CELSO EDUARDO SANTOS DE MELO

Ações coletivas e promoção da igualdade racial – estudo sobre a proteção de direitos transindividuais da população negra.

Tese de Doutorado

Orientadora: Professora Associada Dra. Gislene Aparecida dos Santos

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2016

CELSO EDUARDO SANTOS DE MELO

Ações coletivas e promoção da igualdade racial – estudo sobre a proteção de direitos transindividuais da população negra.

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direitos Humanos, sob orientação da Professora Associada Dra. Gislene Aparecida dos Santos.

Versão corrigida em _____. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO-SP

2016

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Melo, Celso Eduardo Santos De
Ações coletivas e promoção da igualdade racial - estudo sobre a proteção de direitos transindividuais da população negra. / Celso Eduardo Santos De Melo ; orientadora Gislene Aparecida dos Santos -- São Paulo, 2016.
180 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

1. Ações coletivas.. 2. Direitos humanos.. 3. Racismo.. 4. População negra.. 5. Direitos transindividuais.. I. Santos, Gislene Aparecida dos, orient. II. Título.

CELSO EDUARDO SANTOS DE MELO

Ações Coletivas e Promoção da Igualdade Racial – um estudo sobre a proteção de direitos transindividuais da população negra.

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do titulo de Doutor em Direito, na área de concentração Direitos Humanos, sob orientação da Professora Associada Dra. Gislene Aparecida dos Santos

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. (a) Dr. (a)_____
Instituição: _____
Assinatura: _____

Prof. (a) Dr. (a)_____
Instituição: _____
Assinatura: _____

Prof. (a) Dr. (a)_____
Instituição: _____
Assinatura: _____

Prof. (a) Dr. (a)_____
Instituição: _____
Assinatura: _____

Prof. (a) Dr. (a)_____
Instituição: _____
Assinatura: _____

Ao meu sempre primeiro amor, Cícera.

Agradecimentos

Gostaria de agradecer a minha orientadora, Professora Associada Dra. Gislene Aparecida dos Santos, não somente pelo acolhimento desta pesquisa, mas por todos os debates a respeito deste trabalho e suas bases acadêmicas que me fizeram refletir e encontrar diversas perspectivas teóricas sem as quais esta tese não teria concretude.

À Professora Dra. Eunice Aparecida de Jesus Prudente, pela indicação bibliográfica e contribuições pontuais durante a qualificação deste trabalho.

À Professora Dra. Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux, cujas contribuições durante a qualificação foram importantes para organização e apresentação desta pesquisa.

Aos amigos maravilhosos que me ajudaram com pesquisa e informações, metodologia e conteúdos desta temática, especialmente Mauro Siqueira e Didier Koch.

Aos antigos alunos e sempre amigos, Larissa Andrade, Eder Pinho, Paulo Neto, Antonio Neto, que tanto me fizeram sorrir e me motivaram com sua admiração, respeito e carinho.

Aos colegas de trabalho, com os quais muito que aprendi e também pude contribuir de alguma forma com as suas trajetórias profissionais e acadêmicas, em especial à UniAges, e todos os colaboradores desta academia.

Agradeço também a minha família, que com todos os percalços, ausências, limitações e dificuldades ainda assim foi possível chegar até aqui.

Agradecimentos mais que especiais a Felipe Trindade, e tenho muito a lhe agradecer!

Ao CNPq pelo apoio financeiro indispensável à realização do curso de doutorado.

Tanto a agradecer, que a Deus agradeço, por tudo e por todos que com esta pesquisa contribuíram.

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.

Bobbio

[...] para atingir uma situação de igualdade racial completa, é necessário que os dois grupos raciais (brancos e não-brancos) se distribuam igualmente na hierarquia social e econômica.

Hasenbalg e Silva.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo demonstrar que o uso das ações coletivas para a defesa de direitos transindividuais da população negra, mostra-se assertivo na promoção da igualdade racial, pois este instrumento processual de tutela coletiva reúne elementos adequados a promover igualdade material com medidas inclusivas, compensatórias, reparatórias, punitivas e educativas. Por outro lado, as ações coletivas enfrentam problemas no que diz respeito às medidas contra o racismo institucional e à discriminação indireta. Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica sobre o tratamento jurídico recebido pelo indivíduo negro no Brasil e sobre aspectos das relações raciais, focalizando em subsídios a interpretação judicial das demandas de promoção da igualdade racial, como conceitos de racismo, preconceito e discriminação racial. Em seguida, complementou-se este estudo com a análise da proteção de direitos transindividuais da população negra, com base na Lei de Ação Civil Pública. Destacou-se nesta pesquisa as funções assumidas pelo poder judiciário, jurisdição e processo para se cumprir com os fins sociais do Estado democrático de direito sempre que provocados a cumprir com os direitos fundamentais envolvidos na promoção da igualdade racial. Tanto a Constituição Federal quanto normas infraconstitucionais expressam os princípios protetivos contra a discriminação e o racismo. É preciso se considerar o problema racial no plano coletivo e não apenas individual, buscando-se uma proteção mais efetiva da política antirracismo. A pesquisa foi desenvolvida por meio de uma investigação bibliográfica quanto ao racismo sob a perspectiva jurídica nacional, e da análise dialético-expositiva dos institutos do microssistema de processo coletivo nacional e ação civil pública.

Palavras-chave: Ações Coletivas. Igualdade. Racismo. População Negra.

ABSTRACT

This study aimed to demonstrate that the use of class action for the defense of transindividual rights of black people, it is shown assertive in promoting racial equality, for this procedural instrument of collective protection meets all relevant factors to promote the material equality with inclusive measures, compensatory, remedial, punitive and educational. On the other hand, collective action facing problems with regard to measures against institutional racism and indirect discrimination. Held documental research on the legal treatment of black individuals in Brazil and on aspects of race relations, focusing on subsidies judicial interpretation of the demands of promoting racial equality, as concepts of racism, prejudice and racial discrimination. Then added up this study with analysis of trans-rights protection of the black population, based on the Public Civil Action Law. It is noteworthy in this research the functions assumed by the judiciary, jurisdiction and process to meet the social purposes of the democratic rule of law whenever caused to comply with the fundamental rights involved in promoting racial equality. Both the Federal Constitution and infra-constitutional norms express the protective principles against discrimination and racism. It has to consider the racial problem at the collective level, not just individual, seeking a more effective protection of anti-racism policy. This research was developed through a literature search as racism under the national legal perspective, and dialectical-expository analysis of microsystem institutes of national class action and public civil action.

Keywords: Class Action. Equality. Racism. Black Population.

RÉSUMÉ

L'objectif de ce travail est de démontrer que l'utilisation de l'action collective, pour la défense des droits trans-individuels des populations noires, se révèle efficace pour la promotion de l'égalité raciale. En effet, cet instrument procédural de protection collective réunit les éléments appropriés qui permettent de promouvoir l'égalité économique, grâce à des mesures inclusives, compensatoires, de rattrapage, punitives et éducatives. Ceci dit, l'action collective recontre des difficultés dans le cadre de la lutte contre le racisme institutionnel et contre la discrimination indirecte. Notre recherche documentaire, sur la protection juridique des populations noires au Brésil et sur les relations raciales, porte principalement sur les demandes d´égalité raciale, sur le racisme, les préjugés et la discrimination raciale. Ensuite, cette étude analyse la protection des droits trans-individuelle des populations noires, dans le cadre de la Loi sur l'Action Civile Publique. Il apparaît dans cette étude l´importance des fonctions assumées par le pouvoir judiciaire, les juridictions et la tenue de procès pour répondre démocratiquement aux besoins sociaux et respecter les droits fondamentaux de l'égalité raciale. La Constitution fédérale brésilienne et les normes infra-constitutionnelle définissent les principes de protection contre la discrimination et le racisme. Il faut prendre en compte le problème racial au niveau collectif, et pas seulement au niveau individuel, pour une protection plus efficace dans le cadre de la politique anti-racisme. Cette recherche a été menée par une analyse de la littérature existante traitant du racisme sous un angle juridique, par l'analyse dialectique des ´´class action´´ nationales et par l´analyse de l'action civile publique.

Mots clés: Actions collectives. Égalité. Le racism. Population noire.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....10

CAPÍTULO I – RACISMO E IDENTIDADE NEGRA NO BRASIL: CONTEÚDOS PARA O JUDICIÁRIO......13
1.1 – A concepção do negro e da população negra na ordem jurídica brasileira – um breve histórico.....13
1.2 – Aspectos relevantes do racismo contra o negro no Brasil. 23
1.2.1 – Racismo 24
1.2.2 – Preconceito Racial 37
1.2.3 – Discriminação Racial.....40

CAPÍTULO II – ESTRUTURA DO ESTADO BRASILEIRO PARA A PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL E COMBATE AO RACISMO......45
2.1 – Aspectos normativos acerca da proteção jurídica contra o racismo no Brasil.....46
2.2 – A concepção de racismo pelos tribunais.....60
2.3 – Contribuições do Estatuto da Igualdade Racial para a proteção transindividual da população negra. 68

CAPÍTULO III – AÇÕES COLETIVAS E SEU MECANISMO DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS DA POPULAÇÃO NEGRA .72
3 – Considerações iniciais.....72
3.1 – O microssistema de processo coletivo no Brasil e a dinâmica da Ação Civil Pública. 78
3.2 – Os direitos e interesses transindividuais. 85
3.3 – A legitimação na ação coletiva. 93
3.3.1 – Ministério Público.....96
3.3.2 – Defensoria Pública.....97
3.3.1 – Associações.....99
3.4 – Os efeitos das ações coletivas e a coisa julgada. 100

CAPÍTULO IV – AÇÃO COLETIVA E SEU PAPEL NA PROMOÇÃO/PROTEÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS DA POPULAÇÃO NEGRA......106
4 – Auspícios preliminares 106
4.1 – Acesso a justiça e promoção da igualdade racial da população negra.....109
4.2 – Uso das ações coletivas em prol de direitos transindividuais da população negra: limites e potencialidades.....120
4.3 – Judicialização do racismo: dois modelos de ações coletivas.....137

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....157

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....163

INTRODUÇÃO

O momento jurídico atual tem sido propício a consolidação de direitos transindividuais da população negra. Muito embora a questão do reconhecimento e proteção de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos seja há algum tempo debatida no Brasil, inclusive com a elaboração jurídica de um dos mais evoluídos sistemas de processo coletivo da *civil law* do mundo, alcançando a proteção de grupos sociais específicos, só muito recentemente foram reconhecidos formalmente direitos transindividuais da população negra.

Após promulgação de normas jurídicas, políticas públicas sendo desenvolvidas e decisões judiciais favoráveis aos protestos por igualdade da população negra, pode-se dizer que está em curso uma nova trajetória para a cidadania das pessoas negras com respeito e tratamento igualitário dignos da pessoa humana.

Contudo, estas normas jurídicas ainda não se consolidaram, pois a igualdade material pretendida vai além da sua mera positivação e de alguns casos de muita repercussão social decididos nas altas cortes do país. Para se consolidar estes direitos arduamente conquistados é preciso garantir a efetividade das normas, sendo possível exigir dos órgãos de poder o cumprimento do compromisso de um Estado democrático de direito.

Para além da representatividade democrática nos poderes legislativo e executivo, existe a via democrática do poder judiciário. E este, como os demais órgãos de poder, deve dar cumprimento às obrigações assumidas pelo Estado diante das violações a direitos ou da efetivação de políticas publicas adequadas. O caminho adequado para as coletividades acederem ao poder judiciário é por meio das ações coletivas.

O presente trabalho dedicou-se a esta investigação: o uso de ações coletivas para promoção da igualdade racial considerando os direitos transindividuais da população negra. Neste sentido, entende-se por promoção da igualdade racial as medidas que enfrentem o racismo, buscando evitar a discriminação racial e implementar a igualdade material.

Considerando a previsão constitucional de proteção aos direitos transindividuais, bem como as normas do microssistema processual coletivo, discorreu-se sobre as potencialidades da ação coletiva para a promoção da igualdade racial da população negra, sobretudo quanto à responsabilidade civil no dano moral coletivo e quanto ao controle judicial de políticas públicas.

Partindo do pressuposto de utilização da ação coletiva como procedimento pluralista, estratégico e democrático de participação no processo judicial, pretendeu-se demonstrar como os grupos vulneráveis e hipossuficientes podem empoderar-se por meio de mecanismos previsto pelo próprio Estado de direito para fazer cumprir com os compromissos democráticos firmados.

As ações coletivas, que podem ser interpretadas em lato e *stricto sensu*, são institutos jurídicos processuais que, no contexto que se pretendeu desvelar nesta pesquisa, podem promover uma participação inclusiva dos indivíduos no processo democrático de promoção e proteção do direito. Esta sua qualidade estofa-se na proteção de interesses transindividuais e incrementam a democracia no Estado democrático de direito à medida que não só proporcionam aos indivíduos alcançar sua efetiva cidadania, com a efetividade de seus interesses, como também possibilitam a criação de um cenário propício a sua realização, com a concreta participação nos feitos decisórios do Estado.

Caracterizam como direitos transindividuais da população negra, para os fins desta pesquisa, aqueles direitos ou interesses relacionados a direitos fundamentais, individuais e coletivos, das pessoas autodeclaradas pretas e pardas que possam ser posicionados em escala de coletivização, ou seja, que não se resumam a esfera individual dos sujeitos, e sim relacionados à sua identidade racial e pertençam à comunidade negra.

Hodiernamente, tanto o Estatuto da Igualdade Racial quanto a própria Lei da Ação Civil Pública prevêem a utilização desta ação coletiva para defesa e promoção dos direitos transindividuais da população negra, correspondendo a judicialização de políticas públicas embasadas em diretrizes daquele estatuto, bem como defesa e reparação de danos à honra e à dignidade de grupos raciais e étnicos.

Buscou-se verificar com esta pesquisa se as ações coletivas são instrumentos adequados a promoção da igualdade racial da população negra, e consequentemente se são eficazes no combate ao racismo. Para tanto, foram analisados os fundamentos teóricos da tutela jurisdicional de direitos transindividuais e legislação aplicável quanto à proteção de direitos desse grupo.

Neste mister, no capítulo I foi analisado o tratamento jurídico dado às pessoas negras, da concepção como objeto de direito à concepção de sujeito de direitos, individual e transindividualmente considerado, bem como elementos imprescindíveis a compreensão das relações raciais e do racismo no Brasil.

No capítulo II foram analisadas as normas vigentes de promoção da igualdade racial e combate ao preconceito e discriminação racial, destacando sua vinculação aos direitos humanos e a fundamentalidade destes direitos no ordenamento jurídico nacional.

No capítulo III, após abordagem teórica, discorreu-se sobre o microssistema processual coletivo e descrição da dinâmica da Ação Civil Pública, bem como a definição de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e suas contribuições para a promoção da igualdade racial da população negra

Por fim, o capítulo IV discute a aplicação da ação coletiva como via de acesso à justiça e judicialização do racismo.

Almeja-se com este trabalho refletir sobre o direito como um importante meio de realização da organização social. Contudo, os direitos não nascem prontos, são construídos e reconhecidos pela dinâmica e a dialética, num verdadeiro agir comunicativo. Neste sentido, cumprem as ações coletivas um papel de proporcionar uma formação do direito de modo coletivo e participativo.

A cidadania é uma proposta de convivência mútua dos sujeitos componentes do Estado, sendo que a atuação política, econômica e civil de cada um só tem sentido quando se asseguram a todos oportunidades de acesso justo aos processos decisórios e de participação social.

As ações coletivas serviriam como autênticos instrumentos públicos, e seus efeitos dariam voz e visibilidade aos agentes falantes que dependem desta visibilidade para que sejam efetivados seus direitos de cidadania, num movimento ativo, atuante, conscientizador e democrático.

CAPÍTULO I – RACISMO E IDENTIDADE NEGRA NO BRASIL: CONTEÚDOS PARA O JUDICIÁRIO.

1.1 – A concepção do negro e da população negra na ordem jurídica brasileira – um breve histórico.

Discutir uma concepção jurídica do indivíduo negro e da população negra hoje no Brasil perpassa por uma análise necessária da gênese desta conceituação, entendendo sua fundamentação ao longo do histórico dos tratamentos jurídicos atribuídos a estes. Considerando ser o indivíduo negro um objeto de direitos, passando a compreensão e ao reconhecimento de seus direitos de capacidade jurídica como sujeitos de direitos individualmente considerados, até a sua concepção mais ampla, em plano coletivo, lato *sensu*, ou seja, em sentido desta interpretação se dever sempre ao fato de que certos indivíduos fazem parte de um coletivo de seres humanos reunidos em uma situação fática que os une em mesma relação jurídica justamente por pertencer a este grupo específico de indivíduos, ou receber tratamento jurídico diversificado pelo mesmo motivo. Em síntese, para compreender a atual existência de uma legislação específica de tratamento jurídico de indivíduos negros como sujeitos de direito, justamente por comporem uma coletividade de indivíduos denominada população negra, é preciso reconhecer o tratamento dado aos indivíduos denominados negros ao longo da história no Brasil.

No Brasil durante a Colônia e o Império[1], não havia a ideia de uma pessoa negra senão aquele indivíduo que provinha de certas regiões africanas como escravo, ou daqueles que nasceram sob o regime da escravidão.

Embora a escravidão fosse uma instituição secular, conhecida desde a antiguidade, sendo inclusive tratada juridicamente pelo Direito Romano[2], não era estabelecida do ponto de vista racial ou pela cor da pele em si. A justificativa para esta situação de submissão a outrem se dava por outros motivos como o nascimento nesta condição, as dívidas ou povos conquistados. O que nunca mudou é o teor de subjugação de um sujeito a outro, uma hierarquização nas relações de poder.

---

1 Neste sentido, ver: FREYRE, G. **Casa Grande e Senzala**. São Paulo: Global, 2013; HOLLANDA, S. B. de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995; MATTOSO, K. M. de Q. **Ser escravo no Brasil.** São Paulo: Brasiliense, 2001; RIBEIRO, D. **O Povo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995; SCHWARCZ, L. M. **O espetáculo das raças** - Cientistas, instituições e questão racial no Brasil do século XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

2 Já em Aristóteles, Livro I da Política, encontra-se uma análise da escravatura, seus objetivos e fundamentação, motivo pelo qual lhe atribuem ser a escravidão "um dado da natureza".

Com a chegada dos europeus ao Novo Mundo e as expedições à costa africana, e as descobertas das grandes navegações, deu-se origem a uma nova empresa: o tráfico de escravizados da África para as colônias americanas[3].

Os escravizados no Brasil eram os negros trazidos pelo tráfico (oficialmente até 1831), ou aqui nascidos (1871). Durante este período, de 1530 a 1850, são estimados cerca de 3,5 a 4 milhões de africanos de pele escura, negra. Não eram de apenas um povo, tribo, ou grupo social. O elemento de identificação entre eles era ser negro[4], trazido após ser apreendido e submetido a viagens horrendas em navio tumbeiros, como mercadorias de um comércio lucrativo. Embora no Brasil colonial o índio também fosse escravizado, os chamados "escravos da terra" (ALENCASTRO, 2000), a opção pelos negros africanos era bem mais lucrativa. O fim econômico da escravidão negra era inclusive legitimada pelos argumentos em favor da salvação das almas indígenas. Já os negros, com sua origem das tribos de Caim e Cã[5] não poderiam ter outro destino senão o da servidão.

Aliás, a denominação *negro* advém da conotação ideológica alcançada em construção histórico-social, com fulcro racial. A *invenção* do *ser negro* é uma ficção baseada em critérios raciais pseudocientíficos, com argumentos que justificassem inferioridade e submissão (SANTOS, 2002). Desse modo, é possível afirmar que o termo raça é um conceito político ideológico que foi construído historicamente para justificar a dominação de um determinado grupo assim denominado, cuja identificação era traçada por aspectos biológicos e anatômicos, cuja origem e fenótipo seriam determinantes de seu papel social, cultural, econômico e político. Neste sentido, o termo raça tem conotação racista.

Este tratamento jurídico como objeto de direitos de propriedade com sua conotação de mão de obra escrava era um resultado da política de *plantation* cuja ideologia dominante encarregava-se de estabelecer uma justificativa racial para a legitimidade da

3 Neste sentido, vide: THORNTON, J. **A África e os africanos na formação do mundo atlântico**. 1400-1800. Rio de Janeiro, Elsevier: 2004.

4 "A cultura diferente desse povo era encarada como signo de barbárie. A vida sexual, política, social dos povos africanos foi sendo devassada e diminuída diante da vida dos europeus. A invisibilidade das diferenças entre os vários povos da África fazia com que todos fossem vistos de uma única e mesma forma: todos são negros. " (SANTOS, 2002, p. 55)

5 Caim, irmão de Abel, ambos filhos de Adão, o primeiro homem criado por Deus segundo a Bíblia, livro Gênesis. Segundo explicações em bases religiosas, Caim, por ter assassinado seu próprio irmão, teve a pele enegrecida como castigo do Criador. Já Cam, fora castigado à servidão eterna, assim como toda sua geração, por ter zombado do pai bêbado, que o amaldiçoou pelo desrespeito. Deste modo, crendo que a pele escura era sinal de descendência de Caim, assim como úteis ao trabalho servil como descendentes de Cam, legitimava-se o uso dos negros africanos como escravos. BRAUDE, B. The Sons of Noah and the Construction of Ethnic and Geographical Identities in the Medieval and Early Modern Periods. In: **The William and Mary Quarterly**, n. 54, 1997.

escravidão e submissão desumana como a de tratamento árduo e rígido para o exercício do controle e disciplina dos cativos. Era justamente o pertencimento deste individuo a este grupo denominado de negros, embora tivessem diversas origens, diversos povos e culturas, que justificava o seu tratamento perverso pelos brancos. A legitimidade deste tratamento com justificativas raciais tem diversos fundamentos e são explorados em muitas vertentes (ALENCASTRO, 2000), seja econômica, religiosa, sociológica, cientifica, entre tantas outras.

Assim, reconhece-se de imediato que os negros foram num primeiro momento tratados juridicamente como objetos de direito, com alguma subjetividade quanto a punições e responsabilidades por atos praticados. Neste ponto, eram como bem móveis alinhados aos semoventes, seguindo assim toda sorte de tratamento dado às coisas em geral: penhor, sucessão, alienação, etc. Neste contexto a legislação aplicável se dava com o intuito de proteger a propriedade e o bem pertencente ao senhor deste escravo, determinando qual era a tratativa a este grupo dentro deste contexto. Percebe-se que "ao reduzir o escravo à condição de 'coisa' e negar-lhe qualquer subjetividade, a escravidão constrói-se sobre a base da indiferenciação dos indivíduos a ela submetidos" (GIACOMINI, 1988, p. 164).

Neste período se constata a aplicação do direito baseado nas Ordenações do Reino, com uma organização pouco sistemática ainda, e subsidiariamente sendo aplicados entendimentos do Direito Romano[6] para deslindes relativos aos escravizados (NABUCO, 1999; LOUREIRO, 2004; MALHEIROS, 2008). O escravo negro era assim interpretado como objeto[7].

No período Imperial, o Código Comercial equiparava o escravo a coisas, interpretação que se infere da exegese do artigo 273 deste *codex*[8], ao estabelecer exceção dentre os bens móveis, assim como os semoventes, suscetíveis de penhor.

O indivíduo negro deste momento histórico era tido como uma mercadoria, porém como uma propriedade animada, um ser vivo, que poderia inclusive externar alguma vontade, embora não fosse sujeito de direitos, como qualquer cidadão livre, nem abrangido

---

6 Sobre a aplicação do direito nacional e institutos do Direito Romano ver: MALHEIRO, A. M. P. **A escravidão no Brasil**: ensaio histórico, jurídico, social. Ebooklibris, 2008; e PENA, E. S. **Pajens da Casa Imperial jurisconsultos, escravidão e a Lei de 1871**. Campinas: Unicamp, 2001.

7 Como, por exemplo, o Livro V das Ordenações Filipinas, Titulo LXII, que estabelecia: "Da pena que haverão os que achão scravos, aves e outras cousas, e as não entregão aos seus donos, nem as apregoão [...]"

8 "Art. 273. Podem dar-se em penhor bens moveis, mercadorias e quaesquer outros effeitos, títulos da Divida Publica, acções de companhias ou emprezas e em geral quaesquer papeis de credito negociaveis em commercio. Não podem, porém, dar-se em penhor commercial escravos, nem semoventes. "

pelos direitos do homem, poderia ser réu[9], como qualquer outra pessoa quando atingida pela persecução criminal do Estado[10]. Sendo lesado, não era uma questão de proteção a sua integridade física, sua salubridade, mas quanto ao dano a patrimônio de outrem. E sendo arrebatado por alguém, seria caso de furto, não de sequestro. Já desde tempos anteriores se verifica que o Direito Penal alcança aos negros de modo seletivo[11].

A promoção de objeto de direito a sujeito de direito com características peculiares de ser réu, o individuo negro passa a ser tratado com alguma igualdade no Estado de Direito agora existente, que embora defendesse liberdade, sendo um Estado Liberal, mantinha a escravidão e suas peculiaridades como admitir o escravo negro como pessoa para fins penais, embora sem as mesmas garantias, com penas diversificadas, ou seja, de modo peculiar, especifico a sua condição. A contradição deste ordenamento jurídico é tamanha que embora previsse que reduzir alguém livre à escravidão era crime, a qualquer momento, mesmo alforriado ou nascido livre, um negro poderia ser escravizado. Se não de modo legítimo, por outros meios como fraudes e falsidades documentais, tão fáceis à época.

O mesmo não ocorreu na legislação civil que nas palavras do seu criador, Teixeira de Freitas, não havia espaço para tal, pois

> Cumpre advertir, que não há um só lugar do nosso texto, onde se trate de escravos [...], não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o estado de liberdade sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes á escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas á parte, e formarão nosso Codigo Negro.[12]

A desarticulação do sistema escravista, fundado em mudança estruturais econômicas, trouxe uma nova tratativa para o direito relacionado à escravidão, que por consequência refere-se ao tratamento jurídico dado aos negros no Brasil. Estas leis são resultados de campanhas abolicionistas, à época, de cunho internacional inclusive. Somado

9 Lei nº 4 de 10 de junho de 1835, cuja ementa diz: "Determina as penas com que devem ser punidos os escravos, que matarem, ferirem ou commetterem outra qualquer offensa physica contra seus senhores, etc.; e estabelece regras para o processo. "

10 "Art. 60. Se o réo fôr escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condemnado na de açoutes, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazel-o com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar. "

11 A Lei nº 4/1835 é apontada como resultado direito da Revolta dos Males, tendo sido editada poucos meses após o movimento, criou penas duríssimas para ser aplicada aos escravos especificamente. É um importante indicador do Direito Penal como preservação da ordem estabelecia e contra as tentativas de emancipação dos escravos

12 FREITAS, A. T. de. **Consolidação das leis civis**. Brasília: Senado Federal. Conselho Editorial, 2003. p. XXXVII.

a isto, aponta-se a Guerra do Paraguai e seus efeitos para a economia e política nacional, bem como os compromissos assumidos pelo Brasil com a Inglaterra. Além disso, durante a guerra, muitos negros escravizados foram levados à batalha e se organizaram posteriormente resistindo à condição de escravidão, realizando fugas, criando quilombos[13].

Neste momento, surgem leis que gradualmente vão modificando a estrutura escravista. Esta proposta é inclusive uma opção de muitos abolicionistas da época. As leis dessa época demonstram a preocupação de paulatinamente ir modificando a condição dos escravizados. Primeiro com a redução do comercio de escravizados[14] e a limitação dada ao tráfico negreiro[15]; posteriormente a libertação dos escravizados mais idosos[16]; a "eliminação" da escravidão pelo nascimento[17]. São ditas leis de repressão e leis de emancipação (ou emancipatórias).

Importante frisar que esta condição de escravizados e normas jurídicas aplicáveis estava bem assentada em costumes, mesmo que contrários a legislação existente, como bem observou Perdigão Malheiros (2008), Loureiro (2004) e Soares (1936).

Somente em 13 de maio 1888, com a Lei 3.363, todos os escravizados passam a ser livres e cidadãos. Formalmente, todos os antigos escravizados agora têm os direitos que lhes foram negados por séculos. Ainda assim, a lei os impedia de participar da política e o resultado social de anos de racismo e escravidão não ajudariam na inserção deste indivíduo na sociedade após a escravidão. Nesta época inclusive as doutrinas do racismo cientifico estavam em ebulição, criando mais entraves a transformação dos negros em cidadãos plenos. O momento histórico pós-abolição é bem difícil para o cidadão negro e sua posição social é marcadamente inferiorizada. Mesmo com o fim das relações de trabalho escravistas, mantém-se o sistema de parceria com a total submissão dos ex-escravizados ao poder econômico dos seus antigos senhores e atuais patrões. Isto quando não perdiam seus postos de trabalho para a mão de obra imigrante[18].

Com a abolição da escravatura, o sistema de igualdade de direitos formalmente estabelecidos determinava tratamento idêntico entre negros e brancos. Certamente que isto não era suficiente a superar o resultado da desigualdade construída por séculos de

13 Vide: GORENDER, J**. O escravismo colonial**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2010; SCHULZ, John**. O exército na política**. Origens da intervenção militar, 1850-1894. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.
14 Lei Diogo de Feijó, de 7 de novembro de 1831.
15 Lei Eusébio Queiroz, Lei n.º 581, de 4 de setembro de 1850.
16 Lei dos Sexagenários, de 28 de setembro de 1885.
17 A Lei do Ventre Livre, Lei n.º2.040, de 28 de setembro de 1871.
18 Neste sentido ver: SCHWARCZ, M. *O* **espetáculo das raças** - Cientistas, instituições e questão racial no Brasil do séculoXIX. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

escravidão e submissão, sem qualquer outra medida material que atenuasse o sofrimento dos indivíduos negros no Brasil.

No Brasil, o período de 1870 a 1930[19] é marcado pela preocupação quanto à questão das ideologias racistas científicas européias do século XIX e sua identidade nacional e o elemento populacional. Pois era um país que tinha se tornado independente com maioria da sua população formada por negros e mestiços. Fato este que motivou uma série de medidas tendentes a recepcionar imigrantes com vistas a "melhorar" o aspecto demográfico e racial[20]. Além disso, houve uma recepção acalorada das teorias racistas pseudocientíficas por intelectuais e cientistas da época[21].

> Ao abordar a questão da mestiçagem, no final do século XIX, os pensadores brasileiros se alimentaram sem dúvida do referencial teórico desenhado pelos cientistas ocidentais, isto é, europeus e americanos de sua época e da época anterior. [...] a ideia da mestiçagem tida ora como um meio para estragar e degradar a boa raça, ora como um meio para reconduzir a espécie a seus traços originais: as ideias da degenerescência da mestiçagem, etc., todo o arcabouço pseudocientífico engendrado pela especulação cerebral ocidental repercute com todas suas contradições no pensamento racial da elite intelectual brasileira (MUNANGA, 1999, p. 50).

Contudo após 1930, passou-se a defender a ideia de um Brasil que cultural e socialmente era originário da integração de povos, sobretudo com a participação do negro africano, do branco europeu e do índio nativo americano. Esta visão mais harmoniosa do convívio dos povos, reunindo numa mesma nação mestiça qualidades que indicariam uma predominância de integração das raças e culturas de diferentes matizes étnicas, a qual se denominou de democracia racial, baseando-se nos trabalhos de Freyre (2012).

Para Freyre, o paternalismo que existia na relação entre brancos e negros, como senhor e escravo, deu origem a certa proximidade, uma afinidade afetiva que resultaria numa convivência mais harmônica do que em outros lugares onde se estabeleceu a

---

19 Neste aspecto ver AZEVEDO, C. M. **Onda negra, medo branco**: o negro no imaginário das elites, século XIX. São Paulo: Paz e Terra, 1987; DEMORO, L**. Coordenação de Leis de Imigração e Colonização**. Rio de Janeiro: Instituto Nacional de Imigração e Colonização, 1960.

20 Como acontecia geralmente na maioria dos países colonizados, a elite brasileira do fim do século XIX e inicio do século XX foi buscar seus quadros de pensamento na ciência européia ocidental, tida como desenvolvida, para poder, não apenas teorizar e explicar a situação racial do seu país, mas também, sobretudo e sobretudo propor caminhos para a construção de sua nacionalidade, tida como problemática por causa da diversidade racial (MUNANGA, 1999, p.50).

21 São examinados aqui cientistas e literários brasileiros que comungavam de postulados do racismo cientifico, vide obras: SKIDMORE, T. E**. Preto no branco***:* raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). São Paulo: Companhia das Letras, 2012; SCHWARCZ L. M. *O* **espetáculo das raças** - Cientistas, instituições e questão racial no Brasil do século XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

escravidão negra. Com isso, o que se pretendia era pensar uma nova estratégia de conformação de identidade nacional.

Após, com o mito da democracia racial, surgiu a ideia de que havia o brasileiro, que era uma redução de todos aqueles povos que deram origem à população brasileira, sobretudo o branco, o negro e o índio. Desta feita, não haveria conflito, pois todos se integrariam com um pouco de cada um dos seus antepassados. Porém, o entendimento racial no Brasil, resultado das relações raciais estabelecidas durante a escravidão, denotam o resultado de um preconceito de marca, daquilo que se possa associar à figura da raça escravizada, de passado funesto. O remédio não seria estabelecer o critério racial rígido no sentido de que todos já eram mestiços, mas quanto mais próximos do modelo racial considerado adequado, melhor seria. Justamente seria este o resultado da política de branqueamento: que se leva a um preconceito de marca, invés de um preconceito de origem. Essa intensa miscigenação era vista como uma purificação da raça, desaparecendo com os traço e vestígios de um passado escravista, e pela apresentação dos sinais característicos de reconhecimento do pertencimento a raça inferior.

Durante as décadas de 1940 e 1950 no Brasil, o entendimento de democracia racial coexiste com as críticas a este modelo de entendimento das relações raciais, sobretudo pelas discrepâncias percebidas na qualidade de vida que os grupos ostentam. É um momento importante de reivindicações, iniciado na década de 1930, principalmente com as preocupações de classe que surgiram neste momento histórico.

A raça como categoria jurídica recebe inicialmente seu reconhecimento legislativo peculiar a partir da previsão contrária ao racismo, ainda que de modo indireto em termos de proteção da igualdade, e contrária à discriminação e o preconceito raciais, por exemplo, nas Constituições de 1934[22] e 1946[23]. Embora estivesse prevista uma oposição

22 Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934):
(...)
Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
1). Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

23 Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe (grifos nossos).

constitucional contrária aos efeitos derivados do racismo, não havia uma previsão de fato contra suas manifestações concretas, mas apenas a intenção de constitucionalmente proteger a igualdade frente ao direito de livre manifestação do pensamento, ou assegurar formalmente o princípio da igualdade. Basta analisar o Código Penal de 1940 para perceber que não havia uma previsão sequer aplicável ao preconceito ou a discriminação racial. No máximo seria aplicável o tipo penal da injúria, cuja prática atinge a honra subjetiva das vítimas.

Neste contexto foi promulgada a Lei Afonso Arinos[24]. Esta lei reconhecia a existência de um cotidiano de preconceito e discriminação baseados no racismo, e por meio da tipificação de condutas segregacionistas, punia como contravenções penais tais delitos. Quanto à origem desta lei, são notórios os casos relatados de discriminação sofridos pelo motorista do, então, Deputado Afonso Arinos, tendo aquele sido impedido de entrar em uma confeitaria, bem como da recusa de um hotel de luxo em hospedar a bailarina norte-americana Katherine Dunham, em ambos os casos por serem negros[25].

A importância desta lei deu-se, sobretudo, pelo reconhecimento estatal do fenômeno do racismo. Embora tachada e norma inócua, é justamente o valor jurídico do que isto representa que deve ser ressaltado. De fato, a lei padecia de rigor técnico e difícil caracterização da imputação penal. Alem, é claro, da dificuldade de se utilizar a máquina judiciária e das normas jurídicas para se punir as diversas manifestações e queixas de vitimas durante a vigência desta norma. Contudo, é na inédita previsão normativa de delitos de cunho racial que se reconhece uma proteção jurídica de efeitos materiais para o indivíduo marcadamente negro[26].

A Constituição de 1967 já demonstra esta ampliação de horizontes ao reconhecer em seu texto que deve haver punição do preconceito racial[27]. E em 27 de março 1968, o Brasil ratifica a Convenção sobre a Eliminação de todas das formas de Discriminação

---

24 Lei 1.390 de 3 de julho de 1951, cuja ementa trazia: "Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de côr".

25 Quanto aos episódios, vide: CARNEIRO, M. L. T. **O Racismo na Historia do Brasil**: Mito e Realidade. São Paulo: Ática, 1996; PRUDENTE, E. A. de J. **Preconceito Racial e Igualdade Jurídica no Brasil**. Campinas, Julex, 1989.

26 Posteriormente, a Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985, veio alterar a norma original, acrescentando outros objetos jurídicos de proteção pautados em discriminação sem conotação racista, como sexo e estado civil.

