial justice or its appearance may, from time to time, be counted among the interests deemed important by the courts and the society's policymakers. Poorer whites, viewing any remedy for blacks as an unfair preference, will challenge all racial remedies, even those which, sooner or later, improve their status as much or more than that of blacks. Most racial remedies, however, when measured by their actual potential, will prove of more symbolic than substantive value to blacks.”⁵⁰ (Bell, 2008, p. 110)

⁴⁹Os negros nunca vão ganhar plena igualdade neste país. Mesmo os esforços hercúleos que apontamos como bem sucedidos irão produzir picos temporários de progressos, vitórias de curta duração que deslizarão para irrelevância conforme padrões raciais se adaptam de modo a manter o domínio branco. Este é um fato difícil de aceitar que toda a história verifica. Devemos reconhecê-lo, não como um sinal de submissão, mas sim como um ato de desafio final

⁵⁰Justiça racial ou sua aparência pode, de tempos em tempos, ser contado entre os interesses considerados importantes pelos tribunais e os formuladores de políticas da sociedade. Brancos mais pobres, vendo qualquer reparação para os negros como uma preferência injusta, desafiam todas as reparações raciais, mesmo aquelas que, mais cedo ou

A decisão do caso Grutter, por exemplo, traz esses elementos. Apesar de ter sido uma decisão comemorada, por manter raça como um critério a ser considerado em seleções para universidades, a sentença além de pontuar que raça deve ser usada após o exaurimento de todos outros mecanismos “neutros” de seleção quando estes não alcançarem a diversidade necessária. O objetivo a ser alcançado com a diversidade é o maior valor da educação oferecida, vendida no caso, propiciando aos alunos brancos de uma sociedade segregada a oportunidade de conviver com membros de outras minorias étnicas.

Assim o argumento pautado na convergência de interesses, de negros terão o direito de frequentar o ensino superior enquanto a presença destes gerar um capital cultural a ser oferecido pelas Universidades aos alunos não membros de minoria. Alunos membros de minoria racial tem a sua presença justificada no espaço da universidade porque eles são o capital para agregar valor ao produto vendido pela universidade, não por uma razão de justiça racial e redistribuição de benefícios.

O professor em um artigo criticando o argumento da diversidade retoma sua ferramenta de análise e afirma que:

“That no matter how much harm blacks were suffering because of racial hostility and discrimination, we could not obtain meaningful relief until policy makers perceived that the relief blacks sought furthered

mais tarde, melhorariam a sua situação, tanto ou mais do que a de negros. A maioria dos remédios raciais, no entanto, quando medido pelo seu potencial real, possui valor mais simbólico do que valor substancial para os negros.

interests or resolved issues of more primary concern.”⁵¹(BELL, 1990, p.518)

O professor então concluía que os benefícios alcançados por negros e latinos com tais decisões judiciais como as do caso Grutter seriam rapidamente modificadas quando as prioridades assim o fizessem. Parece que a decisão em si trás as sementes de sua destruição ao escolher como argumentos justificadores da mesma princípios “neutros” os quais permitem a manutenção da convergência de interesses.

Assim com essa linha de argumentação o professor Derrick Bell desconstrói a crença de que a participação de aliados brancos no processo de conquista dos direitos civis teve por fundamento, somente, valores morais de igualdade e justiça.

O professor Derrick Bell parecia afirmar que a igualdade racial jamais seria alcançada, afirmação de sua linha teórica conhecida como realismo racial, em razão da sempre presente ferramenta da convergência de interesses como principal e a justiça racial como secundária. Isso porque a necessária convergência mantém os membros dos grupos privilegiados continuando a receber privilégios como condição para que haja uma redistribuição, de um benefício. Essa redistribuição condicionada, não tem a igualdade como princípio justificante e nem o seu alcance como meta ou justificativa de sua implementação.

⁵¹Não importa o quanto mal os negros estavam sofrendo por causa da hostilidade racial e discriminação, não poderíamos obter alívio significativo até que os formuladores de políticas percebam que o alívio procurado pelos negros potencializava interesses ou resolvia problemas de preocupações mais primárias.

É importante não ignorar as escolhas dos atores nesses processos de embate por justiça social no espaço do sistema judiciário. Advogados que percebem na convergência de interesses uma alternativa impossível de ser descartada, juízes não pertencentes a minorias e sensíveis ao debate da justiça racial existem e devem ser considerados.

Contudo, esses perfis não parecem ser a regra o que talvez explique porque se acredita que as políticas de justiça racial, se não são enquadradas de uma forma a parecerem um privilégio para as pessoas brancas, ao contrário de uma possível redução de privilégios sem contrapartida, não têm chance de serem implementadas por gestores de políticas públicas, legisladores, aplicadores da lei, etc....

O atual argumento da diversidade⁵², nos EUA, tem essa natureza, de oferecer uma contra partida, naturalizando a ideia de que a realidade racial é inerente e a desigualdade em si não deve ser objeto central de justificativa das intervenções do Estado no acesso à Educação.

Todas as justificativas do caso Grutter, estão vinculadas aos benefícios de outros grupos não minoritários, até a segurança nacional é uma fonte de justificativa para implementação de políticas de promoção de justiça racial.

O Interesse próprio de agentes não negros esteve contemplado e presente em todos os processos de conquista do movimento por Direitos Civis nos EUA, bem como parece também assim o estar sendo no Brasil.

⁵² A promoção da Diversidade é a única justificativa para a consideração da categoria raça aceita pela Suprema Corte Americana nos dias atuais.

O princípio da convergência de interesses parece uma ferramenta útil para analisar a prática de utilização primária de critérios sócio econômicos, além dos critérios raciais, para implementação de políticas de cotas no Brasil.

Apesar do constante reconhecimento da presença do racismo a sociedade brasileira representada por seus políticos, na sua maioria brancos, encontra-se pressionada a implementar políticas de promoção de igualdade racial, mas, somente aceita tal implementação se a classe baixa branca também puder ser contemplada por esses “benefícios”.

Permanece a ideia de que políticas de promoção de direitos sócio econômicos e culturais somente podem ser aplicadas de forma direcionada se o objeto não for racial, mas sim, sócio econômico, e o elemento racial é permitido como um adendo. Esse é um preço caro da convergência de interesses no nosso país com resultados já perceptíveis nas manobras de desconstrução da implementação delas.

Recentemente a retirada do critério racial e manutenção do critério sócio econômico na UEPG⁵³ explicitou que argumentos presentes na desconstrução das políticas raciais de ação afirmativa nos Estados Unidos informarão as tentativas de desconstrução destas no Brasil.

Esse é um dos preços previsíveis a ser pago pelo uso da convergência de interesses sob o manto da formações de coalizões. São declaradas políticas sociais, não raciais, as mesmas oferecem uma concessão social, dentro da racial. Essa estratégia de invisibilização da raça quando da

⁵³ Disponível em <http://g1.globo.com/pr/campos-gerais-sul/noticia/2013/11/uepg-anuncia-fim-das-cotas-para-negros-nos-vestibulares-da-instituicao.html> acesso em 14.12.2013

implementação de políticas de promoção da igualdade racial, remonta o modelo americano criticado nos dias atuais.

Esses critérios explicitam o entendimento de que raça, por si só, não é aceita no Brasil como uma categoria a ser aplicada de forma isolada. Raça somente é aceita quando em intersecção com classe, o verdadeiro e aceito elemento de exclusão social no país, conforme justificam idealizadores de políticas públicas e gestores ignorando que Classe em sociedades pós escravistas traz sempre uma dimensão racial.

Esse entendimento brasileiro também se fez presente na desconstrução das políticas de Justiça Racial iniciadas com o caso Brown. A Suprema Corte ao declarar que todos os mecanismos “neutros” de promoção da diversidade deveriam ser utilizados antes de se considerar usar raça como uma categoria segue ideologicamente o mesmo entendimento de que políticas de promoção de justiça social, universalistas, por si somente contemplaria negros os quais alegam encontrarem-se na escala mais baixa da sociedade socioeconomicamente falando.

4 As Ambições do Estado Brasileiro no cenário Internacional e o alinhamento com as demandas dos Movimentos Sociais Negro.

Brasil nos dias atuais encontra-se num momento de política racial similar ao dos EUA nos anos 50. O recente convite das experts em direitos dos Afro descendentes feito pelo governo brasileiro para que estas visitassem e fizessem relatório sobre a desigualdade racial no Brasil deixa claro que é do

interesse do governo Brasileiro a promoção de uma imagem de país que inclui seus historicamente excluídos afro descendentes.

A queda do muro de Berlim, sinalizando o fim da guerra, fria teve efeitos distintos no que concerne a inclusão de Afrodescendentes no Brasil e nos EUA. Se naquele país em longo prazo o interesse pela manutenção de áreas de influências deparou-se com os desafios do mundo multipolar, para o Brasil, em longo prazo, o mundo multipolar trouxe desafios e oportunidades que demandaram uma nova postura na sua atuação internacional política externa⁵⁴.

Apesar da dificuldade de adaptação e ajuste do país a esse novo cenário o Brasil encontrou-se em “um contexto em que a Política Externa brasileira para a África cristaliza uma tendência de concentração de ações e seletividade de parcerias.” (RIBEIRO, 2009, p.290)

Assim, durante o Governo Collor, Itamar Franco, é possível notar que o Estado Brasileiro possui um maior interesse em fomentar relações com EUA, Europa e América do Sul.

"O número de diplomatas brasileiros na África diminuía constantemente, como lembra Flávio Saraiva: em 1973 era de 25, atingindo 34 em 1989 e caindo para 24 em 1996, já na gestão FHC."(VIZENTINI, 2013)

⁵⁴ O marco temporal da aplicação da teoria de convergência de interesses no Brasil vai além da queda do muro de Berlim, a professora Tania Hernandez em seu livro afirma que até mesmo a lei Afonso Arinos marco da legislação antirracismo brasileiro reduzia-se a um gesto de relações internacionais uma vez que o contexto que informou a aprovação desta constituiu-se na resposta a discriminação que a dançarina Afroamericana Katharine Duhan experimentou em um Hotel de prestígio no Brasil. (HERNANDEZ, 2012, p.119), ou seja, o marco legal teve como provocador o interesse do Brasil de redimir-se internacional pelas práticas cotidianas de racismo de seus cidadãos brancos.

Fernando Henrique esboçou uma crítica ao modelo de globalização e uma maior inclinação aos países da América do Sul como forma de crítica à ALCA, contudo, apenas com o Governo Lula é que a diplomacia brasileira toma nova dimensão voltando sua atuação internacional aos países igualmente emergentes do Sul Global.

“Em termos práticos, o governo brasileiro suplantou a passividade do anterior e buscou alianças fora do hemisfério como forma de ampliar seu poder de influência no âmbito internacional a partir da mencionada postura ativa e pragmática. Como principal prioridade da agenda percebe-se a reconstrução do Mercosul e a integração sul-americana, criando um espaço para a liderança brasileira. Além disso, a solidariedade com a África também é central, pois associa princípios éticos e interesse nacional. A intenção de aprofundar as relações (e estabelecer uma “parceria estratégica”) com potências emergentes como China, Índia, Rússia e África do Sul, entre outras, ao lado do estabelecimento de uma associação entre o Mercosul e a União Europeia e da valorização das organizações internacionais (especialmente a ONU), ao lado das vantagens econômicas que propicia, sinalizam a intenção de contribuir para o estabelecimento de um sistema internacional multipolar. Dessa forma, o princípio de democratização das relações internacionais foi invocado explicitamente” (VIZENTINI, 2005, p.390)

Apesar da coincidência de períodos não é possível creditar somente a vontade do Governo Lula a aproximação do Brasil iniciada nos anos 2000. A política Sul –Sul adotada pelo Brasil de relações comerciais preferências com países em desenvolvimento em lugar de relações verticais com países desenvolvidos resultaram num mais intenso investimento diplomático do Brasil com o continente.

O governo de então reconheceu novamente a importância que os laços históricos entre Brasil e África tinham de formas diversas. Dentro desta nova política a condição de país com enorme população Afrodescendente passou a ser também uma justificativa para esse investimento na reconstrução de

relações de cooperação com os países do continente. O debate sobre igualdade racial fez-se, também, importante nesse processo de aproximação estratégica com um continente fundamental para a inserção do Brasil como um dos líderes Globais no contexto multipolar.

O então Ministro Amorim sobre esse tema declarou:

“Como declarou o presidente Lula, o estreitamento das relações com a África constitui para o Brasil uma obrigação política, moral e histórica. Com 76 milhões de afrodescendentes, somos a segunda maior nação negra do mundo, atrás da Nigéria, e o governo está empenhado em refletir essa circunstância em sua atuação externa.” (AMORIN, 2013)

O presidente Lula visou 33 vezes o continente e esteve em 26 países, o Ministro das Relações Exteriores esteve 67 vezes naquele continente⁵⁵. Inúmeros postos foram reabertos e outros novos postos no continente foram abertos. A África é a maior responsável pela mudança de condição do Brasil de receptor para doador de cooperação.

Uma conjuntura favorável tem sido fomentada diplomaticamente pelo Brasil da mesma forma que Estados Unidos o fez nos anos 50 com as políticas de fim da Segregação e a decisão do caso Brown v Board.

O interesse em formação de coalizão política com o continente com o maior número de países votantes nas Nações Unidas é justificado de diversas formas, inclusive, com o discurso de reparação histórica e identidade em razão do singular número de afro descendentes no país resultado da rota de tráfico escravista do período da formação do país.

⁵⁵ Instituto Lula. Disponível em <http://www.institutolula.org/afrika/>. Acesso em 12.08.2013

Esse discurso reparacionista contempla e demanda a postura por parte do Estado Brasileiro de reconhecimento internacional e implementação doméstica de políticas de promoção da igualdade de afrodescendentes no país. O Brasil que abraçava a ideologia de democracia racial tornou-se mais forte internacionalmente ao reconhecer e combater domesticamente a desigualdade racial. Assim, o discurso da diplomacia brasileira passou de:

“No campo dos problemas sociais e das relações humanas, o Brasil orgulha-se de ter sido o primeiro país a assinar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada pela última sessão da Assembleia Geral. Dentro das fronteiras do Brasil, na realidade, tal documento não seria tão necessário, uma vez que o Brasil é há muito tempo um exemplo proeminente, e eu diria até o primeiro, de uma verdadeira democracia racial, onde muitas raças vivem e trabalham juntas e se mesclam livremente, sem medo ou favores, sem ódio ou discriminação. Nossa terra hospitaleira há muito tem estado aberta aos homens de todas as raças e religiões; ninguém questiona qual possa ter sido o lugar de nascimento de um homem, ou de seus antepassados, e nem se preocupa com isso; todos possuem os mesmos direitos, e todos estão igualmente orgulhosos de serem parte de uma grande nação. Embora a nova Convenção seja, portanto, supérflua no que concerne ao Brasil, nós a recebemos com alegria para servir de exemplo a ser seguido por outros países que se encontram em circunstâncias menos favoráveis. E eu gostaria de aproveitar esta oportunidade para sugerir que a tolerância racial fosse exercitada em todas as raças em relação a outras raças: ter sido vítima de uma agressão não é motivo válido para se agredir outros. Que o exemplo do Brasil, e a moderação sem esforços, tolerância serena e respeito mútuo em nossas relações raciais sejam seguidos por todas as nações multirraciais (MRE, 1995).”

E

“Tenho a honra de informar que, uma vez que a discriminação racial não existe no Brasil, o Governo brasileiro não tem qualquer necessidade de adotar medidas esporádicas de natureza legislativa, judicial ou administrativa a fim de assegurar a igualdade das raças (CERD, 1970 apud ALBUQUERQUE E SILVA, 2013).