27 Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

Racial, das Nações Unidas[28]. Este documento é importante fonte interpretativa de uma agenda internacional quanto a direitos humanos ligados especificamente a grupos e minorias vitimizados pelo racismo. Há definições e compromissos que os Estados-partes assumem com o fulcro de se promover a igualdade e combater o racismo. Aqui, é possível referenciar o negro quanto aos aspectos raciais e de cor que a convenção reconhece.

Com a Constituição Federal de 1988, o grande marco do Direito brasileiro para a defesa da igualdade e contra o racismo, é não somente a criminalização do racismo[29], com forte aspecto punitivo, mas também o estabelecimento de objetivos de amenização das desigualdades sociais[30]. No Brasil, tanto o racismo se volta de modo mais patente aos negros, como eles ocupam os níveis sociais mais baixos. A marginalização e a desigualdade para o indivíduo marcadamente negro é ponto de referencia para efeitos do racismo. Ponto este que não é alcançado pela lei penal quanto à tipificação do racismo.

Contudo, da previsão constitucional da criminalização do racismo, surge a Lei 7.716/89, apelidada de Lei Caó. Esta lei não menciona o individuo negro especificamente. No entanto, é a norma jurídica que tipifica os crimes decorrentes do preconceito e discriminação racial, prevendo abstratamente as condutas que possam ser consideradas racistas para fins penais. Desta norma se busca entender o que vem a ser juridicamente racismo, com o estabelecimento do objeto jurídico protegido, bem como outros aspectos necessários a persecução penal pelo Estado. Há de se acrescentar que esta previsão constitucional é fruto da militância de ativistas do movimento negro no sentido de estabelecer constitucionalmente repressão a discriminação do negro no Brasil.

A promulgação da Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003[31], reforça o entendimento de um tratamento jurídico e político da questão racial com relação aos negros ao expor a preocupação de se desmontar o que historicamente foi construído pela escravidão e

---

28 Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Ementa: Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.

29 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

30 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

31 A lei possui a seguinte ementa: Altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", e dá outras providências.

racismo. Neste diploma legal é referenciado especificamente o negro e a comunidade negra[32] como sujeitos de importante contribuição para a história e sociedade nacional.

Porém, é no Estatuto da Igualdade Racial[33] que se determina um status jurídico ao individuo negro e a população negra, conceituando elementos importantes para o combate ao racismo e promoção da igualdade racial.

De acordo com o estatuto, considera-se:

> População negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga. [34]

Embora o texto legal não conceitue o indivíduo negro, ou utilize este termo especificamente para o indivíduo, se depreende pela exegese dos termos "a defesa dos direitos étnicos individuais" e quanto às pessoas que se autodeclaram pretas e pardas ou "que adotam autodefinição análoga"[35].

São negros no Brasil aqueles pretos e pardos que assim se autodeclararem. Óbvio que ser negro tem uma maior problematização do que apenas a autodeclaração. E reconhecer estes problemas para justificar determinado tratamento pelas instituições estatais demanda certa compreensão do que é ser negro, tanto para quem o é, quanto para quem não é negro.

Configura-se, de modo coletivo e pela autodeterminação, que pessoas pretas e pardas são sujeitos de direito das normas protetivas daquele diploma. Sendo-lhes garantidos direitos e criando obrigações específicas do Estado quanto à promoção da igualdade e combate aos efeitos do racismo. Com a criação do estatuto, determina-se a ideia de quem é negro e a qual grupo pertencem por razões de específico tratamento discriminatório materialmente configurado.

---

32 A lei menciona "povo negro", conforme se verifica no seu art. 1º:
"Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira.
§ 1o O conteúdo programático a que se refere o *caput* deste artigo incluirá o estudo da História da África e dos Africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil. "

33 Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

34 Estatuto da Igualdade Racial, Art. 1º, IV.

35 Neste caso, será considerado, para fins jurídicos, a disposição legal das normas jurídicas, bem como a analise realizada pelo IBGE das categorias que compõe a população brasileira. Neste sentido, ver Capítulo 8, in: IPEA, Políticas sociais: acompanhamento e análise, v. 1 - (jun. 2000). Brasília: Ipea, 2000.

Com o incremento de políticas públicas de ações afirmativas, muitas normas jurídicas foram promulgadas com o intuito de estabelecer reservas de vagas de cargos e empregos públicos[36], bem como de acesso à educação, abordando especificamente os negros[37] e os indígenas.

Da análise desta progressão do tratamento legislativo, percebe-se que o negro vem sendo tratado pela ordem jurídica atual como sujeito de direitos de modo específico, tendo em vista não apenas o reflexo da militância pelo reconhecimento dos efeitos do racismo, do passado, quanto da sua persistência, quanto das desigualdades sociais e econômicas tributárias do regime escravista e da repercussão do racismo contra os negros.

1.2 – Aspectos relevantes do racismo contra o negro no Brasil.

Historicamente no Brasil, o indivíduo definido como negro sofreu processo de exclusão dos direitos atribuídos a qualquer outro sujeito considerado humano e evoluído no entendimento de pertencente a um dos grupos sociais e raciais determinados pelo poder decisório e jurídico como superiores. Esta constatação depreende-se dos tratos que lhe foram dados desde o período colonial até aos dias presentes. A existência do racismo e suas vertentes conduzem ao impedimento de efetivação dos direitos e sua eficácia por todos os elementos da sociedade, consequentemente prejudicam a estabilidade de uma democracia e realização da igualdade[38].

Embora a proteção da legislação antirracismo não seja orientada apenas aos negros em si mesmos considerados, tratando das pessoas em sentido amplo[39], haja vista que em um país como o Brasil, que teve composições étnicas diversas, além de diversas regiões internas, inclusive cuja procedência nacional pode ser objeto de preconceito e discriminação racial, são contra os negros que se acentuam os maiores danos e percepção como vítimas de racismo[40].

---

36 Como a Lei Federal nº 12.990, de 9 junho de 2014; Lei Municipal nº 15.939/2013, em São Paulo; Lei Municipal nº 5.695 de 27 de março de 2014, no Rio de Janeiro; Lei Estadual 3.594/2008, em Mato Grosso do Sul; Lei Estadual 14.274/03, no Paraná; entre outras.

37 Por exemplo, a Lei no 11.096, de 13 de janeiro de 2005, que versa sobre o PROUNI – Programa Universidade para Todos.

38 Segundo Guimarães (2004), compreender a democracia e a igualdade em um cenário de desigualdades econômicas e sociais, bem como debilitada participação política e de poder do segmento negro da população brasileira, colocam em cheque o entendimento de uma democracia racial.

39 Importante decisão neste sentido se deu no Habeas Corpus nº 82.424/RS, denominado caso Ellwanger sobre crime de racismo contra judeus.

40 Nestes termos, os autores consultados e muito referenciados nos julgados consultados entendem que há outros grupos sociais que são alvo do racismo, no entanto os negros seriam mais intensamente prejudicados,

O Estatuto da igualdade racial estabelece uma definição legal de quem pode ser considerado negro no Brasil, que alcançaria a todo sujeito que se autodeterminasse como preto, pardo ou termos assemelhados. Porém esta definição precisa ser interpretada no sentido de quem sofre diretamente com os efeitos do racismo por ser negro[41], pois reside neste fato o tratamento diferenciado a ser dado com base teleológica das diretrizes que foram neste diploma legal estabelecidas. Portanto, necessário se tecer alguns argumentos sobre o que se determina como marcos teóricos do racismo contra os negros e suas formas de manifestação.

1.2.1 – Racismo

Considera-se racismo a prática histórico-social que legitima e dá sustentação ao tratamento desigual entre as pessoas, considerando em seu discurso a discriminação de grupos ou pessoas a partir de sua aparência ou de sua origem. A princípio se sustentava a correlação entre o conceito genético/biológico de raça com os aspectos social/cultural destes agrupamentos sociais racialmente identificados. Superado este discurso biologicista, permanecem os argumentos culturais e discursivos que se reiteram em práticas e se concretizam em ações redundantes no modo de tratamento e na determinação de papéis sociais dos indivíduos numa dada sociedade. Assim, embora com as descobertas sobre genoma humano, e a constatação da insignificância das diferenças genéticas entre os seres humanos, restando apenas uma única raça humana, qualquer um poderia ser vítima de racismo, ao se considerar o aparato ideológico criado.

Embora se saiba desde algum tempo que não há fundamentos biológicos e científicos determinantes de modo significativo quanto a diferenças biológicas e

---

motivo pelo qual se afirmar que mais sofreriam com o racismo no Brasil. Neste contexto vide: Bertulio (2003), Guimarães (2004), Hasenbalg (1979), Prudente (1989), Skidmore (2012), Schwarcz (1993).

41 Mesmo que o termo "afrodescendente" seja muito usual quanto a definição análoga de negros, não nos parece correta por diversos argumentos, notadamente não é termo adotado na Constituição Federal ou no Estatuto da Igualdade Racial, além do que pode levar ao equívoco de que todo descendente de africanos estaria sujeitos as mesmas medidas e discriminações. Este entendimento não pode prosperar por questões diversas, mas sobretudo quanto a não identificação do sujeito quanto ao preconceito de marca, muito mais dominante no Brasil do que o preconceito de origem, cuja afrodescendência negra seria componente fundamental para se dar tratamento discriminatório ao sujeito. Este fato se revela quanto a problemática que vem ocorrendo com pessoas de fenótipo branco que se autodeclaram negras por ser afrodescendente, ou seja, ter em sua linhagem familiar uma ou outra pessoa negra. No entanto, estas pessoas no imaginário coletivo e nas representações sociais não são assim identificadas como negras. Embora existam diversos outros argumentos a respeito, por ora não se recepcionará o termo "afrodescendente" categoria jurídica análoga a negro e membro da população negra.

anatômicas[42] que possam ser aplicadas na diferenciação dos seres humanos a tal ponto de se estabelecer uma hierarquia social e intelectual entre os grupos sociais assim definidos, é patente e constante a verificação dos resultados que o racismo tem na organização social dos indivíduos enquanto membros de uma comunidade.

Logo, a caracterização jurídica do racismo é necessária considerando o tratamento jurídico dispensado pela norma a este fato social. E esta pode ser alcançada pela norma jurídica ou não, a depender do seu aspecto de exteriorização e grau de juridicidade reconhecido, ou seja, só há proteção jurídica a bens juridicamente tutelados. Sendo assim, é preciso que a ideia de racismo passe por uma qualificação jurídica, seja pelo direito posto, norma jurídica determinada, seja pela interpretação do aparato normativo existente. Neste diapasão, é preciso compreender o significado do conceito de racismo para o direito, compreendendo primeiramente sua conceituação mais ampla, bem como suas variantes de preconceito racial e discriminação racial, para assim compreender as consequências jurídicas do ordenamento jurídico pátrio para este fenômeno.

Neste trabalho utiliza-se, principalmente, da colaboração de uma revisão bibliográfica quanto ao tema do racismo em Du Bois (1999), Fanon (1969), Guimarães (1999), Munanga (1999), Schwarcz (1993), Skidmore (1989) e Santos (2002). Nestes termos, implica interpretar os sentidos que se alcançam quanto ao termo racismo os diversos ramos da ciência relacionados. Obviamente, neste trabalho será dado maior relevo ao que o direito reconhece como base para a tutela de bem jurídico envolvido, sobretudo relacionado ao tratamento igualitário e a não discriminação.

Com base nos autores citados, pode-se conceituar o racismo como doutrina que se manifesta pelos sujeitos em preferências e atitudes de cunho racial, criando uma estrutura hierárquica de tratamento entre eles, como dispõe o artigo 2º. da Declaração sobre Raça e Preconceito Racial da UNESCO (1978):

> O racismo engloba as ideologias racistas, as atitudes fundadas nos preconceitos raciais, os comportamentos discriminatórios, as disposições estruturais e as práticas institucionalizadas que provocam a desigualdade

42 Há na atualidade uma preocupação com a retomada das fundamentações científicas e biológicas quanto as diferenças orgânicas entre grupos humanos considerados raciais em termos de atendimento a demandas específicas de saúde. Estas esferas têm sido consideradas por alguns juristas, sobretudo em dois trabalhos de juristas americanos que analisaram aspectos jurídicos e biomédicos envolvidos em pesquisas de um medicamento voltado para pessoas negras (afroamericanos) nos Estados Unidos, o que Kahn chamou de "rebiologização da raça". Neste sentido, ver: KAHN, J. **Race in a bottle**: the story of BiDil and racialized medicine in a post-genomic age. Columbia: Columbia University Press, 2013; e ROBERTS, D. **Fatal Invention**: How Science, Politics, and Big Business and Re-create Race in the Twenty-first Century. Nova Iorque: New Press, 2011.

> racial, assim como a falsa idéia de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis; manifesta-se por meio de disposições legislativas ou regulamentárias e práticas discriminatórias, assim como por meio de crenças e atos anti-sociais; cria obstáculos ao desenvolvimento de suas vítimas, perverte a quem o põe em prática, divide as nações em seu próprio seio, constitui um obstáculo para a cooperação internacional e cria tensões políticas entre os povos; é contrário aos princípios fundamentais ao direito internacional e, por conseguinte, perturba gravemente a paz e a segurança internacionais.

Interpretado como doutrina, o racismo se reveste de caráter ideológico, defendendo uma hierarquia entre os agrupamentos humanos de indivíduos com elementos característicos entre si, que são utilizados como referenciais de raças humanas, em escalas de inferiores e superiores, buscando legitimar estas ideias com bases religiosas e/ou científicas, que assumem em plano cultural e social dimensão de representações sociais e, portanto, discursivas sobre os sujeitos e suas relações concretas (GUIMARÃES, 2004).

Embora muitos registros demonstrem remotos indícios de ideias e pensamentos ligados ao termo raça, o entendimento mais corrente nos autores consultados é do surgimento dessas teorias racistas na Europa, por volta do Século XVIII, tendo como marco inicial a classificação dos seres humanos em raças elaboradas a partir dos estudos de taxionomia de Lineu. No entanto, pode-se dizer que o conceito de raça tenha sido incorporado de modo mais insidioso e de forma mais explícita ao pensamento europeu no século XV (SANTOS, 2002), de modo que em alguns séculos seguintes todo o mundo descoberto e conquistado, pelos europeus, seria definido e seu povo classificado[43].

A partir de então, a ideia de raça segue um percurso científico de fundamentação, como sendo uma categoria de estudo justificada e em termos científicos bem elaborada segundo critérios utilizados em termos taxionômicos: os seres humanos eram classificados e analisados, sobretudo, quanto ao que se via, sua aparência física, cujo primeiro elemento característico seria a cor da pele (AZEVEDO, 1990). Quanto à cor negra, já havia muito antes uma conotação negativa, que foi sendo ainda mais explorada para justificar um padrão de tratamento aos não brancos (SANTOS, 2002).

Neste plano, as relações sociais eram elaboradas com base nestas ideias de raças, sendo justificadas cientificamente, a princípio com muitos elementos biológicos de informação, até meados do século XX. No entanto, considerando as novas descobertas

43 Esta é uma longa história, começando com os grandes descobrimentos marítimos e desenvolvendo-se através do mercantilismo, colonialismo, imperialismo, transnacionalismo e globalismo. De tal modo que no fim do século XX a África, Oceania, Ásia, Europa e Américas continuam desenhadas no mapa do mundo e no imaginário de todo o mundo como uma multiplicidade de etnias ou raças distribuídas, classificadas ou hierarquizadas de formas muitas vezes extremamente desiguais (IANNI, 1997, p. 158).

tecnológicas, por volta de 1970, bem como a fragilidade das sustentações científicas, que malgrado fossem em algum momento avalizadas por rigorosos critérios metodológicos, em muitos outros momentos passavam por modulações, a ponto de perderem sua confiabilidade nestes termos. No que se refere ao conhecimento atual da ciência, e desde há muito quando se estudou o sequencionamento genético, quanto ao genoma humano, o racismo perdeu o status científico anteriormente sustentado, no entanto, permanece em termos de prática histórico-social.

Neste sentido, a ideia de racismo quanto à hierarquização de grupos humanos em raças passa a ser objeto de uma construção social, conforme diz Guimarães (1999,67) ao analisar que se não há raças do ponto de vista biológico, não se pode dizer o mesmo quanto a sua existência no plano social, como produtos de modos de classificar e identificar outras pessoas[44]. Estas formas de identidade socialmente estabelecidas podem definir privilégios que num plano social vão se afirmando independentemente de suporte científico biológico.

Embora não seja legitimado nem pelo Direito nem pela Biologia, o conceito de raça biológica não se aplica à espécie humana, ainda assim qualquer um pode ser discriminado pelo racismo, desde que haja o suporte ideológico neste sentido. Munanga (1999) expõe em um de seus estudos que a Raciologia tinha um conteúdo mais doutrinário do que científico, o que fundamentou uma construção coletiva de um discurso que seria difundido e introjetado em diversos sujeitos, tanto os valorizados quanto os menosprezados pelas justificativas de dominação em termos raciais. Portanto, o conteúdo ideológico que dá suporte a toda uma hierarquização social é um forte instrumento de organização social, criando privilégios e deméritos a grupos específicos.

Estudos sobre o racismo moderno reconhecem que condutas racialmente discriminatórias podem ocorrer independentemente da atuação de uma pessoa considerada racista individualmente, como se as instituições e estruturas político-sociais seguissem processos discriminatórios de modo autônomo[45]. Seria o mesmo que dizer que mesmo não manifestamente defendendo ou expondo uma opção com bases ideologicamente racistas,

---

44 O racista cria a raça no sentido sociológico, ou seja, a raça no imaginário do racista não é exclusivamente um grupo definido pelos traços físicos. A raça na cabeça dele é um grupo social com traços culturais, lingüísticos, religiosos, etc. que ele considera naturalmente inferiores ao grupo a qual ele pertence. De outro modo, o racismo é essa tendência que consiste em considerar que as características intelectuais e morais de um dado grupo, são conseqüências diretas de suas características físicas ou biológicas (MUNANGA, 2004, p. 24).

45 Por volta dos anos de 1960, a ciência social começa a abandonar os esquemas interpretativos que tomam as desigualdades raciais como produtos de ações (discriminações) inspiradas por atitudes (preconceitos) individuais, para fixar-se no esquema interpretativo que ficou conhecido como racismo institucional, ou seja, na proposição de que há mecanismos de discriminação inscritos na operação do sistema social e que funcionam, até certo ponto, à revelia dos indivíduos (GUIMARÃES, 1999, p. 156).

as práticas seriam assim compreendidas. Seriam então compreendidas como formas de racismo institucional. Assim, pode-se afirmar que as práticas e omissões de instituições que prejudiquem ou obstaculizem os interesses de determinados grupos socialmente racializados, mesmo sem manifestar explicitamente sua concordância com qualquer doutrina de racismo, estariam agindo de modo racista[46].

Neste contexto, entende-se que o racismo age de modo difuso, alcançando todas as dimensões sociais, gerando desigualdades de toda ordem quanto à fruição de direitos e garantias, não sendo equânime nas ofertas de serviço, benefícios ou oportunidades para todos os membros da comunidade quando analisados em termos raciais.

Esta noção de racismo estabelece que tanto o preconceito racial como a discriminação racial atuam de modo excludente nas oportunidades de trabalho, na convivência social e acadêmica, nas oportunidades de trabalho e emprego, na proteção social pelo Estado. Todas estas afirmações são confirmadas por indicadores sociais e econômicos que usam de números e estatísticas para demonstrar este quadro interpretativo da realidade e da desigualdade racial. Aliás, esta associação entre desigualdade material e social ligadas à desigualdade racial só foi possível quando do estudo da presença do preconceito racial no Brasil realizado por estudiosos nacionais quanto a efetividade de uma democracia racial, sobretudo com a experiência anterior de outros métodos de estudo e identificação já demonstrada nos estudos raciais norte-americanos[47].

O modo como se opera o racismo institucional está associado a sua penetração em diversas estruturas sociais sem que para isso demande muito suporte ideológico e doutrinário. Nestes termos, embora uma sociedade possa defender ideais de igualdade e democracia, não se verificam estas qualidades nos tratos diários, justamente porque há uma interpretação social de pouca sensibilidade aos meios de operação do racismo que impregnam as instituições de modo a lidarem com naturalidade diante de certos esteriótipos raciais. Esta ferramenta é muito eficiente para se alcançar o objetivo de hierarquização de grupos sociais, estes estereótipos de deslegitimação[48] têm como objetivo excluir moral e socialmente o sujeito e o grupo a que pertencem dos campos de valores aceitáveis, deixando-os à toda sorte de desumanização que autorize o desprezo, o medo e

46 REX, 1987.
47 Nestes termos, sobre raça e preconceito racial como marcadores sociais que interferem no exercício de direitos e cidadania: Hasenbalg (1979); Fernandes (1978); Nogueira (1985).
48 JODELET, D. (Org.). **As representações sociais**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001.

violência, até mesmo a violência legítima do Estado, como aplicação de penas[49].

Deste modo, mesmo que não se coloquem normas especificamente racistas, o acesso a certos espaços e ocupação de certos papéis sociais são prejudicados por relações interpessoais e institucionais pautadas em preconceitos raciais que geram a discriminação. Neste ambiente há quem ganhe diretamente e há quem perca direta e indiretamente. Diretamente ganham aqueles que se favorecem do sistema de privilégios estabelecido, sendo cegamente conivente com este prestígio que se vale da hierarquização social[50], fundamentado em raças, mesmo que não se considere ou se afirme racista. Perdem diretamente os sujeitos que estão subalternizados e indiretamente toda a população, considerando que a igualdade é um direito difuso que a todos encampa.

Uma análise sucinta coloca o Estado brasileiro como lugar de racismo institucional considerando as opções políticas e as ações confirmadas ao longo de sua história pós abolição. Considerando que o racismo cria hierarquias entre os grupos sociais marcados racialmente e essa hierarquização traz impacto significativo na qualidade de vida destes sujeitos, as repercussões sociais, políticas, culturais e econômicas são evidentes resultados desta atuação. Logo, se verificando a conduta do Estado na sua organização e atuação política e social puder ser constatado um nexo de ligação com os resultados desfavoráveis ao grupo que se encontra em desvantagem, deve ser atribuída alguma responsabilidade, e neste sentido constatar sua configuração como racismo institucionalizado. No Brasil, como em outras regiões da América Latina, talvez em boa parte do mundo, a eficácia das normas jurídicas não é absoluta. Há um descompasso entre o que se positiva em norma jurídica, e o que se aplica em termos práticos. Este ponto de partida é importante para se constatar que embora a lei, o direito, o Estado de Direito, sejam uma realidade formal, nem sempre se assegura com isso uma efetividade. Significa convir que embora na lei todos fossem iguais, assim considerando efetivamente somente após o fim da escravidão, no Brasil, diversas desigualdades materiais se estabeleceram a partir de então, senão desde sempre. Destas a mais notável seria a questão racial em dado momento.

---

49 Neste caso, muitos autores e estudo referenciam o conceito de racismo institucional estabelecido no Relatório Macpheson: "o fracasso das instituições e organizações em prover um serviço profissional e adequado às pessoas em virtude de sua cor, cultura, origem racial ou étnica. Ele se manifesta em normas, práticas e comportamentos discriminatórios adotados no cotidiano do trabalho, os quais são resultantes do preconceito racial, uma atitude que combina estereótipos racistas, falta de atenção e ignorância. Em qualquer caso, o racismo institucional discrimina em situação de desvantagem no acesso a benefícios gerados pelo Estado e por demais instituições e organizações. "

50 Como símbolo de posição subalterna na divisão hierárquica do trabalho e continua a fornecer a lógica para confinar os membros dos grupos raciais subordinados àquilo que o código racial da sociedade define como 'seus lugares apropriados (HASENBALG,1979, p.83).

Considerando a orientação de Guimarães[51] quanto à análise do racismo, é preciso situar suas bases de observação quanto ao lugar e o tempo adequado para interpretar sua gênese. No caso do racismo no Brasil sugere sua análise a partir de três pontos de afirmação pós- abolição: a República Velha, o racismo científico e a fase coincidente com a concepção de democracia racial. Nestes três pontos de partida, pode-se notar a postura Estatal diante da questão racial. A ideia aqui de conservacionismo dos privilégios de grupos raciais erigidos desde a época do Brasil Colônia e Império (PRADO JUNIOR, 1972) se tornam constantes quando se verifica o tratamento dado ao negro após o fim do sistema escravista, não sendo incorporado ao trabalho assalariado, preterido em nome de imigrantes brancos já habituados a trabalhar por motivação econômica, algo que o negro "não conseguiria" acostumado ao eito apenas compelido por violência. Com o advento das teorias raciais, a imigração não era apenas uma opção de mão de obra, era uma opção de formação de uma identidade nacional que trouxesse o desenvolvimento por meio de população que fosse considerada de maiores qualidades raciais. Esta recepção dos europeus brancos por opção e políticas de governo trouxe ao Brasil diversos grupos raciais, que inclusive seriam aqui novos atores sociais, com suas próprias vivências e percepções. O negro não era bem recebido ou tratado nem pelos nacionais e nem pelos estrangeiros. O fato que a marginalização social do negro tem uma base jurídica consuetudinária (HERNÁNDEZ, 2012), embora sem uma norma jurídica que o segregasse efetivamente como nos Estados Unidos, havia um lugar do negro na sociedade brasileira sendo transmitida pelos usos e costumes, que também e um dos descritores jurídicos das fontes do Direito.

Portanto, o caminho para a discussão de um racismo institucional se coloca como um deslocamento da esfera unicamente das relações interpessoais para uma dimensão maior que envolve as instituições. Esta alocação envolve necessariamente considerar uma dimensão mais política e social do alcance dos prejuízos causados pelo racismo. Por este ponto de observação, deve ser dada visibilidade a discriminação indireta existente nas instituições, que ocorrem inerentes à vontade dos seus atores, em certa medida.

Esta forma de discriminação indireta referenciada como expressão do racismo institucional se dá por mecanismo que contribuem para a naturalização e reprodução de desigualdades. Por outro lado, são formas não alcançadas pela tutela jurídica convencional do racismo, que seria a manifestação deliberada de indivíduos que atuam de modo

51 GUIMARÃES, A.S.A. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 1999.

consciente na sua manifestação de comportamentos racistas, com preconceito ou discriminação racial de modo individualizado. Para estas condutas individuais o direito tem como resposta a punição, tanto civil quanto penal, baseada em normas específicas ou generalistas no campo de criminalização de condutas ou no instituto da responsabilidade civil. Para este tipo de manifestação do racismo é preciso um reconhecimento das desigualdades e modificação conceitual e estrutural destas instituições, por vezes recorrendo à atuação legislativa ou por meio de políticas públicas adequadas.

No Brasil muito se critica as instituições de agir de modo discriminatório em termos de racismo institucional, neste contexto se denuncia a violência policial, o sistema penal e o próprio poder judiciário, quanto a seletividade das suas condutas considerando as pessoas negras como alvo. Além disso, outras instituições estão constantemente sendo colocadas em enfoque por demonstrarem sua manifesta opção por privilegiar certos grupos raciais em detrimento de outros, como estudos realizados na área da saúde[52] e educação[53].

Esta noção de racismo é importante de ser considerada tanto quanto a ideia do racismo como um sistema que estrutura e organiza condutas políticas, sociais, práticas e ideológicas que afetam a igualdade em termos de oportunidades e valores atribuídos aos sujeitos individual e coletivamente, atuando de modo individual, interpessoal e institucionalmente. Neste complexo de condutas, o racismo institucional dá suporte a manutenção das desigualdades, dos privilégios e prejuízos, das classes hierarquizadas, condicionando ao racismo a cidadania que cada sujeito e seu respectivo grupo coletivo poderão exercer.

Neste contexto, ainda, é necessário se considerar aspectos ligados a branquitude, pois o racismo produz e reproduz seus efeitos tanto na identidade de pessoas negras quanto na identidade de pessoas brancas (SIQUEIRA, 2015).

A representação dos sujeitos com base numa identidade racial branca ou negra se estabelece com certos predicados que irão condicionar como as pessoas identificam em suas concepções preconceituosas o sujeito pertencente a um grupo social ou outro. Estas formas de reconhecer o outro atribuem, por exemplo, que pessoas brancas são mais cultas, letradas, racionais, trabalhadoras, sofisticadas, ocupando lugares de destaque na sociedade. Já os sujeitos identificados como pessoas negras estariam sendo associados à irracionalidade, ao exótico, ao trabalho rústico, quando não a ociosidade e, por isso, marginalizados, não ocupariam lugares na sociedade senão os de subalternos.

52 Neste contexto ver SAMPAIO, 2004; KALCKMANN et al., 2007; SANTOS, 2008.
53 Cf.: BENTO, 2012; SOUZA, 2012.

Os estudos sobre a relação estabelecida entre brancos e não brancos pelo racismo em termos de branquitude tiveram seu início nos Estados Unidos na ultima década do século XX (STEYN, 2004) com o intuito de investigar a identidade dos brancos para conhecer como se posicionava o sujeito diante da verificação de um quadro de privilégios estabelecia pelo racismo. Autores como W. E. B. Du Bois e Frantz Fanon são reconhecidos como pioneiros na análise da crença das pessoas brancas em sua superioridade enquanto raça, com várias acepções oriundas de um entendimento de uma supremacia branca em termos globais (FRANKENBERG, 2004; HARRIS, 1993; STEYN, 2004).

No entanto, é preciso registrar que ser branco também é uma construção social, fundamentada por diversos elementos de constituição e estruturação que até mesmo internamente gera preconceito e discriminação, numa variação de modulares que acrescentam elementos de sexo, gênero e classe social. No entanto, a maior contribuição para a manutenção de sua supremacia e a sua condição de padrão de identidade social e racial aceitável, a tal ponto de ser uma identidade invisível e não marcada.

Essa ideia de superioridade pelos sujeitos privilegiados é fundamental para se compreender a manutenção do racismo como forma de dominação de grupos sociais. Além disso, a manutenção do racismo precisa ser pensada como uma prática reafirmada a todo momento, e não apenas ligada a um passado de dominação exclusivamente ligado a uma geração específica, o que no caso brasileiro estaria associado a um passado escravista. Embora tributário de relações raciais escravistas, o racismo no Brasil tem se mantido por meio de outros aparatos ideológicos que se modificaram e são reafirmados por gerações desde então, o que não se trata de uma situação unicamente de reparação. Há outras dimensões que devem ser consideradas na atualidade.

Compreendendo a ideia de racismo prático como uma demonstração de superioridade de um grupo racial sobre outro, verificado por uma realidade de desigualdades materiais e imateriais de modo amplo e estrutural dentro de uma sociedade, de tal modo que a mobilidade dos sujeitos quanto à exclusão e inclusão social com acesso a bens materiais e culturais é dificultada por esta condição, é preciso se identificar os motivos que dão suporte a esta manutenção de hierarquização social. Uma das causas pode ser reconhecida pela atuação da branquitude.

Entende-se que as pessoas brancas possam ser marginalizadas socialmente, considerando um discrime já ilegitimamente lesivo à igualdade, quanto ao sexo, gênero, sexualidade, classe social, procedência, religião, deficiência física ou mental, idade, entre outras. Porém estas formas de discriminação não retiram a vantagem racial de pessoas

brancas em comparação com pessoas negras. Mesmo sendo prejudicadas em outras instâncias discriminatórias, como outras categorias jurídicas de análise de preconceito e discriminação, ainda é possível se dizer que pessoas podem se beneficiar do privilégio concedido a pessoas brancas. Não significa isto afirmar que as pessoas brancas não tenham as mesmas obrigações que qualquer outra pessoa teria de acordo com o direito posto, ou seja, a legalidade e as imposições jurídicas se colocam a todo sujeito pelo ordenamento jurídico, assim como as questões materiais práticas da realidade. As exigências sociais, políticas, econômicas e jurídicas se impõem a todos igualmente como um ônus, porém a identidade racial branca ajuda estas pessoas ao longo das suas vivências. Há pessoas que não apenas tem essa consciência de privilégio, como ironicamente se desculpam por serem brancos, e dizem não ter culpa de terem nascido assim. Mas a responsabilidade maior seria de saber seu lugar de privilegiado e não aceitar mudanças sociais que modifiquem esta situação de conforto nas relações raciais estabelecidas. Aliás, o único desconforto considerando neste caso seria quanto ao temor de se criarem outros tipos de privilégios que possam pôr em risco os já existentes e favoráveis a este grupo hierarquizado como superior. O temor neste contexto é de fato o mais incômodo aspecto da branquitude, o que gera as reações mais agressivas de manifestação do racismo com uso de aparato ideológico que favoreça a manutenção dos padrões atuais de existência da hegemonia dos brancos: o artifício da igualdade formal como supedâneo para a igualdade material. No entanto, esta igualdade anunciada não se verificará sem modificação das desigualdades ditas raciais.

Uma das facetas do racismo é recompensar as identidades favorecidas, de modo que estas naturalizem ideais racistas, que os considerem inerentes à sua própria existência. Assumem o papel de possuidores inatos de privilégios e acesso legítimo aos bens materiais e imateriais da vida em sociedade, não precisando se auto afirmar ou se posicionar frente a uma aceitação das condições estabelecidas. Além disso, não querem desapegar-se das condições de favorecimento. Há inconscientemente uma formação volitiva de acréscimo por si mesmo como pertencente à categoria superior. Estes ganhos estéticos, afetivos, econômicos, políticos e outros mais, são como um patrimônio, um direito de se excluir legitimado e, assim se sobrepor numa sociedade altamente competitiva, cujos bens avaliados positivamente são por todos almejados. Ser branco é uma qualidade insubstituível e invejável e, portanto, algo a ser protegido e valorizado, por isso mesmo ensejador de um “pacto narcísico” (BENTO, 2002).

Branquitude[54] pode ser entendida como construção sócio histórica que sustenta a crença em uma superioridade racial branca, o que propiciaria a pessoas identificadas como brancas usufruírem de privilégios simbólicos e/ou materiais com detrimento de tratamento diferenciado para os não brancos. Neste sentido, é preciso se estabelecer que quanto à análise das questões raciais, o branco também é uma categoria racializada (BENTO, 2002).

No Brasil, o preconceito racial esta associado intimamente a aparência, ao *status* e ao fenótipo dos sujeitos. Deste modo, há uma interação entre os entendimentos raciais e entre o que objetivamente se nota com o que subjetivamente se denota. Sovik (2004) expõe em seus estudos que ser branco no Brasil, além de exigir que o sujeito tenha pele clara e feições européias, está ligado a interpretação de estar em papel de destaque na sociedade, é ter uma função social e desempenhar um papel que determina em si uma autoridade ou respeito automático, o que favorece ao individuo transitar livremente sem barreiras pelos espaços. Ainda afirma a autora que mesmo com sangue negro, os demais condicionantes de um status superior não são atingidos por isso (SOVIK, 2004, p. 366).

O preconceito racial contra os negros está intimamente relacionado à branquitude à medida que esta estabelece e fundamenta privilégios raciais aos brancos. O sujeito identificado como branco não só se beneficia desta condição como reproduz os elementos de manutenção desta estrutura racializada. A discriminação e o preconceito são ferramentas utilizadas para esta manutenção, assim como defesa de uma igualdade formal, a defesa de uma ausência de raças, e por fim uma defesa insólita de democracia racial, alegando que todos são brasileiros e esta é a identidade que deve preponderar. Esta visão idealista de igualdade, de miscigenação e de integração, é usada não só de modo discursivo, mas também de modo a sublimar qualquer tipo de mal estar ou remorso por sua atitude, mesmo tão evidente em constatação das desigualdades.

Embora não se veja como sujeito racializado, o indivíduo identificado como branco está na situação racialmente construída de sua identidade, porém como se vê como padrão, como norma, como o natural, esta condição passa como se fosse despercebida e não enunciada. Discriminar é ver o diferente, identificar o outro, e desta diferença colocá-lo hierarquicamente em algum patamar frente a sua posição. Esta visão também é uma visão de privilégio, de poder olhar para o outro e poder identificá-lo como o diferente. A

54 Nesta pesquisa, a partir de uma revisão teórica de BENTO (2002), CARDOSO (2008), PIZA (2002); RAMOS (1957), SOVIK (2004), STEYN (2004), WRAY (2004), investigou-se o que estes pesquisadores em suas obras apontaram como elementos informadores e formadores da subjetividade dos indivíduos brancos e como estes reconheciam sua coletividade neste contexto social, considerando as categorias raças e racismo como pressupostos paradigmáticos.

identidade coletiva assentada na brancura é uma construção em contraposição ao outro, os não brancos, que detém a visibilidade de raça. Deste modo, a branquitude só existe em relação aos não brancos, pois sem essa contraposição não haveria a desequiparação entre os grupos.

A visibilidade racial dos não brancos é acentuada pela visibilidade da cor como também de outros traços que o sujeito carrega em seu fenótipo, que em contraste aos brancos é visto como esteticamente inadequado. Estes elementos físicos, daquilo que se vê, são associados aos esteriótipos e preconceitos que carregam valores morais e sociais negativos, o que representa consequências para os não brancos, frente ao que se considera uma modelo de aparência e condição humana que está associado aos brancos.

Há uma estrutura de poder construída que dá suporte às desigualdades raciais, a partir do momento que ser branco constitui-se em uma identidade racial dominante. Este fato dá suporte e fôlego ao racismo, de modo que o mantém, como uma moeda de troca pela manutenção dessa estrutura de privilégios a um determinado grupo social.

Autores afirmam que há consciência dos indivíduos brancos quanto a sua identidade racial como brancos. Esta constatação é importante para que se saiba que estes têm consciência da sua racialização como sujeitos e podem questionar suas vantagens (CARDOSO, 2008; WRAY, 2004).

Estas vantagens residem em diversos privilégios materiais e imateriais que os brancos ostentam frente aos não brancos. Estas vantagens são denunciadas em diversos estudos e pesquisas que mostram a disparidade entre os brancos e não brancos para acesso a emprego, saúde, educação, moradia, como também o tratamento e respeito a sua moral e sua cidadania. Estas vantagens decorrem da estrutura formada pelo recorte racial e pelo racismo[55], que criam mecanismos para que a população branca possa ter privilégios ocupando espaços de destaque e alcancem, numa sociedade altamente competitiva e de recursos escassos, os mais valiosos e destacados bens materiais e simbólicos de uma sociedade, tudo com a maior naturalidade das suas predisposições para tanto.

Guerreiro Ramos, em sua obra "A patologia social da 'branco' brasileiro", analisa

[55] Refletindo sobre a utilização do termo "racismo", nas ciências sociais e na política, dizem-nos Michael Banton e Robert Miles: Até o final dos anos 1960, a maioria dos dicionários e livros escolares definiam [o racismo] como uma doutrina, dogma, ideologia, ou conjunto de crenças. O núcleo dessa doutrina era de que a raça determinava a cultura, e daí derivam as crenças na superioridade racial. Nos anos 1970, a palavra foi usada em sentido ampliado para incorporar práticas e atitudes, assim como crenças; nesse sentido, racismo [passa a] denota[r] todo o complexo de fatores que produzem discriminação racial e, algumas vezes, frouxamente, designa também aqueles [fatores] que produzem desvantagens raciais. (BANTON & MILES, 1994, p. 276 apud GUIMARAES, 2004).

como a sociedade brasileira construiu subsídios positivos para a produção da branquitude atribuindo valorização estética a beleza branca em detrimento a aspectos estéticos e culturais ligados aos negros. Este olhar completamente dissociado de suas origens, que não reconhece sua proximidade à miscigenação, à cultura, à herança biológica negra ou indígena do brasileiro, e mais aos brancos europeus, demonstra-se com a negativa de aceitação de aproximação e pertencimento à condição destes agrupamentos raciais menos valorizados. Seriam os brancos a norma, o ideal, o valor por excelência (RAMOS, 1957, p. 171).

O sujeito identificado como negro em alguns casos também passa por um processo de alienação, tanto de sua condição, quanto de suas potencialidades. A estrutura estabelecida com a branquitude o põe em situação de inferioridade. Da mesma forma que os privilégios se mostram inatos aos sujeitos identificados brancos, constitui e estrutura subjetivamente o sujeito identificado negro a uma posição de subalternidade e até de enaltecimento aos ideais dos padrões éticos, estéticos e sociais brancos. O embranquecimento seria uma redenção da sua condição menosprezada de ser negro, como um modo de se aperfeiçoar no mundo valorizado dos brancos. Este embranquecimento é reforçado com casamentos inter-raciais intencionalmente orientados para este fim, com modos de agir e pensar, desde que mais próximo do padrão estabelecido como da brancura. De fato, o branqueamento não acaba com o discrime racial, apenas atenua o tratamento sempre subordinante e destaca e eleva a supremacia branca.

Se os não brancos ocupam lugares de subordinação e têm menos vantagens, denotam alguns que é próprio destes sujeitos, como algo inato e de difícil modificação. A determinação de seus papéis sociais está associada a um modelo de estratificação social mantido mesmo após a igualdade formal ser estabelecida. E não se pode justificar que os negros são pobres e por isso sofrem mais adversidades, como o sofrem os brancos pobres, redundando nesse raciocínio que a pobreza seria a única justificativa para a exclusão.

Ocorre que há subsídios históricos[56] para se considerar a incidência da fundamentação racial para as desigualdades, para além do regime escravista, que só pode ser compreendida como algo construído e reafirmado cotidianamente. Considerando as

56 [...] os componentes tradicionais das relações raciais não permanecem intactos após a destruição do escravismo. As "sobrevivências" do antigo regime são elaboradas e transformadas dentro da estrutura social modificada. A sociedade capitalista transforma o significado da raça como dimensão adscritiva, dentro de um sistema de estratificação e mobilidade social em que a competição e atributos adquiridos são enfatizados. A sociedade de classes confere uma nova função ao preconceito e discriminação raciais: as práticas racistas, sejam ou não legalmente sancionadas, tendem a desqualificar os não brancos da competição pelas posições mais almejadas, que resultam do desenvolvimento capitalista e da diferenciação da estrutura de classes (HASENBALG, 1979, p. 84).

ocupações geográficas, o acesso ao trabalho e as riquezas, o modo como são representados socialmente, entre outros fatores de comparação entre os brancos e os não brancos, fica muito pouco refutável a fundamentação de um recorte racial entre brasileiros. Nestes termos, afirma Lia Vainer Schucman:

> Dessa forma, podemos pensar a branquitude como um dispositivo que produz desigualdades profundas entre brancos e não brancos no Brasil, em nossos valores estéticos e em outras condições cotidianas de vida, em que os sujeitos brancos exercem posições de poder sem tomar consciência deste *habitus* racista que perpassa toda a nossa sociedade (2012, p. 29).

Portanto, o racismo não afeta apenas os negros, mas também os brancos. O sujeito e o outro, ou como se define o outro, é que cria a condição de se estabelecer diferenças (SARTRE, 1995).

1.2.2 – Preconceito Racial

O preconceito racial seria como uma ferramenta do racismo para expressar preferências. De acordo com os estudos teóricos sobre racismo anteriormente citados, o preconceito racial no Brasil está, sobretudo, associado à cor da pele e aparência das pessoas. Este recorte é importante para se reconhecer que objetivamente se observa em uma pessoa, para, a partir daí associar este elemento a subjetividade dela. Ou seja, como uma preferência associada a estigmas pode interferir no comportamento social, e assim em relações sociais entre os sujeitos. Neste sentido, o preconceito racial no Brasil tem sido indicado como fator preponderante na exclusão social dos negros.

Entende-se preconceito na psicologia social, segundo Jones (1972), como uma atitude negativa em relação a alguma pessoa considerando que esta tem características que podem ser interpretadas como negativas, acreditando que são próprias de um grupo social específico. Esta atitude[57] pode ser explicada por dois elementos: um cognitivo e outro

57 Na psicologia social, sinteticamente, o entendimento de atitude pode ser definido como um sistema de organização da experiência e do comportamento quanto a um objeto, pessoa ou evento em particular. Estas atitudes comportam componentes cognitivos e disposicionais. Os componentes cognitivos estariam associados à ideias e crenças, com valores e afetividades que seriam representados por sentimentos e emoções. Já os componentes disposicionais se refeririam a comportamentos e predisposições. Como atitude negativa, o preconceito seria estruturado no individuo predispondo-o a pensar, sentir e agir previsivelmente de modo negativo diante deste objeto, pessoa ou evento. Como característica do preconceito, reconhece-se que ocorre de modo difuso e historicamente situado, sendo constantemente legitimado e reafirmado por estereótipos negativos. SOMAT, Alain; CERCLÉ, Alain - **Manual de Psicologia Social**. Lisboa. Instituto Piaget. 2001.

disposicional[58]. Neste sentido, entende o autor que preconceito racial se diferenciaria do racismo quanto a sua definição, pois enquanto este se manifestaria em termos individuais, institucionais ou culturais, o preconceito racial estaria mais vinculado as relações interindividuais, cujas manifestações estariam mais psicologicamente dispostas. Deste modo, a questão do preconceito racial está muito associada à constituição dos sujeitos, sendo construídos junto a suas subjetividades, suas visões de mundo e como interpreta e dá significado ao outro.

O sentimento associado ao preconceito, favorável ou desfavorável, mesmo sem uma experiência anterior que a leve a ter este juízo[59], é referenciado por Guimarães ao citar Blumer como:

> São quatro os sentimentos que, segundo Blumer, estarão sempre presentes no preconceito racial do grupo dominante: (a) de superioridade; (b) de que a raça subordinada é intrinsecamente diferente e alienígena; (c) de monopólio sobre certas vantagens e privilégios; e (d) de medo ou suspeita de que a raça subordinada deseje partilhar as prerrogativas da raça dominante (GUIMARÃES, 2004, p. 17-18).

No entanto, o entendimento do preconceito racial deve ser mais amplo, para se entender o fenômeno em uma incidência maior e mais difundida, para além da análise dos componentes individuais das atitudes dos sujeitos considerados em si mesmos. Neste sentido, deve ser entendido como algo que se concretiza não só por manifestações psicológicas, como também nas disposições de conflitos ideológicos existentes na sociedade, refletindo uma atuação das relações de poder entre estes grupos formadores da sociedade[60]. Essa forma de manifestação gera comportamentos depreciativos e agressivos contra grupos minoritários, justamente para legitimar a posição de dominância de um grupo sobre outro.

> O fato de o preconceito racial recair sobre a população não branca está diretamente relacionado ao fato de os privilégios raciais estarem associados aos brancos. O branco não é apenas favorecido nessa estrutura racializada, mas é também produtor ativo dessa estrutura, através dos mecanismos mais diretos de discriminação e da produção de um discurso que propaga a democracia racial e o branqueamento. Esses mecanismos de produção de desigualdades raciais foram construídos de tal forma que asseguraram aos brancos a ocupação de posições mais altas na hierarquia

58 Cf.: JONES, 1972.
59 Cf.: ALLPORT, 1954.
60 Cf.: DESCHAMPS, 1982.

> social, sem que isso fosse encarado como privilégio de raça. (SCHUCMAN, 2012, p. 14)

Nogueira (1979) trabalhou com o conceito de preconceito de marca, que ligado aos aspectos fenotípicos do sujeito, contribuem para a identificação daquele sujeito como pertencente a grupo social e ao papel social que deveria desempenhar na sociedade.

> Considera-se como preconceito racial uma disposição (ou atitude) desfavorável, culturalmente condicionada, em relação aos membros de uma população, aos quais se têm como estigmatizados, seja devido à aparência, seja devido a toda ou parte da ascendência étnica que se lhes atribui ou reconhece. Quando o preconceito de raça se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para as suas manifestações, os traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, os sotaques, diz-se que é de marca; quando basta a suposição de que o indivíduo descende de certo grupo étnico, para que sofra as conseqüências do preconceito, diz-se que é de origem (NOGUEIRA, 1979,79).

O teórico reconhece em seus estudos que há uma mestiçagem, mas também reconhece que quanto mais escura for a cor do sujeito, menos prestigio ele terá na sociedade. Considerando que os elementos de marca são eficientes para estabelecer estigmas, que serão utilizados na manifestação do preconceito, são indicadores de vulnerabilidade, devendo por isso ser utilizados para aplicação de ações afirmativas. Se o sujeito é caracterizado e reconhecido por seus elementos de marca, entende-se que está mais vulnerável e, assim, mais predisposto a discriminação negativa que geraria seu tratamento desigual.

Embora o preconceito racial não tenha sido legitimamente concebido ou institucionalizado legalmente, este se manifesta e é estruturante na sociedade brasileira, como bem sistematiza Guimarães (2004) em seu estudo analítico e evolutivo sobre o tema.

A ideia de preconceito racial como construção social[61] é elemento que deve ser considerado como um "dado social" para interpretação dos tratamentos de reconhecimento do outro, em muitos sentidos. O que vai influenciar como o tratamento entre as pessoas, as instituições e a cultura de um agrupamento social irá tratar os seus membros integrantes. Esta forma de tratamento vai interferir nos direitos e cidadania, bem como na interpretação que cada sujeito social faz da realidade que o cerca, portanto é determinante de comportamentos e de decisões.

---

61 Para Guimarães (1999) a noção de raça no imaginário da população no Brasil está associada, senão substituída, pela noção de cor e aparência física.

Considerando o preconceito racial no Brasil ser manifesto, sobretudo, pela cor e aparência dos sujeitos, e neste contexto sendo os negros os mais numerosos e mais destacadamente desfavorecidos pelos discursos e práticas racistas, sobre os quais recaem mais os resultados perversos do preconceito, inegavelmente este deve ser um elemento de referência para a organização e mobilização na luta antirracismo.

Ao se analisar que o agrupamento racial é um fator de legitimidade para proteção jurídica específica, está se utilizando dos mesmos fundamentos que o preconceito racial utiliza para sua concretização. Ou seja, se é pelas características físicas que se identificam os sujeitos a que são direcionados os atributos negativos do estigma, é justamente por este mesmo condicionamento que deve se realizar a proteção.

Não está sendo criada a categoria de população negra, ao contrário, esta já existia, submetida a tratamento de modo desigual, a tal ponto ser necessária a tutela jurídica e política específica como de fato atualmente se reconhece e oportunamente se tem sistematizado um sistema de proteção jurídica ainda em aperfeiçoamento.

O preconceito racial, então, serve como indicativo desta situação de tratamento desigual. Não é apenas uma questão interna do sujeito, não é apenas uma questão de gosto pessoal sem qualquer repercussão no mundo prático, ao contrario, é fonte de muitas condutas e, determinante nos tratamentos interpessoais que culminam em discriminação racial.

1.2.3 – Discriminação Racial

A relação entre racismo e discriminação racial no Brasil esta fortemente interligada à desigualdade social dos sujeitos que compõem a sociedade brasileira, de modo que é apontada como resultado do preconceito racial existente desde o período colonial. Abordagem racial que se faz da realidade social brasileira, demonstra que esta desigualdade social é muito demarcada quando se analisam as categorias cor/raça, muito equivalente a países aonde existiram sistemas segregacionistas. Contudo, formalmente o Brasil não passou por estes sistemas. Esta constatação é importante para se afirmar que a discriminação racial é efeito concreto da atuação do racismo, com as dimensões anteriormente apontadas, geradoras de um quadro de desigualdades sociais marcadamente raciais.

A Convenção Internacional Relativa à Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial define discriminação racial como:

> Artigo I
>
> 1. Na presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.
> [...]

De acordo com esta definição, conceitua-se como discriminação racial toda conduta, ativa ou omissiva, que utilizando de critérios raciais ou de origem gere desigualdades no reconhecimento, gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais em todos os planos da vida em sociedade. Ou seja, estabelece elementos básicos para a consideração genérica de discriminação racial: uma conduta, uma fundamentação e um objetivo.

Pode se dizer, nestes termos, que a discriminação se diferencia da conceito de preconceito em termos de estrutura e resultado. Enquanto a discriminação necessariamente requer uma conduta concreta, que fundamentada em critérios racistas tenha um objetivo de tratamento diferenciado e prejudicial, o preconceito se trata de uma resposta determinada, abstrata e reducionista aos estímulos recebidos diante de um objeto, pessoa ou evento, sempre recorrendo às suas representações mentais estereotipadas, que podem ser manifestas em condutas ou não - o componente disposicional é bem amplo, podem gerar condutas práticas ou não, mas sempre representam um estado anímico do sujeito.

Embora muitas das condutas discriminatórias sejam manifestações do preconceito racial, é possível se considerar a ocorrência de discriminação mesmo sem manifestação expressa de um preconceito. Isto porque como conduta, esta ação ou omissão que leve a um objetivo de tratamento desigual, afetando o reconhecimento, gozo e exercício de direitos, para ser considerada ilegítima basta receber fundamentação racista. Esta fundamentação pode ser manifesta ou tácita, a depender dos modos de constatação.

A ideia de todos reunidos em um único grupo tratados de modo igualitário formalmente, sem realizar as devidas adequações às desigualdades vivenciadas pelas diferenças, impede que se concretizem melhorias na igualdade de oportunidades e chances a todos os sujeitos formadores de uma sociedade. Neste contexto, a falta de uma

intervenção neste quadro de privilégios e prejuízos, quando marcadamente racializados, faz perdurar o fenômeno do racismo e, consequentemente, naturalizam-se as discriminações de modo velado.

Considerando os dados estatísticos que associam o recorte racial a conflitos e desigualdades na sociedade brasileira, percebe-se que os elementos cor e raça, como dados construídos cultural e historicamente, têm sido constantemente apontados como requisitos presentes na discriminação dos não brancos quanto ao acesso a emprego, educação, distribuição de renda, moradia e respeito a sua dignidade humana (HASENBALG, 1979; CARONE, 2002).

Compreendendo que "[...] a discriminação ocorre quando somos tratados como iguais em situações diferentes, e como diferentes em situações iguais" (PIOVESAN, 2005, p. 48), é preciso que seja considerado o tratamento isonômico[62] adequado, quando de fato seja necessário fazer adequadas diferenciações. Jose Afonso da Silva (2000), ao considerar o tratamento igualitário, considerou que devem ser realizados ajustes diante das desigualdades existentes. Essa igualdade formal perante a lei não significa que na lei não possa ser corrigido o tratamento devido às desigualdades materiais existentes. Oras, se a todos é obrigatória a observância da lei, não se está afirmando categoricamente que a própria lei não possa ser aplicada como forma de corrigir distorções, ou atentar para tratamento adequado de modo que se busque uma maior possibilidade de se assegurar oportunidades de todos poderem alcançar um tratamento igual ou uniforme diante das necessidades de todo ser humano.

Ademais, em que pese toda uma análise do princípio da igualdade e seus fundamentos amplos de análise e interpretação, neste contexto quanto ao racismo e discriminação racial, José Afonso da Silva (2000, p.223-26) destaca o tratamento dado pela Constituição Federal de 1988 ao tratar da igualdade livre de qualquer forma de discriminação, fazendo considerações pontuais a esta previsão quanto aos discrimes que

[62] O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (MI 58, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/04/91)

geram manifestações preconceituosas de diversas ordens. Na análise racial, pondera os efeitos que se notam quanto a discriminação racial, e que esta é uma ofensa a norma preceito de igualdade, inclusive quanto a dignidade da pessoa humana.

O princípio da igualdade, de início, tratava de modo igualitário a todos os sujeitos como se fossem todos únicos, numa expressão de extensão de si mesmos. O homem é concebido em sua identidade como um homem universal, o que Stuart Hall chamou de identidade do homem iluminista[63]. No entanto, este modelo universal não era tão universalizante assim, quando criticamente considerado, sendo na realidade um padrão assumido de civilização e cultura de atuação muito contraditória[64].

Ao se considerar o princípio da igualdade é necessário se ter em mente o seu conteúdo jurídico aplicável. Embora ele demande certa interpretação e pragmática, os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello ainda são diretrizes muito eficientes quanto à exegese deste princípio:

O reconhecimento das diferenças que não podem ser feito sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação (fator de discrímen); b) a segunda reporta-se a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrímen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. (MELLO, 2006, p. 21-22.)

Se o racismo reside em teorias e preconceitos que discriminam grupos, daí se configurariam as discriminações como condutas práticas, externas, de tratamentos diferenciados quando ilegítimos diante do principio da igualdade como ventilado.

Deste modo, fica patente a configuração de discriminação racial como definida acima quando se constata, em termos raciais, que dentre os mais pobres, a maioria é negra; dos cargos com menores salários e maior índice de desemprego, a maioria é de negros; quanto às condições precárias de saúde, moradia e lazer, a maioria da população igualmente é negra (WERNECK, 2003); das ocupações dos espaços acadêmicos, a minoria é negra, seja considerando o corpo docente, seja considerando o corpo discente – o único

[63] O sujeito do Iluminismo estava baseado numa concepção da pessoa humana como um indivíduo totalmente centrado, unificado, dotado das capacidades de razão, de consciência e de ação, cujo "centro" consistia num núcleo interior, que pela primeira vez quando o sujeito nascia e com ele se desenvolvia, ainda que permanecendo essencialmente o mesmo — continuo ou "idêntico" a ele — ao longo da existência do indivíduo. O centro essencial do eu era a identidade de urna pessoa (HALL, 2006, p. 10).

[64] Santos (2002), em seu capítulo “As contradições do Iluminismo” aborda argumentos bem ilustrativos desta análise.

espaço escolar mais ocupado pelos negros são nas escolas públicas, que estrutural e conjunturalmente não preparam nem formam adequadamente seus alunos; em estabelecimentos prisionais e instâncias policiais e jurídicas, os negros não apenas são mais numerosos como o aparato estatal é mais incidente e seletivo (ADORNO, 1995); nas esferas políticas e administrativas estatais os negros também são minoria. Ou seja, esta situação é um retrato concreto de discriminação racial e manifestação de racismo patente.

CAPÍTULO II – ESTRUTURA DO ESTADO BRASILEIRO PARA A PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL E COMBATE AO RACISMO.

A fundamentação jurídica da promoção da igualdade racial e combate ao racismo no Brasil arrima-se numa estrutura jurídica do Estado brasileiro de proteção aplicável ao objeto jurídico protegido, a saber, o tratamento igualitário quanto a dignidade da pessoa humana.

Para esta análise faz-se necessária a identificação das principais fontes jurídicas que sejam descritores adequados a esta interpretação. Assim, entende-se que no Brasil, como aderente ao sistema jurídico da *civil law*, as leis e os códigos são os principais descritores deste modelo de organização jurídica, considerando em seguida a jurisprudência e a doutrina, que em conjunto tratam da interpretação e aplicação das normas positivadas. Esta verificação não exclui outros descritores possíveis, como o costume, a analogia e a equidade, além da função social da lei, como bem informa a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro[65].

Não é prescindível dizer que os administradores do direito realizam esta tarefa por meio de escolhas jurídico políticas. Estas considerações valorativas têm importância fundamental na decisão a ser tomada pelo aplicador do direito, considerando a tecnologia dogmática do direito:

> A doutrina dogmática, assim, tradicionalmente, preocupa-se com os requisitos técnicos que constituem os instrumentos de que se serve o decididor, aparentemente para adaptar sua ação à natureza mesma dos conflitos, mas, na verdade, para encontrar a decisão que prevalecentemente se imponha e os conforme juridicamente (FERRAZ JR., 2004, p. 310).

Portanto, é de fundamental importância situar-se a questão racial não apenas quanto ao contexto fático, mas seu entendimento jurídico, com vistas a conhecer o que deverá ser o ponto de partida de validade para compreender o sentido jurídico desta validade aos casos merecedores de decisão racial justa.

---

[65] Artigos 4º e 5º,

2.1 – Aspectos normativos acerca da proteção jurídica contra o racismo no Brasil

De início já se deve ser considerado que os elementos informativos da realidade social são de suma importância, pois quanto ao racismo, este é um fenômeno social e não juridicamente instituído. Portanto, o contexto de condição histórico-social dos negros deve ser um dos pressupostos de análise para se alcançar o sentido das normas jurídicas aplicáveis, o que necessariamente irá influir na sua validade para decisões.

A interpretação adequada deste contexto fático com as normas jurídicas constitucionais, em conjunto com outros instrumentos internacionais de proteção que compõem seu *corpus juris constitucional* em termos de direitos humanos, tem efeitos imanentes a todo ordenamento jurídico, alcançando as demais normas infraconstitucionais aplicáveis ao bem jurídico em tela e condicionando assim a respostas as demandas, assim como a interpretação dos sujeitos das demandas a respeito do que interpretam ou representam quanto aos direitos que buscam ver concretizados.

A estrutura aqui sugerida está orientada por um quadro interpretativo desta proteção jurídica[66] contra o racismo e de proteção da igualdade racial, considerando os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, os compromissos e previsões da Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, as definições e políticas públicas previstas no Estatuto da Igualdade Racial, as disposições genéricas da Lei de Cotas, bem como a recente alteração da Lei de Ação Civil Pública consignando a proteção de uma coletividade racial.

Esta consideração deve ser observada partindo-se da interpretação dos Princípios Fundamentais que já prevêem desde o artigo 1º da Constituição como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, conjugada com as previsões do artigo 3º., IV, que firma como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação; bem como com o artigo 4º., VII, concernente às relações internacionais, que afirma que Brasil repudiará ao racismo.

A Constituição Federal desde seu Preâmbulo repudia o preconceito, e mais adiante, no texto constitucional encontram-se elementos informativos para o exame da

[66] Considerando a abrangência do Estatuto da Igualdade Racial como norma federal e importante articulação à defesa de direitos transindividuais da população negra, objeto deste trabalho, não obstante haver um arcabouço jurídico mais amplo em outras esferas subnacionais da federação, optou-se por realizar um recorte para este quadro interpretativo apenas compreendendo normas de âmbito nacional, quanto a abordagem de normas infraconstitucionais que tragam previsões de ações afirmativas e outras políticas públicas.

discriminação em nosso ordenamento jurídico: em sentido lato, conforme os artigos 3º, IV e 227; em sentido estrito, nos artigos 5º, XLI, 7º, XXXI; considerando a distinção entre pessoas como no caput do artigo 5º, inciso XXXII do artigo 7º, e no artigo 12, §2º; e a diferença de tratamento como assinalada no inciso XXX do artigo 7º; e por fim o inciso XLII do artigo 5º, quanto ao crime de racismo.

No texto constitucional, ao tratar da discriminação em sentido lato e em sentido especificamente racial está reconhecendo-se que o tratamento dado ao racismo precisa de enlevo e reconhecimento de suas peculiaridades. Trata-se esta previsão de notável e prévio reconhecimento dos malefícios que foram denunciados pelo movimento negro e por todos os sujeitos que sofrem com os efeitos do preconceito racial no Brasil e constatados em estudos específicos realizados sobre a questão. A identificação de desigualdades raciais como principal argumento para combate ao racismo se verifica com as formas de discriminação racial que têm sido apontadas por estudos e indicadores sociais na realidade brasileira. Da análise destes dados quanto ao tratamento desigual, percebe-se que a Constituição pretende vedar o comportamento que gere prejuízos aos sujeitos, condicionando as condutas a esta orientação, ou seja, retirando da disponibilidade dos sujeitos, em todo âmbito jurídico, a possibilidade de se discriminar de modo prejudicial às pessoas considerando as disposições supracitadas.

Também é possível se verificar que o constituinte consignou que, dentre as modalidades de tratamento diferenciado e prejudicial, o racismo é a mais grave. Considerar a prática de racismo como crime inafiançável e imprescritível, punindo a conduta com a mais rigorosa das penas de restrição de liberdade – a reclusão –, demonstra-se o quanto se deve combater este mal na sociedade brasileira.

O Direito como importante instrumento regulador social que é deve ser orientado para utilização nas relações ético-sociais, buscando na conceituação de direitos fundamentais o ideal político axiológico adequado a aplicação de conceitos de justiça, igualdade e cidadania que se pretendem efetivos em uma sociedade a serem implementados pelo Estado.

Compreendem-se direitos fundamentais como direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera constitucional positiva de determinado Estado (Sarlet, 2003). Este mesmo entendimento é compartilhado por Canotilho (2000) que entende que os direitos fundamentais são direitos do homem jurídico e institucionalmente garantidos e também delimitados no espaço e no tempo. Neste mesmo sentido, Jose Afonso da Silva (2000) defende que:

> Direitos fundamentais do homem constituem a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, em relação ao direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. [...] No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significam direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17 (p. 180).

Deste modo, consideram-se como direitos fundamentais as normas cujas considerações jurídicas referentes às pessoas, considerando o elemento dignidade da pessoa humana como qualificador destes direitos, que foram integradas ao texto constitucional por seu conteúdo e importância, assumindo uma fundamentalidade formal, bem como as que por seu conteúdo e significado possam ser-lhes equiparados, assumindo uma fundamentalidade material (Sarlet, 2005). Como estas disposições passam a ser indisponíveis pelo poder constituído, devem ser previamente estabelecidas e positivadas, porém sem consistir nisto em uma questão obstativa a considerar as normas de direito fundamental atribuídas, como considera Alexy (2008), quanto à verificação da existência de normas de direito fundamental diretamente positivadas pelo texto constitucional sem deixar de considerar que há normas que se concebem de direitos fundamentais a partir da normatividade daquelas.

A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais são suportes axiológicos de toda e qualquer atuação estatal brasileira, como vontade suprema da Constituição Federal. Estes valores consagrados em princípios morais e éticos são instruídos por diversas fontes, mas é insuperável a contribuição da Declaração universal dos Direitos Humanos como parâmetros para a construção de uma ética universal, de modo a contribuir para a defesa e progresso de toda a humanidade.

No caso brasileiro, os direitos humanos atuam como referência não só axiológica como normativa, ao serem internalizados ao ordenamento jurídico como tratados internacionais e convenções. Conforme o artigo 5º, § 2º, da CF, há uma cláusula de

inclusão destes no bloco de constitucionalidade que mesmo sem fazerem parte do texto constitucional, pretendem-se fortalecedores dos ideais constitucionais

A Declaração Universal dos Direito Humanos pode ser reconhecida como a carta dos direitos universais, de observância a todos os Estados, sendo uma referencia aos cidadãos deste, mas também uma proteção aos estrangeiros que ali se encontram por razões diversas. O teor desta declaração reúne elementos básicos de liberdades, igualdade e solidariedade necessários a própria existência do ser humano, estabelecendo premissas necessárias conforme os consensos gerados em sua formulação (PIOVESAN, 2006).

Os direitos humanos têm como prerrogativa estabelecer direitos e liberdades fundamentais, individuais e coletivamente considerados, reunidos em prol da dignidade da pessoa humana. Assumir este compromisso requer afirmar que todos os seres humanos têm e devem ter assegurados estes direitos, que sendo imanentes desta condição humana, são igualmente inalienáveis e indisponíveis, sem qualquer ônus ou contraprestação para que sejam verificados aos seus titulares. Neste sentido seriam universais.

Quanto à existência e validade destes direitos e liberdades fundamentais, há uma consideração muito importante quanto a eles estarem positivados pelos ordenamentos jurídicos de cada Estado, sob critério de soberania, esta de valor insubstituível – porém ponderável – aos Estados de Direito, bem como permanecerem num campo mais vasto, internacionalmente estabelecidos, independentemente de reconhecimento doméstico de cada Estado. Daí alguns autores identificarem a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Importante considerar que estes direitos e liberdades fundamentais quando reconhecidos estão convertendo valores da pessoa humana em normas de direito positivo, não sendo criados, mas verificados, seguindo uma lógica de afirmação histórica[67].

Considerando a evolução destes direitos, são apresentados e vão se verificando em dimensões, inspiradas no lema da revolução francesa, quanto à liberdade, à igualdade e a solidariedade, que vão sendo desenhadas conforme a amplitude e o conteúdo destes direitos. A primeira dimensão congregaria direitos e garantias individuais, concernentes aos direitos civis e políticos necessários à liberdade. A segunda dimensão abrangeria os direitos necessários à igualdade material, tais como direitos sociais, econômicos e culturais. E, por fim, as demandas em termos de solidariedade. Estas duas últimas dimensões em contextos transindividuais[68].

---

[67] Cf. BOBBIO, 2004; COMPARATO, 2003; SARLET, 2003.
[68] BONAVIDES, P. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

Este movimento de maior e menor incidência é sempre uma dinâmica de considerações das necessidades de proteção, portanto contextualizadas em suas aplicações à medida que:

> [...] a linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais [...] (BOBBIO, 2004, p. 29).

Neste sentido, é preciso compreender o entendimento da igualdade como um direito fundamental que passa a inspirar em todos os seres humanos como detentores de direitos e liberdades fundamentais a necessidade de uma proteção jurídica que lhes assegure a plenitudes das vantagens e deveres a serem observados no convívio social.

Considerando que os homens não nascem iguais, nem estão igualmente criados pela natureza, mas é necessário se estabelecer a um sentido igualitário aos seres humanos como portadores de direitos, podendo afirmar e buscar sua igualdade, como assevera Hannah Arendt (2009), a implementação do conceito da igualdade deve contemplar as exigências que o momento contemporâneo aos sujeitos exige. A igualdade nestes termos exige um enfrentamento substantivo e real que suplemente o entendimento meramente formal, abandonando a ideia de uma liberdade apenas em termos liberais e sem qualquer compromisso com a realidade vivenciada pelos atores sociais (PIOVESAN, 2003).

Este entendimento justificaria o processo de especificação dos sujeitos, considerando que, inobstante a pessoa humana seja igualmente considerada para sua tutela universal, reconhecendo necessariamente os importantes processos de positivação, generalização e internacionalização das normas que reconhecem o ser humano como detentor de uma dignidade humana a todos reconhecida, e aos direitos e liberdades fundamentais a todos verificados, esta noção de ser humano abstrato, sem considerar elementos como sua cor, raça, religião, sexo, classe social, dentre outras especificidades, poderia por em risco a afetiva proteção e implementação da igualdade e gozo destes direitos e liberdades fundamentais. Logo, a constatação do sujeito de direitos em um plano concreto, considerando suas especificidades, suas necessidades particulares de proteção, historicamente postas, requer tratamento protetivo que assegurem reconhecimento e enfrentamento das suas vulnerabilidades (PIOVESAN, 2003), como ocorre com as pessoas que são vitimas de discriminação racial (LAFER, 2005).

A partir do texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, ao dispor que "[...] Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, [...]", sendo o primeiro documento internacional a fazer esta menção, seguindo-se pela Convenção Internacional Relativa a Todas as Formas de Discriminação Racial, em 1965, e a Declaração sobre Raça e os Preconceitos Raciais, em 1978, constata-se que o problema do racismo é um grave obstáculo a efetivação destes direitos.

A Convenção Internacional Relativa à Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial corresponde à expressão desse processo de especificação, verificando que as pessoas que estão sujeitas a violações de direitos motivadas pelo racismo, por pertencerem a determinado grupo discriminado, merecem proteção específica contra esta ameaça ao seu direito de tratamento igualitário.

Este instrumento global é voltado à proteção especial dos direitos humanos considerando especificidades e particularidades de categorias pontuadas a partir da verificação de determinados elementos de violação de direitos, sobretudo declarando que conforme se reconhece na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a igualdade deve ser defendida sem qualquer distinção de cor ou raça, sendo defesa qualquer doutrina que alegue ou defenda superioridade em termos raciais ou ideal racista.

Importante considerar neste documento que os Estados-partes, como importante elemento do compromisso assumido para enfrentamento das discriminações raciais, compreendidas estas como obstáculo a efetivação de direitos e liberdades fundamentais, devem programar medidas para a implementação da igualdade e eliminação da discriminação.

O princípio da igualdade informado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, como afirmado no artigo II, prima pelo reconhecimento das múltiplas diferenças, sejam biológicas sejam culturais, que distinguem as pessoas consideradas entre si. Mas a igualdade na essência de todo ser humano se dá em sua dignidade humana. Estas duas constatações devem ser combinadas para o reconhecimento de uma justa e real igualdade de tratamento pela lei, como informa o artigo VII desta Declaração.

O Brasil, por meio do Decreto nº. 65.810, de 8 de dezembro de 1969, promulgou a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. Este documento internacional, que o Brasil assinou em 7 de março de 1966, ratificou em

27 de março de 1968, sem reservas, tem importante contribuição para a especificidade de direitos e tutela quanto à questão racial.

Pelo plano da Convenção Internacional Relativa à Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o Brasil comprometia-se a adotar medidas necessárias a eliminar a discriminação racial e promover a igualdade; proibir condutas que levassem a ódio e discriminação raciais, bem como o incitamento e difusão de ideias racistas; promover e assegurar o acesso a justiça para tutela das pessoas em questões raciais e garantir o direito a indenização por ato discriminatório; devendo por fim manter banco de dados e enviar relatórios sobre sua atuação estatal no cumprimento desta Convenção.

Quanto às condutas a serem adotadas pelos Estados-partes, o artigo 7º traz o compromisso com as medidas que devem ser adotadas quanto a ensino, educação, cultura e informação que sirvam de ferramentas de enfrentamento do preconceito racial com escopo necessário de evitar os eventos discriminatórios, além de difundir a tolerância e amizade necessárias entre os povos, propagando e informando sobre o teor dos documentos de direitos humanos sobre o tema.

Seus objetivos principais são diretrizes para o enfrentamento das discriminações raciais bem como meios de promoção da igualdade. Deste modo, revela o entendimento da comunidade internacional a respeito do tema, considerando o fruto do consenso das nações a respeito da interpretação que os direitos humanos tecem a respeito de como se proteger os as pessoas da violência do racismo expresso pelo preconceito e discriminação racial, como também articulando instrumentos de diminuição das desigualdades oriundas da discriminação racial. É o planejamento de uma efetivação para a igualdade material entre os sujeitos, considerando a tolerância quanto as diferenças existentes no mundo real. A chave para esta convivência harmônica seria a equivalência dos grupos e identidades raciais, e não sua hierarquia (PIOVESAN, 1998).