O clima de relações inter-raciais pacíficas e amistosas, um dos mais importantes traços da cultura brasileira, não apenas foi preservado, mas aperfeiçoado ao longo do último biênio. Não há qualquer privilégio racial ou sentimento de isolamento ou frustração da parte dos cidadãos brasileiros em função da cor da pele ou outras razões raciais (CERD, 1972 apud ALBUQUERQUE E SILVA, 2013)”

Para um conteúdo que ao apresentar relatório com atraso de quatro sessões nas quais o Brasil deveria ter apresentando seus relatórios afirmava:

Os dados revelam que existe uma correlação entre cor e estratificação social no Brasil, que há uma desigualdade que opera em detrimento dos não-brancos. A população preta e parda é desproporcionalmente concentrada nos estratos economicamente inferiores. Apesar da inexistência de impedimentos legais, são poucos os negros que conseguem chegar ao topo das carreiras governamentais ou nas forças armadas. São igualmente poucos os que ocupam posições de destaque na iniciativa privada (...) (MRE e MJ, 1996 apud ALBUQUERQUE E SILVA, 2013)

Assim como Fridjop Cappra em seu livro, “O Ponto de Mutação”, chama a atenção para o fato de que paradigmas ideológicos coexistem no tempo e passam apenas por um processo de ascensão e decadência, sendo o ponto de mutação o momento onde ambos paradigmas ideológicos encontram-se em equilíbrio de forças, é possível identificar que o ponto de mutação das ideologias raciais entre Brasil e estados unidos está ocorrendo com ambas ideologias raciais, integracionistas e segregacionistas, equilibrando-se em cada país.

Um momento em que Brasil ascende na implementação de políticas de ação afirmativa, como Estados Unidos o fez no final dos anos 50 e começo dos anos 60, e Estados Unidos encontra-se num momento de negação de sua desigualdade racial, como Brasil encontrava-se nos anos 50 e 60, a exemplo das declarações do Brasil no espaço das Nações Unidas, por exemplo.

O que acreditamos ser importante notar é que essas ideologias não permanecem, elas ascendem e decaem e durante sua ascensão suas

implementações podem ser significativamente informadas pelas ideologias de sua desconstrução, em razão da concessão feita as mesmas em busca da convergência de interesses entre grupos os quais possui isso por um curto período de tempo.

É importante atentar para os argumentos que desconstruíram as ações afirmativas nos EUA porque estes são os mesmos que encontramos no Brasil e ignorá-los será ignorar o importante aprendizado que podemos adquirir ao voltarmos nossos olhos para a experiência americana sobre Ações Afirmativas para Afrodescendentes.

Agora, Munidos do princípio de convergência de Interesses e informados sobre a nova condição do Brasil de potencial liderança do eixo Sul-Sul, passemos a observar os julgamentos dos Tribunais domésticos por meio dessas lentes.

5. Os reflexos da convergência de interesses no judiciário doméstico do Brasil, o exemplo do Tribunal de São Paulo e do STF no julgamento da ADPF-186-DF

A análise dos Tribunais Domésticos e do padrão de suas decisões nos permite observar os efeitos do alinhamento de interesses entre Movimento Social Negro e Estado brasileiro, trançado em palcos internacionais, no cenário doméstico bem como os desafios de internalização desses compromissos assumidos.

Esses desafios são previsíveis, contudo, é importante identificar que as normas não podem ser declaradas reconhecidas e internalizadas com a função de álibi, mas, que para que sejam efetivamente implementada requerem políticas públicas constantemente avaliadas com objetivos bem definidos a serem alcançados de combate a desigualdade racial que no Brasil resulta da naturalização e proteção do privilégio branco.

Passamos a analisar os votos do Tribunal de Justiça de São Paulo observando os efeitos positivos e os efeitos com finalidade tokenista de álibi do Estado.

5.1 O Tribunal de Justiça de São Paulo e a proteção dos Direitos das vítimas de racismo.

Inicialmente fizemos a coleta e levantamento dos dados valendo-nos da experiência como pesquisadora do Tribunal de Justiça do Estado de São

Paulo. Desenvolvemos essa parte da pesquisa, também, afim de não condicionar as análises aos dados levantados por outros, correndo o risco de analisar informação já levantada e disponibilizada de forma enviesada viciando a informação analisada.

Foi feito um levantamento tendo como base de dados a página de pesquisa de Jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O ano de 200 foi definido como ano marco inicial do levantamento de votos os quais viriam a ser analisados.

O ano de 2000 informou a definição do marco inicial uma vez que tendo a Conferência de Durban⁵⁶ como referencial para comparação, e a fim de observar eventuais impactos que os compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro nesta conferência tiveram no âmbito doméstico, era necessário que o levantamento tivesse como marco inicial período anterior ao da Conferência de forma a permitir a análise e comparação dos diferentes contextos.

Um primeiro contexto seria aquele em que os tribunais ainda não estavam informados pelos compromissos internacionais modernos, assumidos pelo Estado Brasileiro, fossem esses a Conferência de Durban (2001), ou as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos quando da apreciação do caso Simone Diniz (2006).⁵⁷

⁵⁶ III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata que aconteceu no período de 31 de agosto a 8 de setembro de 2001, Durban – África do Sul.

⁵⁷ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA em seu relatório sobre o caso Simone Diniz concluiu que o Estado Brasileiro “é responsável pela violação do direito à igualdade perante a lei, à proteção judicial e às garantias judiciais, consagrados, respectivamente, nos artigos 24, 25 e 8 da Convenção Americana, em prejuízo’ violando o dever de adotar disposições de direito interno e de respeitar e garantir os direitos consagrados na Convenção.

Um segundo contexto de análise seria aquele onde o Estado já estabeleceu internacionalmente compromissos de intervenção doméstica para promoção da igualdade racial, reconheceu que as práticas de racismo no país aconteciam de formas diversas e, portanto, as demandas por políticas públicas positivas passavam a ser reconhecidas como legítimas pelo Estado Brasileiro.

A base de dados do Tribunal de Justiça de São Paulo foi a única base de dados utilizada e o levantamento valeu-se de uma única palavra chave a palavra “racismo”. Um número significativo de votos foi disponibilizado pela página de pesquisa de jurisprudência do Tribunal, contudo, deste levantamento inicial foi possível identificar inúmeras decisões que remetiam à previsão constitucional de imprescritibilidade do crime de racismo, a título de exemplo, quando eram analisados pedidos de reconhecimento da prescrição ou decadência de outras condutas tipificadas⁵⁸.

Assim, partindo de um significativo número de decisões em segundo grau, tendo como marco temporal Janeiro de 2000 até Dezembro de 2012, foi possível identificar algo em torno de 220 decisões onde práticas racistas estavam caracterizadas ou problematizadas nas petições que pediam a tutela jurisdicional do Estado.

Foi feita a leitura dos votos disponibilizados e sistematização dos casos, câmaras de julgamento, entre outros elementos como perfil dos autores das

⁵⁸ Como exemplo mais detalhado deste processo de levantamento descrevemos o ano de 2012, último ano do nosso levantamento. Após definir lapso temporal e utilizar a palavra de pesquisa racismo na base de dados do Tribunal de Justiça de São Paulo, 111 votos foram disponibilizados pelo sistema. Dentre esses apenas 35 votos não eram repetidos e referiam-se as condutas identificadas como racistas. As outras decisões mencionavam o racismo como exemplo de conduta imprescritível, inafiançável em argumentações no corpo da decisão. Deste universo de 35 votos 26 deles foram proferidos em ações de responsabilidade civil por dano moral, ou seja. No último ano em que analisamos as decisões disponibilizadas pelo TJ SP em grau de recurso em sua base de dados, 74% dos votos foram proferidos pela Câmara de Direito Privado ou Público em Ações Cíveis.

ações e desfecho dos casos bem como os argumentos apresentados pelos julgadores.

A análise dos votos levantados teve por objetivo observar não somente o fenômeno estrutural mas também o fenômeno institucional tendo o princípio da convergência de interesses e outros cunhados por teóricos da escola de Teoria Crítica Racial como ferramentas de análise.

Outras obras já desenvolveram a análise de decisões dos vários Tribunais do Brasil em face de práticas de racismo. Estas obras também foram referências quando do desenvolver desta pesquisa e análise, contudo, o objetivo de análise, nesta abordagem, restringe-se aos julgamentos em grau de recurso. Ademais, essa pesquisa busca não somente perceber como o Tribunal de São Paulo responde as ações de racismo no âmbito do segundo grau daquela casa, mas, também, analisar quais os efeitos que as denúncias internacionais de racismo institucional geraram no âmbito do Judiciário do Estado.

Assim, fomos informados durante a escolha do Tribunal, definição de lapso temporal e parâmetros de análise e observação, pelo interesse em identificar potenciais reflexos do alinhamento de interesses do Estado brasileiro passou a ter com o movimento negro nos últimos anos. Alinhamento este que ocorreu no âmbito internacional com o compromisso de transposição no espaço doméstico.

Escolhemos o estado de São Paulo não somente porque este é o maior Tribunal Estadual do país, correspondendo a importante parcela deste ramo da justiça nacional. São Paulo junto com Rio Grande do Sul, Paraná e Rio de

Janeiro, compõe o quartil de Estados com maior proporção de novos casos por habitante. (CNJ 2013, p. 72).

Outro fator que influenciou a nossa atenção no estado de São Paulo, para além da familiaridade com os sistemas de busca do Tribunal deste estado foi, também, o fato de que essa Instituição foi personagem importante no processo que resultou nas recomendações⁵⁹ da Comissão de Direitos Humanos da OEA quando da apreciação do caso Simone Diniz.

Assim, é de interesse observar o maior Tribunal do país o qual recebeu diretamente recomendações de uma Corte Internacional, reflexo de pressão que os movimentos sociais têm feito em face do Estado Brasileiro no âmbito Internacional.

O Estado de São Paulo sob crivo internacional precisava prestar tutela jurisdicional para os casos de racismo, tirando eles da invisibilidade e nada mais eficiente para isso, sem implementar a legislação penal que parece causar ojeriza aos aplicadores da lei, do que oferecer tal prestação no âmbito da responsabilidade civil.

Diferente de pesquisas que buscaram analisar apenas como o Tribunal de São Paulo decide casos de racismo tutelados pelo direito criminal, optamos

⁵⁹ Dentre as diversas recomendações destacamos aquelas intimamente relacionadas com nosso objeto de análise. São elas a de número 5. Realizar as modificações legislativas e administrativas necessárias para que a legislação antirracismo seja efetiva, com o fim de sanar os obstáculos demonstrados nos parágrafos 78 e 94 do presente relatório; Número 7. Adotar e instrumentalizar medidas de educação dos funcionários de justiça e da polícia a fim de evitar ações que impliquem discriminação nas investigações, no processo ou na condenação civil ou penal das denúncias de discriminação racial e racismo; 10. Solicitar aos governos estaduais a criação de delegacias especializadas na investigação de crimes de racismo e discriminação racial; e número 11. Solicitar aos Ministérios Públicos Estaduais a criação de Promotorias Públicas Estaduais Especializadas no combate ao racismo e a discriminação racial;

por observar todo o espectro de interação do judiciário com as demandas de tutela estatal de combate ao racismo.

Das decisões proferidas em segundo grau de julgamento levantadas, menos da metade tratam de tema penal. Algo em torno de 41% das decisões foram apreciadas por Câmaras de direito criminal e quase 58% foram apreciadas em câmara de direito Privado ou Público.

Acreditamos ser o interesse político Internacional do Brasil e as críticas das Cortes Internacionais de Direitos Humanos uma das razões possíveis para a nossa constatação de que a partir de um determinado período, pós 2006, houve um significativo aumento das ações cíveis de indenização por injúria racial, sem natureza de execução de sentença de condenação criminal, em alguns casos até mesmo com o autor da ação civil abrindo mão da ação criminal, e a constância dos reduzidos casos criminais em segundo grau.

Os votos analisados foram organizados de forma cronológica dos mais antigos para os mais recentes até os votos de 2012. Desta forma foi possível notar que nos anos iniciais, 2000 até mais ou menos 2006, os votos em sua maioria tratam de casos de injúria racial ou racismo no âmbito criminal. A significativa ampliação de votos de responsabilidade Civil se dá após o ano de 2006/7. Interessante notar que essa intensificação de votos de responsabilidade civil surge no período após recomendações do Caso Simone Diniz, não parecendo refletir influência dos compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro em Durban.

O aumento da busca de reparação civil pela prática de injúria e violação à dignidade de Afrodescendentes teve, também, que deparar-se com a manutenção de respostas tecnocratas em face da busca de tutela jurisdicional pelas vítimas de racismo.

Entendemos que a tendência de aumento dos casos de dano moral em grau de recurso e o reduzido número de recursos criminais referentes às condenações por injúria racial e racismo refletem a já assentada jurisprudência do Tribunal de São Paulo no que concerne às penas dos condenados por injúria racial no âmbito criminal.

Esse crescimento no número de decisões apreciadas nas câmaras de direito privado e a presença de algumas decisões na câmara de direito público levam a algumas interessantes problematizações.

A primeira referente ao aumento ou deslocamento dos casos para o âmbito cível levando a crer numa generalização de entendimento de que a tutela penal não é a legítima para apreciar as práticas de racismo no cotidiano. Essa interpretação entende que a prática de racismo cotidiana ofende a dignidade humana de forma a não elevar tal bem jurídico ao valor de bem jurídico digno de tutela penal.

Nesse sentido os autores e seus defensores teriam introjetado as respostas do judiciário e concordado que as práticas de injúria racial, não seriam dignas de tutela jurisdicional criminal e por isso ingressariam na esfera de dissídios privados com ações civis de indenização e ressarcimento financeiro do dano à dignidade e responsabilização civil.

A segunda nos leva a interpretar o aumento das ações civis como uma estratégia dos procuradores das vítimas destes crimes. Em sabendo quais resultados possíveis das ações criminais, as quais são igualmente custosas para as vítimas do crime de injúria, seria menos desvantajoso, financeiramente, requerer indenizações no âmbito civil.

Desta forma a conduta de proteção da dignidade das vítimas, competência do Estado, deixaria de ser responsabilidade financeira destas e passaria a ter um resultado similar onde o autor acionaria tutela jurisdicional em face da conduta, penalizaria o autor do ilícito e não teria que arcar com os custos da ação. Ademais, a condenação civil ressarciria valores de custas e contratação de advogado.

Por fim, a condenação penal quase sempre em pena restritiva de direitos e multas convertidas ao estado e não a vítima do crime leva a um resultado desestimulante da busca de tutela criminal e um maior incentivo a busca da tutela privada civil.

Em terceiro, também é possível perceber uma mudança de paradigma na interpretação de política pública de combate ao racismo. Em assumindo compromissos internacional o tipo de tutela jurisdicional deixa de ser importante, sendo necessário, apenas, ao Estado de São Paulo reconhecer a conduta racial quando esta encontra-se presente.

Assim, mesmo o Estado de São Paulo implementando delegacias de combate aos crimes de intolerância e racismo, mesmo o Ministério Público possuindo membros em seus quadros que se interessam no tema, o que refletiu no caso do ministério público a manifestação de uma preferência individual mais do que uma política institucional.

A prática do judiciário de priorizar as ações civis e aceitar com menos óbices processuais tais processos, reflete uma prática tokenista dessa instituição mantendo a lógica prevista no princípio de convergência de interesses. A pena de prisão pela prática de atos racistas não se encontra no horizonte da condenação de uma conduta a qual até mesmo os representantes do judiciário poderiam praticar, em um país onde o racismo é extremamente naturalizado como o Brasil.

Ademais conforme RACUSEM, (2002) afirma em sua tese “Um Mulato não pode ser discriminado” a lei antidiscriminação brasileira foi elaborada de forma a permitir que os Juízes consultem sua ideologia durante o julgamento e não estejam vinculados a lei. Ora a ideologia de uma instituição de maioria branca de classe média certamente possui maior empatia com as condutas desse grupo e menor com as condutas dos que não fazem parte deste grupo.