Outro documento de suma importância ao entendimento desta estrutura de promoção da igualdade racial é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto San Jose da Costa Rica, de 1969. Este documento internacional foi promulgado no Brasil em de 06 de novembro de 1992, sendo previsto já em seu artigo 1º o direito a não discriminação em razão de raça ou cor, entre outros elementos de diferenciação.

Pelo Sistema Interamericano dos Direitos Humanos verifica-se a atuação de dois órgãos complementares que buscam em suas funções dar cabo da promoção e cumprimento das normas de direitos humanos entre os Estados-partes: a Corte Interamericana e a Comissão Interamericana de Direito Humanos.

Cabe a Comissão Interamericana receber casos individuais de violações de direitos humanos e consequentemente elaborar parecer necessário a sua apuração e atendimento, bem como monitorar e receber representações dos Estados partes, buscando aprimorar no cenário internacional a observância dos direitos humanos em sua abrangência e atuação. Esta atuação tem abrangência aos países que firmaram reconhecimento de sua competência, como no caso do Brasil, que deste a ratificação, reconhece esta competência.

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem função tanto consultiva quanto contenciosa, portanto, sendo julgadora. E como órgão judicante pode condenar os Estados partes em casos de violações a direitos humanos, incluindo casos individuais. Os Estados partes devem manifestar sua adesão e as decisões da Corte são de cumprimento obrigatório e irrecorrível. Neste contexto, importante relevo se dá ao caso Simone André Diniz como exemplo de atuação e repercussão das normas de direitos humanos e estes órgãos internacionais de proteção. Simone André Diniz queixava-se de ter sido vítima de discriminação racial ao consultar oferta de emprego cujo anúncio divulgava como requisito que a pessoa deveria ser branca. Simone ao consultar a vaga de emprego ao proponente foi questionada sobre sua cor de pele, ao informar que era negra, sem qualquer outro questionamento sobre suas habilidades ou experiência, responderam-lhe que não preenchia os requisitos da vaga justamente por sua cor. Procurando os meios jurídicos para defender seus interesses, foi completamente desamparada pelas instâncias judiciais e ministeriais: embora a Delegacia de Crimes Raciais tenha atuado, com o necessário inquérito policial a respeito do fato criminoso, o Ministério Público após analisar o caso requereu arquivamento do inquérito sob alegação de falta de elementos de informação necessários a configuração de crime de racismo, sendo o requerimento aceito pelo magistrado.

Esta situação gerou grande descontentamento e mobilização de entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo, que por meio de sua Subcomissão do negro, denunciou o Estado brasileiro a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, alegando que o Brasil havia infringido normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos bem como da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial ao não garantir à senhora Simone André Diniz condições necessárias a apuração dos fatos que lhe discriminaram racialmente. Mesmo com as justificativas oficiais do Estado, a denúncia foi aceita e julgada procedente[69], cominando

[69] CIDH, CASO 12.001 – Simone André Diniz, Brasil.

em uma série de recomendações ao Estado brasileiro, sobretudo ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Considerar a existência de direitos e liberdades fundamentais requer reconhecimento e meio de sua efetivação. Ao considerar que todos são iguais, não se poderá legitimar condição obstativa a ninguém da privação destes direitos e liberdades fundamentais, senão com razão e motivos legítimos. O fundamento do tratamento igual com observância das diferenças se dá nos parâmetros constitucionalmente estabelecidos. Ou seja, é conforme a constituição que será interpretado o principio da igualdade que orienta o tratamento entre os sujeitos no nosso ordenamento jurídico. Este bloco de constitucionalidade que servira de "pedra de Roseta" à interpretação do tratamento isonômico adequado a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais. Portanto, devem ser levadas em consideração as normas constitucionais e todos os seus princípios e fontes informadoras. De modo que a norma infraconstitucional deve ser-lhe obediente e concernente, para a consistência adequada do sistema jurídico.

Considerando que o Estado brasileiro em seu texto constitucional previu a prática do racismo como crime, consubstanciando esta previsão como o reconhecimento de lesão aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito bem como aos direitos fundamentais dos sujeitos, atingindo o direito de todos a não discriminação e à igualdade. E igualmente considerando que esta previsão faz parte de um concerto maior integrado pelos instrumentos internacionais de direito humanos aplicáveis e dos quais o Brasil é parte signatária, não poderia deixar o legislador pátrio de elaborar leis de combate ao racismo, seja no viés punitivo do preconceito e discriminação racial, seja para a efetiva promoção da igualdade racial.

A lei nº 7.716/89 traz em seu bojo normas incriminadoras que visam proteger ao bem jurídico do tratamento igualitário, tornando o objetivo fundamental do Estado de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de outras formas de discriminação" algo nestes termos mais concreto, impedindo que estas causas obstativas sejam combatidas e punidas, buscando também uma prevenção geral.

Em seu conjunto, a lei considera crime de racismo condutas que afetem o tratamento igualitário com fundamento em critérios como a cor, a etnia, religião e a procedência nacional. Grande parte dos tipos se referem a condutas que são reunidas nos verbos normativos de tipificação de atos como recusa, negação ou oposição a algum acesso, seja de locais, bens ou direitos, cujos núcleos do tipo residem em impedir, obstar, negar, recusar, praticar, instigar, induzir.

Com esta lei, regulando a garantia de proteção à igualdade e não discriminação como prevista no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal, buscou-se dar uma tutela punitiva as práticas de racismo, consubstanciadas em atos de discriminação ou preconceito racial. No entanto, muito pouco se tem alcançado em termos de efetiva punição com a aplicação desta lei, bem como do fato típico da injúria qualificada pelo preconceito racial, como se demonstrará mais adiante. O que de fato deve ser considerando é o conteúdo jurídico em questão e a importância da previsão do racismo como crime, devendo se trabalhar para a efetividade da norma com seu aprimoramento, o que requer outros questionamentos e verificações que fogem a dinâmica deste trabalho.

A Constituição Cidadã se orienta em muitas direções para um convívio de tolerância e valorização das diferenças quanto à concepção multirracial da sociedade brasileira, sem a defesa de dominância de um grupo racial qualquer que seja, como se pode constatar em seu artigo 215, que no §1º estabelece: "O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. " No mesmo sentido, deve ser dado o enfoque necessário ao aprendizado da História nacional, como considera o parágrafo primeiro do artigo 242: "O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro. "

Esta previsão é de suma importância para se combater o racismo tanto institucional quanto em âmbito particular, considerando que a educação é ferramenta adequada à desconstrução da ignorância e mecanismo adequado de conhecimento e aprendizado. As escolas ainda são instituições insubstituíveis no processo de desenvolvimento dos sujeitos, e claramente devem ter o papel civilizatório sintonizado com o projeto de sociedade que se estrutura no texto constitucional. Necessário e adequado o tratamento da matéria em Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei nº. 9.394/1996 –, reafirmando a igualdade e tolerância. Tanto no artigo 26, § 4º[70] quanto 26-A[71], demonstram esta orientação para a

[70] Art. 26. Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)
(...)
§ 4º O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro, especialmente das matrizes indígena, africana e europeia.

[71] Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena. (Redação dada pela Lei nº 11.645, de 2008).
§ 1º O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo

desconstrução de mecanismos que possam ser utilizados como veículos de manifestação ou permanência do racismo. Digna de muita distinção esta atuação legislativa ao se considerar a educação como meio importante de combate ao racismo, que tem como forte suporte ideológico a crença e as ideias formuladas a partir de conceituações e interpretações da realidade que priorizam e privilegiam um determinado grupo social, notadamente um eurocentrismo exacerbado que favorece a manutenção e a reinvenção de preconceitos raciais e formas de discriminação racial.

Com este objetivo foi promulgada a Lei 10.639/2003 que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, fazendo dela constar:

> Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afrobrasileira.
> § 1o O conteúdo programático a que se refere o caput deste artigo incluirá o estudo da História da África e dos Africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil.
> § 2o Os conteúdos referentes à História e Cultura Afrobrasileira serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de Educação Artística e de Literatura e História Brasileiras.
> […]
> "Art. 79-B. O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como 'Dia Nacional da Consciência Negra.

Em seguida, houve a alteração pela Lei nº 11.645/2008 que ampliou o conteúdo de sua norma para abranger a "História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena". Embora inovadora e necessária esta importante normatividade educacional, ainda não esta plenamente instituída, pois encontra dificuldades de ordem técnica e didática, além de resistência ideológica e até de crenças religiosas por algumas instituições de ensino, o que tem mobilizado algumas lutas[72] para a implementação destes conteúdos pedagógicos ao plano de ensino de diversas instituições.

---

da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.645, de 2008).
§ 2º Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras. (Redação dada pela Lei nº 11.645, de 2008).

[72] Cf. Processo nº. 0143869-38.2008.8.19.0001 TJ-RJ: Despacho: Trata-se de ação cautelar preparatória de ação civil pública, com pedido liminar, em que a parte autora pede a verificação dos currículos das entidades indicadas para integrar o polo passivo da presente demanda, para verificação da inclusão da disciplina

Em 2010 foi promulgado o Estatuto da Igualdade Racial, "destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica. "[73] Este diploma contempla um conjunto de definições e previsões de políticas públicas voltadas a população negra, assim definida "como o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam auto definição análoga"[74]. De fato, este conjunto normativo inaugura uma política inovadora, porém de alcance e estratégia limitados posto que grande parte de suas previsões carecem de regulamentação ou legislação especifica para pleno atendimento, ou se recorrendo ao poder judiciário nos casos omissivos ou insuficientes[75].

Outra medida de promocional na questão racial se deu quanto à política de ações afirmativas. Num primeiro momento estas medidas ocorreram por implementação da própria previsão constitucional, em sentido expresso ou implícito. A fundamentação para este argumento reside no que Bulos (2014) chama de "estatuto constitucional das ações afirmativas", que pode encontrar por supedâneo os artigos 1º, III, 3º, III e IV, entre outros da Constituição Federal.

As ações afirmativas como política adequada ao enfrentamento do racismo, no plano internacional dos direitos humanos, embora já prevista na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, não havia sido ainda tematizada, encontrando este momento na Conferência de Durban, em 2001, sendo então prevista no art. 108 da Declaração de Durban, bem como nos artigos 99 e 100 do seu plano de ação.

Neste contexto, o quadro jurídico pátrio conta com a Lei de Cotas[76], que se aplica às universidades públicas federais e aos institutos federais de educação, ciência e tecnologia para alunos provenientes do ensino público. Neste contexto, parte das vagas para cursar ensino superior ou ensino técnico é destinada a estes alunos, remanescendo as

---

História e Cultura Afro-Brasileira. Assim, considerando que sequer há risco de irreversibilidade deste provimento, e que é relevante o fundamento da alegação do autor, considerando o conteúdo das Leis nº 10.639/03 e 11.645/08, determino a apresentação dos currículos das rés nestes autos, para realização da prova pericial pretendida, com prazo de 10 dias contados da intimação desta para apresentação destes documentos. Intime-se. Após o cumprimento desta ordem liminar, será deferida a prova pericial determinada na decisão de segunda instância comunicada a fls. 2029, considerando a resposta de ofício de fls. 2259.

[73] Cf. art. 1º da Lei nº 12.288, DE 20 DE JULHO DE 2010.

[74] Cf. art. 1º, IV, idem.

[75] Cf. art. 55, idem.

[76] Lei nº 12.711/2012.

demais vagas para ampla concorrência. Pelo sistema de cotas, as vagas são preenchidas com atribuição de notas apenas dos grupos considerados a cada conjunto de vagas, ou seja, entre os candidatos de ampla concorrência e entre somente os alunos oriundos do ensino público, sendo que neste coeficiente devem ser reservadas vagas para negros e indígenas de acordo com a sua proporção populacional na região onde está a instituição situada.

Importante considerar que a lei estabelece um recorte racial e social, combinados inclusive. O que demonstra que o legislador foi previamente informado que as disparidades entre os sujeitos não estão apenas constadas em termos econômicos, não se trata de uma desigualdade meramente de classe social, mas se intensificam as desigualdades considerando a raça ou cor dos sujeitos. Da análise dos indicadores sociais, os sujeitos autodeclarados pretos e pardos estão mais próximos em suas condições socioeconômicas quando comparados as condições socioeconômicas de sujeitos declarados brancos. E mesmo considerando os sujeitos carentes pobres, dentre os pobres o maior numero é de negros, assim autodeclarados como pretos e pardos. Portanto, a legislação teve este cuidado de perceber e notabilizar a diferença.

De acordo com o Decreto nº 7.824/2012 e a Portaria Normativa Portaria Normativa nº 18/2012, o regulamento desta lei prevê modalidades de reserva de vagas bem como a sistemática de preenchimento das vagas reservadas. Embora a lei preveja 50% das vagas, a implementação desta medida vem sendo gradual, até alcançar a medida de metade das vagas nas instituições federais. Desta quantidade, é preciso reservar cotas para negros e indígenas correspondentes a sua participação populacional na região onde se encontra a instituição, conforme dados demográficos do IBGE. Em 29/08/2015, foi publicada nota no site governamental[77] comemorando a implantação da totalidade de reserva de vagas em todas as instituições antes do período de projeção de ampliação, previsto para ser cumprido inicialmente em quatro anos.

Esta lei estabelece não apenas um critério racial, como também econômico, quanto à renda familiar per capta. Quanto ao critério racial, é manifesto por autodeclaração. Já o rendimento familiar precisa ser confirmado, caso haja comprovação, ou firmado declaração. Em todos os casos respondem os candidatos por fraudes e falsas declarações. Inclusive o sistema é monitorado acompanhado pelo Ministério da Educação, e

[77] Lei de Cotas completa três anos e supera expectativa: Antes do prazo, lei sancionada em 2012 pela presidenta Dilma Rousseff, teve adesão de 100% das instituições federais. Disponível em: < http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/08/lei-de-cotas-completa-tres-anos-e-supera- expectativa>. Acesso em:10 jan. 2014.

representantes da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial[78] e da Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Além disto, a medida é prevista para ser aplicada de modo temporário, a ser revisto após dez anos de implantação.

Aspecto interessante desta lei foi justamente a sua promulgação depois de conturbada implantação por autonomia universitária de cotas nas universidades públicas, bem como um debate acalorado sobre a constitucionalidade das medidas de discriminação positiva em ações afirmativas desta ordem no STF[79], em 2012.

Na mesma esteira, já em 2014, foi promulgada a Lei nº 12.990 que instituiu o sistema de ação afirmativas nos concursos públicos federais, reservando 20% "das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei". A lei estabelece que sempre que houver pelo menos três vagas para um mesmo cargo, deverá ser reservada uma destas para candidato inscrito como pessoa autodeclarada negra. Logo, haverá vagas destinadas a ampla concorrência e vagas destinadas a estes candidatos negros. Esta lei abrange o executivo federal, na administração direita ou indireta. Quanto a outras esferas de poder do Estado, cabe norma específica e regulamentação correspondente. No entanto, esta previsão já se mostra norteadora das políticas afirmativas que estão sendo paulatinamente implementadas nos poderes administrativos das unidades subnacionais e nos próprios Poderes Legislativo e Judiciário da federação.

Complementando este quadro jurídico, a última modificação da Lei da Ação Civil Pública trouxe importante consignação para o implemento processual da tutela dos interesses da população negra, prevendo expressamente que "as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados [...] à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos"[80]. Embora já fosse possível o ajuizamento de ação civil pública em prol de qualquer coletividade quanto a interesses difusos ou coletivos, é importante se verificar o reconhecimento legislativo das reivindicações dos sujeitos afetados, sobretudo quanto a discriminação e o preconceito racial, constantemente vitimados em sua dignidade e merecedores de uma norma que possa ser norteadora de novas perspectivas jurídicas e proteção.

---

[78] Atualmente o Ministério da Cidadania assumiu as funções da Seppir.
[79] ADPF 186, mais adiante discutido quanto ao voto do relator.
[80] Cf. Lei nº 7.347/85.

É bem verdade que nem sempre esta constatação da norma jurídica existente corresponderá à efetividade das suas previsões, configurando um déficit do Estado de Direito, quando mesmo com a norma não é esta quem orienta as decisões ou a realidade material. Porém, a finalidade do direito e da norma jurídica é buscar o cumprimento das suas previsões de legitimidade e justiça. O problema da efetividade das normas enfrenta outros obstáculos que merecem atenção como o próprio déficit de cidadania[81].

Ao se conceber igualdade material, duas constatações são necessárias: a previsão de direitos sociais e atuação do Estado em promovê-los. As prestações positivas a que o Estado está obrigado a cumprir são pressupostos necessários para a afirmação de igualdade material. Não apenas agindo de modo regular, considerando padrões que a todos alcance, como também verificar a existência de distorções sociais que merecem intervenção para o necessário atendimento a promoção da igualdade.

2.2 – A concepção de racismo pelos tribunais.

Embora exista uma confluência entre reconhecimento do racismo e seu enfrentamento com medidas legislativas e institucionais, a efetividade destas normas precisa ser confirmada nas práticas sociais. A verificação desta efetividade tem sido muito condicionada à análise das formalidades correspondentes a sua concretização em termos de percepção da aplicabilidade e da efetiva aplicação, sobretudo com o cumprimento das leis correspondentes ao enfrentamento da discriminação racial. Considerando que os trabalhos[82] neste sentido têm sido realizados em sua maioria com análise da jurisprudência, algumas considerações destas pesquisas podem contribuir para se formar aqui um panorama a respeito desta efetividade, conquanto se considere apenas a situação em esfera judicial, no entanto, sem se aprofundar na efetividade do cumprimento da decisão judicial.

Neste contexto de análise da jurisprudência como indicadores de aplicação das normas jurídicas antirracismo, pode ser feito um quadro comparativo entre as demandas e

---

[81] Cf. LEFORT, C. **A invenção democrática. Os limites do totalitarismo**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

[82] Para esta análise foram consultadas pesquisas realizadas a respeito da efetividade das normas jurídicas antirracismo que buscassem na análise jurisprudencial indicadores desta efetividade. Dentre os trabalhos disponíveis e consultados, foram selecionados para esta análise dos dados coletados os trabalhos de Conceição (2014); Machado et al. (2012); Werle et al. (2012). A escolha destes trabalhos deu-se pela justificativa dos mesmos em analisar, sob a perspectiva de uma influência da esfera pública nas decisões judiciais relacionadas ao racismo, a efetividade das normas jurídicas nos tribunais a partir de uma maior abrangência e diversificação do tema nos ramos jurídicos, considerando não só as normas especificamente antirracismo, como também normas gerais do direito que assumem papel protetivo igualmente adequado a esta tutela. Inobstante a enorme contribuição destes trabalhos, há a limitação de terem sido desenvolvidos apenas quanto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, porém como justificam os autores, apesar de parciais e limitados, os resultados têm sido muito similares a outros Tribunais de Justiça no Brasil. A sistemática de coleta e metodologia de análise pode ser conferida nos trabalhos citados.

os tratamentos judiciais relacionados ao racismo que acompanha a mudança de orientação e ampliação destas normas, considerando a Constituição Federal de 1988 como marco inaugural desta proposta e partindo de uma única vertente punitiva e em âmbito penal, para uma maior ampliação dos âmbitos demandados, de vertentes promocional e reparadora, como na esfera civil e trabalhista, bem como para uma maior abrangência dos sujeitos de direito relacionados[83].

Num primeiro momento, que se refere aos dez anos de vigência da Constituição Federal de1988, considerando que expressamente há a previsão de prática de racismo como crime, além de neste período já contar com a Lei 7.716/89 que tipifica as condutas de discriminação e preconceito raciais relativas a esta norma constitucional, as pesquisas e estudos demonstram a pouca efetividade, considerando as punições engendradas a todas as demandas que chegaram ao judiciário[84]. Este período enfrenta diversos problemas relacionados ao próprio acesso às instituições para o enfrentamento do racismo, que se revelam desde a conscientização dos sujeitos a respeito de sua vitimização, passando pela recepção das queixas pelas autoridades policias e pelo Ministério Público, até chegar a atuação do judiciário, que majoritariamente não decidia pela condenação criminal dos supostos agressores[85].

A inserção no texto constitucional de previsão da prática de racismo como crime inafiançável e imprescritível reflete o momento de mobilização dos movimentos sociais negros para dar destaque e importância ao tema no sistema jurídico brasileiro. Logo, o inciso XLII do artigo 5º prevê: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

Quanto ao crime de racismo, a lei 7.716/89 prevê tipos penais quanto à discriminação ou preconceito racial, descrevendo as condutas proibidas. Com isso, estabeleceu-se uma legislação antirracismo com previsões duras tanto no tratamento de apuração processual, com a imprescritibilidade e inafiançabilidade, como no apenamento, considerando o tipo de pena de restrição de liberdade e sua quantidade em abstrato.

Esta lei, que a principio não punia condutas relacionadas à origem e procedência, foi ampliada em sua abrangência com cinco modificações posteriores[86] que além de trazer a questão da religião para esta esfera de proteção, também incluiu a procedência sob seu

[83] Sobre a atuação em âmbito coletivo de proteção penal, há em tramitação um projeto de lei na Câmara dos Deputados (PL 1749/2015), que pretende tipificar o crime de injúria racial coletiva e torna pública incondicionada a respectiva ação penal.
[84] Cf. PIOVESAN; GUIMARÃES, 1998.
[85] WERLE et al., 2012.
[86] Cf. Lei 8.081/90, Lei 8.882/94, Lei 9.459/97, Lei nº 12.288, de 2010 e Lei nº 12.735, de 2012.

manto de tutela. No mesmo passo, trouxe a lume o artigo 20 que considera crime a prática, induzir ou incitar a discriminação e o preconceito em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, sem especificar o conteúdo concreto desta conduta.

A Lei 9.459/97 contribuiu com a esfera de proteção a honra das pessoas, acrescentando ao artigo 140 o §3º que qualifica o tipo penal de injúria racial, com apenamento mais duro. Entende-se, no entanto, que neste caso o crime de injuria racial prescreveria. Contudo, em decisão recente do STJ considerou o crime de injúria racial como imprescritível, considerando que ele é exercício de preconceito racial contra a vítima, logo seria expressão do racismo, cabendo a imprescritibilidade.

Esta interpretação parece ser a mais sensata, considerando que a expressão do racismo pode ser direcionada a um único sujeito, mas considerando o entendimento já sedimentado de preconceito racial quanto ao grupo pelo qual se individualiza e se personifica o sujeito que sofre a conduta delitiva. Não há como não se considerar que o delito é praticado contra a pessoa especificamente atingida em sua dignidade, mas igualmente a toda coletividade que se vê representada por esta manifestação de preconceito contra pessoas negras.

Outro ponto importante a se considerar neste tipo penal é o prazo e procedimento para ajuizamento da ação. A princípio este tipo penal processava-se por iniciativa do ofendido que deveria promover a ação privada, ou seja, às suas próprias expensas, deveria contratar advogado e pagar custas processuais. Além disso, deveria realizar o ajuizamento no prazo decadencial de seis meses a contar do fato delitivo.

Com a alteração trazida pela Lei 12.033/09, o delito deve ser processado por atuação do Ministério Público, mediante ação penal condicionada à representação da vítima, que deve exercer esta manifestação no mesmo prazo decadencial de seis meses. Esta modificação transforma substancialmente o andamento processual, pois os princípios que norteiam a ação penal se tornam mais protetivos e contam com a atuação ministerial, que em tese teria mais condições de envergadura institucional na participação em persecução criminal do Estado, seguindo o trâmite de indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública. Esta inovação, em tese, trouxe um melhor atendimento ao tema, pois a instituição ministerial tem apenas melhor aparelhamento, tanto econômico como intelectual, sendo mais experiente e preparada para a condução de uma ação acusatória no âmbito penal. Contudo, é preciso reconhecer a redução do papel da vítima na condução do processo, o que pode ser contraproducente a depender a interpretação do Ministério Público quanto aos casos representados, restando à vítima atuar no processo, se for o caso,

como assistente de acusação nos termo e limites estabelecidos na lei processual penal. Todas estas considerações são descritores normativos importantes para a constatação de modificações no sistema de tratamento da questão racial em termos jurídicos que levou a maior provocação e receptividade de demandas em comparação ao período anterior.

Num segundo momento, de 1998 a 2012, pelos estudos consultados, o que se verifica é uma maior abordagem do tema do racismo, considerando não apenas o aumento das referências em sistema de busca de jurisprudência, como também das decisões que de algum modo colocavam fim a demanda. Estas demandas se convertiam em duas vertentes: no âmbito civil e no âmbito penal. Em âmbito civil, percebe-se uma maior incidência das condenações por condutas associadas ao racismo. Ao contrário do que se verificava com o âmbito penal, que além de uma menor incidência de tipos penais de racismo (especificamente na Lei nº 7.716/89), e com maioria de casos qualificados como injúria racial, as punições foram menores e muitas vezes prejudicadas por questões procedimentais.

> 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 (CONCEIÇÃO, 2012, p.91).

Neste segundo período é interessante se constatar que a mudança de direcionamento das demandas, do foco no âmbito penal para alcançar também o âmbito civil (MACHADO et al., 2012), corresponde a mudanças estruturais tanto quanto a arranjos institucionais e legislativos que acompanham não apenas a tematização dos assuntos ligados ao racismo no plano interno como internacional. Esta convergência de interesses pode ser interpretada para o bem ou para o mal[87]. No entanto, é possível verificar que a busca pela via judicial satisfativa das demandas envolvendo a temática racial passa pela maior aceitação e reconhecimento destes direitos pelos seus sujeitos, o que reflete e muito uma orientação de esfera pública doméstica formal e informal[88].

> Em boa medida, devem-se ao uso estratégico de ambos os planos tanto a ressonância pública alcançada pela plataforma antirracista, quanto sua capacidade de percorrer as diferentes etapas dos processos de formação da opinião e da vontade políticas, conduzindo à adoção pelo Estado

[87] CONCEIÇÃO, 2012, p. 109-123.
[88] WERLE et al., 2012, p. 283-293.

> brasileiro de medidas enfáticas de combate ao racismo (WERLE et al., 2012, p. 281).

A esta constatação, soma-se a percepção das discriminações existentes e a busca por efetivação de medidas de promoção da igualdade, articulando-se atuações para não só dar visibilidade as demandas por tratamento mais igualitário, como por validar em normas jurídicas estes anseios, seja pela criação de novas leis, seja pela articulação das leis existentes com adequação dos sentidos normativos pela via jurisdicional adequada à matéria (MACHADO et al., 2012), buscando-se a justiça de modo individual ou coletivo.

Como sugere Piovesan (2003):

> [...] no que tange à discriminação racial, o aparato repressivo-punitivo, embora relevante e necessário, tem se mostrado insuficiente para enfrentar tal forma de discriminação. Até hoje, passados mais de dez anos de vigência da Lei (7.716/89), as condenações criminais por racismo não chegam a uma dezena no país. As indenizações por danos morais, na esfera cível, têm se mostrado uma via mais exitosa. Dois parecem ser os motivos: a) a reduzida sensibilidade dos operadores de Direito para responder aos casos e b) a insuficiência de limitar o enfrentamento da discriminação apenas à vertente repressiva. De um lado, faz-se necessário fomentar a capacitação jurídica para que os diversos atores jurídico-sociais possam, com maior eficácia, inclusive com a criação de serviços jurídicos especializados, responder a gravidade do racismo – que pode ser praticado por particular ou pessoa jurídica pública ou privada, mas não pode em hipótese alguma, contar com a complacência do Estado. E no mesmo sentido, cabe aprimorar e fortalecer o aparato repressivo [...].

Ainda que a vertente punitiva da atuação antirracismo não seja tão eficiente, como pode ser verificado em toda vertente criminal ao se observar certa inefetividade das normas no mundo prático, em diversos momentos em que o racismo foi tratado de modo mais receptivo pela esfera pública formal ou informal, houve uma defesa para o endurecimento das penas, como se verifica nos casos de manifestação de preconceito racial pelas redes sociais ou em casos de injúria sofridos por jogadores de futebol em campo, gerando uma onda de protestos informais e de projetos de leis por parlamentares[89], pleiteando uma maior punição para os casos de racismo. Esta orientação é meio paradoxal, pois é juntamente o rigor da punição para crimes raciais um dos argumentos contrários a sua efetivação no

[89] O PL 7383/2014, que pretende inserir a punição de injúria racial quando praticada em estádios, ginásios ou qualquer outro recinto esportivo; o PL 451/2015, que pretende criar norma "para coibir a prática de racismo em eventos esportivos profissionais"; o PL 8127/2014 que propõe aumentar "para dois a cinco anos a pena de reclusão para o crime de injúria utilizando elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem e a ação penal será pública incondicionada"; são alguns exemplos das propostas resultantes de mobilização e repercussão desses eventos de manifestação do preconceito racial.

plano judiciário[90]. Das ações penais analisadas na jurisprudência consultada pelas pesquisas citadas houve baixíssima condenação dos casos que chegaram ao Tribunal.

> Pode-se dizer que em dezessete casos existe, de alguma forma, uma resposta afirmativa do Judiciário quanto ao reconhecimento da questão racial, ou seja, o Judiciário reconhece que os fatos narrados nas demandas são, ao menos em tese, ilícitos do ponto de vista da legislação antirracista. São eles: catorze acórdãos que qualificam os fatos como injúria racial (art. 141, § 3º do Código Penal) e três como racismo (artigo 20, caput, da Lei n. 7.716/ 89). Esses números englobam situações em que os juízes dão uma qualificação jurídica ao problema que têm em mãos de forma "provisória" ou "definitiva" (WERLE et al., 2012, p. 299).

Como provisória, a pesquisa trata de demandas que ainda não foram definitivamente julgadas, as quais ainda não poderiam cominar em punição no caso concreto, sendo consideradas definitivas aquelas em que se possa configurar esta aplicação de uma punição em caso concreto (WERLE et al., 2012, p. 299). De todos estes casos analisados, apenas quatro possibilitaram a condenação do ofensor por injúria racial e nenhum por racismo (WERLE et al., 2012, p. 300).

Da análise destes processos em que o Judiciário constata a existência de questões raciais a serem tuteladas pelo direito penal, de modo hipotético ou concreto, pode-se verificar que entre a constatação e a punição dos casos muito se deve considerar ainda a respeito dos mecanismos institucionais para o melhor aproveitamento do sistema normativo vigente, pois a interpretação judicial dos tipos penais e sua conseqüente qualificação, a apreciação e produção de provas, bem como o adequado andamento processual e administrativo da apuração do ilícito carecem de melhor condução seja pelos entes e autoridades estatais, seja pelos operadores do direito e particulares, porém isto não significa isto alegar indiferença do Poder Judiciário a questão racial em âmbito penal (WERLE et al., 2012), senão melhorar a análise destes arranjos institucionais e normativos para se superar os obstáculos encontrados na esfera penal de tutela[91] .

Por outro lado, a frente aberta pela vertente em âmbito cível amplia o tratamento judicial das demandas acerca da tutela jurídica antirracismo:

> 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 injuria

[90] Cf.: CONCEIÇÃO, 2014; MACHADO et al., 2012; WERLE et al., 2012.
[91] Cf.: MACHADO et al., 2012, p. 317-328.

> racial ou racismo no âmbito criminal. A significativa ampliação de votos de responsabilidade Civil se dá após o ano de 2006/7 (CONCEIÇÃO, 2012, p. 94).

Esta atuação em âmbito civil considera como fundamento de proteção as normas gerais de responsabilidade civil, que punem o autor de dano material ou imaterial causado a outrem por ato ilícito. Neste contexto normativo, tanto as interpretações dos atos ilícitos podem ser ampliadas, abrangendo diversas condutas, como podem ser desconsiderados os motivos ou vontade que motivaram a conduta, podendo ser averiguada tão somente a culpa para uma possível responsabilização pelo ato praticado e consequente resultado danoso para a vítima. Este sistema de responsabilidade civil tem ampla aplicação em termos de ocorrência de racismo, considerando a discriminação e o preconceito raciais como elementos que caracterizam a conduta dos sujeitos como ato ilícito passível de gerar danos a alguém. Além disso, a sua abrangência é maior não apenas em termos de qualificação de condutas, da análise dos aspectos subjetivos da conduta, como também das esferas de competência da justiça, quando ao exercício da jurisdição, podendo ser propostas tanto na Justiça Comum, federal e estadual, como na Justiça do Trabalho[92]. Percebe-se que neste contexto, tanto as normas jurídicas antirracismo com base no quadro jurídico proposto podem ser analisadas pelo âmbito de tutela punitiva penal, quanto em tutela punitiva em âmbito civil, considerando as inclinações judiciais apuradas (CONCEIÇÃO, 2012; MACHADO et al., 2012) referentes às normas gerais de responsabilidade civil e esta sua finalidade de responsabilização.

Há leis[93] esparsas, que somadas a este quadro jurídico de proteção, buscam o enfrentamento do racismo em outros ramos jurídicos, sobretudo quanto a discriminação racial, demonstrando uma abordagem do tema em outras dimensões jurídicas além do viés punitivo da política criminal, buscando solucionar os problemas que geram os efeitos maléficos do racismo, e não apenas atuando quanto a prevenção geral e a punição dos casos de efetiva lesão. Esta constatação demonstra que há uma maior abrangência de preocupação quanto a atuação em termos não só reparatórios como também de promoção dos direitos a igualdade material, com enfrentamento das desigualdades. Além disso, o tratamento dado vem sendo ampliado quanto aos sujeitos de direito, de individualmente considerados para um plano coletivo de tutela.

---

[92] Cf.: MACHADO et al., 2012, p. 328-331.
[93] Cf. Lei nº 8.069/90, Lei nº 8.078/90, Lei nº 9.029/95, Lei nº 9.455/97, Lei nº 9.799/99, Lei nº 10.741/2003, entre outras.

Uma das grandes problemáticas para a caracterização de casos de discriminação racial é demonstrar sem sombra de dúvidas a ocorrência desta. A exigência de um conjunto probatório adequado mostra-se cada vez mais complexa. A dúvida quanto à existência de uma lesão a direito alheio coloca para o juiz uma complexa e constante missão de decidir sobre os sentidos das normas antirracismo e sua aplicação (MACHADO et al., 2012). A interpretação das provas apresentadas se baseia num modelo muito rígido de constatação, e os meios de realização da discriminação são mais sutis e dissimulados, sucumbindo diante de uma interpretação equivocada e fora de contexto (WERLE et al., 2012).

O desconhecimento do repertório que se traduz em discurso racista, bem como a interpretação do fenômeno centrado na individualidade da vítima unicamente traz uma espécie de inaplicabilidade por falta de provas ou por desclassificação entre um tipo penal e outro, quanto à questão criminal, não obstante na seara civil e trabalhista seja de realidade similar (MACHADO et al., 2012). A interpretação das condutas ainda não esta sendo realizada de modo adequado a construir na interpretação dos fatos e das normas o real sentido de proteção que o quadro jurídico normativo estruturou no direito pátrio. Esta indefinição ou descompasso pode ser motivado desde a análise privilegiada do operador do direito quanto aos fatos apresentados para a defesa da igualdade e combate ao racismo, considerando que grande parte dos magistrados exerce o direito a partir de suas vivências pessoais e como se sabe o racismo institucional se desenvolve sem a menor defesa de um ideal ou doutrinamento racista, mas pela sua própria dinâmica de atuação estrutural e estruturante (CONCEIÇÃO, 2012), motivo pelo qual a decisão em temos de uma instituição se demonstra pela sua contextualização e formação, bem como pelas subjetividades que nelas estão inseridas.

Além disso, conhecer os pontos de interpretação do racismo e suas manifestações, e reconhecer a conflituosa relação entre sujeitos racializados, tanto brancos quanto negros, parecem ser grandes obstáculos a aplicação das normas de proteção antirracismo (SCHUCMAN, 2012). Os conteúdos apresentados anteriormente, no capítulo I deste trabalho, têm esta motivação: criar uma reflexão possível e uma base de conceitos para compreender a realidade das situações e modais que se manifestam na realidade do preconceito e da discriminação raciais.

Esta análise cria além de maior empatia, um reconhecimento das desigualdades como resultado de um pacto, tácito ou bem consciente, quanto à manutenção de privilégios de uns em detrimento e prejuízo de outros. É preciso se reconhecer a responsabilidade daqueles que jamais trataram ou enxergaram os negros como iguais, e que assumindo uma

posição privilegiada na sociedade, não se colocam como também uma das engrenagens do problema racial existente. Assim, reconhecer a existência da desigualdade racial e seus efeitos perversos, e não admitir que a posição de desvantagem deste grupo racial decorre de uma posição de privilégios de caráter simbólico e/ou real, herdados e mantidos desde a escravidão, é o mesmo que acatar o passado de iniqüidades, distorcendo o que seria a dignidade da pessoa humana há muito reconhecida.

2.3 – Contribuições do Estatuto da Igualdade Racial para a proteção transindividual da população negra.

O Estatuto da Igualdade Racial, considerando suas finalidades, bem como seu conteúdo normativo e programático, pode ser considerado como um diploma de natureza normativa transindividual, cujo conteúdo poderá ser tutelado de modo processual coletivo, inobstante a própria invocação individual dos próprios sujeitos favorecidos.