Essa interpretação de que os resultados dos processos antirracismo refletem a manutenção do pacto narcísico dentro da instituição do judiciário vai a encontro do entendimento do Realismo Jurídico e da Teoria Crítica do Direito. PORTANOVA, pontua em sua obra a importância que as premissas ocultas e imperceptíveis podem ter num julgamento. (PORTANOVA, 2003, p.15)

O professor sendo coerente com sua linha teórico ideológica afirma:

“Enfim, todo o homem, e assim também o juiz, é levado a dar significado e alcance universal e até transcendente àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual. Depois, vê tais valores nas regras jurídicas. Contudo, estas não são postas só por si. É a motivação ideológica da sentença. Pelo menos três ideologias resistem ao tempo e influenciam mais ou menos o juiz: o capitalismo, o machismo e o racismo.” (PORTANOVA, 2003, p.16)

E continua:

“Não há malícia no agir informado pela ideologia, contudo, esta, em regra, está a serviço da classe social no poder em determinado momento histórico, ao mesmo tempo que mantém legítima uma orientação política, econômica e social.” (PORTANOVA, 2003, p.17)

Para então concluir:

Essa questão ideológica, presente na sentença, é uma “deformação da realidade está a serviço da mentalidade dominante no Brasil, o capitalismo, o machismo e o racismo, por exemplo. Isso permeia conscientemente ou inconscientemente, a ideia tradicional de Direito.” (PORTANOVA, 2003, p.82)

Complementarmente a essas construções temos a afirmação do Ministro Marco Aurélio de que “o juiz primeiro decide no seu íntimo e só depois vai buscar os fundamentos de sua decisão”⁶⁰ é o constante exemplo da escola do realismo jurídico a qual busca trazer para o debate e observação as premissas ocultas e reduzir os efeitos nocivos que estas podem ter na prestação da tutela jurisdicional de proteção aos direitos de dignidade.

Por fim é possível notar que alguns casos de prática de racismo por parte de agentes estatais, práticas estas até muito recentemente jamais questionadas no âmbito do judiciário tendo em consideração o caráter extremamente recente da democracia nacional, leva vítimas de injúria racial e outras condutas racistas a buscar tutela judicial por danos morais no âmbito das varas da Fazenda tendo os seus recursos apreciados pelas câmaras de direito público. Os julgamentos da Fazenda pelas práticas racistas de seus agentes reflete, sim, uma conquista. O Estado democrático é judicialmente condenado quando este não cumpre as leis que ele edita.

⁶⁰CORREIA, Fábio Túlio; RIBEIRO, Henrique Costa Cavalcante. Realismo Jurídico. Disponível em <http://oas.trt19.gov.br:8022/doutrina/007.asp> Acesso em: 20 de out. 2009.

Apesar de pequenos avanços, parece que os casos de racismo como conduta criminosa permanecem em sua maioria sem a devida tutela jurisdicional. Contudo, como mecanismo de resposta as investidas internacionais que condenam a leniência do Estado Brasileiro, leniência que permite uma desigualdade socioeconômica que espelha a classificação racial, no país, muitos juízes recebem e reconhecem práticas de injúria racial no âmbito da responsabilização civil. Nos parece que tal maior aceitação reflete o fato de que as implicações de uma condenação cível não equiparam-se ao reconhecimento de uma conduta criminal.

Apesar das condenações cíveis, a exemplo dos casos criminais, os julgamentos apreciando decisões que condenaram em danos morais autores de atos racistas os quais não são passíveis de reforma em segundo grau quase sempre têm o valor da condenação reduzido, a exemplo da redução da pena nos casos de injúria e racismo no âmbito criminal.

Assim, inúmeras condenações de racismo ou de injúria racial têm suas penas reduzidas de forma a serem convertidas em penas restritivas de direitos enquanto diversas condenações em danos morais de primeiro grau têm o valor da indenização reformado ao ser analisado em segundo grau valor da condenação este que sempre é reduzido em grau de recurso.

Outro elemento de destaque durante a análise dos vários casos é o perfil dos autores das ações penais e cíveis. Em um primeiro momento a maioria era composta de funcionários públicos; enfermeiros, policiais, professores, agentes de saúde do estado/município. Acreditamos ser esse dado sobre os autores das ações importante, isso porque acreditamos ser o movimento negro, enquanto movimento social, uma expressão de um grupo sócio econômico do

país, o qual se legitima a partir da realidade de afrodescendentes pobres, contudo, estes conseguem já distinguir que o tratamento diferenciado não se justifica em razão de sua má inserção sócio econômica, mas, sim, em razão da sua cor, haja vista que sua inserção sócio econômica ser estável – remediada, permitindo-lhes, inclusive, acessar espaços até então exclusivo de brancos num país sócio econômica e racialmente estratificado e segregado.

Assim as demandas por igual tratamento e de não naturalização da desigualdade racial e das violências diversas informadas pela cor ou raça, no nosso período inicial de análise, ainda não eram contempladas por uma postura estatal de combate ao racismo. Essas ações restringiam-se a serem interpostas por negros da classe média, os quais em razão de suas pequenas ascensões encontravam-se fora de seus “devidos lugares” gerando desconforto e conflito com brancos os quais naturalizaram hierarquias socioeconômicas raciais de desigualdade no país.

É sabido que nos dias atuais uma disputa de interpretação sobre mecanismos de promoção de igualdade racial se dá no mundo como um todo. A oposição entre priorização de políticas positivas, em face de políticas negativas – políticas de promoção de igualdade racial em oposição a políticas de repressão das práticas de discriminação racial – reflete ainda ânimos subjetivos intensos sobre o potencial de violação da dignidade que a injúria racial e as condutas racistas têm no cotidiano, além da interpretação sobre o que constituiria bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal e quão valioso o mesmo é.

O Movimento negro no Brasil optou inicialmente pela abordagem penal como um reflexo da realidade do grupo que este movimento representava.

Estratégias e debates sofisticados sobre mecanismos internacionais fizeram-se presentes há muitos poucos anos no espaço desse movimento composto por pessoas sócio, econômico, cultural e educacionalmente excluídas. Foi apenas com a abertura democrática do país e inclusão de alguns poucos militantes no espaço da academia onde conhecimento é disponibilizado e produzido sobre políticas públicas e direitos humanos que o discurso dos militantes e dos representantes do movimento modificou-se.

A população organizada clamava do estado a partir da realidade em que estava inserida, realidade está a qual não envolvia acesso a informação sobre debates internacionais sobre promoção de igualdade racial e restringia-se a propaganda americana sobre o movimento de Direitos Civis.

Assim é possível afirmar que a estratégia de ampliação e endurecimento de normas penais, por parte do movimento negros brasileiro, expressou a maturidade político- jurídica do movimento, naquele momento. Sendo raros os casos de Luis Gamas⁶¹ em um movimento social composto por pessoas que não estavam incluídas nos espaços e no processo político de disputa pelo poder e muito menos estavam apropriadas das ferramentas utilizadas naqueles, as forças e energias de militantes foram concentradas para contemplar as ambições de mecanismos de combate ao racismo interpretados como eficientes por aqueles a partir de suas realidades.

Para um grupo social que interagiu com, apenas, o braço de repressão do Estado sendo está a única linguagem apresentada de política pública,

⁶¹ Luís Gama é a referência de advocacia estratégica com significativo impacto no Brasil em favor de afrodescendentes feita por afrodescendentes. Luís Gama identificou elementos do sistema legal Brasileiro, pós Convenção de 1826 entre Brasil e Inglaterra, que permitiam a declaração da condição de liberto a inúmeros afrodescendentes. É uma referência de uso das ferramentas internacionais para o benefício dos negros sem permitir que a convergência de interesses restringisse-se a legislação álibi.

segurança, de conhecimento destes a demandada de política estatal naquele momento restringiu-se a isso. Mesmo em face do temor que grupos subordinados em uma sociedade sentem dos agentes do Estado, muitos negros no Brasil entenderam que esse era o braço do Estado também responsável pela repressão às práticas de racismo e discriminação.

Afirmar que a escolha do movimento negro pela criminalização das condutas de racismo foi uma escolha insensata é ignorar o contexto em que essas demandas foram feitas e a consequente conquista que tais declarações estatais, com a promulgação de leis antirracismo, representaram. É desconsiderar a história deste movimento social quando da análise da evolução da proteção da igualdade e combate ao racismo no Brasil.

“Se a medida é olhada em relação aos efeitos direta ente almejados – redução/ erradicação da discriminação racial – pode-se concordar que a criminalização do racismo não é a estratégia mais eficiente para acabar com o escravismo naturalizado nas relações sociais. No entanto, para quem foi coisificado e invisibilizado por séculos, uma medida que coloca em pauta a crueldade da estratificação social brasileira, que denuncia que boa parte da população brasileira clama por respeito e que invisibilidade, exclusão e atos de fala discriminatórios representam violências graves que se refletem não apenas nas suas vítimas diretas, mas também em seus agressores, esses efeitos, ainda que entendidos como meramente simbólicos representam uma conquista bastante significativa.” (PIRES, 2013, p.305)

Apontar a ineficiência na aplicação das normas penais antir-racismo, sem considerar os elementos ideológicos que influenciam tal ineficácia, como justificativa para a “má escolha” do movimento negro é optar por uma análise racialmente não crítica ou estrutural⁶², haja vista que o movimento

⁶² A afirmação de que a desclassificação do crime de racismo para o crime de injúria e resultante inaplicabilidade do sistema penal para defesa de direitos das vítimas de racismo é uma opção por não observar o caráter estruturante do racismo no Brasil onde as instituições

politicamente organizado interveio nos poderes abertos as pressões políticas, o legislativo, contudo ficando refém da interpretação ideológica do judiciário sobre a aplicação destas leis. Os pactos narcísicos de proteção da branquitude podem, sim, informar a ideologia do julgador e resultarem em implementações tokenistas de legislações álibis.

Dos diversos votos analisados chama a atenção algumas constantes. Processos de racismo desclassificados os quais sempre implicam no reconhecimento da prescrição do direito de apresentar a queixa crime ou de fazer a representação, nos casos de desclassificação para injúria qualificada.

É verdade que o judiciário é um poder o qual busca apresentar-se como neutro e imparcial, pois acredita que “supor que os operadores possam estar racializando ao participar do processo gera desconfiança” (SANTOS, 2013, p.150), mas até mesmo membros da magistratura⁶³ com maior maturidade reconhecem que esse dado é constatável na instituição.

O Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Ellen Grace quando interpelados sobre esse tema pelo Relator Especial da ONU para combate a discriminação afirmaram:

“os juízes precisam estar atentos a seus preconceitos: medidas devem ser tomadas, principalmente por meio de treinamento, para

funcionam de forma a manter o privilégio branco e são estruturadas para tal, e em razão disso, intervenções pontuais não promovem transformação estrutural, mas a natureza da intervenções não é o motivo da ineficiência do sistema, mas sim, a estrutura em si. Por exemplo, afirmar que as desclassificações justificam-se, ou até mesmo a criação da conduta de injúria, e os seus resultados processuais podem ser analisados sob as lentes da teoria crítica sem apresentar tais resultados como fortuismos estruturais.

⁶³ “Para alguém que, como eu, há mais de vinte anos é juiz, dói um pouco dizer que sim. A Justiça discrimina, do mesmo modo que a lei discrimina, o processo discrimina, o Estado discrimina, a sociedade discrimina. O próprio juiz, pessoalmente, discrimina e o faz quase sempre sem saber, sem sentir e, por isso, sem querer” (Viana, 2000, p.271 apud SANTOS, 2013, p.150)

evitar que tais preconceitos influenciem decisões. Os juízes já receberam treinamento semelhante com relação à discriminação de gênero. O Supremo Tribunal Federal não tem muitas oportunidades de debater questões de discriminação racial, dado que é muito caro para a maioria dos casos chegar a esse ponto do processo” (Diène, 2005: 11 apud SANTOS, 2013, p.279)

Ademais, o restrito número de obras produzidas no espaço do Direito por pesquisadores negros alinhados com uma teoria crítica do racismo resultam em conclusões apressadas sobre a ineficiência do Direito Penal e na consequente negação de recomendações das Nações Unidas⁶⁴ e da OEA sobre o necessário uso do sistema penal para proteção a dignidade do Negro no Brasil. Em sentido contrário a essa corrente de pensamento, afirma Thula Pires:

“Apoiando-se na visão de que o direito penal castiga, mas também pode evitar castigos excessivos, inscrever na Constituição indicativo criminalizante da prática do racismo representava a possibilidade de ver-se, pela primeira vez na história constitucional pátria, reconhecido como ator político, dar visibilidade a violências físicas e simbólicas que se perpetuavam e de fazer com que o Poder Público assumisse a responsabilidade pela sua proteção. “ (PIRES, 2013, p.304)

E desenvolve:

(...) e as discussões não são subsumidas à esfera penal, se nela demarca-se apenas mais um lugar de disputa, pode-se atribuir à criminalização do racismo um efeito estratégico importante na luta por reconhecimento dos negros. Ainda que não se tenha colhido os efeitos

⁶⁴ São inúmeras as recomendações neste sentido, destacamos a mais recente das Nações Unidas, presente no artigo 34 9ª) do Plano de Ação para a Década dos Afro Descendentes e o presente na recomendação feita pela Comissão de Direitos Humanos da OEA quando da apreciação do caso Simone Diniz, a qual demandou a efetividade da norma e não a exclusão de tal do ordenamento jurídico nacional reconhecendo a importância da repressão penal de condutas de racismo.

sociais desejados da tipificação do crime de racismo, que seriam os de diminuição/eliminação das situações de discriminação racial nas relações intersubjetivas e dos indivíduos com as Instituições Públicas, o aumento do número de denúncias envolvendo o tema da discriminação demonstram, no mínimo uma mudança de percepção do negro em relação ao tipo de tratamento a ele conferido. (PIRES, 2013, p.290)

No mesmo sentido de reconhecer a importância da declaração de reprovação social e penal do racismo bem como da eficaz implementação destes afirma SANTOS (2012, p.140)

“As mulheres e homens negros que foram vítima de racismo, ao se dispor a denunciar práticas racistas e formalizar um processo, não estavam si rompendo as correntes, mas destruindo o que sempre acreditavam: a democracia racial.”

As recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos deixam evidente que em todo o continente Americano o entendimento de que bens jurídicos de alto valor devem, sim, ser tutelados penalmente se faz presente de forma pouco questionada. O objeto constante ainda é se o crime de racismo, quando não se manifesta na forma do nazismo, apartheid ou segregacionismo sul americano do norte, também contempla a concepção de conduta com reprovação social.

Ainda é de vital importância eliminar a invisibilidade do debate sobre racismo no espaço do judiciário, invisibilidade que ainda permanece, como primeiro obstáculo na busca de ampliação do olhar qualificado dos operadores do direito, Magistratura e Ministério Público, sobre essas demandas históricas de proteção da dignidade de todos inclusiva de negros no Brasil.

Existe uma ausência até mesmo na devida definição doutrinária do que viria a ser racismo, e a expressão máxima disso é a decisão do caso Simone Diniz, que levou a decisão da Comissão de Direitos Humanos da OEA e a manutenção deste padrão de definição do que é racismo nas decisões judiciais até os dias de hoje.

Os casos de responsabilidade civil reconhecem a existência de racismo, diferente das decisões penais, contudo se atêm na argumentação de ausência de dolo ou de “ausência de danos” para não condenar os requeridos. (PÜSCHEL, RODRIGUES E MACHADO, 2013, p36). Essas fundamentações foram objeto de crítica da Comissão de Direitos Humanos quando da análise do caso Simone Diniz uma vez que apontou que o judiciário brasileiro estabelece padrões de produção de prova inatingíveis para as vítimas do crime de racismo.

Existe um incipiente debate sobre o reconhecimento do racismo como uma forma de Dano Moral, dentro de uma corrente doutrinária de responsabilidade civil “mais moderna”, como uma estratégia de amplificação da juridificação do racismo (PÜSCHEL, RODRIGUES E MACHADO, 2013, p 40).

É possível entender que essa estratégia apresenta a lógica do princípio da convergência de interesses, uma vez que as práticas de racismo nunca são reconhecidas como condutas dignas de repreensão penal, e permite que o judiciário, o estado, e ONGs apresentem as condenações do judiciário como avanço na repreensão e reeducação da população sobre o assunto, o que não é real e apenas cria uma ilusão de resultados enquanto mantém a situação de desigualdade racial e violência e microviolências raciais invizibilizadas.

Essa realidade ainda presente no combate a discriminação racial deixa de ser o foco do movimento negro, somente com a coalizão de forças entre movimento social e Estado, coalizão esta informada pela convergência de interesses entre esta parcela da população e do Estado Brasileiro no cenário internacional. A partir desse contexto tem início de forma concreta um diálogo entre “representantes” do movimento negro com um Estado mais ambicioso internacionalmente e mais democrático domesticamente e que alternativas inspiradas no modelo Indiano, Americano e Sul Africano de políticas de inclusão, passaram a ser consideradas, inserindo de forma mais contundente um debate sobre políticas de ações afirmativas e deslegitimando mais ainda abordagem penal das condutas de discriminação racial e racismo.

O debate sobre políticas afirmativas veio então em um contexto de internacionalização e consequentemente inspirado e acompanhado do paralelo oposicionista entre o racismo brasileiro e o racismo americano. Iniciou-se um debate informado pelo senso comum de que os modelos de práticas de racismo entre Brasil e EUA são opostos, quando não muito distintos, e questionamentos sobre identidades e classificações raciais permanecem até os dias atuais no Brasil sob a afirmação de que a realidade americana não possui a mesma classificação racial.

Apesar dos desafios no debate sobre políticas afirmativas de promoção de justiça racial, o movimento negro passa a reproduzir um discurso de interesse do Estado brasileiro o qual já vinha sendo fomentado pelo Estado Brasileiro nos espaços e arenas internacionais. Isso porque o racismo brasileiro, somente descoberto no contexto do pós segunda guerra mundial, quando o holocausto gerou comoção mundial em face dos nefastos efeitos

quea ideologia de superioridade de determinada raça em relação a outras poderia causar no mundo, passou a ser o calcanhar de Aquiles do Estado brasileiro nas suas interações internacionais de Direitos Humanos.

Assim, internacionalmente, militantes precisavam ser preparados para informar e fortalecer o Estado em sua competição internacional pelo reconhecimento e protagonismo. A colaboração entre Estado Democrático e Movimentos Sociais fortalecia a legitimidade do Brasil no âmbito do uso de ferramentas de soft law na arena de poder internacional.

No espaço das Nações Unidas passa-se de veementes negações e invisibilização do racismo no Brasil, discurso oficial dos anos 60/70 e 80, para o reconhecimento dos dados levantados em inúmeras pesquisas desenvolvidas no país e financiadas por agências nacionais e internacionais elaboradas por membros dos movimentos sociais inseridos no espaço da academia e organizações do terceiro setor financiadas por organizações internacionais em parceria com agências estatais.

Essa desconstrução estatal da democracia racial feita no espaço internacional passa a refletir-se em algumas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. Percebemos também que para além da implementação de políticas afirmativas a fim de prestar contas para o espaço da ONU nos espaços do Executivo e Legislativo, o Judiciário Paulista após as recomendações da Comissão de Direitos Humanos da OEA quando da apreciação do caso Simone Diniz, passou a negar argumentos constantemente aceitos, inclusive argumentos muito similares àqueles que fundamentaram o arquivamento do caso de Racismo cuja ação foi proposta por Simone Diniz. As recomendações

da OEA obrigaram o Estado de São Paulo e seu Judiciário a oferecerem um olhar mais detido as ações de racismo.

O reconhecimento de que o Estado Brasileiro era responsável pela prática de racismo institucional dentro do Judiciário, sendo o caso paradigmático para tal conclusão da Comissão de Direitos Humanos da OEA saiu do Estado de São Paulo, mais precisamente da capital do estado, fez com que a demanda por uma maior sensibilidade do judiciário e maior atenção e prestação de tutela jurisdicional aos casos de racismo fossem prestadas pelo judiciário do estado. Para além de outras recomendação.

5.2 O Tribunal de Justiça de São Paulo sob as lentes da Teoria Crítica Racial: Acórdãos de 2000 a 2012

Assim, acreditando que como reflexo das recomendações da Comissão timidamente implementadas pelo Estado de São Paulo e pelo Tribunal de Justiça do Estado argumentos simplistas de defesa dos réus nas ações passam a ser desconstruídos de forma exemplar pelos juízes do Estado. Como exemplo temos os seguintes trechos:

Ademais, como comprovam os testemunhos de fls. 19/20 e a foto de fls. 51, a autora mantém relacionamento estreito com pessoas da raça negra e, por isso, nada indicia seja racista. APELAÇÃO CÍVEL Nº 289.039-4/1, agosto de 2005;

É certo que a testemunha informou que outras pessoas da cor negra trabalhavam na mesma loja, o que pode indicar que não havia discriminação na contratação de funcionários, mas é inegável o tratamento ofensivo dispensado à autora. Ainda que a ofensa tenha sido dirigida contra a autora em si, por inconformismo com sua atuação profissional de vendedora de calçados, nada justificava a ofensa na

forma que foi feita. Apelação com revisão N°: 355.087.4/5-00 Abril de 2006

E

"(...) irrelevante o agressor não se portar de maneira igualmente preconceituosa em relação a outras pessoas, como seu genro, por exemplo, em nada o socorrendo provas nessesentido, já que o importante, na espécie, é seu comportamento frente ao apelado. Apelação nº 994.05.047281-5, maio de 2010

Apesar de ser possível visualizar alguns reflexos da ampliação de espaço do debate racial no país nas decisões do judiciário, algumas dinâmicas ainda permanecem, mesmo em face da insistente declaração de normas legais por parte do Estado, numa conhecida estratégia internacional de valer-se de legislações álibis para afirmar que reconhecem enquanto Estado os direitos, contudo, domesticamente o processo de implementação de garantias enfrenta o desafio das “mentalidades atrasadas”.

Assim, identificamos que após a declaração da norma legal que tornou o crime de injúria racial tipo de ação penal pública condicionada em 29 de Setembro de 2009 – Lei 12033/2009, garantindo que o Ministério Público em tese, assumisse a responsabilidade pela tutela desses direitos e evitando que várias condutas permanecessem impunes em razão do obstáculo resultante da exigência de contratação de advogados por parte da vítima para ingresso com a ação penal, ainda assim, a desclassificação da conduta, de racismo para injúria penal, continua implicando na prescrição do direito de ação quando o processo de racismo é desclassificado para injúria racial. Agora não mais ausente a queixa criminis faz-se ausente a representação no prazo que implica em perda do direito de ação da mesma maneira.

Contudo, é necessário reconhecer a complexidade dos dados levantados quando da análise das decisões judiciais no Estado de São Paulo. Podemos identificar decisões que refletem o lugar comum do entendimento sobre racismo, entendimento esse da classe média alta branca nacional que compõem o perfil das pessoas que adentram espaços como a magistratura e o Ministério Público, como também podemos identificar manifestações individuais que refletem tanto a experiência vivida, demonstrando o quão importante é diversificar o perfil da magistratura de forma que a experiência vivida do corpo da instituição não seja una, mas também demonstrando como as decisões refletem ideologias pessoais dos magistrados.

Nesse sentido nos chama a atenção voto dissidente em ação de Injúria Racial onde a maioria assim manifestou-se, em grau de recurso:

"duas não presenciaram ofensa alguma (fls. 74 e 75), duas ouviram palavras ofensiva mas não sabem se dirigiam-se ao querelado (fls. 71 e 73), uma ouviu o querelado dirigir ao querelante a expressão "canarinho de matador" (fls. 72), que não se sabe se é ou não uma expressão injuriosa, e a testemunha restante ouviu o querelante dirigir ao querelado a expressão "macaco preto", mas não sabe dizer quem começou a discussão entre ambos (fls. 70), havendo a possibilidade de tal expressão ter sido uma retorsão do querelado contra o querelante." (fls. 96)." APELAÇÃO CRIMINAL nº 27 9.932-3/5-00, Marco de 2002

O desembargador dissidente, valendo-se de sua experiência ou não vontade de invisibilizar o conflito assim votou:

"Conquanto a expressão final tenha sido truncada, pelo contexto pode-se concluir, sem medo de equívoco, que na realidade o querelado queria dizer 'canarinho de matadouro', referindo se metaforicamente aos urubus que geralmente são encontrados em tal local de abate de animais e, via de consequência, revelando o escárnio com que

relacionava essa ave à pessoa do querelante, assim injuriando-o.”
APELAÇÃO CRIMINAL nº 27 9.932-3/5-00, Marco de 2002

Nesse mesmo sentido as interpretações quanto ao uso da palavra Macaco em situações diversas, apesar do notório entendimento sobre o uso da expressão em todo o mundo, haja vista o conflito gerado na Europa em face das bananas jogadas em campo para jogadores africanos estão sempre sujeitas a um universo de interpretação. Esses esforços parecem uma tentativa do julgador, em estabelecendo relação de identificação maior com o autor do crime do que com a vítima⁶⁵, de justificar-se de uma conduta que o mesmo poderia ou já cometera em algum momento de sua vida. Ainda em análises similares onde os réus foram absolvidos da acusação de racismo:

“O uso de apelidos entre colegas era comum (fls. 94) . O autor costumava chamar o requerido de "carcaça de frango", enquanto este, tratava o autor de "macaco" (fls. 99). Como bem evidenciado pelo MM. Juiz "a quo", não se vislumbra nas atitudes do réu, sinal ou traço de racismo na acepção jurídica do termo. Não houve intenção segregacionista em razão de raça ou cor do autor (fls. 134/135).”
APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 502.034-4/0-00, Junho de 2007

⁶⁵ Com relação a esse tema de julgadores mais sensíveis as demandas de promoção e proteção dos Direitos Humanos conforme raça e cor, e pactos narcísicos interessante a conclusão de pesquisa realizada pelo professora da UERJ José Ricardo Cunha: "Observa-se que a cor ou raça associada à maior probabilidade de que as normativas sejam utilizadas frequentemente é a parda. Por outro lado, a branca mostra a maior probabilidade de que as normativas nunca sejam utilizadas. Tomando por base a categoria que agrega os casos em que o juiz não quis informar sua cor ou raça ("não informou"), a raça indígena também apresentou menor probabilidade de utilização frequente das normativas internacionais na fundamentação das sentenças. (...)A alta probabilidade de que os juízes pardos utilizem as normativas internacionais de proteção dos direitos humanos na fundamentação de suas sentenças pode estar associada à maior preocupação com a matéria, conformada ao longo da história de exclusão social sofrida por esse grupo social." (Cunha, 2005, p.168) a relatora para detenções arbitrárias em seu relatório sobre manifestações de racismo, discriminação racial, xenofobia e forma correlatas de intolerância na administração da justiça destacou que a sub-representação de membros de minorias no espaço do sistema judiciário implicavam na reprodução de práticas racistas pelos membros do sistema judicial e na reduzida capacidade dos membros desses grupos minoritários de influenciar política judicial e suas reformas (ZERROUGUI, 2003,p.03)

Nesse caso citado é possível identificar a prática de assédio moral, a qual consiste em constante humilhação de empregado, prática da qual o maior número de vítimas é composto de mulheres negras. Contudo, a cegueira e insensibilidade do judiciário para tal contexto não somente não reconhece a prática de racismo institucional como em alguns casos similares realiza manobras argumentativas para afirmar não estar presente o racismo, não somente naturalizando microagressões⁶⁶ mas também reproduzindo a lógica de que a vítima é a pessoa que cria a ideia de racismo no contexto, nesse sentido.

“as testemunhas disseram que o gerente, em duas ou três oportunidades, questionou dos clientes se estes não preferiam ser atendidos por uma “loira”, o que não configura racismo, mas machismo” vigorante até os dias de hoje, porque no dia-a-dia é comum ouvir a mesma expressão nas mais variadas situações sociais, infelizmente. A testemunha que declarou ter ouvido do gerente, em particular, que este não gostava de “preto” não quis depor no inquérito e suas declarações restaram isoladas para o fim pretendido pelo autor”. (APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 204.155-4/9-00- 05.06.2007)

Em outro julgado, ainda, o magistrado mantém a dinâmica de “mal entendido” ao afirmar que o uso da expressão no contexto não tinha intuito de agressão, naturalizando microagressões e negando o conflito racial. A negação do racismo, conforme Paul Gilroy (apud KILOMBA, 2010, p.22) é parte de um mecanismo primário de proteção do Ego Branco⁶⁷. Se o mecanismo de proteção do Ego negro é manter-se ignorante ou ignorando a sociedade, o mecanismo de defesa do ego branco é similar, apenas os resultados diferem para cada sujeito haja vista que o poder e privilégio que cada um detém nas sociedades racialmente estruturadas são distintos.

⁶⁶ Micro agressões são identificadas de três maneiras quando raciais. Micro ataques, comportamento verbal ou não verbal que busca ferir a pessoa. Micro insultos desprezo e humilhações sutis ou olhares de desdém e micro invalidações minimizam ou negam a experiência racializada da pessoa negra.

⁶⁷ Negação é um mecanismo de proteção do ego que opera inconscientemente para solucionar conflitos emocionais ao recusar-se de admitir os aspectos mais desagradáveis da realidade exterior e pensamentos ou sentimentos internos. (KILOMBA, 2010, p.22)

O uso da palavra mencionada no caso é, como afirmamos, notoriamente racista, e cabe questionar, mudando o enquadramento da situação, em qual momento de formação de identidade todos envolvidos na situação encontravam-se e a solidariedade que o Julgador consegue estabelecer com o acusado, o qual se encontra no mesmo estágio de formação de identidade racial do julgador.

“na sua casa tem algum macaco por acaso para você levar esse tanto de banana?” Disse, ainda, que houve discussão, mas não sabe o teor. Todavia, afirmou que "Pelo tom de voz de Dona Neila, não pode concluir que ela quis humilhar a querelante " (fls. 42). (....) Por sua vez, as outras testemunhas que foram ouvidas, embora não tenham presenciado os fatos, afirmaram que a ora apelante nunca demonstrou preconceito racial, até porque já freqüentou há muito tempo a casa de uma família de negros. Ademais, a testemunha Fernando Furtado disse freqüentar a casa da ré e presenciou pessoas negras, amigas dela (fls. 44/46).” Apelação Criminal Com Revisão nº 990.08.068488-4 novembro de 2008

Em outra divergência de julgamento em grau de Recurso, a interpretação legal foi no sentido de não proteção da criança, vítima de racismo, mas de priorização de detalhes processuais e interpretação técnica que desprivilegiava a vítima, parte mais vulnerável da interação indivíduo estado. Assim, apesar de ser entendimento de que a responsabilidade do Estado é objetiva, em algumas situações de prestação de serviço, o julgamento foi no sentido de não reconhecer tal responsabilidade objetiva e as provas produzidas.

“RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS - Art. 37, § 6o, da CF - Inaplicabilidade - Inexistência de comprovação do nexo de causalidade entre o ilícito administrativo e os danos invocados - Ônus da prova do qual o autor não se desincumbiu - Sentença mantida - Recurso improvido.” Apelação nº 9189931-59.2006.8.26.0000, Setembro de 2011.