A Lei 12.288/2010 como foi constituída estabelece diretrizes genéricas que devem ser conduzidas de modo mais específico pelo poder público ou pela iniciativa privada de modo a fazer cumprir os direitos ali assegurados quanto as suas previsões programáticas de ação. Esta atuação dos entes públicos ou privados, no entanto, torna-se obrigatória e, portanto, exigível em termos judiciais em caso de omissão ou atuação insuficiente.

Neste diploma, com a definição de população negra[94] como conjunto de indivíduos autodeclarados pretos e pardos e sendo indicada como o grupo a ser beneficiado diretamente por suas disposições normativas, pode-se chegar à conclusão que esta lei pretende regular a proteção a direitos difusos e coletivos desta parcela da população brasileira. A população negra, assim entendida constituída de pessoas negras e pardas, tem sido constantemente apresentada como numericamente maior, desde o censo de 2010, e considerando a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) de 2013, já se coloca, com 52,9%, como mais da metade da população brasileira.

A sistemática de promoção a igualdade prevista neste diploma jurídico se baseia em pressupostos de definição das condutas que possam causar ameaça ou lesão ao bem jurídico protegido, no caso o tratamento igualitário, com definições do seja discriminação racial, desigualdade racial, bem como desigualdade de gênero e de raça[95], definindo também o que deve ser realizado pelo Estado para enfrentar esta desigualdade e promover

[94] Cf.: Lei nº 12.288/2010, artigo 1º, IV.
[95] Cf.: idem, artigo 1º, I, II, III.

a igualdade pretendida, notadamente definindo ações afirmativas e políticas públicas que devem ser conduzidas com esta finalidade[96].

O Estatuto da Igualdade Racial traz em seu texto definições a respeito de suas previsões normativas. Uma destas definições refere-se a ações afirmativas, que para fins deste diploma, seriam "os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades" (artigo 1º, V).

Considera-se ação afirmativa o mecanismo adequado de promoção social orientado para determinadas categorias de pessoas. Estas pessoas são beneficiadas por estas ações devido a sua situação de hipossuficiência, discriminação ou exclusão. Há diversos grupos e categorias sociais que podem ser sujeitos destas ações, abrangendo questões de gênero, raça, idade, sexo, condição social e econômica, origem, dentre tantas outras. Há um reconhecimento por meio de discriminações positivas para justamente se utilizar o elemento de diferenciação negativa como fundamento para a promoção de oportunidades destes desfavorecidos.

A idéia de discriminação positiva encontra respaldo interpretativo adequado no bloco de constitucionalidade vigente, pois é algo que, embora não escrito especificamente, configura-se a norma adequada com intuito de salvaguardar estas medidas necessárias de reconhecimentos das diferenças e tratamento desigual destas diferenças. Respalda-se, portanto, nos termos do princípio da igualdade, bem como nos objetivos da república, quanto a não haver preconceitos, como também na própria Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, quanto à previsão do § 4º, do artigo 1º, restando estabelecida como cláusula de medida protetiva a grupos carentes de reconhecimento de especificidades de direitos, como minorias assim reconhecidas.

Neste sentido, ações afirmativas previstas no Estatuto devem ser implementadas por políticas públicas orientadas a inclusão social da população negra. Estas medidas podem ser realizadas tanto pelo poder público quanto pela iniciativa privada.

As ações afirmativas com fundamento racial foram analisadas pelo Supremo Tribunal Federal no mérito do ADPF 186, em 2012, sendo consideradas de acordo com a constituição e condicionadas em caráter temporário, que ao final de um período de aplicação poderá se observar a modificação nas estruturas de oportunidades abertas a

[96] Cf.: idem, artigo 1º, V, VI.

determinados grupos por estas medidas, verificando a sua real motivação quanto promover a igualdade em cenários de discriminação.

Uma das justificativas para a inclusão de pessoas por meio de ações afirmativas refere-se ao ambiente faticamente segregado e cujo preconceito está sedimentado na atuação dos sujeitos nestes ambientes.

Como exemplo, basta analisar uma turma do curso de medicina de qualquer das universidades públicas, ou mesmo privadas, quanto à composição de seu corpo docente e corpo discente. Antes das políticas de ações afirmativas, com reserva de vagas a candidatos negros, era muito incomum um negro circular por este ambiente como aluno. O aluno negro de cursos de medicina apenas poderia se colocar como igual em termos de representação da sua identidade enquanto negro com referência a funcionários ocupantes de cargos menos privilegiados. Isto naturaliza a permanência de negros em condições mais precárias e empregos menos qualificados como se fosse algo banal. Não se percebe que há uma segregação mesmo sem qualquer norma jurídica neste sentido.

O resultado que se espera desta política pública é não apenas de se corrigir distorções que foram e são historicamente construídas, como também criar um ambiente mais diverso e não mais propício à disseminação de preconceitos e omissões relacionadas à identidade racial das pessoas.

Da interpretação destas definições e dos arranjos normativos para a proteção de direitos fundamentais[97], assim como das previsões para atuação do Estado em termos legais e administrativos[98], pode-se inferir que a preocupação do legislador neste diploma se orienta a proteger a população negra, considerando que mesmo quando se apresente a discriminação racial a apenas um sujeito negro, estar-se-ia de fato ofendendo a toda uma coletividade.

No Estatuto se prevê como meio de se dar proteção e tutela jurídica aos interesses da população negra no cumprimento das disposições deste diploma o instituto da Ação Civil Pública. Este instrumento tem grande serventia na luta pela efetividade destes direitos, pois tem o condão de agir em prol de uma coletividade, orientando a conduta a ser alcançada por meio de obrigações de fazer ou deixar de fazer do demandado, atuando como verdadeira edificadora de direitos.

---

[97] Cf.: idem, artigos 6º a 46.
[98] Cf.: Idem, artigos 47 a 57.

A promulgação desta lei também modificou o artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública, acrescentando em seu §2º[99] disposição sobre a destinação dos valores que devem ser recolhidos ao fundo mencionado no *caput* deste artigo, ou seja, os valores arrecadados em questões de direitos difusos raciais devem ser destinados a ações de promoção étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local.

Neste sentido, é possível se defender os interesses da população negra em termos coletivos com base nas disposições normativas deste diploma, assim como suscitar a coletivização do processo em termos de demandas individuais repetitivas, evitando assim decisões que possam ser contraditórias.

[99] Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.
[...]
§ 2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o *caput* e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.

CAPÍTULO III – AÇÕES COLETIVAS E SEU MECANISMO DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS DA POPULAÇÃO NEGRA

3 – Considerações iniciais

A evolução do tratamento jurídico quanto à questão racial envolvendo a população negra pode ser analisada partindo da concepção do individuo negro como objeto de direito para sujeito de direitos, considerado, *ab initio*, individualmente para posterior ampliação de proteção a toda uma coletividade, assegurando direitos quanto à vulnerabilidade exposta com o tratamento desigual motivado pelo preconceito e discriminação racial tributárias de um passado escravista e constantemente mantidos e reinventados pelo racismo em suas mais variadas formas de manifestação (GUIMARÃES, 2004).

Desta constatação, percebe-se que o desenvolvimento e a amplitude destes direitos decorrem do reconhecimento de um processo de luta por igualdade engendrada por sujeitos que estão sendo prejudicados pela discriminação racial (WERLE et al., 2012). O movimento negro, consubstanciado em esforços políticos e jurídicos conseguiu com muito empenho e articulação junto à esfera pública construir direitos, seja com normas específicas, seja articulando as normas já existentes para o tratamento de questões raciais.

O entendimento fundamental da proteção jurídica a igualdade racial é baseado nas obrigações que o Estado Democrático de Direito assumiu em sua constituição e de modo mais evidente quanto às definições e normas programáticas previstas no Estatuto da Igualdade Racial, que regulamentaria o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 quanto a questão racial, ao qual se ligam as demais normas de proteção neste contexto.

As funções do Estado exercidas por seus poderes devem estar alinhadas às necessidades de cumprir com os fins desta sociedade política organizada, de modo que os Poderes devem se alinhar a esta obrigação, conforme observa José Afonso da Silva (2000). Tanto os Poderes Legislativo e Executivo devem atuar para a implementação da igualdade racial, quanto o Poder Judiciário deve fidelizar o Estado a cumprir com suas obrigações, segundo as normas jurídicas impostas.

O Poder Judiciário então se coloca como o administrador da justiça e deve atuar em cumprimento da função social da lei, e atender aos dispositivos constitucionais que obrigam o Estado em cumprir com seus fins conforme se percebe do art. 3º. O meio pelo qual se leva ao judiciário as questões para sua apreciação é o processo judicial, que

instrumentaliza a efetividade de um direito subjetivo violado, tornando a norma objetiva em sua observação e cumprimento por meio de uma ação judicial (GRINOVER, 1984).

De fato, a ação judicial é um direito de acesso à justiça de todo e qualquer sujeito que buscar mediante o processo uma apreciação judicial da lesão ou ameaça de lesão a direito ou interesse seu. No entanto, é preciso se perceber os meios adequados a apuração dos fatos que são levados ao *decisum* da jurisdição.

No roteiro desta pesquisa investiga-se o papel de ações coletivas na proteção de interesses e direitos transindividuais da população negra, de modo que sendo erigidos direitos materiais em torno de um grupo social, como coletividade, o mesmo tratamento merece ser dado em âmbito processual, considerando suas peculiaridades quanto à legitimidade e institucionalização jurisdicional, que correspondem a modificações interdisciplinares dos objetos jurídicos tutelados, dos sujeitos sociais que ostentam novas subjetividades e necessidades que alinhadas produzem novos conflitos e demandam soluções ao Estado.

Considerando que a questão racial no Brasil, partindo do pressuposto das desigualdades apontadas por indicadores sociais como decorrentes do preconceito e discriminação racial atinge a todos os sujeitos identificados como integrantes da população negra, de modo indiscriminado e difuso, não se pode pensar em se resolver os problemas e atender as necessidades de tratamento igualitário por vias unicamente individuais. Surgem com estes direitos, que vão sendo construídos ou reconstruídos em torno da questão racial, a necessidade de se tutelar de modo adequado a estas pretensões, buscando no ordenamento jurídico a formulação ou adequação processual a estas demandas.

Importante ressaltar que o racismo é um fenômeno social e amplamente difuso (GUIMARÃES, 1999; MUNANGA, 1996). Esta noção é essencial para se constatar que sua atuação mesmo que em âmbito individual e institucional não são apenas decisões ou atitudes isoladamente observáveis, mas decorrentes de uma convicção coletiva e negativa atribuída às pessoas pertencentes ao grupo social negro. Portanto, mesmo que o racismo se manifeste na prática em condutas individuais ou contra sujeitos específicos, estar-se-ia diante de uma manifestação lesiva a todo o agrupamento social, pois a vítima estaria sendo lesada justamente por sua pertença ao grupo social negro assim identificado (PIOVESAN, 2003).

Conforme observa Hélio Santos (2001), a ideia de racismo parte do pressuposto da superioridade de um grupo racial sobre outro baseado na crença de que um grupo inferior possui defeitos e caracteres indesejáveis de ordem moral e intelectual próprios. Neste

sentido, percebe-se que a tratativa merece uma consideração grupal e não meramente individualizada. Motivo pelo qual se deve enfrentar o problema também por vias que considerem e instrumentalizem demandas de interesses dos grupos quanto à lesão ou ameaça de lesão a direitos causadas por racismo, preconceito e discriminação racial.

Os direitos relativos à questão racial, considerando o ordenamento jurídico vigente, podem ser considerados como "novos" direitos, assim considerados quanto ao seu caráter relativo, difuso e metaindividual. Considerando seus sujeitos, objetos de proteção e finalidades, é preciso se buscar meios adequados a sua efetividade, que parte do pressuposto de sua materialização em normas, e posterior verificação desta efetividade, contando com garantias processuais adequadas a sua concretização.

Neste sentido é muito salutar a definição de Wolkmer quanto a estes novos direitos e sua tratativa:

> A afirmação continua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e metaindividuais (difusas), que emergem informalmente de toda e qualquer ação social, advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabam se instituindo formalmente (2003, p. 20).

Considerando que os direitos ligados a questão racial decorre de um amplo entendimento entre esfera pública formal e informal (WERLE et al., 2012), baseado em ordenamento jurídico nacional, que não apenas prevê normas de direitos fundamentais expressos em seu próprio texto, como assume o compromisso de uma cláusula de inclusão destes direitos (Constituição Federal, art. 5º, §2º) ao conjunto normativo de direitos fundamentais (SARLET, 2009). Neste contexto, os direitos de promoção da igualdade racial podem ser situados como resultado de "um processo de lutas especificas e conquistas das identidades coletivas plurais para serem reconhecidos pelo Estado ou pela ordem jurídica publica constituída" (WOLKMER, 2003, p. 20).

Podem também ser inseridos no rol dos direitos humanos de terceira dimensão, posto que metaindividuais, coletivos e difusos. Neste sentido, devem se interpretados especificamente em termos de direitos transindividuais, formando conjunto de normas cuja titularidade dos direitos se observa de modo difuso e coletivo (WOLKMER, 2003, p. 9). Estes direitos carregam em sua essência a característica de ampla dispersão social dos seus titulares e indivisibilidade dos objetos tutelados. No caso, o interesse de defesa e promoção

da igualdade racial, afeta diretamente aos indivíduos considerados integrantes da população negra, sendo aqui considerados os indivíduos identificados como pardos ou pretos, bem como a o tratamento igualitário não pode ser tratado de modo que desconsidere a satisfação ou reparação a lesão sofrida por qualquer dos sujeitos pertencentes a este grupo, salvo condições especiais dos indivíduos que não possam ser ampliadas a categoria da qual faz parte (LEITE, 1996).

Decorrem estes interesses, quanto à proteção da igualdade racial da população negra no Brasil, da inteiração dos sujeitos da sua condição social e política, da organização dos movimentos sociais e sua articulação com instituições formais públicas nacionais e organismos internacionais[100], gerando consensos para a fundamentação de uma construção normativa destes direitos de igualdade, bem como dando novos significados aos direitos de personalidade (MACHADO et al., 2012).

Esta constatação de terem os direitos relacionados à questão racial alcançado uma amplitude transindividual, sobretudo com a promulgação do Estatuto da Igualdade Racial, não permite inferir que tenham sido abandonados os direitos de esfera individual, tanto a tutela quanto os direitos materiais individuais foram reforçados, sobretudo quanto à defesa da honra e dignidade da pessoa humana.

Atendendo a evolução destes direitos em plano coletivo, é possível se determinar com políticas públicas previstas no Estatuto necessidades de atendimento médico específico às pessoas negras, ou um programa específico de atuação contra o preconceito e discriminação racial em um determinado local, como uma escola, estádios de futebol, no ambiente de trabalho. Estas medidas não retiram do sujeito o direito a preservar sua integridade física e moral de modo individual, buscando as vias judiciais, civil e penal, adequadas a atender seus interesses. As potencialidades de efetividade dos direitos são maiores quando o Estado se organiza para reconhecer e tutelar demandas deste segmento social[101].

Não é uníssono o entendimento a respeito da manutenção de direitos ligados à questão racial que favoreçam a direitos transindividuais da população negra. Esta

[100] Cf.: Conceição, 2014; Machado et al., 2012; Werle et al., 2012.

[101] Considerando que para se lidar com a questão racial é preciso reconhecer a manifestação de racismo, preconceito e discriminação racial, cuja definição e sua constatação não se dá apenas como fenômeno jurídico, mas histórico e social, dependendo de várias informações e verificações que fogem da mera subsunção do fato a norma jurídica posta, os artigos 51 a 55 do Estatuto da Igualdade Racial pretende formar um conjunto de expertises formais, mantido pelo Estado, que forneçam os subsídios necessários e o tratamento adequado de problemas advindos da desigualdade racial.

verificação é possível com alguns críticos[102] que atacam o que se chamam de direitos raciais. Consideram que no Brasil não há raças, e muito menos desigualdade racial, e se reconhecem que há, argumentam que não é tão intensa a ponto de se dar tutela específica. Para estes, o que há é uma desigualdade social que intensifica a exclusão de determinados sujeitos independentemente da sua cor ou ascendência, pois no Brasil vigora tanto uma democracia racial quanto uma miscigenação que deu origem ao povo brasileiro.

Neste sentido, defender autodeterminação por raça ou cor intensificaria o preconceito e poderia gerar de fato um racismo e conduzir a uma discriminação racial de fato. Deste modo, rechaçam políticas públicas de cotas raciais e medidas que busquem o tratamento jurídico para sujeitos individualmente considerados negros, aliás não existiriam negros, mas pessoas unicamente, para com isso evitar descumprir com o princípio da igualdade e o direito de ser tratado igualmente na lei e perante a lei.

Considerações acerca dos direitos fundamentais envolvidos e a fundamentação deste trabalho de pesquisa quanto a estes argumentos já foram desenvolvidos no segundo capítulo desta tese. No entanto, neste contexto, é preciso notar que as necessidades fazem surgir novas demandas que, no caso da questão racial, decorrem do modo de viver e se relacionar considerando os grupos raciais como antagonistas neste campo social, político e econômico (REICHMANN, 1999).

Os sujeitos que são reclamantes de cidadania o fazem com base em suas precárias condições de vida e suas reivindicações são por acesso à educação e ao trabalho, de respeito e dignidade humana (OSÓRIO, 2008). Elementos estes que vem sendo tolhidos de determinados sujeitos por reconhecimento de sua pertença a grupos totalmente prejudicados socialmente, marcados por esteriótipos e aspectos físicos (CARNEIRO, 1996).

Se estas marcas são utilizadas para caracterizar quem recebe tratamento desigual, deverá ser o elemento referencial de uma promoção de igualdade. Os sujeitos prejudicados com o preconceito racial buscam legitimar suas reivindicações demonstrando serem merecedores de um tratamento diferenciado quanto à promoção da igualdade, pois não estão em situação equivalente de oportunidades para exercer a cidadania necessária ao tratamento igual na lei e perante a lei, quando se consideram os exercícios de direitos básicos a todos assegurado (TWINE, 1998).

[102] Neste entendimento, cf.: Peter Fry ,2005; Yvonnie Maggie ,2004; Ali Kamel ,2006.

Ao se compreender o brasileiro como uma identidade coletiva, é possível perceber uma enorme diversidade de sujeitos que poderiam estar inseridos neste conjunto que se identificam e se reconhecem como tal, sem qualquer conotação racial, o que não demonstraria em indicadores sociais, por exemplo, qualquer indício de racismo.

Esta mesma constatação não se verifica quando se destaca do grande grupo o individuo por sua cor ou raça com a qual se identifica ou é identificado. E neste contexto, somado a diversas outras constatações práticas, desde o tratamento policial e médico dado às pessoas negras, até uma análise de como vivem e qual função em geral desempenham no mercado de trabalho, é possível verificar que esta desigualdade é marcadamente racial.

Portanto, são necessários e convenientemente legitimados direitos ligados à questão racial, sobretudo no que se refere à promoção da igualdade. No entanto, uma vez materializados formalmente, legitimados pela norma jurídica, como garanti-los e efetivá-los do modo como estão coletivamente estabelecidos?

Neste contexto sugere-se como meio de garantia e efetividade a estes direitos o uso de ações coletivas, em particular a Ação Civil Pública, considerando sua dinâmica e características, com instrumento adequado a demandas que abarquem direitos transindividuais da população negra. O próprio Estatuto da Igualdade Racial, em seu art. 55[103], faz menção expressa deste instrumento de processo coletivo, além de a própria Lei 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, ter como um de seus objetos de tutela a honra e a dignidade de grupos raciais[104].

Assim, é preciso compreender o conteúdo material destes direitos ligados a questão racial como foram positivados, bem como adequar a conceituação tradicional de alguns institutos jurídicos já existentes ao atendimento de direitos coletivamente estruturados, assim como se torna necessário o tratamento processual adequado das demandas que envolvam estes direitos, em busca de um modelo de concepção interdisciplinar e solidária do direito (WOLKMER, 2003, p.21).

Para tanto, é necessário se compreender como funciona a dinâmica do processo coletivo aplicado aos direitos transindividuais da população negra no Brasil. Considerando o processo coletivo e suas características no ordenamento jurídico brasileiro[105], necessário

---

[103] Art. 55. Para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica, recorrer-se-á, entre outros instrumentos, à ação civil pública, disciplinada na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

[104] Lei da Ação Civil Pública, art. 1º, VII.

[105] Parte da doutrina entende que há um processo coletivo comum e um processo coletivo especial, considerando como diferencial a abordagem jurídica de fatos concretos lesivos a direitos coletivos materiais. De cunho comum, com aplicação dos institutos da ação civil pública, da ação popular e do mandado de

se verificar o entendimento de ação coletiva e tutela processual coletiva, para neste contexto se analisar os elementos que devem corresponder ao tratamento das demandas da população negra enquanto tutela de interesses específicos.

3.1 – O microssistema de processo coletivo no Brasil e a dinâmica da Ação Civil Pública.

Ao analisar os instrumentos processuais aplicáveis aos direitos transindividuais no Brasil, pode-se notar que não fazem parte de um conjunto processual maior, codificado, previsto na própria sistematização geral do processo, e sim baseado em leis específicas que regulam de modo particular procedimentos específicos de processo coletivo (DIDIER JR; ZANETI JR., 2014; GRINOVER et al., 2007).

No Brasil formou-se um microssistema processual coletivo que abrange as ações e a tutela processual coletiva, a partir da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que juntos proporcionariam um conjunto normativo aplicável a tutela de coletiva de direitos transindividuais. Nunes (2012) ao discorrer sobre a evolução das normas de proteção de direitos coletivos no Brasil aponta os precedentes deste microssistema de processo coletivo desde a Constituição de 1934, com a previsão da Ação Popular, e José Rubens Morato Leite (1996) aponta em sua pesquisa sobre interesses meta-individuais que os primeiros estudos a respeito de instrumentos processuais coletivos surgem no Brasil no final dos anos 1970, com trabalhos de Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira, por exemplo. Wolkmer (2003, p. 11) menciona que a Lei da Ação Civil Pública foi o coroamento de todas estas discussões, mas a consolidação de fato se deu com a Constituição Federal de 1988 (DIDIER JR; ZANETI JR, 2014).

No Brasil, este microssistema de processo coletivo pode ter sua composição descrita com a Lei de Ação Popular ((Lei n. 4.717/1965), a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) como núcleo comum de aplicação, seguindo-se por estatutos e leis especiais que tem como objetivo a especificação de direitos de indivíduos, grupos ou categorias sociais.

Como marco originário desta concepção do processo coletivo, aponta-se que o modelo social de interação denominado sociedade de massas[106] levou a consideração de

---

segurança coletivo. E de cunho especial, considerando o controle de constitucionalidade das normas jurídicas em abstrato. Neste sentido, cf.: ALMEIDA, 2003.

[106] Masson configura a "sociedade de massa" como uma sociedade que produz, consome e contrata em massa, fazendo esta dinâmica surgir, igualmente, conflitos em massa (2014, p. 31).

sujeitos em conjunto para além da sua percepção apenas como indivíduos[107]. Neste sentido, o tratamento a ser dado em âmbito jurídico também merece uma nova abordagem que supere um entendimento apenas individual de sujeitos de direitos.

O meio jurídico pelo qual os sujeitos buscam ver satisfeitos seus direitos quando não cumpridos espontaneamente, é por meio da jurisdição, que se torna acessível pela via instrumental do processo judicial (GRINOVER et al, 2009). Deste modo, se o direito processual é meio para se conduzir no âmbito jurisdicional a alguma demanda de direito material, deve este ser tutelado conforme sua constituição, e deste modo deve o processo acompanhar o modo como se manifesta o objeto de direito material sendo disputado ou titularizado por diversos sujeitos (DINAMARCO, 1994).

O processo judicial, no entanto, em suas vias tradicionais foi construído de modo a trabalhar com sujeitos e demandas individualmente considerados. Esta noção considera de modo lógico, formal e individualista a noção tanto de direito quanto de sujeito de direito (DIDIER JR; ZANETI JR, 2014). Ainda nesta esteira, considerava-se apenas como objeto de qualquer reivindicação judicial unicamente direitos argüidos por sujeitos individualizáveis, sendo qualquer outro motivo um interesse, mas não um direito subjetivo passível de tutela jurisdicional (MASSON et al., 2014; MAZZILLI, 2000). Porém, tanto a Constituição Federal, quanto a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor utilizam os termos direitos e interesses quanto a pretensões juridicamente protegidas. Desta forma, o Código Processual Civil brasileiro em vigor não traz a tutela específica deste modelo de proteção coletiva, o que foi sendo tutelado por leis específicas, que a doutrina denominou de microssistema de processo coletivo (DIDIER JR; ZANETI JR, 2014, p. 48-56).

> Com a certeza da importância dos microssistemas para o direito privado, tema que desperta o interesse de grandes juristas a respeito, papel de destaque há de ser dado também no direito processual civil, quanto à possibilidade da formação de sistema especial concernente à tutela coletiva. Aferindo-se, pois, a existência do microssistema coletivo, que cuidará, com regras e princípios próprios, processualmente da tutela de massa à margem do Código de Processo Civil, pelo caráter individual deste (MAZZEI ano, apud DIDIER JR, 2014, p. 48).

O processo coletivo sendo analisado por ponto de vista da sua autonomia, reúne elementos que caracterizam sua distinção quanto ao direito processual individual, e que

[107] Sobretudo quanto às dimensões de direitos coletivos verificados em geração de direitos sociais, econômicos e culturais, bem como configurados quanto a etapa de especificação de direitos humanos a grupos hipossuficientes e vulneráveis.

traz não apenas institutos e princípios próprios[108], como requer uma releitura e ressignificação dos institutos e princípios gerais aplicáveis do direito processual (GRINOVER et al, 2009).

Logo, um conceito aplicável a processo coletivo seria:

> Nesse sentido, conceitua-se processo coletivo como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo lato sensu ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas (DIDIER JR; ZANETE JR, 2014, p. 45).

Os elementos que caracterizam um processo coletivo devem ser: o direito de agir, o seu objeto, e os efeitos da coisa julgada. Assim, pode-se verificar que a dinâmica de uma ação coletiva abrange a atuação de um legitimado autônomo que atua em defesa de um direito coletivamente considerado que ao final do julgamento produzirá um resultado a toda uma coletividade envolvida pela coisa julgada (GIDI, 1995).

No entanto, Didier Jr.[109] defende que os elementos consignados por Gidi (1995), não definem o processo coletivo, apenas lhe são elementos integrantes, com devidas considerações que devem ser observadas no âmbito do processo coletivo, mas que não servem como definição de seu conceito. O que definira o processo coletivo de modo concreto seria a litigiosidade coletiva de um objeto. Compreende o jurista que o processo coletivo tem sua especificidade ao dar vazão a relações jurídicas coletivas, cujos sujeitos encontram-se em grupo e envolvendo direitos ou deveres que decorrem de determinado grupo (DIDIER JR; ZANETE JR, 2014).

Segundo (DIDIER JR, 2014) é preciso se considerar a dogmática do processo coletivo no Brasil quanto à legitimação para agir, o regime da coisa julgada coletiva e a caracterização de litigação de interesse público.

No processo coletivo, explica Didier Jr., a ação coletiva e a tutela jurisdicional coletiva e fazem presentes. A ação coletiva seria a demanda que motiva ao processo coletivo a se instaurar, "é, pois, a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva" (DIDIER JR; ZANETE JR, 2014, p. 45).

---

[108] Cf.: GRINOVER et al., 2007; MANCUSO, 2002; MAZZILLI, 2000.

[109] DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., H. Conceito de processo jurisdicional coletivo. **Revista de Processo**, v. 229, p. 273-280, 2014.

Quanto à tutela jurisdicional coletiva,

> É a proteção que se confere a uma *situação jurídica coletiva ativa* (direitos coletivos *lato sensu*) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade, que seja titular de uma *situação jurídica coletiva passiva* (*deveres ou estados de sujeição coletivos*). (DIDIER JR; ZANETE JR, 2014, p. 45Idem, ibidem).

Deste modo, é preciso compreender-se o sentido que ação coletiva assume neste contexto. As ações coletivas em âmbito processual podem ser assim denominadas quando se referem a demandas judiciais que tem como objeto e direito de ação questões de ampla dispersão social (idem, 2014), reguladas em legislação por normas específicas de atuação em processos coletivos.

Deste modo, podem ser gênero ou espécie. É classificada como gênero a ação coletiva na qual se consideram vários procedimentos para provocar a jurisdição em busca de solução de conflitos que por meio de uma única relação jurídica vincula diversos sujeitos em torno de objetos de grande dispersão social.

Como espécie, seria um dos procedimentos processuais previstos neste conjunto que possam tutelar jurisdicionalmente conflitos que envolvam interesses e direitos que superem a esfera meramente individual para alcançar uma transindividualidade.

Neste sentido:

> Há procedimentos especialmente criados para servir às causas coletivas: a ação popular (Lei Federal nº 4.7 1 7/65 e art. 5º, inc. LXXII l, cf.), a ação civil pública (Lei Federal nº 7 .34 7 /85, reconhecida constitucionalmente no art. 129, III, da CF/88), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inc. LXX, da CF/88) e as ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos (arts. 91 a 100 do CDC), a ação de improbidade administrativa (Lei Federal nº 8.429/1992) etc. (DIDIER JR; ZANETE JR., 2014, p. 45).

Considerando os direitos ligados à população negra previstos no Estatuto da Igualdade Racial, bem como a expressa previsão neste diploma da utilização de Ação Civil Pública "para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica"[110], é necessário neste

[110] Art. 55, Estatuto da Igualdade Racial.

momento compreender a dinâmica deste procedimento para se destacar os seus benefícios e vantagens para a tutela de igualdade racial.

Inobstante a expressa designação desta ação para tutelar os interesses transindividuais da população negra, o próprio diploma legal já respaldaria a tutela coletiva da promoção da igualdade racial, considerando o que seria objeto da Ação Civil Pública quanto a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, de modo residual aos demais objetos especificamente positivados. Ocorre que esta objetividade do elemento a ser tutelado poderia necessitar de comprovação de natureza transindividual e, portanto, geraria certa temeridade e ampla interpretação.

Com a promulgação do Estatuto da Igualdade Racial (2010) e a modificação legal da Lei de Ação Civil Pública (2014), foi acrescida de modo prévio a constatação de que interesses difusos e coletivos relacionados à questão racial devem ser tutelados pelo procedimento da ação civil pública, salvo outra medida seja cabível.

A proteção à honra e à dignidade das pessoas consideradas enquanto integrantes de grupos étnicos e raciais tornou-se objeto expresso de tutela da Ação Civil Pública após mais de dez anos de tramitação na Câmara dos Deputados. A proposta desta proteção foi uma iniciativa do movimento negro, que por intermédio do então senador Abdias Nascimento, em 1997, apresentou projeto de lei cuja ementa seria: "Dispõe sobre a ação civil destinada ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, para a preservação da honra e dignidade de grupos raciais, étnicos e religiosos".

Neste projeto, Abdias Nascimento propunha não apenas a temática objetiva de proteção racial como também algumas previsões de procedimento a ser realizado nesta questão. Em sua justificativa, o projeto de lei manifestava a preocupação com o tratamento desigual constatado na sociedade brasileira, verificando que convivem uma minoria próspera e uma maioria de pobreza extrema, estando os negros situados neste último segmento em maior número da minoria depauperada, seriam os negros, então, "discriminados na raça para, posteriormente e em consequência, serem eles os discriminados sociais"[111].

O senador relembrava em sua justificativa de projeto legislativo o que a Lei 7.347/85 já se referia à proteção de direitos difusos e coletivos, salientando que deveria dar-se aplicação desta aos casos de danos decorrentes de lesão ao direito de igualdade causados por discriminação ou preconceito racial. A mesma justificação destaca que a

[111] Projeto de Lei nº. 114/1997, de autoria do Senador Abdias do Nascimento, disponível em: < http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=68679&tp=1 >. Acesso em 10/08/2014.

legislação antirracismo da época não abrangia a proteção que se almejava com esta iniciativa legislativa, focalizada em alcançar civilmente obrigações de fazer ou não fazer e indenizatórias. Estas lacunas da lei apontadas por Abdias Nascimento permitiam que condutas lesivas permanecessem indenes a sanções pelo Estado.

O projeto legislativo foi encaminhado para a Câmara dos Deputados[112], e transformado na Lei Ordinária 12.966/2014, com as modificações relativas à legitimidade para propor a ação civil publica, bem como sem a previsão de criação de um fundo especifico[113] para se reverterem as condenações em dinheiro. Com esta lei, introduziram-se os elementos racial, étnico e religioso como objetos de tutela coletiva na Lei de Ação Civil Pública, deixando sem sombras de dúvidas a relevância da proteção à igualdade racial em termos de acesso a justiça.

A Ação Civil Pública é uma ação coletiva *stricto sensu*, assim compreendida pela doutrina nacional ao se referir ao procedimento previsto na Lei nº. 7.347/85. Esta ação coletiva é associada ao procedimento das *class action* norte-americanas, tanto pela abrangência da tutela coletiva quanto pela disciplina de comportamento humano pela atuação jurisdicional, incluindo os feitos que se relacionam a participação dos jurisdicionados na execução de políticas públicas (GRINOVER et al., 2009; GIDI, 2003; DINAMARCO, 2004), configurando um modelo de processo de interesse público (DIDIER JR; ZANETI JR, 2014).

No entanto, em comparação com o modelo norte-americano de ação coletiva, o procedimento nacional é mais rígido e em seu procedimento e o magistrado tem menor amplitude de decisão quanto a fixação de resultados a serem alcançados por sua própria atuação (GIDI, 2003).

A propositura desta ação coletiva considera os direitos transindividuais em jogo, considerando neste conceito os direitos ou interesses coletivos em sentido estrito, os direitos ou interesses difusos e os direitos ou interesses individuais homogêneos. Como procedimento, o modelo padrão a ser adotado é o decorrente das previsões na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, funcionando como um procedimento comum a demandas não específicas quanto a procedimentos especiais estabelecidos (DIDIER JR; ZANETI JR, 2014 p. 62).

---

[112] Projeto de Lei nº. 4.800/1998 da Câmara do Deputados.

[113] Projeto de Lei nº. 114/1997 do Senado Federal:

Art. 8º Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano reverterá a um fundo de defesa e combate ao racismo, a ser instituído no prazo de um ano a contar da data da publicação desta Lei.

Parágrafo único. O fundo de defesa e combate ao racismo será instituído em até doze meses a contar da data de publicação desta Lei.

Ainda quanto a este procedimento de tutela coletiva, devem ser respeitados os princípios do processo coletivo (DIDIER JR; ZANETI JR, 2014; GRINOVER, 1984; GRINOVER et al., 2007; MAZZILLI, 2000), em especial quanto aos princípios de acesso a justiça, participação no processo e participação pelo processo, e interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo (MASSON et al., 2014).

O princípio de acesso à justiça no processo coletivo ganha outros contornos para assegurar a proteção e tutela de direitos coletivos em sentido lato. Para tanto, devem ser considerados os elementos da legitimidade dos atores processuais envolvidos, considerando a ampla dispersão social dos titulares destes direitos que determinou o padrão de legitimação extraordinária estabelecido (idem). Este entendimento está alinhado à defesa de um devido processo legal coletivo que considere a adequada representação, de legitimação conglobante (DIDIER JR; ZANETI JR, 2014, p. 126).

Considerando ainda este principio, é necessário se interpretar seu alinhamento a não taxatividade e atipicidade da ação, como ensina Didier Jr:

> Este importante princípio tem uma faceta dupla: ao tempo em que não se pode negar o acesso à justiça aos direito coletivos novos, já que o rol do art. lº da LACP é expressamente aberto ("qualquer outro interesse difuso ou coletivo", inciso V desse artigo; também constitucionalmente assegurado, art. 129, III da CF/88, "outros interesses difusos e coletivos"), quaisquer formas de tutela serão admitidas para a efetividade desses direitos, nos termos do que prevê o art. 83 do CDC ("Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela") (2014, p. 182).

E ainda quanto ao alcance destas ações relativas a sua tipologia:

> [...] muito embora a Lei da Ação Civil Pública tenha previsto a tutela das obrigações de fazer e a tutela condenatória como "alternativas" (ou uma ou outra), tendo merecido certa dose de aceitação na jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, que em vários precedentes afirmava "A ação civil pública não pode ter por objeto a condenação cumulativa em dinheiro e cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (RSTJ 121/86)", hoje está pacificado o entendimento que permite a cumulação dos pedidos de obrigação de fazer; não fazer; entregar coisa e de condenação em quantia certa, bem como outros – inclusive comando "auto-executivos" e “mandamentais" - que forem necessários para a adequada tutela dos direitos coletivos discutidos no processo (didier jr, 2014, p. 129).