Trecho do voto divergente assim declarou:

“Ora, a omissão dos agentes públicos (professora e diretora da escola), que nada fizeram para que cessasse os ataques raciais por parte dos alunos da escola, administrada pela Municipalidade requerida, enseja a reparação a título de dano moral. Como advertem os apelantes, o que também destacou o douto Procurador Geral de Justiça: a responsabilidade da recorrida reside no fato de ela ter a obrigação legal e moral de inibir todas as formas de preconceito, notadamente de cor, principalmente nos estabelecimentos de ensino que administra, o que ela não fez” (fls. 79). “Apelação nº 9189931-59.2006.8.26.0000, Setembro de 2011.

Não é possível uma interpretação fácil de um universo de decisões em um lapso temporal tão grande com tantas mudanças políticas e legislativas. Contudo essa dificuldade de análise nada tem a ver com a natureza do tema no país. Ao não aceitar ou naturalizar elementos de branquitude que compõem a instituição do judiciário e a prática de seus operadores a análise dos limites e possibilidades da instituição torna-se, verdadeiramente, mais objetiva.

Os casos levantados são aqueles onde as partes destacam a possibilidade do racismo informar a conduta dos agentes envolvidos, contudo, nem sempre essa alegação é levada em consideração pelos agentes do judiciário que encaram como natural condutas cotidianas de discriminação racial:

Apelação - Ação de reparação por danos materiais e morais - Responsabilidade civil - Pessoa submetida por segurança de livreria à revista pessoal - O autor foi abordado pelo segurança da livreria e foi revistado na presença de muitas pessoas - O fato foi desagradável e o autor não havia pegado qualquer livro - Houve violação dos direitos da personalidade do autor - O segurança da livreria não tem poder de polícia - Jurisprudência citada - Culpa presumida - A ré é obrigada a reparar os danos causados por seus prepostos - Aplicação da súmula

341 do E. STF - O valor de R\$ 1.500,00 remunera condignamente o patrono da parte adversa - Recurso desprovido (Voto 16846).

“O segurança da Livraria Cultura não tem poder de polícia, para agir atabalhoadamente como agiu, enfiando a mão na mala alheia. Agiu como um capanga do Sr. Pedro que a tudo assistiu e poderia ter amenizado a situação. Merece a reprimenda da sentença, sem qualquer redução.” (APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 445.479-4/5-00. - 07.10.2009)

Chama a atenção nesse julgado que o elemento racial, que certamente informou o ânimo de abordagem do segurança da Livraria com autorização do dono então presente, não é problematizado em nenhum momento da sentença, apesar de ser pontuado pelo requerente da ação. Podemos escolher entender que a escolha do uso da palavra “capanga” num dos argumentos da sentença remeta as dinâmicas de interação do período colonial escravista do país, contudo, se essa informava o relator não foi desenvolvida no julgado.

Outras decisões apreciando situações similares mantiveram o entendimento de que a abordagem é um exercício regular de direito do estabelecimento comercial, Apelação nº 9100337-34.2006.8.26.0000 e Apelação nº: 9000005-03.2002.

Mesmo em face deste contexto apresentado não é possível fazer um desenho pessimista da postura do Tribunal de São Paulo em face das ações que demandam tutela em face de condutas de racismo. A tutela Jurisdicional acontece de forma ampliada e nesse espaço de ampliação o reconhecimento das condutas como racistas se dá de forma mais ampla.

A invisibilização do conflito racial nem sempre é a regra e a naturalização de práticas racistas nos argumentos de defesa nem sempre são aceitas pelos julgadores como nesse julgado onde o relator não aceitou o

entendimento de que os nomes pelo qual o requerente da ação cível era chamado tratavam-se de apelidos jocosos:

Chamar ou designar alguém pela cor da pele, como fez o apelante, como se fosse nome próprio, não tem conotação jocosa, e sim preconceituosa. Além disso, ao lado desta menção, o apelado ainda agregou adjetivos obviamente pejorativos, com safado e intrometido. Não há escusa possível, que o afaste do comportamento escancaradamente racista. (APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 326.178-4/3-00, 06.04.2009)

Ademais, a condenação no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Caso Simone Diniz reconhecendo a prática de racismo e a ineficiência do Judiciário Paulista em resguardar os direitos da vítima, caracterizando racismo institucional, e condenar o autor da conduta parecem ter refletido numa maior atenção de juízes para argumentos antes aceitos e naturalizados⁶⁸, os quais ainda são utilizados, mas não mais reconhecidos como legítimos pelo judiciário, nesse sentido o argumento do autor de que:

E ainda que a defesa tenha produzido prova testemunhal no sentido de que o réu não é preconceituoso porque emprega uma empregada doméstica e um motorista que são negros e suas lojas (duas lojas, uma

⁶⁸ Dentre os argumentos naturalizados e que foram apontados pela Comissão de Direitos Humanos da OEA como incabíveis se justificar a argumentação de que o caso de racismo do qual foi vítima Simone Diniz não se tratava de uma prática de racismo temos os seguintes trechos do pedido de arquivamento do Promotor de Justiça: “ (...) em momento algum pretendeu discriminar qualquer raça . Esclareceu que seus filhos haviam tido um problema de relacionamento com uma doméstica de cor negra, que chegou a espancar os mesmos, o que motivou, em face de um ‘receio’ gerando nas crianças, que fosse dada preferência a uma empregada de cor branca” e “Esclareceu ainda averiguada, que não possui qualquer tipo de preconceito racial, até mesmo porque é casada há onze anos com Jorge Honório da Silva, pessoa de raça negra.” (Inquérito Policial de n. 005/97, da 3.ª Delegacia de Polícia de Investigações Sobre Crimes Raciais de São Paulo) Com relação a esses argumentos a Corte declarou que “O fato de a senhora Gisela Silva haver declarado no Inquérito Policial que não tinha a intenção de discriminar racialmente ou que tinha motivos para preferir uma empregada branca, não autorizava o arquivamento do feito, devendo a defesa sobre a falta de motivação racial ter sido arguida e analisada pelo juiz competente, no marco de um processo penal regular.”.(Relatório de Mérito. OEA/CIDH. Disponível em:< <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>>. Acessado em: 27 dez. 2013)

situada na rua Barão do Amazonas e outra no shopping Santa Úrsula) são freqüentadas por brancos e negros e na sua lavoura de café também emprega negros, conforme afirmaram as testemunhas Jocimara (fls. 76/77), Fábio (fls. 78/80), Paulo (fls. 86/88), Amilton (fls. 99/100), Valdir (fls. 121) e Zilda (fls. 138/139).(Apelação nº 990.08.042442-4. 24.09.2010)

não foi contemplado pelo julgador que o condenou em danos morais apesar dos argumentos. E a alegação de outro requerido em caso de indenização por danos morais, também, de que este não podia ser racista por ter um genro negro é exemplarmente desconstruída pelo relator que assim fundamenta:

“(...) irrelevante o agressor não se portar de maneira igualmente preconceituosa em relação a outras pessoas, como seu genro, por exemplo, em nada o socorrendo provas nesse sentido, já que o importante, na espécie, é seu comportamento frente ao apelado.” (Apelação nº 994.05.047281-5. 13,05,2010)

Apesar de o movimento negro ter iniciado seu diálogo com o legislativo, ignorando que o judiciário também se constituía em palco onde a implementação de políticas de promoção da igualdade racial, também seria disputada, não é possível dizer que esse necessário diálogo não teve início. Ele não somente teve início como tem demonstrado reflexos, seja nas respostas da sociedade seja nas respostas dos tribunais.

A análise dos casos levantados na base de dados do tribunal de justiça do Estado de São Paulo permite-nos, como anteriormente mencionado afirmar que:

Hoje, talvez como nunca no Brasil, o Poder Judiciário tem sido o espaço de luta de movimentos sociais e populares emergentes que, reintroduzindo o Direito no interior das relações sociais, buscam na via jurisdicional “a formulação de uma ‘vontade coletiva’ - isto é, a produção de um novo sentido de ordem”. (PORTANOVA, 2003, p.18)

Houve um significativo aumento de julgados, refletindo esse novo reconhecimento e descobrimento dos tribunais como protetor de direitos e garantias fundamentais, contudo, conforme diversas denúncias do Movimento negro a ferramenta judicial penal não é eficiente na tutela da igualdade racial ou da dignidade das vítimas de discriminação racial e racismo⁶⁹, mesmo em face de alterações legislativas a exemplo da mudança da ação penal de privada para pública condicionada, em razão dos mecanismos processuais os quais continuam oferecendo entraves pra a plena apreciação das demandas das vítimas de racismo.

A estratégia de desclassificação para injúria tem implicado não apenas numa não aplicação da legislação antirracismo, ou aplicação de uma pena menor, mas, também, na apresentação de uma realidade onde o mecanismo processual de desclassificação implica na perda do direito de ação e tutela da vítima de racismo.

Para além dos óbices processuais mecanismos de interpretação judicial resultam na absolvição com base em argumentos já desconstruídos o que parece refletir a não oferta de cursos de aprimoramento e formação dos profissionais do judiciário sobre o tema.

⁶⁹ São constantes as denúncias de racismo institucional no sistema penal quando este é provocado a proteger os direitos dos afrodescendentes vítimas de discriminação.

Ademais, não é possível ignorar que as sucessivas ações de racismo interpretadas pelo judiciário como casos de injúria racial as quais continuam sendo impetradas pelo ministério público como crimes de racismo e não como crimes de injúria racial refletem um fenômeno que precisa ser melhor analisado sobre os reflexos da interação entre os dois organismos no pleito de proteção a dignidade dos negros de São Paulo.

As ações impetradas na vara da fazenda, quase sempre referem-se a casos de racismo no espaço da escola com destaque para ação interposta pela ONG EDUCAFRO em face da FADUSP julgada improcedente haja vista que o pleito de insuficiente inclusão não se fundamentava com os dados estatísticos informados de que mais de 27% dos alunos daquela área de especialização declaravam-se pertencentes a grupos vulneráveis o que quase alcançava a demanda de 33% exigida no contrato com a Fundação Ford.

Outra condenação importante, num caso de racismo institucional onde a intervenção do judiciário eliminou essa prática do executivo no espaço da escola pública é a Apelação / Reexame Necessário nº 0025502-11.2002.8.26.0053 de 08.08.2011. O grande destaque desta decisão exemplar é a forma qualificada com que desconstrói as práticas naturalizadas e descreve a limitação do próprio tribunal nesse tema, veja-se:

Anoto, aliás, que existe um passado no Brasil que não é valorizado, que não está nos livros e, muito menos, se aprende nas escolas. Antes ao contrário, a pretexto de uma certa “democracia racial”, esconde-se a realidade cruel da discriminação, tão velada quanto violenta. Na abstração dos conceitos, o negro, o preto, o judeu, o árabe, o nordestino são só adjetivos qualificativos da raça, cor ou região, sem qualquer conotação pejorativa. Como, todavia, não vivemos no mundo da abstração dos signos linguísticos, esses só ganham dimensão e concretude numa referência com o real. Não se cuida aqui, portanto, de

se consultar dicionários, mas de se analisar em que realidade esses conceitos incidem para se verificar o seu conteúdo discriminatório. Há na ideologia dominante, falada pelo direito e seus agentes, uma enorme dificuldade em se admitir que há no Brasil, sim, resquícios de uma sociedade escravocrata e racista, cuja raiz se encontra nos processos históricos de exploração econômica, cujas estratégias de dominação incluem a supressão da história das classes oprimidas, na qual estão a maioria esmagadora dos negros brasileiros. Na visão dominante e eurocentrista do mundo, ao negro só é reservado um papel subalterno e marginal, ligado quase sempre a aspectos negativos da personalidade humana.

É possível concluir que, a ampliação da implementação de políticas que sensibilizem e informem os profissionais do Direito sobre o que é o racismo podem refletir, como já têm refletido numa mais eficaz tutela da dignidade de vítimas de crimes de racismo de forma ampla e não pontual restrita a “sorte” de ter por juiz ou relator alguém sensível ao tema.

A proteção a branquitude e os pactos narcizicos se fazem tão presentes na instituição do judiciário, a qual em sua grande maioria é formada por homens brancos de classe média,⁷⁰ que existem situações onde a vítima de racismo, autora da ação, tem o processo transformado em uma ferramenta contra si. Nesse sentido, por exemplo, as apelações

DANO MORAL - Lei de Imprensa - Entrevista concedida por Ciro Gomes a jornal, na qual imputa a Fernando Henrique Cardoso e a José Serra terem "horror a pobre. Se for nordestino e preto, então, nem se fala" - Distinção entre direito de crítica a fato objetivo e imputação difamatória, sem qualquer lastro em fato concreto - Legitimidade passiva concorrente entre o órgão de imprensa e o entrevistado - Inexistência de imunidade parlamentar por ato ilícito contra a honra alheia, proferido em entrevista e desconectado das atividades e

⁷⁰ Pesquisa feita pela professora Maria Sadek publicada no livro *Magistrados Uma Imagem Em Movimento*, com dados disponibilizados pela AMB em 2005 apontavam que dentre os membros da magistratura 85,7 declaravam-se brancos. (2006, p.18)

atribuições de deputado federal - Afastamento das preliminares de cerceamento de defesa, ilegitimidade passiva e imunidade parlamentar - Ação indenizatória procedente - Recurso não provido. (Apelação Cível nº 575.762.4/0-00, 18.12.2008.)

RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Imputação infundada de crime de racismo -Crime de extrema reprovabilidade social -Aquele a quem é imputada levianamente tal conduta tem sua honra (objetiva e subjetiva) atingida frontalmente, já que significa atribuir-lhe desprezo pela dignidade do ser humano e pela pacífica convivência social -Dano, culpa e nexos causais comprovados -Indenização arbitrada em R\$ 6.000,00 -Improcedência do pedido contraposto no que tange ao dano moral - Alegado dano material em pedido contraposto que não guarda vínculo com o objeto e a causa de pedir da demanda - Assistência judiciária gratuita -Sobrestamento do pagamento dos ônus de sucumbência - Recurso desprovido com observação. (Apelação nº 990.09.368814-0, 08.06.2010)

CALÚNIA. Advogado que, na condição de Defensor de acusado em processo criminal, afirma nas razões recursais que o Magistrado deixou clara a intenção de condenar seu constituinte por “ser pessoa pobre e negra”. Imputação ao Magistrado de prática do crime previsto no artigo 20, da Lei nº 7.716/89. Crime de calúnia caracterizado. Imunidade profissional prevista nos arts. 2º, da CF, 142, I, do CP, e 7º, § 2º, da Lei 8.906/94, que não é absoluta e nem alcança o crime de calúnia. Precedentes do STJ e do STF. Condenação mantida. Penas mínimas, considerando-se a causa de aumento prevista no artigo 141, incisos II e III, do CP, fixado o regime aberto. Substituição da privativa de liberdade por interdição temporária de direitos, consistente na proibição do exercício da advocacia, e fixação do valor do dia-multa em patamar exacerbado. Medidas que, além de extremamente gravosas, não estão devidamente fundamentadas. Apelo parcialmente provido para adequação da pena substitutiva e redução do valor do dia-multa ao mínimo legal. (Apelação nº 0009565-29.2009.8.26.0048, 19.05.2011)

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental pode ter dado a impressão, principalmente internacionalmente, de que o nosso judiciário se encontra mais consciente quanto a natureza do mal que busca coibir com suas decisões. No entanto, o que nos parece é que da mesma forma que o caso *Brown v Board* foi um caso álibi para a política internacional

de uma potência ambiciosa, a arguição de descumprimento de direito fundamental também se deu de maneira similar.

Tanto assim é que, apesar da sistemática referência a produção teórica norte americana, inúmeros elementos que sinalizavam a desconstrução de políticas de igualdade racial nos EUA se fizeram presentes na decisão da ADPF e mantiveram abertas as portas para desconstrução de um frágil reconhecimento de direitos no âmbito doméstico.