Quanto ao princípio de participação no processo e pelo processo, destaca-se a interação entre estar a par dos andamentos processuais de modo efetivo, podendo defender-se e atuar conforme a regularidade processual, instruídos pela informação e publicidade adequadas (DIDIER JR; ZANETI JR, 2014 p. 118), bem como de alcançar por meio do processo seus objetivos em termos sociais e políticos (MASSON et al., 2014, p. 67).

Já quanto ao princípio de interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, pretende-se alcançar a máxima instrumentalidade do processo coletivo para cumprir com as funções de pacificação social que envolva grandes conflitos sociais. Neste sentido:

> O processo não é fim em si mesmo, está voltado para a obtenção da justiça material e de pacificação social, sendo que seus institutos, na atual quadra da história de nosso desenvolvimento jurídico, deverão ser conformados pelas máximas estabelecidas pela Constituição Federal (DIDIER JR; ZANETI JR.: 2014 p. 122).

Considerando que a tutela coletiva neste modelo de procedimento exige para o acionamento da jurisdição civil coletiva o exercício de direito de ação para a tutela de direitos coletivos em sentido lato, necessariamente devem ser observados os requisitos desta ação coletiva quanto ao seu objeto de tutela e os legitimados a sua proposição.

3.2 – Os direitos e interesses transindividuais.

A Constituição Federal de 1988 ampliou em muito a possibilidade de variados interesses transindividuais, de modo que as ações coletivas ganharam especial relevo na defesa de interesses desta natureza, dotando diversos sujeitos dessa legitimidade de agir em prol do coletivo, intensificando a ideia de uma terceira dimensão de direitos.

Embora estes direitos e interesses não sejam prévia e taxativamente estabelecidos quanto ao seu conteúdo, existe a definição genérica de direitos transindividuais, que abrange os conceitos de direitos ou interesses coletivos em sentido estrito, direitos ou interesses difusos, e direitos ou interesses individuais homogêneos.

O entendimento de direitos transindividuais, ou metaindividuais, ou coletivos em sentido lato, correspondem a um conjunto de direitos ou interesses que não podem ser considerados apenas com esfera individual de seus titulares, mas não alcançam o estado de um direito público especificamente, outrossim, carregam em si o interesse público de

ampla dispersão dos seus titulares. Seria transindividual aquele direito que não tem como titular um único indivíduo (ZAVASCKI, 2005).

Podem-se definir os direitos transindividuais como:

> Transcendentes a órbita individual do sujeito de direito, aqueles cuja lesão afeta um número considerável de pessoas, [...] são todos aqueles que ultrapassam a esfera da tutela do direito subjetivo do particular; entretanto, comportam espécies que abrangem ora conjuntos mais numerosos de indivíduos, ora grupo mais restrito, tudo a depender da natureza do interesse ofendido (SILVA NETO, 2004, p. 2.931).

Destas conceituações, percebe-se que a tratativa dos direitos e interesses transindividuais coincidem com a coletividade de indivíduos que estão sendo amparados em suas necessidades e reconhecidos os seus anseios, que devem pela via processual serem tuteladas de acordo com esta natureza supra-individual de constituição de prerrogativas.

> Tais direitos/interesses, de dimensão coletiva, foram sendo consagrados, sobretudo, a partir da segunda (direitos sociais, trabalhistas, econômicos, culturais) e da terceira (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado etc.) dimensão de direitos humanos, e podem ser denominados como transindividuais, supraindividuais, metaindividuais (ou, simplesmente, coletivos em sentido amplo, coletivos "lato sensu", coletivos em sentido lato), por pertencerem a grupos, classes ou categorias mais ou menos extensas de pessoas, por vezes indetermináveis, e, em alguns casos (especificamente, nos interesses difusos e nos coletivos em sentido estrito), não serem passíveis de apropriação e disposição individualmente, dada sua indivisibilidade (MASSON et al, 2014, p. 41).

Didier Jr. e Zaneti Jr. assim os elencam:

> Denominam-se direitos coletivos *lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos stricto sensu e os direitos individuais homogêneos. Em conhecida sistematização doutrinária, haveria os direitos/interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e os direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos) (2014, p. 77).

Esta identificação de espécies corresponde ao artigo 81, parágrafo único, incisos I a III do Código de Defesa do Consumidor, como parte integrante do mencionado microssistema de processo coletivo brasileiro, "composto pelas regras e princípios que se prestam a concretizar os interesses ou direitos subjetivos de natureza transindividual" (MASSON et al., 2014, p. 41).

Os direitos ou interesse difusos correspondem a uma abrangência de sujeitos que coincidem em situação fática de seus objetivos jurídicos comuns e indivisíveis (MAZZILLI, 2000). Em termos legais, seria como disposto no Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único, inciso I: "interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato". Neste caso, são interesses ou direitos que ultrapassam a mera esfera individual de todos os seus titulares, e cuja lesão e reparação não se dividem quanto a seus titulares, assim como a sua tutela, merecem acolhimento no coletivo. Esta marca de titularidade e coletividade se dá por situação fática, que os reúne em termos materiais e jurídicos.

> Assim, reputam-se direitos difusos (art. 81, par. ún., I, do CDC) aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a uma coletividade), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individuação) ligadas por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica, v.g:, a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar número incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação jurídica base, a proteção ao meio-ambiente e a preservação da moralidade administrativa. Por essa razão, a coisa julgada que advier das sentenças de procedência será *erga omnes* (para todos), ou seja, irá atingir a todos de maneira igual (art. J 03, I, CDC) (DIDIER JR; ZANETI JR, 2014, p. 78).

Entende-se que como titular, cada indivíduo tem este direito ou interesse, mas este interesse não esta associado apenas a este individuo, e sua configuração é de titularidade coletiva, consagrando um critério subjetivo de indeterminação, ou difícil determinação, de seus titulares. Marcelo Abelha[114] denomina-os de direitos plurindividuais para denotar a sua característica de titularidade por cada individuo, embora de constituição coletiva.

Considerando a população negra, os direitos e interesses difusos seriam todos aqueles que correspondem à promoção da igualdade racial e combate ao racismo. A coletividade dos indivíduos negros assim auto-identificados como pretos e pardos seriam desta categoria, havendo a identidade dos sujeitos que assim se constituam e se declarem. Neste sentido ainda, compreender como sujeito da população negra qualquer dos descendentes dos negros de origem africana em sentido estrito, consubstancia-se de fato uma categoria indeterminável ainda mais abrangente. O critério cor torna os sujeitos pretos

[114] ABELHA, M. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

e pardos, formal ou informalmente (representação social), uma coletividade de sujeitos por uma relação de fato.

A sua definição jurídica enquanto indivíduo da população negra corresponde à situação de fato, porém condiz com uma identificação do sujeito e sua autodeclaração como negro. De modo que existe certo dissenso a respeito. Como exemplo destes direitos e interesses difusos da população negra poderia ser indicado o programa de ação afirmativa com reservas de vagas em concurso público, conforme estabelecido na lei[115], ou das reservas de vagas em ensino público das instituições federais de ensino técnico e superior[116]. Em todos estes casos há uma situação fática que reúne estes sujeitos, porém são indetermináveis ou de difícil determinação seus titulares, e correspondem ao objeto jurídico de tratamento igualitário, como medida de ação afirmativa e discriminação positiva com objetivo de promoção social. Logo, não sendo atendidas estas determinações, mesmo quem jamais concorreria a um destes cargos ou vaga em instituição federal de ensino poderia ser prejudicado e ter seus interesses e direitos violados.

Outro exemplo seria quanto a dano moral coletivo, enquanto ofensa à honra e a dignidade da população negra[117]. Neste aspecto, uma manifestação de racismo, preconceito ou discriminação pode atingir a um sujeito individualmente ou a toda a coletividade da população negra de modo difuso. Uma diferencial da coletivização dos processos se dá justamente para os efeitos dos conflitos oriundos da sociedade de massas.

> Nesse contexto, verifica-se o tema da sociedade de risco, que ganha sentido para a sociedade da informação pela possibilidade de difusão de riscos pelos modernos meios de comunicação, em massa e individuais, por meios oficiais ou informais, compartilhando perigos e danos na mesma intensidade e velocidade em que foram gerados em determinados pólos.
> Essa ampliação dos riscos pode gerar uma nova confecção da ordem mundial pelo conjunto dos riscos que afetam aspectos sociais, econômicos e geográficos em larga escala, tanto quanto possa chegar por meio informático.
> De autoria de Ulrich Beck, o conceito de sociedade de risco leva em consideração o que pode ser apresentado de risco geral a todos os sujeitos atrelado a uma cadeia de consumo de produtos industrializados. É nesse contexto pós-revolução industrial e da revolução tecnológica decorrente que o pensador alemão debruça-se sobre o tema do compartilhamento dos riscos entre os sujeitos dessa nova sociedade globalizada (MELO, 2010, p. 53).

[115] Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.
[116] Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.
[117] Tutelada coletivamente pela Lei de Ação Civil Pública, art. 1º, VII.

Compreendendo o direito à igualdade como um direito difuso, este abrange a todos os seres humanos, sem deixar de considerar o que, correspondendo à etapa de especificação de direitos, merece acolhida para determinados grupos de indivíduos considerando suas necessidades peculiares de proteção. Percebe-se então que em termos e relações paralelas coexistem estes direitos e interesses transindividuais.

Já quanto aos direitos e interesses coletivos, considerados conforme a previsão do Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único, inciso II: "interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base", considera-se que são reunidos em torno de uma coletividade, ultrapassando a mera esfera individual, reunindo estes titulares em determinada relação jurídica comum uma mesma pretensão síntese de todas as suas aspirações sinérgicas comuns. Este grupo ou categoria de pessoas estão juntos em uma mesma relação jurídica, como todos interessados, de tal modo que alguma lesão ou reparação aplicável repercute sobre todos (MANCUSO, 2000; GRINOVER, 1984).

Logo, deve haver uma relação jurídica-base comum, a indivisibilidade do objeto jurídico em questão e a determinação dos seus titulares. Considerando a reunião destes elementos é possível esta confirmação. Logo, são "interesses ou direitos objetivamente indivisíveis, de que seja titular grupo, classe ou categoria de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por um vínculo jurídico base e, por tal razão, determináveis" (MASSON, 2014, p. 49).

Joaquim Barbosa assim leciona:

> [...] podem seguramente ser catalogados como membros de uma categoria determinada ou determinável de pessoas: a) os moradores de um edifício; b) os empregados de uma empresa estatal ou de um conglomerado de empresas privadas; c) os membros dos corpos docente e/ou discente de uma Universidade; d) as pessoas pertencentes a uma determinada etnia; e) as adeptas de determinado culto ou religião. Os elementos chave de caracterização em todos esses exemplos são, de um lado, o caráter transindividual do direito ou interesse tutelado; de outro lado, a noção de *appartenance* ou *membership* que anima os membros do grupo, vinculados uns aos outros em razão do interesse comum decorrente do fato de pertencerem a um universo de pessoas dotadas de certas características distintivas facilmente identificáveis; ou, no dizer da lei, do fato de existir, entre os titulares do referido direito, uma "relação jurídica-base" comum a todos os integrantes do grupo ou categoria. Nessa categoria jurídica determinada ou determinável, poderiam ser enquadrados, por exemplo, todos os cidadãos brasileiros descendentes de africanos, as mulheres, os índios, os membros da minoria judaica, os

> adeptos desta ou daquela confissão religiosa, em suma, todos aqueles grupos que, no nosso sistema jurídico, têm legitimação para reivindicar direitos que lhes são próprios, seja por razões históricas ligadas à sua inserção na comunidade nacional, seja por peculiaridades que os distinguem daqueles que compõem o contingente majoritário no seio da nação brasileira (GOMES, 1999, p. 309).

Nesta espécie de direitos transindividual quanto à população negra, pode ser citado como exemplo o caso ocorrido no estado do Rio Grande do Sul, quanto à dispensa de todos os professores negros que foram empossados como servidores públicos após aprovação em concurso público cujo edital contemplava reserva e vagas de acordo com ação afirmativa prevista em lei municipal posteriormente declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça daquele estado. Neste caso há uma relação jurídica-base comum para referenciar seus interesses, uma indivisibilidade de objeto e a determinação de seus titulares.

Mesmo exemplo pode ser dado a alunos que sejam aprovados em exame vestibular, tenham sua matrícula realizada e não dispunham de recursos econômicos para se manter em determinado curso, seja pelas despesas do próprio curso, seja pela dificuldade em se estabelecer fora de suas casas. Estas medidas de assistência congregam um grupo determinado de pessoas que está sendo tutelado de modo coletivo e prescindem de um amparo específico a sua coletividade, todos ligados por uma relação jurídica-base anterior. Assim como uma medida específica para proteger os mesmos estudantes favorecidos por políticas de ação afirmativa de promoção da igualdade racial quanto a qualquer ato de preconceito ou discriminação sofridos nesta condição de estudantes e no âmbito institucional em que estejam inseridos.

Nestes termos tem verificado o Supremo Tribunal Federal:

> Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. RE 268.586/SP[118]

Quanto aos direitos e interesses individuais homogêneos, conforme o Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único, inciso III: “os decorrentes de origem comum”. A marca destes direitos que os distingue dos anteriores é sua divisibilidade do

[118] Cf.: Informativo 375 do Supremo Tribunal Federal.

objeto em termos dimensionar o que cada um destes titulares poderá alcançar em suas pretensões.

> O CDC conceitua laconicamente os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem comum, ou seja, os direitos nascidos em conseqüência da própria lesão, ou, mais raramente, ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo). Não é necessário, contudo, que o fato se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais (DIDIER JR; ZANETI JR., 2014, p. 80).

Nada impede que estes sujeitos de modo individual possam fazer valer seus direitos de acesso à justiça e a partir de então, conseguir os seus efeitos sobre seus interesses. Contudo a relação base entre todos se dá pelo fato comum que lhes faz surgir os interesses e suas pretensões. Esta comunicação entre os titulares de origem comum de suas pretensões gera uma proteção coletiva:

> Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.
> Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. RE 268.586/SP[119]

Portanto, são interesses ou direitos decorrentes de uma situação fática que admite uma divisibilidade dos objetos quanto à fruição dos seus efeitos, podendo buscar individualmente em âmbito judicial a tutelas destes seus interesses. Deste modo, é a única espécie de direitos transindividuais suscetíveis de fracionamento, autorizando-se aos titulares tomarem iniciativa judicial individualmente. Podem ser definidos como:

> Direitos subjetivos individuais, objetivamente divisíveis, cuja defesa judicial é passível de ser feita coletivamente, cujos titulares são determináveis e têm em comum a origem desses direitos, e cuja defesa judicial convém seja feita coletivamente (MASSON et al., 2014, p. 53)

[119] Ibidem.

Neste aspecto, considerando que os interesses ou direitos individuais homogêneos foram entabulados na condição coletiva de proteção por sua origem comum, deve haver um objetivo que neste sentido se espera alcançar com a tutela coletiva necessária a esta sua natureza transindividual de tratamento.

> A importância prática desta categoria é cristalina. Sem sua criação pelo direito positivo nacional não existiria possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. A "ficção jurídica" atende a um imperativo do direito, realizar com efetividade a Justiça frente aos reclames da vida contemporânea (DIDIER JR; ZANETI JR, 2014, p. 80).
>
> Assim, "tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada" (GIDI, 1993 apud DIDIER JR; ZANETI JR, 2014, p. 80).

Assim, partindo destes conceitos e justificativas, é possível indicar como exemplo dessa espécie de direitos transindividual na questão da promoção de igualdade racial a iniciativa processual de um candidato negro em insurgir-se contra a inscrição e aprovação de outro candidato que, utilizando-se do sistema de reserva de vagas, em falsa autodeclaração como pessoa negra, obtém classificação em certame com estas previsões e prejudica a classificação do reclamante. Embora todos os candidatos possam ser tutelados com uma ação coletiva, nada impede que um deles ao menos ingresse com medida judicial para proteção de seus interesses, verificando os danos e prejuízos causados por este candidato que fraudou sistema de reserva de vagas. Outro exemplo seria a realização de um concurso público que não traga em seu edital a previsão de vagas reservadas no contingente mínimo garantido pela lei para pessoas negras, por fracionamento de vagas em cargos público por região ou unidade de lotação, burlando com isso o quantitativo necessário de vagas para se realizar o coeficiente de reserva. Qualquer dos interessados da população negra interessados em prestar o concurso com a medida de ação afirmativa aplicável poderia acionar a jurisdição individualmente, ou poderiam ser amparados por tutela coletiva.

As vantagens de uma tutela coletiva neste contexto devem-se as dificuldades que podem enfrentar cada um dos indivíduos em assumir sozinhos o procedimento judicial para a constatação de um interesse coletivo que todos os interessados aproveitariam, mesmo

que o acionamento judicial se desse de modo individualizado. Além disso, a depender do numero de litigantes o processo coletivo seria mais vantajoso, sendo o tratamento conjunto benéfico a uma utilidade coletiva desta tutela (MASSON et al., 2014, p .52).

3.3 – A legitimação na ação coletiva.

A determinação da legitimidade para se atuar em tutela coletiva depende da verificação das regras processuais atinentes. É preciso se compreender como o processo coletivo desenvolve-se e como as regras processuais regulam a participação das partes no processo. Considerando o procedimento comum a ser aplicável nas ações coletivas objeto desta pesquisa, é preciso verificar-se a previsão na própria Constituição Federal, art. 129, § 1º[120], combinado com o artigo 5º[121] da Lei nº. 7.34 7/85, e com o os arts. 82, caput e § 1.º, e 91[122], ambos do Código de Defesa do Consumidor. Deste modo, ficam definidos os sujeitos que correspondem a disciplina da legitimidade de agir processualmente na tutela coletiva.

Esta legitimidade para agir nas ações coletivas em estudo decorre da representatividade adequada que foi determinada em lei. Assim, os representantes de qualquer dos direitos ou interesses transindividuais aqui apresentados são dotados de

---

[120] Art. 129.[...]
§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

[121] Art. 5º Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;
II - a Defensoria Pública;
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
V - a associação que, concomitantemente:
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

[122] Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
I – o Ministério Público;
II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.
§ 1.º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.
Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

capacidade processual, podendo representar os interessados em juízo, estando o sujeito que preenche o pólo processual previsto como um daqueles órgãos ou entidades descritos no rol do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. O que difere da *class action* norte-americana, cujo juízo de admissibilidade passa pelo magistrado, que verifica a adequada representação no caso concreto[123].

A jurisprudência[124] tem entendido que a no caso de legitimidade ativa para atuar em processos coletivos, sejam direitos transindividuais de quaisquer das espécies, a legitimação é extraordinária, com a devida substituição processual[125].

Neste sentido, como observam Didier Jr e Zaneti Jr:

> A legitimação é extraordinária quando a parte na relação jurídica processual diz estar defendendo direito subjetivo material de terceiro. Na definição mais popular, inspirada no art. 6.º do CPC, diz-se que a legitimação é ordinária quando se defende, em nome próprio, direito próprio, e que é extraordinária quando se defende, em nome próprio, direito alheio. Logo, na legitimação extraordinária, não há pertinência subjetiva, pois não há identidade entre o autor da ação e aquele que, segundo se alega na petição inicial, é o titular do direito material. Conforme a regra esculpida no art. 6.º do CPC, "ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei". Daí se infere que a legitimação ordinária é a regra, e a extraordinária é a exceção, pois só admissível quando houver expressa autorização legal. Por isso mesmo – por ser a regra – é que a primeira modalidade é denominada ordinária, enquanto a última – por ser a exceção – é chamada

[123] Quanto à verificação de representatividade adequada pelo magistrado brasileiro, deve-se chamar atenção a ressalva do §4º, do art. 5º, da Lei nº. 7.347/85, que dispõe: "o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

[124] Cf.: STF: RE 193.503/SP, Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, rel. p/o acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 12.06.2006, DJ 24.08.2007; RE 210.029/RS, rel. Min. Carlos Velloso, j. 12. 06.2006, DJ 17.08.2007. STJ: REsp 876.936/RJ, 1.ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.10.2008, DJe 13.11.2008. Para a doutrina, há três correntes principais: (i) entendem como legitimação extraordinária; (ii) entendem como legitimação ordinária; e (iii) entendem como legitimação anômala. Cf.: DIDIER JR; ZANETI JR., 2014, p. 203-206; MASSON et al., 2014, p. 83-85.

[125] A legitimação é extraordinária quando a parte na relação jurídica processual diz estar defendendo direito subjetivo material de terceiro. Na definição mais popular, inspirada no art. 6.º do CPC, diz-se que a legitimação é ordinária quando se defende, em nome próprio, direito próprio, e que é extraordinária quando se defende, em nome próprio, direito alheio. Logo, na legitimação extraordinária, não há pertinência subjetiva, pois não há identidade entre o autor da ação e aquele que, segundo se alega na petição inicial, é o titular do direito material. Conforme a regra esculpida no art. 6.º do CPC, "ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei". Daí se infere que a legitimação ordinária é a regra, e a extraordinária é a exceção, pois só admissível quando houver expressa autorização legal. Por isso mesmo – por ser a regra – é que a primeira modalidade é denominada ordinária, enquanto a última – por ser a exceção – é chamada de extraordinária. Para parte da doutrina, a legitimação extraordinária é gênero, do qual a substituição processual seria espécie. Segundo tal viés doutrinário, há substituição processual quando o legitimado extraordinário propõe a ação isoladamente, sem litisconsórcio com o suposto titular do direito material. Diferentemente, se ambos propusessem a ação conjuntamente, o primeiro ainda seria legitimado extraordinário, mas não estaria substituindo o alegado titular do direito material, que também estaria presente na relação jurídica processual. De todo modo, a doutrina em geral emprega as locuções legitimado extraordinário e substituto processual como sinônimas (MASSON et al., 2014, p. 84).

> de extraordinária. Para parte da doutrina, a legitimação extraordinária é gênero, do qual a substituição processual seria espécie. Segundo tal viés doutrinário, há substituição processual quando o legitimado extraordinário propõe a ação isoladamente, sem litisconsórcio com o suposto titular do direito material. Diferentemente, se ambos propusessem a ação conjuntamente, o primeiro ainda seria legitimado extraordinário, mas não estaria substituindo o alegado titular do direito material, que também estaria presente na relação jurídica processual. De todo modo, a doutrina em geral emprega as locuções legitimado extraordinário e substituto processual como sinônimas (2014, p. 87).

Logo, é possível se verificar que o titular destes direitos e interesses transindividuais é a comunidade ou coletividade, que como um todo será legitimada pela lei a atuar em juízo (GIDI, 1995).

Segundo Masson et al (2014), a representatividade adequada no Brasil foi elaborada pelo legislador com os seguintes fundamentos:

> 1- Apenas os entes previstos na lei – e não qualquer pessoa ou entidade – estão legitimados à propositura das ações civis públicas, o que não deixa de consistir um filtro a eliminar, de antemão, aqueles que não teriam condições técnicas, econômicas ou mesmo liberdade para litigar na defesa dos complexos interesses supraindividuais, e atuar com desenvoltura em face de legitimados com grande poder político e/ou econômico;
> 2- Em relação às associações, impôs-se uma série de requisitos: elas devem estar legalmente constituídas (requisito da constituição legal) – o que afasta a legitimidade das entidades informais, sem personalidade jurídica, e que, por tais razões, costumam ser econômica e tecnicamente precárias; devem existir há pelo menos um ano antes da propositura da ação (requisito da pré- constituição) – o que, de certo modo, garante um mínimo de experiência da entidade, e combate a criação de instituições oportunistas, ou seja, aquelas constituídas com o único propósito de ajuizar uma determinada ação civil pública; e devem ter em seus fins institucionais a defesa dos mesmos tipos de interesses objeto da ação (requisito da pertinência temática), visando-se a garantir um mínimo de idoneidade e familiaridade com o interesse a ser protegido em juízo (art. 5.º, V, a e b, da LACP; art. 82, IV, do CDC); nas ações em face da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, e suas autarquias e fundações, deve haver expressa autorização da assembleia dos associados, e a petição inicial deve vir acompanhada da respectiva ata, bem como da relação nominal dos associados e indicação dos respectivos endereços (Lei 9.494/1997, art. 2.º-A, parágrafo único).

Ante esta estrutura da legitimidade para atuar no processo coletivo, esta pesquisa se concentrou no estudo da atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública e das associações enquanto órgãos e entidades legitimadas para atuar na proteção e promoção da

igualdade racial, não obstante a considerável e necessária atuação dos demais legitimados nesta mesma temática[126].

3.3.1 – Ministério Público

Quanto à atuação do Ministério Público, considerando o art. 129, III, da Constituição Federal de 1988, destaca-se "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

Esta sua importante missão de promover a ação civil pública, de acordo com sua função de "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis", "essencial a função jurisdicional do Estado" [127], coloca-o como primordial dentre todos os legitimados para atuação no processo coletivo em geral, pois além das suas atuações especificadas, o dispositivo de atuação em "outros interesses difusos e coletivos " tem o condão de ampliar esta atuação nas mais diversas demandas coincidentes com suas funções institucionais[128].

Deste modo, verifica-se que o Ministério Público tem legitimidade para atuar em interesses e direitos difusos da população negra, considerando a relevância social da promoção da igualdade racial, bem como atuar judicialmente em prol de direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos quando houver presumida relevância social ou forem estes indisponíveis[129]. Logo, quanto à promoção da igualdade racial, considerando as previsões das normas programáticas do Estatuto da Igualdade racial, por

---

[126] Por questões metodológicas e exemplificativas deste estudo, apenas foram colecionadas ações coletivas cujo objeto era a promoção da igualdade racial, e estas foram extraídas de buscas nos sistemas de pesquisa processual dos tribunais, sendo localizadas apenas ações com estes legitimados em especial. Ou seja, da pesquisa processual realizada em busca de dados processuais disponibilizado na internet, apenas foram encontradas ações coletivas propostas, notadamente Ação Civil Publica, pelo Ministério Publico, Defensoria Publica e associações. Isto não significa que apenas estes legitimados atuaram em ações coletivas de promoção da igualdade racial, apenas o banco de dados consultado não dispunha destas informações. Foi consultado o site Jusbrasil, (http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/?ref=navbar), sendo utilizada a busca por jurisprudência, com as palavras chaves: Ação Civil Pública, Ação Coletiva, Negros, Racial, Igualdade, Racismo. Todas juntas e isoladamente. Do resultado desta pesquisa processual foram analisadas 24 ações, das quais se extraíram três instrumentos exemplificativos de atuação coletiva em promoção da igualdade racial, considerando as temáticas que foram objeto de lide processual: responsabilidade civil, educação e trabalho. A análise destas ações coletivas se dará no próximo capitulo desta tese.

[127] Art. 127, *caput*, CF.

[128] Vide art. 25, IV, a, da Lei nº. 8.625/1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – LONMP; e art. 6.º, VII, d, da Lei Complementar 75/1993, Lei Orgânica do Ministério Público da União – LOMPU. Cf.: ABELHA, 2004; DINAMARCO, 1994; DIDIER JR.; F.; ZANETI JR.; H, 2014.

[129] Há três correntes que discutem a atuação do Ministério Público quanto a direitos ou interesses individuais homogêneos disponíveis: (i) sempre atua, (ii) atua em quando houver notória relevância social, e (iii) jamais atua. Cf.: DIDIER JR.; F.; ZANETI JR.; H, 2014; MASSON et al., 2014.

exemplo, é possível a atuação do Ministério Publico para a defesa de direitos ou interesses difusos da população negra quanto a políticas públicas na área da saúde, ou a defesa de direitos de um determinado conjunto de estudantes que pleiteiam assistência estudantil após seu ingresso em uma instituição federal de ensino por intermédio de políticas públicas de ensino, ou ainda quanto a determinados sujeitos que mesmo aprovado em concursos públicos por reserva de vagas, mas não foram convocados por não haver um regramento definido quanto ao aproveitamento de listas de classificação específica e medidas de nomeação e posse.

Regida pelo principio da obrigatoriedade, a atuação do Ministério Publico deve ocorrer diante de qualquer lesão aos interesses transindividuais da população negra, cabendo aos seus membros receber e analisar as representações feitas quanto a estas ameaças ou efetivas lesões. Porém, a propositura de uma ação civil pública demanda elementos mínimos necessários que devem ser reunidos e então proposta a ação, podendo o Ministério Público inclusive utilizar-se do inquérito civil público, ou mesmo conduzir um termo de ajustamento de conduta, que conduziria em termos administrativos a solução da controvérsia.

Mesmo não sendo proposta a ação civil pública pelo próprio Ministério Público, ele atua nas ações promovidas por outros legitimados como fiscal da lei, ou mesmo atuando no polo ativo caso haja desistência infundada dos demais legitimados. Logo, percebe-se que quanto à promoção da igualdade racial, em todos os casos em que houver a defesa dos direitos ou interesses transindividuais da população negra, de modo direto ou orbital, sempre estará presente o Ministério Público.

3.3.2 – Defensoria Pública

A Defensoria Pública é instituição de importância vital para a proteção e defesa dos hipossuficientes, garantindo seu acesso à justiça[130].

> A Defensoria Pública é instituição essencial à Justiça, com a mesma dignidade e importância que o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Advocacia (art. 134 da CF/88). A atuação em favor dos necessitados é

[130] Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Texto após a Emenda Constitucional nº. 80, de 2014).

> determinação constitucional, sendo que a Lei Complementar 80/1994 é a norma regente das Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Territórios, prescrevendo normas gerais para a organização das defensorias dos Estados. Sua função é a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV (acesso formal à justiça) (DIDIER, 2014, p. 221).

Nesta função estaria inclusa a defesa coletiva, de modo que sua atuação é decorrente das previsões normativas que lhe reservam estas atribuições, sobretudo quanto ao microssistema de processo coletivo.

Considerando sua atuação em termos de defesa de direitos ou interesses transindividuais, a Defensoria Pública não carece de pertinência temática, podendo atuar em todas as tutelas coletivas que tenham como representados os hipossuficientes[131]. Deste modo, considerando os interesses ou direitos da população negra, desde que assumidos como hipossuficientes os seus representados, estaria legitimada a atuação da Defensoria Publica nesta tutela coletiva.

Em decisão recente o Supremo Tribunal Federal examinou o papel da Defensoria Pública em tutela coletiva mediante Ação Civil Pública, manifestando-se nestes termos:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa da defensoria pública para ajuizar ação civil pública (art. 5º, inc. II, da lei n. 7.347/1985, alterado pelo art. 2º da Lei n. 11.448/2007). Tutela de interesses transindividuais (coletivos *stricto sensu* e difusos) e individuais homogêneos. Defensoria pública: instituição essencial à função jurisdicional. Acesso à justiça. Necessitado: definição segundo princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais: art. 5º, incs. XXXV, LXXIV, LXXVIII, da constituição da república. Inexistência de norma de exclusividade do ministério público para ajuizamento de ação civil pública. Ausência de prejuízo institucional do ministério público pelo reconhecimento da legitimidade da defensoria pública. Ação julgada improcedente. Adi 3.943/df.

Por esta decisão, fica reconhecia da legitimidade de atuação da Defensoria Pública, espancando de vez as discussões quanto a demonstração da necessidade de comprovação de hipossuficiência de todos os reapresentados, alem da verificação de sujeitos

[131] É importante frisar que a defensoria atua mesmo em favor de quem não é hipossuficiente econômico. Isto por que a Defensoria Pública apresenta funções típicas e atípicas. Função típica é a que pressupõe hipossuficiência econômica, aqui há o necessitado econômico (v.g., defesa em ação civil ou ação civil para investigação de paternidade para pessoas de baixa renda). Função atípica não pressupõe hipossuficiência econômica, seu destinatário não é o necessitado econômico, mas sim o necessitado jurídico, v.g., curador especial no processo civil (CPC art. 9° II) e defensor dativo no processo penal (CPP art. 265). (DIDIER JR; ZANETI JR., 2014, p 221).

determinados, que alcançariam apenas a tutela de direitos ou interesses coletivos ou individuais homogêneos, não abrangendo os difusos porque indetermináveis seus titulares.

Considerando a atuação da Defensoria Pública quanto aos hipossuficientes, buscando-se alcançar o adensamento da norma no sentido de mais amplo alcance dos necessitados, a proteção à população negra, assim compreendida como uma parcela homogênea da população brasileira, cuja identidade em termos sociais, econômicos e políticos são condizentes com a constituição de direitos transindividuais para a promoção da igualdade racial, é fato inconteste que podem e devem ser assistidos por esta instituição em cumprimento de suas atribuições constitucionais.

3.3.1 – Associações

A legitimidade das associações para atuar em processos coletivos exige que os requisitos de representatividade adequada estejam presentes. Desta forma, faz-se necessário preencher condições formais, temporais e institucionais[132].

Como condição formal, deve a associação civil estar constituída nos termos legais, conforme o art. 45 do Código Civil e arts. 114 a 121 da Lei de Registros Públicos. Estas associações são pessoas jurídicas de direito privado, conforme o art. 53 do Código Civil, que se constituem sem interesses econômicos pela reunião de pessoas. Podem ter interesses sociais, culturais, religiosos, recreativos, entre outros, mas sua marca essencial é não ter escopo lucrativo. Como toda pessoa jurídica, tem personalidade jurídica distinta da de seus membros, que a dotará de capacidade de ser sujeito de obrigações e direitos.

A condição temporal refere-se o tempo de sua existência desde formalizada, devendo ter sido formalmente constituída há pelo menos um ano antes da propositura da ação. Contudo esta condição pode ser superada pelo magistrado em seu juízo de representatividade adequada, ao constatar a relevância da ação e de manifesto interesse social, diante de magnitude do dano ou defesa do bem jurídico pretendida.

E, por fim, a condição institucional, que deve ser aferida quanto à pertinência temática[133], observando-se os fins institucionais da associação que pretende atuar em ação

---

[132] MASSON et al., 2014, p. 106.

[133] Ação direta de inconstitucionalidade. Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL. Falta de legitimidade ativa. - Na ADI 1.792, a mesma Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL, não teve reconhecida sua legitimidade para propô-la por falta de pertinência temática entre a matéria disciplinada nos dispositivos então impugnados e os objetivos institucionais específicos dela, por se ter entendido que os notários e registradores não podem enquadrar-se no conceito de profissionais liberais. - Sendo a pertinência temática requisito implícito da legitimação, entre outros, elas Confederações e entidades de classe, e requisito que não decorreu de disposição legal, mas da interpretação que esta Corte fez diretamente cio texto

coletiva em defesa de direitos ou interesses transindividuais. Devem ser analisadas as funções e finalidades institucionais com base em seu estatuto, condicionado a sua atuação com a demanda que envolva os interesses ou direitos transindividuais da comunidade ou coletividade a ser em juízo substituída. Neste aspecto, os movimentos sociais formais e organizados institucionalmente em função de direitos e interesses de grupos raciais e étnicos podem ser legitimados a atuar em prol de interesses e direitos transindividuais da população negra.

As associações ligadas ao movimento negro têm obtido muitas conquistas com sua atuação[134], tanto na esfera pública formal quanto informal, de modo que se reconhece a importância destas instituições para a conquista, ampliação e manutenção dos direitos ou interesses transindividuais da população negra, sendo, portanto mais um dos seus objetivos e finalidades: a atuação em ação coletiva.

3.4 – Os efeitos das ações coletivas e a coisa julgada.

O processamento da ação civil pública segue a dinâmica processual prevista no microssistema processual coletivo, considerando seus dispositivos quanto aos elementos da ação, ou seja, as partes, causa de pedir e pedido.

Considerando os legitimados a atuar no processo como partes, bem como as causas de pedir, que necessariamente devem demonstrar os fatos que afetam aos direitos e interesses a serem tutelados, bem como os fundamentos jurídicos da proteção que se espera alcançar, tanto em direito material quanto processual, para então se formularem os pedidos a serem atendidos pela prestação jurisdicional. Ao especificar o provimento jurisdicional que pretende alcançar, será igualmente direcionado a uma das espécies de tutela previstas na ordem jurídica.

Portanto, a ação coletiva segue a seguinte dinâmica processual: o exercício do direito de ação, que dá acesso ao exercício jurisdicional prestado pelo Estado, e instrumentalizado pelo processo, por intermédio do qual o Estado irá se posicionar quanto à demanda trazida até ele, decidindo em julgamento (GRINOVER et al., 2009).

---

cons1itucional, esse requisito persiste, não obstante, ter sido vetado o parágrafo único do artigo 2° da Lei 9.868, de 10.11.99. É de aplicar-se, portanto, no caso, o precedente acima referido. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. ADI 2482/MG, STF.

[134] Sobre a atuação e importância do movimento negros e suas associações civis na conquista e ampliação dos direitos de promoção da igualdade racial, cf.: CONCEIÇÃO ,2014; MACHADO et al., (2012); WERLE et al.,2012.

Deste julgamento, a depender da demanda e do seu pedido, imediato e mediato, será obtida uma prestação jurisdicional adequada a demanda, caso seja deferida nos termos da petição do autor.