A análise do voto dos Ministros, com destaque para o voto do relator, acompanhado por todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos permitirá notar esses aspectos e indícios do processo de reconhecimento das políticas de ações afirmativas e combate ao racismo no Brasil com as mesmas sementes contraditórias de destruição que foram percebidas nos EUA durante a ascensão e queda do Estado promotor de igualdade racial e combatente do racismo.

5.3 O Julgamento das Políticas de Cotas da UNB – Nossa Suprema Corte e seu segundo momento racial.

Diferente da história americana, a qual reflete o modelo de um sistema jurídico de Common Law justificando o grande número de casos levados aos tribunais e a grande atenção que a sociedade oferece as decisões das altas Cortes, o Brasil não tem pais fundadores juristas e nem. O Nosso modelo de Civil Law, originário na influência de nossos colonizadores portugueses, percebe nas cortes apenas a função de aplicar a lei, anteriormente declarada, e

reflexo de um embate político anteriormente ocorrido e não mais passível de questionamentos no espaço do judiciário.

A declaração de Constitucionalidade da norma elaborada pela Universidade de Brasília, a qual dentro dos seus limites garantidos pela Autonomia Universitária estabeleceu política de reserva de vagas para alunos negros, é o segundo momento em que o plenário da Suprema Corte do Brasil foi chamado a manifestar-se sobre racismo e Justiça Racial.

Talvez tivéssemos muito mais apreciações de direitos raciais pelo judiciário se o judiciário brasileiro fosse tão central na determinação no dia a dia dos cidadãos e tivesse o peso simbólico igualmente significativo. Contudo, esta não é a realidade brasileira onde a maioria da população vive a margem do que se passa nos Tribunais e ignorando seus direitos e garantias.

A Litigância estratégica organizada por instituição ambicionando grande impacto e manifestação das altas cortes apresentou-se como algo muito recente no país, não ignorando a referência histórica de Luis Gama, tal ferramenta não fez parte da atuação do movimento social negro durante sua organização e atuação no decorrer do século XX.

Assim, é em razão desses elementos que temos poucos casos emblemáticos a exemplo do caso Simone Diniz, o qual domesticamente foi decidido de forma a resultar em uma condenação do Estado Brasileiro pela falha em proteger vítimas de discriminação racial, o caso Elwenger, que ampliou a concepção constitucional de raça a qual apesar de ser resultado de demandas do movimento negro, alcançou naquele caso vítima de antissemitismo, sendo o primeiro caso racial apreciado pelo STF, e, finalmente,

a ADPF 186-DF o primeiro caso de Justiça racial envolvendo afrodescendentes no pleno daquela corte.

O voto do relator da ADPF analisa inicialmente aspectos processuais reconhecendo o cabimento da ação e em seguida passa para a análise do mérito da ação. Dividido em partes cada uma com um tema o voto do relator aprecia todos os argumentos apresentados pelo autor da ação, assim, o voto possui o que poderíamos identificar como “capítulos” intitulados:

Questões Preliminares, Abrangência do Tema em Discussão, Igualdade Formal versus Igualdade Material, Justiça Distributiva, Políticas de Ações Afirmativas, Critérios Para o Ingresso no Ensino Superior, Adoção do Critério étnico racial, Consciência Étnico Racial como fator de exclusão, O papel integrador da universidade, Ações Afirmativas nos Estados Unidos da América, Hetero e Auto Identificação, Reserva de Vagas ou estabelecimento de cotas, Transitoriedade das Políticas de Ações Afirmativas e Proporcionalidade entre meios e fins.

O Voto analisou a exaustão, com fundamento em obras de diversas áreas do conhecimento, deixando explícito a natureza inter e transdisciplinar do tema em discussão, concluindo pela Constitucionalidade da política de reserva de vagas da Universidade de Brasília.

As manifestações do relator e dos outros ministros do Pleno do Supremo Tribunal, no entanto, apesar do posicionamento ideológico alinhado com a postura internacional do Estado Brasileiro, um posicionamento de Estado democrático promotor de Direitos Humanos comprometido com redução de desigualdades sociais, não conseguiu contemplar a declaração do Direito a Política de cotas nas Universidades sem reproduzir alguns elementos os quais

se fizeram presentes no processo de desconstrução das políticas de promoção de igualdade nos EUA.

Ao definir o conceito de Ações Afirmativas assim declarou o relator:

“(...) atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.” p.28

Passa então a analisar o conceito de Justiça distributiva cunhado pelo autor John Rawls, o relator destaca o elemento de “realocação de bens e oportunidades para o benefício da sociedade”. p.33

A ideia de implementação de tais políticas de Justiça social com o fim de contemplar e beneficiar a sociedade como um todo se faz presente mais de uma vez, em um segundo momento o relator afirma que o “grande beneficiário de tais políticas”:

“Não é aquele estudante que ingressou na universidade por meio das políticas de reserva de vagas, mas todo o meio acadêmico que terá a oportunidade de conviver com o diferente, ou, nas palavras de Jürgen Habermans, conviver com o outro.” P. 82

Ao analisar o conceito de Ação Afirmativa o autor novamente desenvolve o argumento da transitoriedade, p. 39, remontando a experiências pioneiras da Índia e dos EUA para exemplificar os resultados e contextos nos quais tais políticas foram idealizadas e anteriormente implementadas.

O frame escolhido pelo relator pontuou que o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem não pode ser aferido de forma linear, ora, da mesma forma, na mesma realidade social apontada pelo relator, o mérito de concorrentes que se encontram em situação de vantagem não pode ser definido como a linha base⁷¹ de onde irá se avaliar conceitos de mérito e conhecimento.

Isso porque exatamente como menciona o relator os critérios de seleção são “ditos” objetivos, uma vez que constituem-se em ferramentas lineares aplicadas numa realidade social marcadamente desigual, inclusive racialmente.

O relator argumenta que existe uma significativa relevância em viabilizar o maior acesso de não brancos ao espaço da Universidade Pública, não somente com o fim de diversificar o perfil racial da elite dirigente do país, a qual segundo o mesmo é formada e educada no espaço da universidade pública, mas, também, um argumento que não se fez presente na realidade americana, mas que se faz um significativo fundamento das decisões no Brasil, é o fato de que tais universidades são mantidas com recursos públicos e estes devem, em uma república democrática, ser igualmente distribuídos e não direcionados para um grupo minoritário.

Então afirma que levar em consideração critérios socioeconômicos ou étnico raciais beneficia a sociedade com o pluralismo de ideias resultantes dessa diversidade fomentada.

O ideário integracionista, em oposição ao nacionalista, se faz perceptível na afirmação de que os programas de ações afirmativas raciais: “tomam como

⁷¹ Base Line. – é uma expressão cuja tradução pode ser ponto de partida e questiona a ideologia presente no Judiciário Americano de identificar negros e brancos em igual situação em suas relações sociais para fins de julgamento sobre discriminação racial.

ponto de partida a consciência da raça com o objetivo final de eliminá-la.”
(p.63)

Ao mesmo tempo é afirmado que os programas de ações afirmativas têm natureza recompensatória, a fim de reduzir os efeitos das práticas racistas “inconscientes” e seus efeitos em uma sociedade onde o Estado se posicionou de forma complacente em face dessas condutas “inconscientes” de discriminação e racismo.

A intenção de formação de “role models” com a implementação de políticas raciais de inclusão e ações afirmativas se fez presente no voto do relator, inclusive, argumentando o mesmo a importância da formação destes os quais seriam “lideranças dentre esses grupos discriminados, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, além de servirem como paradigma de integração e ascensão social. P. 73

Interessante a aceitação das teses de natureza reparatória bem como as de natureza para além de distributiva, mas de reconhecimento e valorização de um grupo cultural. Assim foi afirmado que Justiça Social, e Justiça Racial, consistia, também, na incorporação na sociedade, mais ampla, de valores culturais dos grupos excluídos.

Em verdade, a tese de reconhecimento cultural parece ser um maior fundamento da utilização do critério racial do que o argumento de redistribuição:

“Esse modo de pensar revel a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas,

demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnico racial. “ p. 76

São poucos os momentos em que o paradigma da branquitude é considerado no voto do relator e destaca-se o subargumento de que os efeitos das avaliações sobre a qualificação e capacidade de afrodescendentes no Brasil repercute não somente na exclusão destes mas, também, repercute naqueles que promovem a exclusão dos afrodescendentes, ou seja, os não negros do Brasil. P.78

A tese de que o texto constitucional prevê cotas de forma restrita, somente e exclusivamente para o grupo dos portadores de deficiência, é afastada pelo relator com fundamentos em decisões anteriores do pleno as quais reconheciam a legalidade de políticas de reservas de vagas para mulheres em candidaturas políticas, ampliando as categorias de grupos vulneráveis.

Assim, tendo sido reconhecida a legalidade de tal ampliação informada pela categoria de gênero e em face da proximidade dentre as categorias gênero e raça foi declarado pelo pleno que tal categoria também poderia ser aplicada informada por raça?

O relator, então, retomou o argumento de importância da limitação temporal das políticas e de coerência entre meios aplicados para alcançar os fins declarados, tudo isso com a finalidade de que tais políticas não resultem em uma inversão da estrutura criando uma sociedade onde subalternizações fossem invertidas. A tese da neutralidade de busca de igualdade se mantém como escudo do medo de uma eventual “onda negra” no Brasil atual.

Outros Ministros manifestaram em seus votos suas compreensões as quais justificam a implementação de tais políticas, o argumento presente de forma constante, fonte da eliminação das políticas de ações afirmativas nos EUA nesse ano de 2013 foi o argumento do limite temporal de tais políticas.

Concepções referentes à menor qualificação dos estudantes aceitos, sem questionamentos referentes aos critérios utilizados para seleção, fizeram-se presentes, também, em outros votos, a exemplo do voto do segundo Ministro a Votar Luiz Fux.

O Ministro Fux, também, alinhou-se a concepção de que tais políticas justificavam-se em razão de obrigações que os membros de comunidades com identidades históricas deveriam ter imposto sobre si (Sanders, apud, Fux)

Classe e etnia são interpretados como elementos “facilitadores” do ingresso de jovens ao espaço da Universidade ao mesmo tempo em que constituem elementos os quais promovem o alcance dos fins do espaço universitário como um ambiente fecundo e valorizador da diversidade étnica e regional, preceito este último declaradamente constitucional.

O Ministro então afirma que:

“ a função da política de cotas é permitir que a universidade seja capaz de formar um corpo discente plural, capaz, de abarcar pessoas oriundas de camadas carentes da população e de minorias desfavorecidas, construindo um futuro promissor em termos de integração e inclusão social. “

A Ministra Rosa Weber de forma detalhada também atacou os argumentos dos autores da ADPF com destaque para reconhecimento de que o acesso ao ensino superior, no Brasil, não é um direito subjetivo passível de

violação, tendo como fundamento de tal afirmação o fato de que o ingresso no ensino superior é condicionado ao aferimento do “mérito”.

Destacamos esse argumento uma vez que ele traz o mérito como elemento central, mas não define no que este se constitui em nossa sociedade. Isso porque a definição do que vem a ser mérito acadêmico é uma escolha da Universidade, definido dentro da autonomia que tais instituições detêm graças a Constituição Federal.

A Ministra Carmem Lúcia em seu voto mencionou que:

“ (...) as ações afirmativas não são as melhores opções; melhor opção é ter uma sociedade na qual todo mundo seja igualmente livre para ser o que quiser. Mas isto é um processo, uma etapa, uma necessidade diante de um quadro onde isso não aconteceu naturalmente.”

Esse trecho permite identificar o alinhamento da Ministra com o entendimento de que o objetivo a ser alcançado é uma sociedade onde não exista racismo, identificando o mesmo, necessário para que exista o reconhecimento e valorização de culturas de outros grupos, como algo negativo nas sociedades.

O Ministro Cezar Peluso em seu voto atacou teses referentes as práticas de racismo no espaço de universidades “integradas racialmente” e no que concernia a possível discriminação no mercado de trabalho, após a graduação dos alunos cotistas.

O Ministro, também, destaca elemento de um debate presente até mesmo dentro das diversas correntes do Movimento Social Negro referente a

natureza reparatória das políticas de ação afirmativa. Este afirma que não se justificam tais políticas em razão de fatos passados, mas, sim, estas precisam ser implementadas em razão de “uma realidade de uma injustiça objetiva do presente.”.

O conceito de mérito, novamente, não é definido quando da apreciação de tal argumento pelo Ministro o qual mantém, somente, a contra argumentação de que o mérito é critério justo somente para aqueles que tiveram oportunidades idênticas ou, pelo menos, assemelhadas de preparação.”

O Ministro Marco Aurélio valeu-se de previsão em documento internacional para desconstruir eventual tese de que a implementação de políticas de cotas raciais tratava-se de uma forma de racismo. Passou então em diversos momentos de seu voto a valer-se de experiências concretas das Universidades que adotaram o sistema de cotas para desconstruir afirmações feitas pelos autores da ação.

Dentre os outros votos disponibilizados até o presente momento o voto do Ministro Gilmar Mendes é igualmente extenso, como o do relator. Isso se deve as inúmeras ressalvas que o Ministro possuía ao voto do relator.

Apesar de ser apresentado como ressalvas, o ministro foi o único que pontuou conceitos os quais permanecem aparentemente subentendidos nos debates sobre políticas de promoção de igualdade racial e presentes tanto no discurso daqueles a favor quanto no discurso daqueles contrários. Para além disso o Ministro demonstrou sua resistência com relação a essas políticas em vários Momentos de seu voto insistindo na concepção de que as políticas redistributivas de reparação e compensação não podem ser informadas pela

raça, uma vez que segundo o Ministro existem pessoas negras com situação sócio econômica estável e que seriam “somente beneficiadas” de forma injusta com tais políticas que consideram raça em lugar de classe.

“Mas, Presidente, eu tenho muitas dúvidas e deixo isso no meu voto- em relação ao critério puramente racial, porque também aqui não se contempla, ou melhor, permite-se uma possível distorção, que pessoas que tiveram, embora consideradas de uma determinada raça, mas que tiveram um desenvolvimento educacional absolutamente adequado agora sejam convidadas a trilhar um esse caminho facilitário das cotas, porque não se leva em conta o referencial de índole social. Parece-me que esse é um ponto que precisa ser discutido. Mas como é um projeto com essa demarcação de caráter de experimentalismo institucional, que deve ser reelaborado.”⁷²

O Ministro, então continua:

“Então, temos, Presidente, realmente, um sério problema a despeito da correção do discurso. Ninguém está aqui a negar a constitucionalidade das ações afirmativas, nós temos um número muito razoável de decisões do Supremo Tribunal Federal, em variada ordem que ressalta a possibilidade de se adotarem critérios diversos. Isso faz parte, inclusive, da velha fórmula que era decantada já por Rui Barbosa: de tratar igualmente a iguais e desigualmente a desiguais. Ou, na crítica de Anatole France que dizia: a igualdade formal assegurava a pobres e ricos. Mas a referência aqui, era a pobres e ricos, o direito inclusive de dormir sobre as pontes.

Para então concluir:

“(...) Nesse sentido, eu não chancelaria a fórmula como totalmente constitucional. Mas eu diria, na linha do que a gente vem sustentando aqui, as chamadas sentenças intermediárias, quer dizer: é uma lei ainda constitucional; é um modelo que pode tender, se for mantido, se não for revisto, para um quadro de inconstitucionalidade. “

⁷² Existe, também, no espaço da Teoria Crítica Racial um debate sobre o element de diversidade sócio econômica dentro da comunidade negra o qual é prontamente ressachado pelos teóricos desta escola com o fundamento de que : "even taking into account class, gender, and other divisions," there does indeed remain "an irreducible link of commonality in the experience of people of color: rich or poor, male or female, learned or ignorant, all people of color are to some de-gree 'outsiders' in a society that is intensely color-conscious and in which the hegemony of whites is overwhelming." (Kennedy, Randall apud Kennedy, Dunkan, 1990, p.730)

Em vários momentos do voto o Ministro insistiu no entendimento de que a discriminação significativa no Brasil não é racial, mas, sim, sócio econômica, inclusive citando Caio Prado Junior como fundamento desse seu entendimento. Ignorando inúmeras produções feitas por autores afrodescendentes afirmou que diferente dos EUA o Brasil nunca teve legislações abertamente excludentes em relação a negros e que em razão das práticas racistas no país nunca terem chegado ao nível de um modelo de KLuKlusKlan não se via legítimo a implementação de intervenções pautadas na raça.

Outro aspecto do voto do Ministro Gilmar Mendes é que o mesmo apresenta decisões da Suprema Corte ressegregacionistas, com o intento de afirmar que até mesmo aquele país entendeu incabível a utilização dos critérios de raça ignorando contexto político histórico e cultural da desconstrução daquelas políticas. Assim, é interessante notar que o voto do Ministro é intensamente alinhado com a ideologia de colorblindness americana de forma tal que insiste na afirmação da natureza intensamente mestiça da sociedade brasileira ao mesmo tempo em que cita votos fundantes desta ideologia desconstrutora das políticas de Ações Afirmativas nos EUA.

A afirmação de que raça não é categoria a ser considerada na implementação de políticas públicas, mas, sim, a categoria classe ou gênero, ignora o caráter estrutural do racismo o qual é reconhecido como algo individual no voto, e não como um fenômeno estrutural.

Tal construção, também, ignora documentos internacionais assinados pelo Brasil e inseridos no nosso ordenamento jurídico à exemplo da

Declaração da Conferência de Durban que em seu artigo 18 ressalta o caráter interligado do racismo com o classismo.

“... a pobreza, o subdesenvolvimento, a marginalização, a exclusão social e as disparidades econômicas estão estreitamente vinculadas ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia e à intolerância correlata e contribuem para a persistência de atitudes e práticas racistas que, por sua vez, geram mais pobreza.”
(A/CONF.189/12)

O voto conclui que a manutenção da política de cotas da UNB é passível de permanência apenas em razão do interesse experimental de observação dos resultados da implementação de tal política, condicionando, assim, a implementação de tal política.

Retomando a análise dos votos de todos os Ministros, chama a atenção a fundamentação bibliográfica destes. Os votos são informados por autores clássicos das relações raciais no Brasil, em sua significativa maioria brancos, e por autores modernos da produção teórica desse debate, onde inúmeros autores negros são ignorados, o que nos leva a questionar tal simbolismo.

Inicialmente todas as obras, com uma significativa exceção da produção teórica do Ministro Joaquim Barbosa exceção que serve como fundamento da regra, são de autoria de pesquisadores brancos, em um momento histórico no qual muito já havia sido produzido sobre o tema por autores negros no Brasil, contudo, ainda não o bastante, aparentemente.

O professor Richard Delgado em seu artigo seminal sobre Teoria Crítica Racial e poder acadêmico problematizava os efeitos de tal “circulo interno de

comentadores”⁷³ ele afirma que são teóricos os quais têm que lidar com elementos da formação de identidade branca compostos por culpa e negação as quais se fazem presentes na produção teóricas destes autores. Assim tais obras quase sempre concebem racismo como algo intencional e focam em teorias que assumem racismo como resultado de atos intencionais e individuais ignorando que o racismo é algo inerente e estruturante das sociedades americanas fundadas em escravismo. (DELGADO, 1984, p.567).

Os Tribunais Brasileiros refletem a educação que os seus julgadores receberam. Estes em sua maioria educados por obras e professores brancos em espaços brancos são desafiados em razão do interesse estatal e contexto político internacional a abordar um tema que ignoraram solenemente, enquanto privilégio branco, durante séculos.

Da mesma forma que nos EUA a nossa produção doutrinária sobre o tema neste primeiro momento de reconhecimento da importância de políticas de promoção de igualdade racial e combate ao racismo estão imersas ideologicamente em valores de proteção do ego branco, são eles perceptíveis na negação, filantropismo, foco no modelo intencional de práticas de racismo e não reconhecimento do caráter estrutural e estruturante dessas relações.

Isso sem mencionar as práticas que buscam não implementar as normas inconvenientes de combate ao racismo, como estratégia do pacto narcísico, como nos parece a constatação do aumento do julgamento em segundo grau de casos de reparação cível por racismo e a continuidade da ausência de

⁷³ O círculo interno de comentadores é o termo que o professor DELGADO utiliza-se para identificar o fato de que teóricos brancos apenas citam autores brancos estabelecendo um ciclo de autoridade na produção acadêmica que ignora produção teórica fora do círculo. Essa produção acadêmica é mais confortável para os autores uma vez que estes buscam obras as quais apegam-se a teorias estereis de justiça e roubam a força moral da doutrina de Justiça Racial e Ações Afirmativas.

casos de racismo ou de injúria racial que resultem em condenação, quase sempre com fundamento em elementos procedimentais e processuais os quais tornaram-se padrão.

6. Conclusão.

O julgamento da ADPF- 186, com decisão favorável ao movimento social negro , a mudança de padrão de decisões por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo, reconhecendo vários casos de racismo em ações cíveis, e o processo de aprovação do Estatuto da Igualdade Racial, o qual foi aprovada como um remendo do projeto original, encontram-se inseridos num contexto doméstico propiciado por pretensões e exigências do cenário político de Direitos Humanos Internacional e a ambição de manutenção de hierarquias e subordinações raciais domésticas. Essa interpretação é possível tendo como ferramenta de análise o princípio da Convergência de Interesses.

O Princípio da Convergência de Interesses foi elaborado com a finalidade de explicar porque a promessa feita com o julgamento do caso *Brown v Board of Education*, Julgamento favorável ao movimento negro dos Estados Unidos, não se cumpriu e em poucos meses a decisão da Suprema Corte foi alterada de forma a inviabilizar a implementação da decisão resultando a longo prazo na mesma segregação socioeconômica do período das leis Jim Crown.

Essa ferramenta nos permite perceber até onde os movimentos sociais negros realmente alcançaram suas demandas e até onde as concessões no processo de negociação implicam na redução do sucesso dessa histórica luta pela igualdade. As mudanças ocorridas na história da proteção de direitos humanos dos Afrodescendentes, no mundo, podem ser observadas e analisadas por meio da lente deste princípio.

Os acordos onde foram conquistados Direitos Humanos de Afrodescendentes, somente ocorreram em conjunturas onde as demandas dos afrodescendentes convergiam com os interesses dos grupos não negros trazendo como exigência a manutenção de privilégios do status quo, enquanto são feitas pequenas ou insignificantes concessões aos grupos subalternizados.

Assim, na história do mundo temos o exemplo desse princípio fazendo-se presente no processo de fim do escravismo, convergindo interesses de Afrodescendentes na Diáspora com os interesses da burguesia industrial. O fim do escravismo parece ter apresentado como contraprestação a estrutura de subordinação racial.

O fim do Apartheid na África do Sul teve o interesse das potências com poder de veto no Conselho de Segurança, as quais tinha a expansão daquele país no continente como uma ameaça econômica e política e o fim do Apartheid como mudança ideológica que implicaria num governo mais alinhado aos interesses daquelas potências mundiais.

Nos Estados Unidos o fim do regime de leis Jim Crow foi informado pela preocupação do governo americano de eliminar leis domésticas que prejudicavam a expansão daquele país no continente africano em sua disputa com a URSS pelo modelo de regime sócio econômico a ser adotado naqueles países recém independentes.

E no Brasil, como tem se dado o processo de conquistas do movimento negro quando observado por meio destas lentes? É possível estabelecer paralelos e destacar quais os interesses da população negra estão sendo afastados, de forma a tornar ineficiente os resultados destas políticas à longo prazo, assim como o foram nos EUA.

A questão central desta Tese foi a constatação da aplicação da Teoria de Convergência de Interesses na realidade de implementação de políticas de Ações Afirmativas raciais no Brasil a partir de uma ótica estrutural do cenário de Direitos Humanos Internacional e seus reflexos no espaço doméstico.

Portanto, o desafio da pesquisa inédita no olhar e inédita no levantamento de dados, uma vez que coletamos os votos desde a fonte e não nos utilizamos de dados coletados por outros, também se fez presente não somente ao inserir para uma Bacharel em direito o desafio de coleta, levantamento, seleção e análise de dados mas de encontrar mínima fundamentações teórica nacional para os posicionamentos que adotamos.

Como toda pesquisa empírica esta ajustou-se aos desafios do processo de coleta e análise de dados. Ao iniciarmos o levantamento ambicionávamos apenas observar de mais perto os argumentos presentes nas sentenças dos casos de racismo julgados pelos tribunais, de forma a identificar quais elementos processuais, procedimentais, e ideológicos implicavam na acusação de ineficiência do Judiciário para proteção de vítimas de racismo.

Após a introdução aprofundada à escola doutrinária de Teoria Crítica da Raça tornou-se muito mais interessante analisar a interação entredireito doméstico e direito internacional na proteção dos direitos de vítimas de racismo por meio das lentes do princípio de convergência de interesses.

Tendo esse princípio origem na realidade racial americana, extremamente similar e diferente à realidade racial brasileira, se fez necessário apresentar o histórico de formação da Jurisprudência de Justiça Racial dos Estados Unidos para identificar os momentos de convergência de interesses, quais interesses convergiam e quais mecanismos para não concessão real de

Justiça Racial, práticas de tokenismo, foram utilizados tendo o Judiciário como espaço de observação.

A descrição Histórica começa com o caso emblemático do escravizado, Dred Scott, passando pela decisão legitimadora do seminal modelo de segregação racial Jim Crow, o caso Plessy v Ferguson.

Após a análise desses casos passamos a apresentar a famosa decisão do caso Brown v Board. Esse caso é apontado, quase consensualmente, como uma decisão de uma Suprema Corte que revolucionou estruturas sociais para promover Direitos Humanos.

Após o exame do caso Brown v Board passamos a apresentar as decisões proferidas após aquela, que ao modularem o que era possível ou impossível sob as lentes constitucionais como política de Ação Afirmativa racial desconstruíram a esperança e as poucas políticas que foram efetivadas animadas por aquela decisão do Judiciário pelo executivo Americano.

A Jurisprudência que descreve a desconstrução da ideia de conquista do Movimento Social Negro Americano é presente no âmbito trabalhista e educacional. Assim temos os casos Bakke, Grutter, Gratz e Fisher, como os casos paradigmáticos decididos pela Suprema Corte no âmbito educacional.

A desconstrução se deu com a autorização da implementação de políticas raciais condicionadas as exigências que inviabilizavam e desconfiguravam a intenção inicial de combater ao racismo e promoção de integração racial a cada decisão da Suprema Corte.

Assim foi decidido que não era constitucional reservar vagas, bem como não o era conceder pontos adicionais em razão da identidade racial e por fim,

apenas possível considerar raça, após provar-se que todos os mecanismos “neutros” de promoção da Diversidade, também racial, no espaço da Universidade, não foi alcançado.

O caso Fisher, Julgado no ano de 2013, não foi apreciado no mérito. Ele foi devolvido a corte regional para novo julgamento, este busca uma declaração da Suprema Corte de que raça não deve ser considerada de forma alguma, nem nos termos reduzidos e restritos do recente julgamento do caso Grutter.

Por fim a decisão do Caso Parents Involved deixou explicito que até mesmo no espaço da Educação básica não existe mais o interesse de intervir de forma a desconstruir os efeitos de séculos de escravismo e décadas de segregação. As Escolas não podem mais utilizar cor como critério para indicar onde a criança/adolescente irá estudar.

No âmbito dos direitos trabalhistas as decisões que promoveram inclusão reconhecendo o impacto desproporcional como indício de práticas de discriminação logo foram desarmadas, a exemplo do que ocorreu no âmbito educacional.

Assim o caso Griggs v Duke Power, que reconheceu impacto desproporcional como elemento probatório logo foi revista pela decisão do caso Washington v Davis o qual reinseriu a implementação de políticas de Ações Afirmativas como algo voluntário da empresa.

O Caso Ricci v Destefano foi um dos últimos a ser apreciado pela Suprema Corte e o mesmo inseriu a exigência de intenção, explicitando mais

ainda, que uma prática discriminatória, somente pode ser afastada se esta for resultado de um ato intencional do empregador.

Após apresentar como foram construídos e desconstruídos os Direitos Civis nos EUA passamos a expor a corrente teórica fundada pelo Professor Derrick Bell, fundador da Escola de Teoria Crítica Racial, e o princípio cunhado por este professor de “Convergência de Interesses” o qual foi elaborado afim de explicar por qual motivo a decisão *Brown v Board* não cumpriu sua promessa de eliminar a segregação racial da sociedade americana.

O princípio de convergência de interesses é apresentado bem como a sua aplicação vinculando o contexto internacional com o doméstico quando da decisão do caso *Brown v Board*. Apesar de existir um contexto doméstico que também pode ser analisado pela ferramenta optamos por não o fazer de forma a manter o escopo da análise viável e realista.

Após apresentarmos a conclusão do professor Derrick Bell, de que que a promessa foi uma interpretação do movimento de direitos civis nunca feita pela Suprema Corte, apresentamos o Brasil no contexto da Política Internacional e de que forma esse contexto favoreceu o movimento negro no país, permitindo que o Executivo voltasse um olhar atencioso para o combate à desigualdade racial, racismo, e promoção da igualdade racial.

No último capítulo analisamos os votos levantados no Tribunal de Justiça de São Paulo, estado declarado responsável pela prática de racismo institucional, pela Comissão de Direitos Humanos da OEA, e analisamos os votos, disponibilizados até o final da redação desta tese, da ADPF 186-DF.

Com a análise dos votos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo constatar alguns padrões de decisão e obstáculos processuais e procedimentais nos casos de racismo. Também foi possível notar que houve não somente um aumento no número de casos de racismo – possível reflexo de um maior número de ações apresentadas que indicam a maior consciência da população, ou que podem também indicar o aumento da pressão sofrida pelo Tribunal de São Paulo por maior produtividade após determinação do CNJ regulamentada pelo TJSP determinando metas a serem alcançadas até o fim de 2011.

Foi possível também, constatar o significativo aumento de ações de reparação de dano civil por práticas de racismo. É importante, sem dúvidas aprofundar tal análise, mas o aumento de julgamentos de ações civis se dá a partir do julgamento do caso Simone Diniz.

Informados pelo Princípio cunhado pelo professor Derrick Bell é possível perceber essa tendência como mais uma concessão que busca “perder os anéis mas, manter os dedos” e podemos dizer que essa perda de anéis é condicionada a um prazo bem restrito.

Concluimos que o Tribunal de Justiça mantém o seu padrão de não aplicar a legislação penal e continuar a valer-se dos óbices procedimentais para evitar a aplicação da legislação anti racismo.

Ademais, em face da pressão internacional para que tal instituição do estado de São Paulo não mais negue, por meio de mecanismos procedimentais e processuais, o direito de proteção das práticas de racismo de vítimas no estado, o Tribunal parece valer-se da apreciação dos casos cíveis e

condenações cíveis, cujos procedimentos parecem encontrar menor óbices, para indicar uma inexistente mudança de postura da instituição.

O número de casos de racismo apreciados em segundo grau de jurisdição aumentou, algumas condenações ocorreram, contudo é irrisório o número de decisões fundadas na Lei 7716/89 e que resultaram, realmente, em pena exemplar.

Além da postura ideológica do Tribunal de São Paulo, refletida nesses dados, é possível questionar uma possível interpretação estratégica por parte dos advogados que ingressam com ações fundadas em atos de racismo.

Alguns entendem que o espaço da reparação Civil é um possível lugar para ampliação da juridificação do combate ao racismo. Esse entendimento reflete uma concepção também de teóricos da área de Direitos Humanos e da Criminologia Crítica no Brasil.