De acordo com o microssistema processual coletivo[135] brasileiro, pode-se afirmar que o ajuizamento de ações coletivas pode revestir-se de todas as espécies de ação capazes de efetivar a adequada tutela dos direitos e interesses transindividuais envolvidos. Significa dizer que é possível ajuizar-se uma ação coletiva de conhecimento, cujos provimentos podem ser condenatórios, constitutivos ou meramente declaratórios, como também ajuizar ações coletivas cautelares e executivas.

Os pedidos das ações coletivas podem ser tanto singulares, quanto alternativos ou cumulativos, determinando condenações de fazer ou deixar de fazer algo, bem como condenações em dinheiro[136].

Masson et al (2014, p. 126) acrescenta:

> O STJ, aliás, já admitiu cumulação tríplice de pedidos, em que se buscava, concomitantemente, provimento constitutivo negativo (anulação), condenatório em obrigação de pagar, e condenatório em obrigação de não fazer:
> Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inseri-la nos contratos futuros, quando presente como de interesse social relevante a aquisição, por grupo de adquirentes, da casa própria que ostentam a condição das chamadas classes média e média baixa (REsp 10.5215/DF).

Quanto às tutelas jurisdicionais cautelares[137] em processo coletivo, tanto pode ser medidas assecuratórias de um processo de conhecimento ou de execução, como podem ser a própria tutela satisfativa de um direito material (DIDIER JR; ZANETI JR., 2014), como, por exemplo, de tutela inibitória (MASSON et al., 2014).

Neste aspecto ainda, Masson et al (2014) afirma:

> É sempre mais efetiva a tutela ao direito material quando se atua preventivamente (antes da ocorrência do dano), em vez de repressivamente (após o dano). Tal lógica faz ainda mais sentido tratando-se de direitos transindividuais (sejam eles difusos, coletivos ou

[135] Código de Defesa do Consumidor, art. 83.
[136] Lei da Ação Civil Pública, art. 3º.
[137] Idem, art. 4º.

> individuais homogêneos), pois um único ato ofensivo pode lesar milhares ou milhões de vítimas, cuja reparação integral será extremamente difícil. Logo, sempre que possível, a ação civil pública deve buscar a tutela inibitória (que vise a impedir a prática, a continuação ou a repetição de atos ilícitos, ou a evitar o inadimplemento contratual), ou reintegratória (que vise à remoção de um ato ilícito), visto que, repelindo-se os atos ilícitos e prevenindo-se o inadimplemento contratual, se evitam os danos em massa que tais fatos poderiam desencadear.
> Se não houver sido possível obstar um dano ou o inadimplemento contratual, terá lugar a tutela ressarcitória, que é aquela voltada à sua reparação. Dentre as medidas ressarcitórias, deve-se buscar, preferencialmente, aquela que mais proximamente reproduza a situação do bem antes da lesão. Assim, primeiramente, deve-se optar pela que obrigue à reparação do bem *in natura* ou a entrega da prestação inadimplida (tutela específica). Se isso não for viável, deve-se postular a concessão de uma medida que assegure o resultado prático equivalente. A condenação em obrigação de pagar (conversão da obrigação em perdas e danos = pagamento do equivalente em dinheiro) deve ser adotada apenas se inviáveis as alternativas anteriores (p. 127-128).

Portanto, em processo coletivo deve ser seguida uma ordem para os provimentos jurisdicionais que se pretendem alcançar:

> [...]nas ações civis públicas o colegitimado não é o titular do direito material envolvido, atuando apenas como um "adequado portador" (representante adequado) dos interesses que lhe incumbem tutelar. Por isso, ele não pode abrir mão do provimento que tutele mais eficazmente o direito material. Para atingir tal eficácia, deverá formular os pedidos conforme a seguinte hierarquia:
>
> 1.º) se for possível, pede-se tutela preventiva, apta a evitar o dano ou o inadimplemento contratual; mas, se o dano ou o inadimplemento já estiver consumado → 2.º) requer-se a tutela especificamente destinada a reconduzir o bem lesado ao estado anterior (restaurar, reconstituir) ou a entregar ao credor a prestação a ele devida; mas, se isso não for possível → 3.º) postula-se a tutela que providencie o resultado prático equivalente ao da tutela específica; mas, se isso também não for possível173 → 4.º) pugna-se pela tutela que condene o responsável a pagar uma indenização em pecúnia.
>
> A tutela inibitória, a reintegratória, a ressarcitória in natura e a específica da obrigação inadimplida são espécies do gênero tutela específica, por meio da qual o direito ou patrimônio do autor é mantido (prevenção) ou restituído (repressão, ressarcimento) à exata situação existente antes do ilícito ou do dano, ou, no caso de obrigação contratual (tutela específica da obrigação inadimplida), é a tutela por força da qual se garante ao credor a mesma prestação que obteria se o contrato fosse espontaneamente adimplido.
>
> Já na tutela pelo resultado prático equivalente e na tutela por conversão em perdas e danos, o autor não obtém uma reconstituição exata do status quo ante ou a exata prestação contratada, mas sim uma situação

> equivalente, seja por meio de uma prestação não pecuniária (resultado prático equivalente), seja pecuniária (conversão em perdas e danos). (Idem, p. 128-129).

Por fim, considerando a convergência entre o pedido e a causa de pedir, o magistrado deverá expedir sua decisão, que em determinado momento processual será terminativa, tornado impossível neste mesmo lócus a discussão da demanda. A Depender da demanda e do pedido há uma tutela jurisdicional, como se apresentou sinteticamente acima. E, com estas decisões, ocorre o que se determina por coisa julgada:

> Considera-se a coisa julgada como a situação jurídica que torna indiscutível as eficácias constantes do conteúdo de determinadas decisões jurisdicionais. Trata-se de conteúdo inerente ao direito fundamental à segurança jurídica. O regime jurídico da coisa julgada coletiva é bastante diferenciado em relação ao processo individual. É um dos aspectos mais peculiares da tutela jurisdicional coletiva.
> Considera-se regime jurídico da coisa julgada o conjunto normas jurídicas que estruturam o fenômeno coisa julgada, dando-lhe feições, contornos, características próprias. Trata-se do seu perfil dogmático (DIDIER JR; ZANETI JR., 2014, p. 385).

No processo coletivo devem ser observadas as previsões dos arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, quanto a coisa julgada em ações coletivas. Com estes dispositivos, ficam destacados os confins da aplicação da decisão e de seus efeitos, considerando aspectos subjetivos e objetivos, ou como Didier (2014) destaca: "o regime jurídico da coisa julgada é visualizado a partir da análise de três dados: a) os limites subjetivos - quem se submete à coisa julgada; b) os limites objetivos - o que se submete aos seus efeitos; c) e o modo de produção – como ela se forma" (p. 385).

Como limites subjetivos, a coisa julgada manifesta-se *intra partes*, *ultra partes* ou *erga omnes*

> A coisa julgada *inter partes* é aquela a que somente se vinculam as partes. Subsiste nos casos em que a autoridade da decisão passada em julgado só impõe o caráter de indiscutibilidade para aqueles que figuraram no processo como parte. Trata-se da regra geral para o processo individual.
> A coisa julgada *ultra partes* é aquela que atinge não só as partes do processo, mas também determinados terceiros. Os efeitos da coisa julgada estendem-se a terceiros, pessoas que não participaram do processo, vinculando-os. É o que ocorre, geralmente, nos casos em que há substituição processual, em que o substituído, apesar de não ter figurado como parte na demanda, terá sua esfera de direitos alcançada pelos efeitos da coisa julgada [...].

> A coisa julgada *erga omnes*, por fim, é aquela cujos efeitos atingem a todos - tenham ou não participado do processo (Idem, p. 385/386).

As decisões que determinam a coisa julgada em processos coletivos estendem-se aos sujeitos *ultra parte* e *erga omnes*, observando os cuidados que Gidi (1995) bem sinalizou:

> [...] é preciso observar que, se déssemos à ação instaurada coletivamente o condão de obstar quaisquer outras ações individuais, através de uma esdrúxula 'legitimidade extraordinária compulsória e absoluta' (algo semelhante à legitimidade extraordinária exclusiva), isso importaria o sacrifício em massa dos direitos individuais de terceiros, o que seria intolerável, principalmente em face da perspectiva da possibilidade de existência de fraude organizada para prejudicá-los [...].
> Por outro lado, se às ações coletivas não se autorizasse a extensão da imutabilidade do seu julgado a terceiros, multiplicar-se-iam desnecessariamente ações semelhantes, com o mesmo objetivo, diferindo apenas nas partes, mas com idêntica causa de pedir e pedido. Isso emperraria, ainda mais, o judiciário e inviabilizaria mesmo a efetiva prevenção ou reparação do dano (...), sem falar nas decisões contraditórias por todo o país, o que compromete fundamente o já desgastado prestigio do Poder Judiciário (p. 59-60).

Justamente para relativizar estas condições de efeitos *ultra parte* e *erga omnes*, quando não se mostre adequada a representatividade em juízo, sendo a demanda decidia improcedente por deficiência probatória, aplicar-se-ia a coisa julgada *secundum eventum probationis*. A observância quanto a procedência ou improcedência da ação coletiva determina também a coisa julgada material *secundum eventum litis.*

> [...] temos a coisa julgada *secundum eventum litis* que é aquela que somente é produzida quando a demanda for julgada procedente. Se a ação for julgada improcedente, ela poderá ser reproposta, pois a decisão ali proferida não produzirá coisa julgada material. Este regime não é bem visto pela doutrina, pois trata as partes de forma desigual, colocando o réu em posição de flagrante desvantagem.
> [...] há ainda a coisa julgada *secundum eventum probationis*, que é aquela que só se forma apenas em caso de esgotamento das provas: se a demanda for julgada procedente, que é sempre com esgotamento de prova, ou improcedente com suficiência de provas. A decisão judicial só produzirá coisa julgada se forem exauridos todos os meios de prova. Se a decisão proferida no processo julgar a demanda improcedente por insuficiência de provas, não formará coisa julgada. A coisa julgada é, também aqui, *pro et contra*, pois surge independentemente do resultado da demanda, mas poderá ser revista se houver outra prova. Mitiga-se a eficácia preclusiva da coisa julgada material. Na verdade, a decisão é considerada uma decisão sem enfrentamento do mérito, a questão não é decidida ou é decidida sem o caráter de definitividade em face da própria

> cognição revelar-se *secundum probationem*. Assim, considera-se excepcionada, nesses casos, a vedação ao *non liquet* em matéria probatória (DIDIER JR; ZANETI JR, 2014, p.387).

Assim, sinteticamente, os efeitos que a decisão tem quanto a qualidade de coisa julgada, cuja extensão dá-se *erga omnes* quanto aos direitos ou interesses difusos e individuais homogêneos, e dá-se *ultra partes*, quanto aos direitos ou interesses coletivos, devem ser verificados conforme "a extensão *in utilibus* da coisa julgada para a esfera individual dos componentes da comunidade ou da coletividade" (GIDI, 1995, p. 127).

Diante destas verificações quanto ao processo coletivo, os efeitos das ações coletivas e a qualidade dos efeitos de suas decisões e quanto a coisa julgada, infere-se que a dinâmica da ação civil pública traz um procedimento útil a todas as demandas que ensejam interesses ou direitos transindividuais, e possam as comunidades ou coletividades instrumentalizar-se para enfrentar judicialmente o desafio da efetividade da cidadania, que no contexto dos direitos e interesses transindividuais da população negra orbitam em torno da promoção da igualdade racial.

CAPÍTULO IV – AÇÃO COLETIVA E SEU PAPEL NA PROMOÇÃO/PROTEÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS DA POPULAÇÃO NEGRA.

4 – Auspícios preliminares

Como bem observou Bobbio, "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los" (1992, p. 24). Pode-se dizer que o mesmo se aplica a questão dos direitos relacionados à questão racial no Brasil.

Não obstante as relações raciais consideradas e as obrigações do Estado em prol da igualdade, especialmente quanto à população negra, a constatação de violações a direitos assegurados continua.

E diante deste fato, é necessário se refletir a respeito de como enfrentar este problema e a busca de soluções legítimas que correspondam aos anseios das pessoas prejudicadas e ao mesmo tempo coloque em prática o legítimo Estado democrático de direito.

Percorrendo a trajetória dos direitos transindividuais da população negra, percebe-se que se está configurando uma nova perspectiva de tratamento das questões raciais no Brasil, notadamente o mecanismo e a dinâmica do processo coletivo deve corresponder ao modo como se dará a tutela destes direitos e interesses.

Desta feita, é preciso se verificar como o processo coletivo pode ser útil aos direitos de promoção da igualdade racial e no acesso a justiça, em caso de descumprimento de direitos ou ameaça a interesses transindividuais da população negra.

O processo coletivo, com seus instrumentos processuais, pode conduzir a ações práticas do Estado, e até mesmo de particulares, com a definição no próprio processo do ato a ser praticado ou impugnado que mereça reparação.

Portanto, considerando potencialidades e limitações da tutela coletiva, é possível se dimensionar, no que tange à população negra brasileira, à legislação aplicável quanto à proteção de direitos desse grupo, e ao sistema brasileiro de tutela jurisdicional de direitos transindividuais, se as ações coletivas se mostram como instrumentos adequados para a promoção da igualdade racial e combate ao racismo no Brasil.

Deste modo, concebendo-se que a constituição estabelece tanto as funções como o exercício de poder estatal por meio destas, é necessário se reconhecer que todos os órgãos de poder estão alinhados ao cumprimento dos princípios fundamentais e devem efetivar e assegurar os direitos fundamentais. Uma vez descumprido este plexo, os indivíduos devem

ser dotados de meios para que possam fazer valer seus direitos fundamentais, tendo como fonte principal a constituição, ampliando-se por todo o ordenamento jurídico, em normas infraconstitucionais que estejam relacionadas aos seus interesses legítimos.

Neste sentido, a constituição assim estabelece: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito[138]". Esta garantia é preciosa, como todas as outras, mas tem o singular condão de fazer cumprir com as demais, utilizando-se do aparato do Estado na sua execução. O Estado deve ser prestador de justiça. Por isso ter um poder jurisdicional a ser exercido por órgãos determinados, composto de magistrados que serão encarregados desta administração da justiça.

Silva Neto observa que "a positivação de garantias fundamentais em sede constitucional como forma de contenção do poder político se tornou conhecida como racionalização do poder", é "movimento que, em verdade, foi indispensável para a formalização das garantias de cunho social, fazendo com que de sua parte, o acesso a Justiça estivesse e esteja crescentemente comprometido com a realização do projeto social do Estado" (2004, p. 52).

Um dos principais objetivos a ser cumprido quanto à questão racial no Brasil é justamente a previsão do art. 3º., IV, da Constituição Federal. Uma sociedade com este objetivo não pode tolerar a desigualdade motivada ou detectada por discriminação racial, ou qualquer outra forma de discriminação prejudicial à promoção do bem de todos.

Além disso, a tônica do art. 3º., III, da Constituição Federal coloca como outras finalidades do Estado erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Esta norma traz força imanente de condutas que irradiam para outros núcleos de direitos fundamentais da constituição, orientando parâmetros de conduta para o Estado (CANELA JUNIOR, 2009). Considerando que uma parcela da população é discriminada racialmente, constatação patente em indicadores sociais que denunciam a pobreza e a marginalização da população negra em maliciosa desigualdade racial, ficando sujeita a diversas precariedades materiais, há motivos de se exigir o cumprimento destas metas como preço ao reconhecimento deste Estado democrático de direito.

A afronta a estes objetivos em si já poderia ser considerada inconstitucional, motivo pelo qual se deveriam buscar meios a sua adequação a *Lex Mater*. O Estado para cumprir com suas funções está organizado em poderes, cujos órgãos recebem atribuições para o fiel cumprimento de seus deveres. Cada poder tem um conjunto de funções atribuídas,

[138] Constituição Federal, art. 5º, XXXV.

dispostas conforme o texto constitucional. A separação de poderes é uma técnica de atribuição e organização, com o intuito de fazer cumprir com as funções do Estado, cujo exercício do poder, em nome do povo, deve respeitar a ata das decisões políticas contidas na Constituição Federal. Não serve apenas como limitador do poder político, evitando uma sobreposição hegemônica de poder a determinado órgão.

Muito embora seja a clássica teoria da separação dos poderes bastante utilizada para fundamentar um limite, quase um óbice, a atuação dos demais poderes, o fato é que o poder do Estado é uno, manifestação da soberania popular, e atrelado as atribuições que cada um dos órgãos dos poderes estatais está autorizado a praticar para fazer cumprir com as funções que lhe são afeitas, com independência e harmonia. Então, deve ser superada esta ideia de funções típicas e funções atípicas excludentes, pois é o texto constitucional quem definirá as funções a serem desempenhadas por cada um dos órgãos de poder.

Diante de um descumprimento ao texto constitucional, não atuando o Poder Executivo nem o Poder Legislativo na solução deste problema, o poder legítimo a esta atuação seria Poder Judiciário. De fato, a atividade jurisdicional tem como função precípua dizer o direito, com base no ordenamento jurídico, sempre que provocado a atuar. E neste sentido, não pode se limitar a deixar de cumprir com suas funções para se limitar a separação de poderes com noção de funções típicas aos demais poderes, pois agindo assim não estaria cumprindo com suas atribuições e nem exercendo o poder-dever que lhe fora acometido.

O Poder Judiciário, cuja legitimidade deve ser mensurada pelo cumprimento das suas funções constitucionalmente determinadas, e desde que atendam as finalidades sociais de sua atuação jurisdicional (PAULA, 2002, p. 26), “na estrutura organizacional e funcional do Estado, o Poder Judiciário figura como órgão controlador e moderador dos excessos dos demais poderes” (SOUZA, 1991, p. 19). Não sem limites, nem sem parâmetros, agirá em cumprimento de suas atribuições constitucionais.

Por esta importante função, a jurisdição, o Poder Judiciário atua de modo fundamental a preservação de uma garantia de suma importância que é a efetivação de direitos e interesses dos indivíduos e suas coletividades. A inafastabilidade da jurisdição assiste o acesso à justiça e o direito de ação de quaisquer sujeitos, para pleitear direitos ou interesses, individuais ou transindividuais. Tudo se pode pôr a prova do controle jurisdicional, sobretudo a legalidade dos atos praticados.

Inobstante este direito de ação e acesso à justiça, não se pode afirmar de fato que a jurisdição seja materialmente inafastável, como determina a norma jurídica. O direito fundamental à segurança, – compreendido como: respeito à legalidade; garantia de segurança nas relações jurídicas; proteção a honra e à imagem; garantias jurisdicionais, materiais e processuais –, requer também um estofo material para a concretização destas prerrogativas formalmente estabelecidas. De modo que não sendo asseguradas as bases materiais para usufruir destas garantias ao direito fundamental de segurança, o acesso à justiça restaria prejudicado.

4.1 – Acesso à justiça e promoção da igualdade racial da população negra.

Discutir o acesso à justiça é muito mais complexo do que considerar a simples dinâmica de pleitear em juízo por uma pretensão legítima dos indivíduos. Indicar o acesso ao judiciário como sinônimo de acesso à justiça pode ser um atalho rápido a uma resposta errônea para a questão. Considerando que até mesmo o termo justiça reúne em si diversas acepções e interpretações pontuais, fica realmente muito complexa sua abrangente definição.

No entanto, é possível se discutir o acesso à justiça considerando um sistema de prerrogativas que asseguram proteção e efetividade a um conjunto de direitos dos sujeitos mediante a utilização do aporte estatal de administração da justiça, como um recorte desta ampla discussão.

Considerando a contribuição de Mauro Capelletti nesta discussão em âmbito jurídico e seu coincidente aporte teórico para a temática da promoção da igualdade racial, justifica-se nestes termos a abordagem que se segue nesta tese.

Segundo Cappelletti e Garth:

> A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo (1988, p. 8).

Assim, o enfoque dado neste trabalho seguirá esta premissa de acesso à justiça: obter justiça social através da utilização do acesso efetivo do sistema jurídico-jurisdicional.

Considerando a evolução do conceito teórico de acesso à justiça proposto por Cappelletti e Garth (1988), percebe-se que as mudanças estruturais e os arranjos sociais se modificaram quanto à atuação do Estado em relação aos direitos fundamentais, sendo aquele cada vez mais exigido na realização destes direitos. Como afirmam os autores, "o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10).

Além disso, os novos modos de conviver e se relacionar geraram novos conflitos que se dimensionaram transindividualmente. Devido a estas transformações, requer-se do Direito uma adequação para esta nova realidade, buscando não apenas ofertar instrumentos adequados à proteção e promoção de direitos quando reivindicados no sistema jurídico-jurisdicional, como proporcionar efetivo acesso a este sistema.

Para justificar a importância dos meios de efetivo acesso à justiça, Cappelletti e Garth expõem alguns os obstáculos que comprometem a efetividade desse direito social básico. O principal problema a esta efetividade esta relacionada à igualdade e como cada um dos sujeitos no processo poderá atuar para defender suas pretensões, devendo ser identificados para que sejam enfrentados (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11-12).

Os autores indicam as custas processuais com o primeiro obstáculo, considerando as despesas que podem incorrer os litigantes na defesa processual em juízo de seus interesses e direitos. Expõem que honorários, custas processuais e demais recursos econômicos despendidos nas demandas já se tornam um dos principais entraves de acesso a este sistema jurídico processual.

Alem disso, as causas de pequeno valor econômico, independentemente dos direitos em questão, tornam-se outro ponto negativo frente aos gastos que podem ser suportados diretamente pelos litigantes. O que invibializaria o exame de pequenas causas em juízo.

Por fim, o tempo decorrente para se obter um provimento jurisdicional também encareceria a demanda, não apenas nos gastos, como também no sacrifício que os menos favorecidos teriam que suportar para esperar por uma solução mais justa, muitas vezes abrindo mão de direitos disponíveis para obter satisfações econômicas mais imediatas que possam sanar suas dificuldades financeiras imediatas.

O segundo obstáculo analisado pelos autores se refere às "possibilidades das partes" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p 12-14). Neste obstáculo, os autores indicam "algumas das vantagens e desvantagens básicas para determinados litigantes" "quando se

cogita da denegação ou da garantia de acesso efetivo". Indicam, pois: "recursos financeiros", "aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa", e a situação de se tratarem de "litigantes 'eventuais' e litigantes 'habituais'" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Neste contexto, as barreiras enfrentadas pelas pessoas com mais recursos para enfrentar demandas judiciais, custosas como se destacou no primeiro obstáculo, tanto podem pagar pelo processo e melhor defesa técnica de seus interesses, como suportar os necessários gastos. O mesmo não se pode afirmar aos desfavorecidos economicamente.

Quanto à aptidão para se reconhecer os direitos, "capacidade jurídica pessoal" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13), o problema é ainda maior, pois a conscientização e apreensão do que é ou não um direito, ou interesse legítimo, a ser reivindicado em juízo não é apenas uma questão social, mas cultural e psicológica (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 14). Como explicam os autores:

> Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos (1988, p. 13).
>
> É difícil "mobilizar" as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais (1988, p. 14).

Quanto aos litigantes habituais e litigantes eventuais, considera-se a experiência dos litigantes em demandas judiciais, o que pode influenciar no seu comportamento e nas estratégias processuais utilizadas, como ilustram Capelletti e Garth:

> As vantagens dos "habituais", de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros (1988, p. 14).

E o terceiro obstáculo indicado pelos autores em sua análise de acesso à justiça refere-se aos "problemas especiais dos interesses difusos", quanto "as várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar

uma estratégia comum", e "embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.15).

Ainda considerando o acesso à justiça, identificados os obstáculos, são propostas por Cappelletti e Garth (1988) considerações importantes para se superá-los:

> O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em seqüência cronológica (39). Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso — a primeira "onda" desse movimento novo — foi à assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro — e mais recente — é o que nos propomos a chamar simplesmente "enfoque de acesso a justiça" porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo (1988, p. 17).

A primeira onda refere-se à assistência jurídica gratuita, que corresponde a atuação processual e extraprocessual, inclusive com orientação jurídica de advogado, ou profissional técnico adequado[139]. No Brasil, como previsto entre os direitos e garantias fundamentais, "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Além disso, foi criada a Defensoria Pública pela Constituição Federal de 1988:

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Desta forma, asseguram-se os meios de aceder à justiça com advogados e defensores públicos que irão prestar esta assistência aos hipossuficientes, na missão de se superar o obstáculo das custas judiciais e quanto a possibilidade das partes. Sendo

[139] Há certa discussão a respeito do defensor público exercer funções de advogado ou ter funções típicas dos membros da Defensoria Pública, ao mesmo estilo dos promotores de justiça. Neste sentido, defendem os adeptos da função típica de defensor que a investidura no cargo lhes assegura *ius postulandi* sem necessitar estar inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, como todo advogado.

concedidos os benefícios da justiça gratuita pelo juiz, não seria mais óbice ao acesso à justiça por razões econômicas dos jurisdicionados. Porém, mesmo com a oferta de profissionais de assistência jurídica, há outros fatores relacionados à questão econômica que podem afetar o efetivo acesso à justiça, como o custeio destes serviços e a demanda por estes profissionais, sempre muito sobrecarregados de tarefas ou mal remunerados por estas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A segunda onda corresponde à representação dos interesses difusos. Cappelletti e Garth (1988) afirmam que a busca pelo atendimento destes interesses insurgentes deve ser realizada dentro do processo civil, com reformulação das bases tradicionais do processo judicial e dos tribunais. As considerações desta tutela processual coletiva, objeto do capitulo anterior deste trabalho, foram de suma importância para se desenvolver sistemas de processo coletivo pelo mundo. O problema de uma vertente coletiva de direitos materiais não poderia ser atendido plenamente por um procedimento judicial apenas pautado no individualismo e na formalidade do direito subjetivo.

Quanto à terceira onda, Cappelletti e Garth destacam o novo enfoque que deve ser dado ao acesso à justiça, buscando-se efetividade para além de um acesso aos meios processuais livre dos obstáculos das custas judiciais, das possibilidades das partes e representação de interesses difusos.

> O fato de reconhecermos a importância dessas reformas não deve impedir-nos de enxergar os seus limites. Sua preocupação é basicamente encontrar representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados. O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa "terceira onda" de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 30)

Neste enfoque, deve se buscar um combate mais articulado e compreensivo dos obstáculos ao acesso à justiça, devendo abranger "o conjunto de instituições e mecanismos pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas"(CAPELLETI; GARTH, 1988, p. 25).

Destas soluções práticas sugeridas por Cappelletti e Garth para um acesso à justiça mais efetivo, é possível tecer alguns comentários quanto aos direitos transindividuais da população negra e sua adequada representação judicial, considerando os obstáculos processuais apresentados.

Por todos os obstáculos até aqui mencionados, pode-se inferir que a população negra e seus integrantes estão, em grande parte, alijados do acesso à justiça.

Considerando os aspectos econômicos, a maioria da população negra tem menor renda, menor patrimônio e habita regiões com menor infraestrutura. Consideradas individualmente e quanto a sua capacidade econômica, as pessoas negras pobres tem menos recursos para enfrentar uma demanda judicial e defender seus interesses, seja como autor, seja como réu[140].

Enfrentar judicialmente demandas que afetem direitos sociais, e mesmo individuais, como a proteção da própria honra, para pessoas pobres em geral é um grande entrave, pois este obstáculo econômico torna-se intransponível sem as medidas estatais de assistência judiciária gratuita. Considerando a condição econômica das pessoas negras, cuja renda média é inferior à renda das pessoas brancas, e até mesmo da média brasileira[141], é inquestionável que esta camada da população enfrenta muitas dificuldades no acesso à justiça.

Quanto aos demais aspectos das possibilidades das partes enquanto obstáculos de acesso à justiça, a população negra tem os piores índices de analfabetismo e formação educacional do Brasil[142]. Soma-se a isto o fato de que a compreensão dos direitos relacionados não apenas a população negra coletivamente considerada, mas individualmente fruíveis, requer um reconhecimento dos sujeitos diretamente interessados e de toda a população.

Para muitos a questão racial no Brasil não é um problema a ser enfrentado juridicamente, mesmo quando se demonstram com indicadores sociais elementos notórios da discriminação racial. Esta cegueira para os problemas sociais dos negros decorrentes de elementos raciais na gênese das desigualdades é resultado o desconhecimento ideológico das relações raciais e o não-dito racista, introjetados na sociedade brasileira sob o manto e mito da democracia racial (SALES JUNIOR, 2006).

O padrão nacional de grupo social no Brasil sempre teve como foco a população branca (SKIDMORE, 2012; SOVIK, 2004; SCHWARCZ, 1993), levando ao Estado a realizar políticas de imigração europeia com fundamento de incrementar a sociedade

---

[140] Cf.: ADORNO, S. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo **Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, n. 43, p. 22, nov. 1995.

[141] A renda média (urbana) dos brasileiros é de R$ 1.222,90; os brancos de R$ 1.607,76; enquanto que os negros de R$ 921,18; todos para o ano de 2013 (IPEA, 2013).

[142] A taxa de analfabetismo consolidada no Brasil foi de 8,5%, sendo que para os brancos a taxa foi de 5,2% e para os negros de 11,5%. Quanto a média de anos de estudo, para o Brasil foi de 8, para os brancos de 8,8 e para os negros foi de 7,2. Todos os dados de 2013 (IPEA, 2013).

nacional brasileira nos moldes do modelo de civilização eurocêntrico, além de fornecimento de mão-de-obra para o trabalho assalariado. Nesta época, o mundo discutia o racialismo científico a manutenção das estruturas políticas e econômicas do neocolonialismo do século XX, o que foi fartamente utilizado pelas elites nacionais na manutenção de seus privilégios raciais com relação aos indivíduos negros recém-libertos da escravidão.

O embranquecimento não conduziu à formação de uma nação de população branca, mas instituiu a sociedade de integração racial conduzida por uma intensa miscigenação, o que seria interpretado como uma "democracia racial". Se de fato a democracia racial pode ser percebida na seara cultural e artística, não se pode dizer o mesmo em termos sociais, políticos e econômicos. Afirmar que no Brasil há uma democracia racial por não existir conflitos raciais é algo falacioso. Não obstante este entendimento da miscigenação e democracia racial, o que se nota é uma desigualdade racial em números de indicadores sociais, bem como na apreensão das representações sociais e do que se consta no imaginário coletivo quanto à condição dos indivíduos negros como sujeitos de direito e de deveres na sociedade brasileira.

Os direitos humanos buscam na etapa de especificação assegurar aos indivíduos, individual e coletivamente, o reconhecimento de suas caracterizações, de modo que não se elimine a diferença na homogeneidade, nem se deixe de proteger indivíduos que devido a este pertencimento grupal possam ter direitos violados, que não só os atinjam individualmente, mas também ao grupo coletivo do qual fazem parte.

> Uma realidade específica, que transcende o tradicional papel do direito e lhe oferta mais uma função social- a de estratégia de luta contra a desigualdade, cujo parâmetro não se exige em sua diminuição ou neutralização, mas fundamentalmente na implementação da igualdade (BERTULIO, 2003, p. 100).

O que gera a especificidade para a proteção de direitos dos grupos prejudicados pelo racismo é justamente o tratamento desigual. Tratamento este que se acomete justamente pelo pertencimento de indivíduos aos grupos raciais desfavorecidos, de modo que:

> Torna-se assim necessário repensar o valor da igualdade, a fim de que as especificidades e as diferenças sejam observadas e respeitadas. Somente mediante essa nova perspectiva é possível transitar-se da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva (PIOVESAN, 2012, 94).

Ocorre que existe certa resistência em se reconhecer o direito à proteção neste contexto, sobretudo para a população negra. Esta resistência ao reconhecimento já é um dos indícios da naturalização do tratamento desigual, o que impede o pleno reconhecimento da necessidade de proteção específica de direitos a este grupo.

A defesa de direitos genericamente atribuídos a todos, sem reconhecer a carência de alguns grupos por direitos específicos de proteção não permitiria compreender a condição humana em suas diversas situações, deixando-se de dar a devida importância à diversidade da constituição social humana das sociedades (BERTÚLIO, 2003, p. 101).

O entendimento de um grupo homogêneo e detentor de direitos genericamente estabelecidos somente seria justo se cada indivíduo deste conjunto pudesse exercer e exigir o cumprimento de direitos "por pertencer a uma comunidade, independentemente de seu pertencimento racial" (BERTÚLIO, 2003, p. 102). Ocorre que na atual conjuntura, não é este o quadro que se constata no Brasil. O preconceito e a discriminação racial estabeleceram que direitos possam ser na pratica exercidos por determinados sujeitos de acordo com seu pertencimento racial.

Ao se desconsiderar a discussão, reflexão e julgamento de questões relativas ao racismo, preconceito e discriminação racial no contexto político e social, colabora-se com a manutenção de estereótipos negativos para a população negra e evita-se a sua inclusão na sociedade de modo justo e igualitário. A naturalização de desigualdades a um grupo humano, seja de qual pertencimento racial for, gera um alerta a toda a sociedade, pois demonstra que a preocupação com toda a comunidade não está presente. Esta falta de preocupação com a qualidade de vida de pessoas vai alastrando-se, atingindo também os demais grupos e até mesmo aos integrantes de grupos privilegiados em termos raciais, mas despossuídos de bens e patrimônio que lhes tragam benefícios e segurança de sua qualidade de vida materialmente digna.

Quanto à questão de litigantes habituais ou eventuais, Bertúlio (2003) faz uma interessante abordagem a respeito da forma como as pessoas negras se relacionam com a administração da justiça no Brasil. Em sua análise, parte da dicotomia entre o direito público e o direito privado.

Verifica que no direito privado, aplicável às questões particulares, unicamente considerando os indivíduos por si mesmos, não obstante levar-se a esta instância questões relacionadas à cidadania, direitos e deveres de interesse social relevantes, prepondera a ideia de discussão de direitos patrimoniais, ou com efeitos patrimoniais. A pesquisadora

denuncia que a pessoa negra não é um sujeito processual litigante frequente em direitos patrimoniais e que a percepção dos direitos que leva à justiça quanto ao racismo, preconceito e discriminação racial nas demandas que acionam a maquina judicial em termos de reparação e indenizações por danos decorrentes, esbarram no não reconhecimento de efetiva lesão a estes postulantes (BERTÚLIO, 2003).

Quanto ao litigante negro na esfera do direito público, observa a professora que no contexto em que se analisa o racismo de modo nuclear no sistema jurídico processual, a saber, enquanto crime de discriminação racial, o *locus* judicial é o de aplicação do Direito Penal. Neste âmbito de atuação jurídica o individuo negro é bem "conhecido" como réu, no entanto, nas ações de crimes de discriminação pode figurar como vítima. Nem por isto, significa que haverá o fato típico de um crime ser por todos reconhecido como comportamento ilegítimo.

Sinteticamente, em âmbito do direito privado, em questões patrimoniais que envolvem principalmente o direito civil, os negros não são litigantes habituais, e quando atuam eventualmente em litígios de reparação de danos por discriminação são tratados com desconfiança. Já em âmbito de direito publico, de aplicação do direito penal, o negro é um litigante habitual como réu, e eventual como vítima, havendo, porém, resistência e dificuldade em se reconhecer o ilícito racial, seja por falta de provas seja pela interpretação da inexistência de dolo ou da própria lesão[143].

A respeito do terceiro obstáculo, considerando os direitos transindividuais da população negra, para além de toda a motivação quanto ao atendimento mediante tutela coletiva, como exposto no capitulo anterior, existem peculiares entraves ao acesso à justiça.

O reconhecimento de um grupo social denominado de população negra, ou simplesmente de negros, não é plenamente aceita por todos. Há tanto negros como não negros que não aceitam pacificamente esta categoria social sob argumento de miscigenação e que todos são iguais perante a lei, portanto não haveria um motivo legítimo para esta definição específica de pessoas negras, e neste sentido não se configurariam um direito grupal quanto às pessoas que se autoidentificassem como pretas e pardas.

Se não é aceita uma justificativa legítima para direitos específicos a este grupo, prejudica-se com este argumento o reconhecimento a direitos transindividuais da população negra. Embora todas as justificativas para esta proteção específica façam-se

[143] Cf.: CONCEIÇÃO, 2014; MACHADO et al., 2012; WERLE et al., 2012.

concretamente denunciadas e comprovadas e pelos indicadores sociais e movimento negro, a ponto de se positivar normas jurídicas especificando estes direitos e protegendo os interesses da população negra em prol de um tratamento igualitário, há muita resistência em aceitá-los por uma parcela considerável da população brasileira.

Esta resistência deve-se e muito a interpretação dada ao fenômeno do racismo e suas formas de manifestação individual e institucional que formatam culturalmente a naturalização do preconceito racial sutil e não dito, mas que interfere no tratamento igualitário, gerado a discriminação racial. Esta discriminação tão naturalizada e indireta encaixa-se com o perfil da sociedade cultuada pela branquitude e mantida pelo pacto narcísico.

Ao se identificar que há um recorte racial nos indicadores sociais, a ponto de se verificar índices de desenvolvimento humano (IDH) muito diferentes para brancos, pretos e pardos, e constatar que não há outro argumento mais consistente para motivar este fato do que a persistência do racismo, o único meio de se combater o mal da desigualdade racial é reconhecer o preconceito e discriminação raciais existentes, seus mecanismos de seleção de sujeitos e atuação, para o enfrentamento adequado.