Entendemos que a interpretação da tais grupos de teóricos do Direitos ignora as ambições de reconhecimento, presentes nas demandas anti - racismo, as quais são primariamente contempladas quando o Estado reconhece a existência e reprova condutas.

Foi assim com a Lei Maria da Penha e da mesma forma com a Lei 7716/89 a qual da mesma forma que a Lei Maria da Penha encara resistência de aplicação por parte de toda a estrutura do judiciário, mas, que, diferente da temática anti- racismo, encontra um significativo número de aliados empáticos ao tema e com poder econômico, político e social, para estruturar mecanismos de advocacy para implementação e efetivação da Lei sem subterfúgios de tokenismo ou proteção do ego.

Concluimos com a análise dos votos da ADPF 186-DF, disponibilizados até o momento, identificando elementos ideológicos que também se fazem presentes no processo de desconstrução das políticas de ações afirmativas nos EUA, elementos esses que naquele país estão muito mais legitimados em um contexto adjetivado como “pós-racial” pelos contrários a manutenção dessas políticas. Inclusive a dinâmica acadêmico-doutrinária presente nos votos os quais explicitam a invisibilidade da produção não branca sobre o tema das Ações Afirmativas no Brasil.

O tema abordado na tese, a acomodação doméstica de forma a manter as estruturas e não cumprir plenamente as exigências internacionais, tendo como objeto de análise o funcionamento do Judiciário doméstico antes e depois da “condenação” do Estado Brasileiro em um organismo internacional pela prática de racismo institucional, valeu-se do referencial teórico e Princípios vinculados a valores críticos bem como normas de documentos Internacionais.

Assim buscamos estabelecer diálogo com outras interpretações do mesmo objeto feita por correntes chamadas progressistas do Direito nacional mas que, em verdade, conforme desenvolvemos em nossa dissertação, não conseguem posicionar-se além da naturalização da branquidade e do privilégio branco que traveste-se de neutralidade ideológica e científica no Brasil estruturalmente racializado.

O resultado final de pressão internacional por garantia de Direitos Humanos de Afrodescendentes pode ser a acomodação doméstica e utilização desta pressão apenas para a declaração de leis e implementação de políticas “álibis” as quais sabidamente não tem potencial de intervir estruturalmente na desigualdade racial resultante de séculos de ideologia racista. Manter um olhar

atento para essas dinâmicas permite a estruturação do movimento social negro de forma a que as políticas de igualdade não resultem no enfraquecimento deste e não cumprimento a longo prazo das promessas que não são feitas.

É vital para que a sociedade brasileira realmente vislumbre um futuro racialmente democrático em seu horizonte, que uma abordagem crítica seja feita e que silêncios e subalternizações de vozes não continuem a informar as instituições que idealizam, elaboram e implementam as ações de combate ao racismo permitindo o vislumbre de um horizonte de transformações racialmente estruturais.

Bibliografia

ADORNO, Sérgio. Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo, *Novos Estudos. Cebrap.* 43, NOV, P.45-63. 1995.

ALBUQUERQUE E SILVA, Silvio José. O Itamaraty e o ano internacional dos afrodescendentes: um olhar sobre o discurso externo brasileiro acerca da questão racial In, *Igualdade Racial no Brasil - Reflexões no Ano Internacional dos Afrodescendentes. Igualdade Racial no Brasil - Reflexões no Ano Internacional dos Afrodescendentes.* Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

ALVES, José Augusto Lindgren. "A Conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos. In *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaio em Homenagem ao Prof. Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo V.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005

_____. No peito e na raça: a americanização do Brasil e a brasilianização da América, *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Piracicaba, Editora UNIMEP, 12 (27): 91-106, 2000.

AMORIN, Celso. O Brasil e o "renascimento africano". Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/discursos-artigos-entrevistas-e-outras-comunicacoes/ministro-estado-relacoes-exterores/283202718029-artigo-do-senhor-ministro-de-estado-das-relacoes>. acesso em 20.11.2013

BELL JR, Derrick A. Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interest in School Desegregation Litigation. In Derrick A. Bell, Jr. *The Yale Law Journal* Vol. 85, No. 4, pp. 470-516. Mar., 1976.

_____. Brown v Board of Education and the Interest Convergence Dilemma. In *93 Harvard Law Review* 518, P 518-533. 1980.

_____. Racial Realism. *CONNECTICUT. LAW REVIEW. VOLUME 24. WINTER. NUMBER 2.* p. 363-79. 1992

_____. *Silent Covenants: Brown v. Board of Education and the Unfulfilled Hopes for Racial Reform.* New York: Oxford University Press, 2004.

_____. Race, Racism, and American Law. 6 ed. Nova York. Aspen Publishers. 2008.

BENTO, Maria Aparecida Silva. Branqueamento e branquitude no Brasil. In CARONE, Iray; BENTO Maria Aparecida Silva (Org.). Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil. Petrópolis: Vozes, 2002

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima (2009). Racismo e Desigualdade no Brasil. In Cotas Raciais no Ensino Superior. Evandro C. Piza Duarte, Dora Lúcia de Lima Bertúlio, Paulo Vinícius Baptista da Silva (coords.). Curitiba: Juruá.

BROWN, Richard D. "The Founding Fathers of 1776 and 1787: A Collective View," *William and Mary Quarterly*, 3rd Ser., Vol. 33, No. 3, pp. 465–480. Jul. 1976.

CALAZANS, Luiz Antonio. Algumas considerações sobre o racismo institucional, discriminação racial e políticas de ação afirmativa no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CASHIN, Sheryll D. Shall We Overcome? Transcending Race, Class and Ideology through Interest Convergence. *St. John's. Law Review*: Vol. 79. 2005.

CHARMICHAEAL, Stokely; HAMILTON, Charles V. Black Power: the politics of liberation. New York: Vintage Books, 1992.

_____. The Myths of Coalition from Black Power. The Politics of Liberation in America. In *Race/Ethnicity: Multidisciplinary Global Contexts*. Vol. 1, nº 2, Race and Coalition, PP. 171-188. Spring, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORREIA, Fábio Túlio; RIBEIRO, Henrique Costa Cavalcante. Realismo Jurídico. Disponível em <http://oas.trt19.gov.br:8022/doutrina/007.asp> Acesso em: 20 de out. 2009.

CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Sur, Rev. int. direitos humanos.*, Dez 2005, vol.2, no.3, p.138-172.

d. ADESKY, Jacques Edgard. *Anti-racismo*, liberdade e reconhecimento. Rio de Janeiro: Dautt, 2006.

DA MATTA, Roberto. (1997). Notas sobre o racismo à brasileira. In *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil - Estados Unidos*. Jessé Souza (org.), et alii. Brasília: Paralelo

DAVIS. Peggy C. Law As Microaggression in *The Yale Law Journal*, Vol. 98, No. 8, Symposium: Popular Legal Culture (Jun., 1989), pp. 1559-1577

DELGADO, Richard. The Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol 132. P. 561-578. 1984.

DRIVER, Justin. Rethinking the Interest Convergence Thesis. *Northwestern University Law Review* Vol. 105, No. 1. P. 148-198. 2011.

DUDZIAK, Mary L. Desegregation as a Cold War Imperative. *Stanford Law Review*. Vol. 41, No. 1 (Nov., 1988), pp. 61-120

DUNOFF, Jeffrey L; RATNER, Steven R; WIPPMAN. *Internacional Law: Norms, Actors, Process: A Problem-oriented Approach*. 3ed. New York: Aspen Publisher, 2010.

EMIDIO, Rosangela. *Racismo no Brasil e a Busca por Justiça na OEA*. Monografia. Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas do Centro Universitário Fundação Santo André. Orientadora. Mojana Vargas. 2010

FERREIRA, Denise. Facts of Blackness: Brazil is not (Quite) the United States... and Racial Politics in Brazil? In *Social Identities*, Volume 4, Number 2, University of Pittsburg. 1998.

FINKELMAN, Paul. Scott v Sanford: The Court's Most Dreadful Case and How it Changed History. In *CHICAGO-KENT LAW REVIEW*. Vol. 82. N. 3. 2007.

FLORES, Joaquín Herrera. Los Derechos Humanos como Productos Culturales. Madrid: Catarata, 2005.

_____ La complejidad de los derechos humanos- bases teóricas para una redefinición contextualizada. In: Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.1, p. 103-135, jun. 2008.

FRASER, Nancy & HONNETH, Axel (2001). Da Redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Jessé Souza (organizador). Brasília: Editora Universidade de Brasília, pp.245-282.

FREEMAN, Alan David. Legitimizing Racial Discrimination through antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine. *Minnesota Law Review* 62 (1978): 1049, reimpresso em Kimberle Crenshaw et al., eds., *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement* New York: The New Press

GOMES, Joaquim Barbosa. (2001). Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar

GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. (1999). Racismo e antirracismo no Brasil. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34.

HENRIQUE, Simone. A mulher negra brasileira e as ações afirmativas. gênero e etnia no Brasil: o direito fundamental à saúde. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

HERNANDEZ, Kateri Tanya. racial subordination in Latin America; The Role of the State, Customary Law, and the New Civil Rights Response. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS Cambridge, New York. 2013.

JACCOUD, Luciana de Barros. (2002). Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental. Luciana de Barros Jaccoud e Nathalie Beghin. Brasília: Ipea.

JESUS, Vinicius Mota de. Da omissão ao estatuto da igualdade racial: os caminhos da igualdade na República Brasileira. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

KENNEDY, Duncan. A Cultural Pluralism Case for Affirmative Action in Legal Academia. 1990 DuKEL.705reimpresso em Kimberle *Crenshaw et al.*, eds., *Critical RaceTheory: The Key Writings That Formed the Movement* New York: The New Press

KILOMBA, Grada. Plantation Memories: Episode of Everyday Racism. 2nd Edition. 2010. Unrast- Verlag, Munster.

LAFER, Celso.A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988

LESTER, Anhtony. Brown v Board of Education Overseas. In Proceedings of the American Philosophical Society held at Philadelphia for promoting useful knowledge. Vol 148. N. 4. Dezembro de 2004. P.455-463.

LIKE, Sheldon Bernard. Brown Abroad: Na Empirical Analysis of Foreign Judicial Citation and the Metaphor of Cosmopolitan Conversation. In .Vanderbilt journal of transnational law. Março,2012. Vol 45

LOPEZ, IAN F. HANEY. *The Social Construction of Race* in R. Delgado & J. Stefancic (Eds.), *Critical race theory: The cutting edge*.2.ed. Philadelphia: Temple University Press. 2000.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. 5. ed.Madrid: Editorial Tecnos, 1995

MARTIN Jr, Waldo E. Brown v Board of Education: A Brief History With Documents. Boston: Bedford/St. Martin's. 1998.

MEDEIROS, Carlos Alberto. (2004). Na lei e na raça: Legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos. Rio de Janeiro; DP&A. Coleção Políticas da Cor

MELO, Celso Eduardo Santos. Racismo e violação aos direitos humanos pela internet: estudo da lei n 7.716/89. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

MOURA, Clóvis (1988). Sociologia do Negro Brasileiro. Série Fundamentos, 34. São Paulo: Ática.

MUTUA, Makau. Change in the Human rights Universe. In: Harvard Human rights Journal, v20, p.3-5. 2007.

NEVES, Marcelo. (2011). A Constitucionalização Simbólica. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes LTDA, v. 01. 263p

NOGUEIRA, Oracy. (2007). Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem. Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. In Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 1

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito de marca: as relações raciais em Itapetininga. São Paulo: EDUSP, 1998

OLIVEIRA, Ilzver de Matos. O discurso do judiciário sobre as ações afirmativas para a população negra na Bahia. Dissertação de Mestrado. 2008. UFBA.

OLIVEIRA, Sidney de Paula. O Estatuto da Igualdade Racial. São Paulo: Selo Negro, 2013.

PELLER, Gary. Race Consciousness. Duke Law Journal Vol. 1990, No. 4, Frontiers of Legal Thought III (Sep., 1990), pp. 758-847 reimpresso em Kimberle Crenshaw et al., eds., Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement New York: The New Press

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do Racismo: Entre Política de Reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Tese. Direito. PUC_RIO. 2013.

PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 4ed 2003.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil. São Paulo: Julex Livros, 1989.

PÜSCHEL, Flávia Portella; Rodriguez, José Rodrigo; Machado, Marta Rodrigues de Assis. A Juridificação do Racismo: Uma análise de Jurisprudência do TJ de São Paulo. Artigos Direito GV- Working Papers nº5. Disponível

em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2775/WP5.pdf?sequence=1> Acesso em 06/12/2013.

RACUSEN, Seth. "A mulato cannot be prejudiced": The legal construction of racial discrimination a contemporary. Brazil –Massachussetts, EUA –Department of Political Science. Tese de Doutorado, jun.2002

RIBEIRO, Claudio Oliveira. As relações Brasil-África entre os governos Collor e Itamar Franco. In Revista Brasileira de Ciência Política, nº 1. Brasília, pp. 289-329, janeiro-junho de 2009.

RIOS, *Roger Raupp*. Direito da Antidiscriminação. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2008

SADEK, Maria Tereza. Magistrados: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: editora FGV, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007

SANTOS, Christiano Jorge. (2010). Crimes de preconceito e de discriminação. 2a ed. São Paulo: Saraiva.

SANTOS, Gislene Aparecida. A invenção do ser negro. Rio de Janeiro: Pallas/Educ; São Paulo: FAPESP, 2001.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. *Direitos humanos e as práticas de Racismo*. Fundação Cultural Palmares, 2012

SANTOS, Milton (2000a). Ser negro no Brasil. Folha de S. Paulo, São Paulo, 7 maio 2000. Caderno MAIS.

SANTOS, Tiago V A. Racismo Institucional e violação de direitos humanos no sistema de segurança pública: um estudo a partir do Estatuto da Igualdade Racial. 2012. Dissertação de Mestrado. FD-USP. São Paulo.

SARLET, Ingo Wolfgang. (2003). A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo, Companhia das Letras, 2000

SILVA JÚNIOR, Hédio. (2000). Do racismo legal ao princípio da ação afirmativa: a lei como obstáculo e como instrumento dos direitos e interesses do povo negro. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio A.; HUNTLEY, Lynn. Tirando a máscara: ensaio sobre o racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra

TELLES, Edward. Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2003

VIZENTINI, Paulo Fagundes. De FHC à Lula. Uma década de Política Externa. Civitas – Revista de Ciências Sociais, v. 5. n. 2, jul.-dez. 2005. Porto Alegre. p. 381-397.

WIEVIORKA, Michel. (2007) O racismo, uma introdução. Tradução de Fany Kon. São Paulo: Perspectiva. (Debates, 308/dirigidapor J. Guinsburg)

YOUNG, Iris Marion. Taking the Basic Structure Seriously. In: Perspectives on Politics, v4: n.1, p. 91-97. Cambridge Journal University Press, 2006

ZERROUGUI, Leila. Racism and the Administration of Justice. In Dimensions of Racism. Office of High Commissioner for Human Rights, 2003, disponível em http://www.ohchr.org/Documents/Publications/DimensionsRacism_en.pdf acesso em 03.11.2013.

CERD.(2003). Reports Submitted by States parties under article 9 of the Convention. Seventeenth periodic reports of States parties due in 2002. Addendum BRAZIL. Disponível em <http://www.bayefsky.com/reports/brazil_cerd_c_431_add_8_2003.pdf>, acesso em 3 de março de 2012

CNJ- Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2013: ano-base 2012/ Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2013.

Inquérito Policial de n. 005/97, da 3.^a Delegacia de Polícia de Investigações Sobre Crimes Raciais de São Paulo.

ONU. (2011). Guia de Orientação das Nações Unidas no Brasil para Denúncias de Discriminação Étnico-Racial. Brasília: ONU

Organização dos Estados Americanos. Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Relatório n. 66/06. CASO 12.001. Relatório de Fundo. Washington D.C. Relatório, 2006. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>>. Acesso em: 27 dez. 2013.