A identidade negra é o ponto fulcral de reconhecimento do racismo contra o negro no Brasil, pois é reconhecendo que um grupo social identificado e inferiorizado em relação a outro grupo social por critérios raciais que se geram preconceito e discriminação. E neste sentido, não é possível se abandonar os elementos que marcam os fatores de identificação dos negros pelo olhar racializado, sob pena de se deixar sem proteção adequada pessoas que estão sendo assim discriminadas.

A identidade negra está associada a uma conscientização jurídica e política de sujeitos de direito determinados, ou seja, a uma ideia de sujeito de direitos qualificado em termos de direitos e obrigações para com o Estado. Claro que esta identidade pode ser uma manifestação ligada a um modo de vida ou cultura, mas independentemente de uma pessoa autodeclarada negra viver num quilombo ou na mais urbana das cidades nacionais, convivendo no mesmo espaço ou tendo diferentes formações culturais, educacionais ou religiosas, o que as reúne e as identifica são os efeitos perversos do preconceito e discriminação decorrentes do racismo (SCHUCMAN, 2012), afetando-lhes bens jurídicos ligados a dignidade da pessoa humana e ao tratamento igualitário que se espera de todos para com todos.

Faticamente, o racismo e suas formas de expressão tem consubstanciado a reunião reativa dos negros, legitimando a sua unificação e caracterização como coletivo

homogêneo (SCHUCMAN, 2012, p. 40).

Enquanto uma identidade coletiva, pode-se dizer que são definidas em relação a uma alteridade. Devem também ser definidas a partir da síntese de múltiplas identificações (MELUCCI, 2001 apud SCHUCMAN, 2012, p. 40), sendo, no sentido genérico, fictícias e necessárias, colaborando para a análise da identidade negra (SOUSA SANTOS, 1995 apud SCHUCMAN, 2012, p. 40).

> São fictícias, pois nenhum negro é igual ao outro, e ser negro não é uma entidade fixa e sólida. Porém, a identidade faz-se necessária como defesa de um grupo ou de uma coletividade. A identidade, então, assume caráter de escudo e defesa de si perante o outro (SAWAIA, 1999), e também é, portanto, uma categoria política. (Idem, p. 40).

Ademais, não há uma institucionalização arbitrária pelo Estado das identidades raciais e sim a formalização de um tratamento já identificado e consolidado pela própria sociedade. É a regulamentação e oficialização de uma prática social com finalidade de identificar melhor os sujeitos quanto às suas carências e limitações impostas pelo fenômeno da desigualdade racial existente.

Sendo assim, é preciso se reconhecer as dimensões de uma construção social, cultural, política e jurídica de identidade da população negra a partir da identificação dos sujeitos deste agrupamento social, na interação com os membros do grupo e com as demais pessoas, analisando como se relacionam.

Reconhecida a identidade negra como uma qualidade para reunião das pessoas em um grupo social da população negra, reconhecendo suas necessidades e qualidades enquanto coletividade, desta feita são possíveis definições de interesses transindividuais que se tornem objeto de definição de direitos a serem tutelados em juízo.

Neste contexto, podem ser verificados os resultados perversos do racismo causados por séculos de tratamento desigual, não como um modo de reparação histórica e isolada da realidade atual vivida por estes atores sociais, mas sim buscando atender aos fins sociais das normas jurídicas e da jurisdição em casos específicos e atuais de preconceito e discriminação raciais sofridos pelos membros da população negra.

Reconhecendo que no conjunto da população brasileira, a população negra é a que mais sofre com restrições de cunho social, educacional, econômico e de segurança, são necessárias políticas públicas adequadas as suas necessidades, para que possam ser

atendidos em suas necessidades específicas em busca do verdadeiro tratamento igualitário, que corresponda à construção de uma "uma sociedade livre, justa e solidária[144]".

4.2 – Uso das ações coletivas em prol de direitos transindividuais da população negra: limites e potencialidades.

Com o desenvolvimento da discussão da questão racial brasileira, sobretudo após o processo de redemocratização e da Constituição Federal de 1988, muitos direitos materiais transindividuais foram sendo reconhecidos, e diversos interesses transindividuais a partir da constitucionalização do direito civil (SARLET, 2009; SILVA, 2000), passaram a ser tutelados por instrumentos processuais do processo coletivo (GRINOVER et al, 2007). Este alcance a todos os novos direitos foi sendo paulatinamente ampliados conforme o discurso dos direitos humanos e a permeabilidade do ordenamento jurídico às reivindicações sociais.

Quanto ao tratamento jurídico dado ao indivíduo negro, a dinâmica do reconhecimento de sua dignidade humana, deixando de ser um bem similar a um semovente da época colonial e imperial, passando por uma transição de sujeito de direito a cidadão durante a república, no entanto, sem usufruir de uma cidadania plena, mesmo sem qualquer entrave normativo formalmente discriminatório, chega-se a uma fase mais humanitária e mais próxima da efetivação da igualdade. Esta proximidade de efetivação é constatada pelo reconhecimento de que há desigualdade. E a partir deste reconhecimento, medidas estão sendo implementadas normativamente, com novas leis específicas para a população negra e direitos sendo reconhecidos.

A diluição da população negra na multiétnica população brasileira para fins de implementação da igualdade formal não conseguiu esconder a cor da desigualdade denunciada pelos cidadãos, que tendo vez e voz na nova ordem de um Estado democrático de direito, passam a exigir a igualdade material que este modelo de Estado deve promover a todos.

A condição dos negros no Brasil deve ter medidas adequadas a sua realidade para uma verdadeira promoção da igualdade racial. Esta especificação passa necessariamente por medidas de enfrentamento do racismo e suas formas de manifestação. O preconceito e a discriminação racial têm como substrato o tratamento desigual gerado pelo racismo. Estes dois elementos de afronta ao tratamento igualitário e a dignidade da pessoa humana

[144] Constituição Federal, art. 3º, I.

precisam ser combatidos com medidas punitivas, mas também com medidas que proporcionem qualidade de vida para os sujeitos em desvantagem de condições. Desvantagens estas histórica e intencionalmente construídas para com a população negra (CARNEIRO, 1996; GUIMARÃES, 1999; SANTOS, 2002). Esta tem sido a interpretação dos tribunais quanto à temática do racismo, tanto para punição do preconceito e discriminação racial (HC 82424/RS), quanto para a promoção de ações afirmativas (ADPF 186/DF).

As medidas de promoção da igualdade racial promovidas pelo Estado brasileiro, reunidas no Estatuto da Igualdade Racial, nas leis das cotas para educação no ensino público federal e para concursos públicos do Poder Executivo federal reúnem positivamente direitos transindividuais específicos da população negra.

Não obstante estes diplomas com normas específicas, outras normas gerais também dão fundamento a proteção de interesses transindividuais da população negra, abrangendo diversos ramos do direito, como os âmbitos civil e trabalhista, interpretados conforme a constituição quanto à implementação da igualdade.

Esta modificação na interpretação e estrutura de direitos e interesses da coletividade, somados aos mecanismos do processo coletivo para o enfrentamento de lesões ou ameaças de lesão a direitos transindividuais, conduzem a uma importante instrumentalização da população negra para a defesa e promoção da igualdade racial.

Neste contexto, a utilização da ação civil pública para a promoção da igualdade racial é um procedimento pluralista, estratégico e democrático de acesso a justiça.

O pluralismo como um dos fundamentos do Estado democrático de direito brasileiro corresponde à busca de participação dos sujeitos que compõem a sociedade no exercício do poder com vistas a evitar a centralização ou concentração deste exercício a restritos grupos – quando não a apenas um único grupo –, tendo em vista evitar o monopólio das decisões políticas e administrativas do Estado. A sinergia dos grupos em torno do poder é uma característica da sociedade plural, de modo que sem esta interação não se exerce legitimamente o poder.

Pode se compreender também, segundo Wolkmer, os sinais de um pluralismo jurídico, a ideia de pluralismo associado a "atores coletivos emergenciais, exigências valorativas contínuas, necessidades e lutas específicas e diversidade intercultural" (2003, p. 26).

Esta participação e fiscalização uns dos outros, dos grupos que compõem a sociedade, cria ambiente propício a efetivação de outros valores muito importantes como a liberdade e a igualdade. De fato, ao se evitar a concentração de poderes em determinado grupo, ou grupos dominantes, colabora-se para a efetivação dos fins do Estado como constitucionalmente assegurados. Ao se constatar que os grupos sociais têm direito a participação nas decisões e que estarão dispostos a defender seus interesses a ponto de influenciarem nas decisões e rumos que o Estado tomará, necessariamente se estará colaborando para com a afirmação da democracia, buscando a superação dos dissensos e das incompatibilidades, buscando-se exercitar a tolerância e a negociação. Em uma sociedade pluralista o desejo de todos os grupos pode ser representado, conforme as reivindicações de seus membros, influenciando e exigindo, por meio participativo da tomada de decisões.

A atualidade da busca pelo direito e suas instituições jurídicas por diversos agentes, e diversos temas sendo levados ao poder judiciário para se constatar ou formar consensos ante os diversos conflitos sociais e interesses envolvidos faz crescer em importância a legitimidade da atuação dos tribunais no exercício do poder que lhe foi atribuído. A busca pelo ativismo judicial pode corresponder a interesses dos grupos na satisfação imediata dos seus interesses, correspondentes a bens de incontestável procedência legal, como pode corresponder a uma utilização estratégica da jurisdição para se discutir e alcançar um interesse ainda não alcançado pelas normas jurídicas, especificas ou gerais, contribuindo para a ordenação social.

> O Poder Judiciário na sociedade brasileira é reconhecidamente cada vez mais visto como um lugar de disputa por direitos. Nessa medida, o acesso a justiça das demandas por um tratamento igualitário passou a ser uma agenda importante para os movimentos sociais, e um direito crucial (SANTOS, 2013, p. 64).

Mediante atuação por ações coletivas, o poder judiciário é instado a decidir sobre os direitos ou interesses da coletividade ali adequadamente representada, que tanto pode ser um substituto processual institucionalizado pelo próprio Estado, como a Defensoria Pública ou o Ministério Público, como a própria sociedade civil organizada, representada por movimentos sociais. Esta mobilização em torno do direito e suas instituições se deve à noção de instrumentalidade do processo para o alcance de fins sociais da jurisdição.

As contribuições para o quadro jurídico constitucional e infraconstitucional de proteção contra o racismo são resultado conjunto da mobilização dos movimentos sociais

negros em luta pelo reconhecimento de cidadania com a sensibilização das instituições formais dos poderes do Estado, considerando garantias à igualdade material e reconhecimento de bens simbólicos das manifestações culturais para com a população negra nacional.

A estratégia dos movimentos sociais negros para a questão racial tem sido de se utilizar da agenda da defesa dos diretos humanos para compor sua agenda de luta pelo tratamento igualitário com mobilização política e jurídica dos poderes do Estado. Junto aos poderes legislativo e executivo, tendem a formar consensos para elaboração de normas específicas que atendam aos interesses da coletividade negra. Junto ao poder judiciário, buscam tanto o cumprimento das demandas já respaldadas por normas jurídicas específicas, quanto à apreciação de uma demanda com normas gerais que interpretadas conforme a constituição, podem assegurar-lhes direitos objetivados pelas decisões judiciais.

> Movimentos sociais são modos de conduta orientada a formar consciência coletiva. Sua função é articular critérios para ação política, visando influir, manter ou transformar as relações materiais e ideológicas prevalecentes na sociedade (SCURO NETO, 2011, p. 24).

Neste sentido, considerando que a maioria das pessoas que compõem a população negra estão em situação de hipossuficiência em sentido amplo, como falta de recursos econômicos, falta de conhecimento de seus direitos e baixa escolaridade, a própria situação de vulnerabilidade social quanto à moradia e deslocamento para os locais onde se encontram os tribunais e instâncias judiciais, entre outras carências, resta patente o uso estratégico das ações coletivas em tutela processual de interesses coletivos, pois sem esta medida não se alcançariam individualmente proteção a estes sujeitos. Não conseguiriam buscar a efetividade de seus direitos, nem se utilizarem das garantias para efetivá-los, quando não espontaneamente cumpridos.

> As ações coletivas têm, em geral, duas justificativas atuais de ordem sociológica e política: a primeira, mais abrangente, revela-se no princípio do acesso à Justiça; a segunda, de política judiciária, no princípio da economia processuais. (DIDIER JR.; ZANETI JR, 2014, p. 35).

Compreendendo que as ações coletivas promovem economia processual, acesso à justiça e aplicação do direito material (GIDI, 2007), seu uso estratégico tem também este objetivo.

Como observa Gidi (2007, p. 28), "o objetivo institucional do sistema judicial é decidir litígios e fazer justiça [...]", de tal modo, a economia processual quanto ao tempo e dispêndio de recursos ganha importância apenas neste contexto, para se chegar mais rápido e mais efetivamente ao objetivo de pôr término ao conflito com a melhor satisfação possível dos interesses legitimamente envolvidos, buscando-se a solução mais justa. Gidi esclarece também que o fator economia processual é um resultado da abrangência de benefícios coletivos frente a benefícios individuais, relativos aos tipos de tutelas coletivas e individuais. O mesmo se observa quanto aos valores econômicos brutos e simbólicos alcançados pelo processo coletivo quando comparado ao processo individual (GIDI, 2007). Mais do que tudo isto, a economia processual informa a norma constitucional de "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (Constituição Federal, art. 5º, LXXVIII).

Quanto ao acesso à justiça, considerando os aspectos já discutidos de obstáculos e as sugestões de melhoria a este acesso, as ações coletivas têm como peculiaridade ser o instrumento prático para se levar às instâncias judiciais os direitos e interesses teoricamente protegidos pelas normas jurídicas, mas que seriam indefensáveis por seus próprios titulares, sujeitos de direitos destas prerrogativas e vantagens, devido à falta de recursos, falta de conhecimento ou mesmo falta de uma organização adequada para se litigar em termos individuais considerando todos estes fatores de difícil superação pela via individual. Além disso, a desigualdade entre as partes no processo pode ser um fator de dificuldade na obtenção de decisão legitima e justa.

> O equilíbrio da situação se altera, porém, quando centenas ou milhares de pessoas em uma mesma situação podem se reunir com o objetivo de solucionar toda a controvérsia coletiva através de um único processo e de uma única sentença, que vincule definitivamente todos os interessados. A ação coletiva coloca, portanto, ambas as partes (o grupo lesado e o réu) em uma posição de igualdade (GIDI, 2007, p. 29).

Em casos cuja afetação do dano lesiona pessoas larga em escala de forma similar, as ações coletivas são eficientes na apuração de medidas e soluções para o conflito, buscando harmonizar as decisões aos membros do grupo. A dispersão e os resultados de

um processo individual certamente não trariam os mesmos benefícios alcançados pelo processo coletivo.

Com este alcance coletivo das decisões, sujeitos que sequer poderiam saber de um direito seu ter sido violado, podem estar sendo beneficiados e protegidos juridicamente.

> A ação coletiva também pode ser utilizada por minorias oprimidas da sociedade, que, em razão mesmo de serem minorias, não têm acesso as instituições representativas do regime democrático, como negros, mulheres e homossexuais. Desta forma, funcionam como um instrumento alternativo para aqueles grupos que não podem fazer valer o seu interesse através das urnas. Assim, as ações coletivas, conjugadas a outros instrumentos políticos, podem ser usadas como instrumento catalizador de uma ampla alteração social (GIDI, 2007, p. 32).

Desta forma, o acesso à justiça se faz com o objetivo de dar um novo entendimento para a participação democrática, neste sentido,

> A ação coletiva reestabelece o equilíbrio entre o individuo e as instituições que o oprimem, como o governo e as grandes empresas, na medida em que proporciona uma igualdade de armas e do poder de barganha (GIDI, 2007, p. 32).

A efetivação de direitos materiais de um determinado âmbito, como os direitos transindividuais da população negra, é de suma importância para se alcançar a efetiva justiça. De nada adianta haver lutas, normas, processo e todas as demais investidas jurídicas, se a efetivação destes direitos não ocorre na prática.

Assim, expõe Gidi:

> O terceiro objetivo buscado pela tutela coletiva dos direitos é o de tornar efetivo o direito material e promover a as políticas públicas do Estado. Isso é obtido de duas formas. A primeira é através da realização *autoritativa* da justiça no caso concreto de ilícito coletivo, corrigindo de forma coletiva o ilícito coletivamente causado [...]. A segunda é realizada de forma profilática, através do estimulo da sociedade ao cumprimento *voluntário* do direito, através do desestimulo a pratica de condutas ilícitas coletivas, por meio da sua efetiva punição [...]. (2007, p. 33).

Deste modo, considerando os direitos transindividuais da população negra, sobretudo ao tratamento igualitário e a não discriminação, a observância destes direitos é dever de todos. Sendo descumprido este dever quanto ao respeito e a dignidade destas

pessoas, deve haver a correção desta conduta e com isto a prevenção de novas condutas similares.

Considerando o tratamento punitivo aplicado pelo direito penal, há pontos que merecem consideração neste contexto. O tratamento penal das práticas de racismo, que no ordenamento jurídico brasileiro é realizado por lei que tipifica e prevê penas para condutas típicas de crimes resultantes de preconceito de raça ou cor, não considera uma ofensa pessoal ou grupal como ilícito desta estatura. A injúria racial como definida na dogmática penal é dirigida a um único sujeito como vítima, e pune a um único sujeito como autor. Não alcançam proteção as demais vítimas que se sentem prejudicadas em sua honra com o vilipêndio da honra de seu semelhante. Aliás, seu mais semelhante, porque igual na vitimização pelos efeitos do racismo.

O instituto da injúria foi criado justamente para evitar a agressão à honra subjetiva das pessoas, para não se tolerar que alguém seja ofendido impunemente. No entanto, há uma diferença muito grande quanto à ofensa pessoal e a ofensa pessoal por pertencimento a grupo racial inferiorizado (GUIMARÃES, 1999; SANTOS, 2013). Esta lógica individual da conduta contra bem jurídico penal está sendo revista, inclusive com a discussão doutrinária[145] e de projeto de lei[146] quanto à tutela penal de bens jurídicos difusos, alcançando novas formas de punição inclusive da pessoa jurídica envolvida[147].

Como observa Gidi, "o controle criminal ou administrativo provê compensação para os prejuízos efetivamente sofridos pelos membros do grupo" (2007, p. 33). Por esta razão, restaria ineficiente a tutela apenas penal em termos de vítimas somente individuais.

Além disso, a tutela processual civil coletiva pode contribuir para a efetivação de políticas públicas, sendo possível levar estas políticas a controle judicial, para se sejam conhecidos todos os interesses, inclusive do governo, quanto à implementação e efetivação das mesmas (CANELA JR, 2009).

Além disso, com a efetivação de direitos motivada pela ação coletiva, é possível se transformar socialmente a questão racial promovendo coletivamente os interesses da população negra, alcançando resultados de impacto material e simbólicos, a medida que traz não apenas o reconhecimento de direitos de um grupo vulnerável, como também o reconhecimento dos deveres dos demais grupos em respeitá-los.

---

[145] Cf.: REALE JR.,1983; FERREIRA, 1995.
[146] PL 1749/2015: Tipifica o crime de injúria racial coletiva e torna pública incondicionada a respectiva ação penal. Câmara dos Deputados.
[147] Cf.: DOTTI, R. A. A incapacidade criminal da pessoa jurídica, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, 1995.

Como salienta Gidi:

> A simples possibilidade da tutela coletiva, e da consequente responsabilidade civil em massa, faz com que potenciais infratores se sintam desencorajados de praticar condutas ilícitas coletivas [...] (2007, p. 36).

Esta dinâmica de interação dos sujeitos interessados com o processo gera uma participação muito importante para a organização da sociedade civil, que podendo atuar coletivamente no processo, ficam menos dependentes das instituições estatais, podendo conduzir com mais motivação e empenho seus interesses e necessidades. Além de se efetivar, a participação é ampliada.

Pesquisas tem demonstrado que o número de pessoas que se autoidentificam como pretas e pardas aumentou desde que foram sendo assegurados direitos transindividuais. Este aumento se deve a maior autoestima e conscientização de direitos, maior divulgação do movimento negro, e claro ao acirramento dos debates da questão racial frente às mudanças nas estruturas há tanto tempo consolidada da mítica democracia racial.

Mesmo com tantas expectativas positivas quanto ao uso de ações coletivas pelos próprios interessados, mediante legitimação das associações civis, seu uso ainda é bem modesto por estes atores. A maior parte das ações coletivas para defesa de direitos transindividuais da população negra tem sido promovida pelas instituições estatais, como Ministério Publico e Defensoria Pública[148].

Informalmente, quatro entidades da sociedade civil que militam para proteção de direitos da população negra foram consultadas para informar sobre sua experiência com ações coletivas para a defesa de interesses transindividuais. Todas responderam que preferiam representarem ao Ministério Público a enfrentarem elas mesmas um processo coletivo.

A justificativa para não ajuizar ações coletivas dada por estas entidades foi de duas ordens econômicas: as custas processuais, sobretudo com advogados, e a falta de um retorno financeiro, pois os recursos resultantes de condenações em dinheiro seriam revertidos a um fundo mantido pelo Estado.

De fato, as custas relativas de uma ação coletiva podem ser em alguns caso superiores a um ação individual (GIDI, 2007). No entanto, os critérios de economia

[148] Pesquisa processual e de jurisprudência realizada no site Jusbrasil. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em:16 maio 2015.

processual e custos processuais para os litigantes devem ser relativizados frente ao acesso à justiça e efetivação de direitos.

Neste sentido, havendo o benefício de justiça gratuita como garantia ao direito fundamental de acesso a justiça extensível as pessoas jurídicas, como previsto na Súmula 481[149] do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, a ser ofertada pela Defensoria Pública, ou quem estiver na condição de realizar esta assistência, não se pode alegar falta de recursos econômicos como óbice a esta atuação direta das associações civis no processo coletivo de direitos transindividuais da população negra.

Quanto à destinação dos recursos decorrentes das condenações em dinheiro, dependem dos direitos transindividuais em litígio. Havendo direitos ou interesses coletivos e difusos, serão os recursos destinados a reparação dos bens difusos e coletivos lesados, sendo arrecadados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). Este fundo inclusive deve prestar contas ao juízo quanto ao exato cumprimento das destinações dos recursos arrecadados pelo fundo.

Quanto aos recursos decorrentes de direitos ou interesses individuais homogêneos, os montantes não destinados ao ressarcimento individual de cada sujeito interessado, serão também revertidos a este fundo.

O mesmo se dá quanto às multas e valores decorrentes de depósitos judiciais relativos à tutela de direitos coletivos.

Neste contexto, a princípio haveria a frustração de não ver satisfeito o empenho de uma ação judicial em prol da defesa de um direito que tenho como objetivo um fim econômico a ser alcançado. No entanto, a maior parte dos direitos transindividuais que poderiam ser reclamados pela população negra não tem este objetivo econômico de tutela, embora possa também contemplar vantagens materiais para os litigantes, como na reparação de danos patrimoniais específicos de uma comunidade quilombola.

Com o Estatuto da Igualdade Racial, foi alterado o artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública, fazendo acrescentar o parágrafo segundo, que trata da destinação especifica dos recursos arrecadados pelo fundo decorrentes de ato de discriminação étnica, cujos valores arrecadados devem ser utilizados:

---

[149] SÚMULA n. 481, STJ: Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

> [...] para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente" (LACP, art. 13, § 2º).

Logo, podem as associações beneficiarem-se destes recursos, a depender da destinação dada em decisão judicial, correspondente a atuação na defesa dos direitos transindividuais da população negra, objeto jurídico protegido pela tutela coletiva, como também ser destinatária de recursos conforme destinação do gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, respeitando as definições dos Conselhos de Promoção da Igualdade Racial nacional e subnacionais, conforme sua competência, para aplicação em atividades relacionadas à infração ou dano relativos à questão racial.

Superados estes entraves econômicos, é preciso ter em mente que a ação coletiva é muito mais eficiente em termos de atuação preventiva e supressiva de danos, com a utilização de medidas de fazer ou não fazer que possam preservar o bem jurídico coletivo ameaçado. Priorizando-se uma tutela inibitória e cominatória a uma tutela ressarcitória (MARINONI, 2012), a questão econômica torna-se menos relevante e deve ser incentivada, inclusive com o uso de recursos relativos ao fundo de direitos difusos.

Portanto, merecem as associações darem mais credibilidade e buscar os meios de tutela dos direitos coletivos, usufruindo da sua qualidade legal a priori de representante adequado, utilizando as decisões possíveis como função educativa do processo coletivo. Como argumenta Gidi:

> Essa é uma função educativa exercida pelas ações coletivas. Assim, ainda que em determinada *class action* não haja benefício financeiro efetivo para os membros do grupo, isso não significa que o prosseguimento da ação seja inútil. O que importa é punir aquele que praticou a conduta ilícita, sem deixá-lo locupletar-se com os lucros obtidos com a conduta praticada (enriquecimento ilícito), fazendo-o responder em juízo pelo prejuízo coletivo que casou e desmotivando a prática ilícita no futuro. Não importa muito para onde ou para quem o dinheiro vai: se para pagar as despesas processuais, para o Estado, para o representante, ou para os advogados, para os membros do grupo, para uma instituição de caridade ou para um fundo desconhecido. O que é importante é que nenhuma conduta ilícita fique impune pelo simples fato de que foi tão inteligentemente perpetrada que não se sabe com calcular ou o que fazer com o dinheiro da indenização devida. Seria permitir que o infrator se beneficie da sua própria torpeza (GIDI, 2007, p. 35-36).

Ainda quanto ao uso estratégico da ação civil pública para a tutela dos direitos transindividuais da população negra, é preciso considerar as políticas públicas e ações afirmativas a serem implementadas.

O Estatuto da Igualdade Racial pode ser considerado um diploma coletivo dado o contexto dos direitos materiais ali contidos. As normas nele estabelecidas comportam a toda a coletividade, mesmo que seja considerado um único a sujeito, a satisfação de um interesse individual neste contexto alcança a toda coletividade. Assim como o dano individual repercute aos demais, de acordo com as suas previsões de proteção.

Segundo Didier Jr e Zaneti Jr, a previsão especifica de uso da ação coletiva permite:

> [...] atuar no campo das ações afirmativas, políticas de combate à discriminação racial e redução das desigualdades utilizando-se da expressa conceituação legal, que, se não representa uma novidade absoluta, fortalece, em muito, o sistema de tutela dos direitos fundamentais decorrentes da igualdade prevista na Constituição (2014, p.130).

Estas medidas de ações afirmativas e políticas públicas voltadas à promoção da igualdade racial da população negra, tanto podem ser tuteladas processualmente de modo preventivo como repressivo de condutas que afetem os interesses do grupo.

Destes mecanismos, a ação civil pública se mostra instrumento adequado a esta finalidade, estando em sintonia com Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que dispõe "tomar todas as medidas apropriadas, inclusive, se as circunstâncias o exigirem, medidas de natureza legislativa, para proibir e pôr fim à discriminação racial praticada por quaisquer pessoas, grupo ou organização" (art. 2º, "d"). Dentre estas medidas devem ser incluídas as ações coletivas para a tutela de políticas públicas e ações afirmativas.

Embora sejam bem vistas como mecanismo estratégico, o uso das ações coletivas não está indene de criticas, como afirma Conceição:

> A estratégia de litigância é apontada por alguns teóricos da Escola de Teoria Critica 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, apud CONCEIÇÃO, 2014, p. 16).

Esta abordagem feita pela pesquisadora refere-se à Teoria Critica Racial, utilizando-se do Princípio da Convergência de Interesses, cunhado por Derik Bell. De acordo com este princípio, as conquistas do movimento negro seriam concessões para manter privilégios dos brancos norte-americanos.

> 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 (CONCEIÇÃO, 2014, p. 56).

Em seu estudo, a pesquisadora faz uma análise das interações domésticas e internacionais que tornaram convenientes conceder certos direitos aos afroamericanos.

> 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 diretos aos afroamericanos com a manutenção ou ampliação de privilégios brancos para brancos americanos (2014, p. 63).

Porém, muitas destas conquistas foram temerárias e sendo paulatinamente retiradas, tornando o ambiente de desigualdade racial naquele país pior do que quando havia segregação racial.

> O Princípio da Convergência de Interesses foi elaborado com a finalidade de explicar porque a promessa feita com o julgamento do caso Brown vs 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 (CONCEIÇÃO, 2014, p. 63).

E submete esta análise a comparação com o percurso brasileiro de conquistas de direitos para a população negra, alinhando suas ambições domésticas ao discurso internacional dos direitos humanos, fazendo as mesmas concessões de direitos e conquistas de cidadania suscitadas pelo movimento negro nacional, podendo ser retiradas estas concessões de modo idêntico ao acontecido nos Estados Unidos. Como afirma a autora,

“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” (2014, p. 68).

Deste modo, faz-se necessária a análise de que não é a mera existência da legislação e de sua execução que condiciona o tratamento jurídico do racismo, como também a análise dos processos e procedimentos relacionados ao acionamento e interpretação deste aparato normativo de modo a justificar estas leis. Aliás, este é um ponto fulcral em toda a análise de efetividade das normas jurídicas, não apenas relacionadas à esfera das relações raciais (WERLE et al., 2012).

O Estado democrático de direito tem ambições maiores do que apenas o prévio estabelecimento de regras e princípios que regerão a vida em sociedade. Está mais associado a uma condição de vivenciar uma cidadania democrática, compreendida como justiça e igualdade de direitos e liberdades fundamentais (WERLE et al., op. cit.).

Assim,

> Democracia pressupõe não só a distribuição de poderes, mas igualdade entre os cidadãos membros da sociedade, seja em oportunidade seja em condições. A despeito da democracia referir-se à ideia de igualdade, fato inegável é que ela assenta-se sobre base social complexa e pluralista (PAULA, 2002, p. 95).

Numa democracia tanto se tem responsabilidade com o exercício de uma soberania popular, como se tem responsabilidade para com a convivência e respeito às diversidades de interesses e sujeitos, individualmente e em coletividade. Desta forma, o modo como se interpretam e enfrentam os problemas sociais deve necessariamente condicionar o exercício dos direitos estabelecidos, portanto são condicionados a conscientização destes direitos e de sua responsabilidade para com sua efetividade (WERLE et al., 2012).

Um Estado democrático de direito deve ter como marcos característicos a participação política, a liberdade e a igualdade, enquanto direitos extensíveis a todos.

No entanto, a população negra não se vê representada politicamente nos órgãos dos poderes legislativos ou executivos do Estado de modo paritário, considerando as autoridades eleitas e o número de eleitores pretos e pardos da população brasileira.

Quanto à liberdade e a igualdade, os indicadores sociais demonstram limitações materiais que afetam a qualidade de vida da população negra, que sendo mais pobre, tem menos oportunidades e menos chances de progresso social no atual perfil social. Além disso, sofre com a perseguição causada pelo preconceito racial, sobretudo da polícia e da

estrutura de segurança pública, independentemente da sua condição social (ADORNO, 1995).

> O discurso de igualdade, democracia e direitos humanos no Brasil não pode deixar de lado a questão racial e a desigualdade acentuada para a população negra, sob pena de se manter um racismo institucional e descumprir com os postulados de um Estado democrático de direito (BERTULIO, 2003, p. 102).

Consta na constituição que a dignidade da pessoa humana é justamente princípio fundamental do Estado democrático de direito para declarar o valor supremo protegido, de fundamental respeito pela atuação do Estado. E sendo assim, assume-se o compromisso que todas as pessoas humanas são dotadas de uma essência que deve ter os seus valores morais protegidos e assegurados.

Ao se estabelecer que todas as pessoas são detentoras dessa integridade moral, sem qualquer distinção que possa ser oposta a essa qualidade de todo e qualquer ser humano, não se pode permitir que se estabeleça desigualdade racial no âmbito deste Estado democrático de direito. O descumprimento destas premissas, seja por quem for, é motivo de verificação pelo Estado desta lesão. Neste sentido,

> O Estado foi criado e se justifica à medida que desenvolve atividades em prol da sociedade. O artigo 3º, da Constituição Federal, é exemplo normativo do discurso legitimador da existência do Estado e de efeitos decorrentes: uma ordem infraconstitucional, a exigência a fiel cumprimento desta ordem, e um sistema de tributação. À medida que o Estado se distancia dos fins sociais, a legitimidade atenua-se, diminuindo-se a esfera de incidência dos efeitos supramencionados; ao contrário, a legitimidade estatal se aprofunda, justificando um grau maior de comprometimento da sociedade em relação aos mencionados efeitos. [...] a partir de um procedimento justo e imparcial, a vontade da maioria justificaria as ações governamentais, desde que respeitados certos direitos e prerrogativas definidos numa Constituição (PAULA, 2012, p. 81).

Um Estado democrático de direito deve ser campo fértil para a democracia e liberdades públicas, capazes de constituir cidadãos de fato. Se há sujeitos não capazes de usufruir de prerrogativas e garantias constitucionais, não há que se falar em cidadania para estes sujeitos.

Historicamente, percebe-se que

> [...] o fato de terem sido libertados não concedia aos ex-escravos a cidadania. Do mesmo modo as restrições e controle, típicos para a

> população escrava, encontravam todos os negros, libertos ou não. A razão do tratamento deslocava-se, então, para a raça em vez de condição de escravo, e a discriminação ou qualquer tratamento segregador, que devido ao modelo escravista fosse permitido ao escravo, passava a aplicar-se a o todo negro, ainda que livre (BERTULIO, 2003, p.109).

Neste contexto não se pode dizer que a população negra tenha os mesmo direitos e *status* de cidadania que a população branca. O entendimento de dignidade da pessoa humana ganha cor e pertencimento, de modo que o pleito razoável seria o de promoção da igualdade racial.

Mesmo com as obrigações assumidas no plano interno e internacional para promoção desta igualdade racial, sem a devida efetivação não há um combate eficiente do racismo e seus efeitos.

Considerando o papel político e as condições socioeconômicas dos sujeitos, é possível se verificar a sua dimensão democrática de sujeitos participantes da cidadania em um Estado. Ou seja, considerar um sujeito cidadão de fato é poder reconhecer sua participação com direitos e liberdades fundamentais que só podem ser alcançadas com direitos civis, políticos e sociais exercidos com condições socioeconômicas essenciais aos indivíduos e coletividades (WERLE, 2012).

Como o racismo atinge de modo prejudicial ao exercício pleno de direitos sociais, políticos e econômicos, gerando um déficit democrático, é neste conjunto de direitos que se devem converter esforços para a sua superação. É certo que estes direitos e garantias estão formalmente estabelecidos e consagrados em normas jurídicas. Não obstante este fato, a relação entre os sujeitos, e entre estes e o Estado tem sido de flagrante desrespeito ao que se positivamente firmou como juridicamente válido.

Quando se verifica um déficit do Estado de direito considerando o aspecto do que as normas jurídicas expressam e o que de fato se vivencia com a realidade jurídica de um Estado, é que se condiciona a efetividade deste modelo de organização estatal. A principal função das normas tem sido apenas reconhecida como definidora de direitos e liberdades fundamentais em abstrato, considerando muitas das práticas sociais e estatais efetivamente praticadas (WERLE et al., 2012).

Como afirma Conceição:

> [...] é importante identificar que as normas não podem ser declaradas reconhecidas e internalizadas com a função de álibi, mas, que para que sejam efetivamente implementadas 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 (2014, p. 89).

De fato, a maior contribuição dos sujeitos para o Estado democrático de direito ser efetivo é reconhecer, cumprir e fazer cumprir com os termos deste contrato social, de modo que:

> [...] se o Estado de direito assenta sua legitimidade na democracia e que o instrumento regulador das atividades do Estado e da sociedade estão regulamentados por um direito democrático produzido pelo próprio Estado, é preciso ter em conta que a realização concreta da democracia decorre de esta democracia apresentar-se como valor superior ao direito positivo (PAULA, 2002, p. 94-95).

Em diversas ocasiões e momentos, o Estado deixa um pouco seu curso natural de ser o representante das vontades coletivas, para ser o fim em si mesmo de sua existência. Deste modo, o Estado deixa de ser o meio de se alcançar os fins almejados pela sociedade em busca do bem comum. Esta conduta se deve a própria vontade política dos sujeitos que compõem os órgãos de poder do Estado, como daqueles que influem nas vontades políticas destes sujeitos, e consequentemente na atuação estatal (WERLE et al., 2012). Por este motivo deve ser possibilitada ampla participação dos sujeitos nos processos decisórios e de aplicação jurídica.

O procedimento democrático de acesso à justiça está associado ao entendimento de utilização da jurisdição e dos instrumentos processuais para se alcançar os fins do direito quando se busca a efetividade das normas jurídicas e interesses legítimos envolvidos. Esta noção ideológica associa democracia e instrumentalidade do processo. Uma vez assegurados e efetivados direitos, favorece-se a manutenção de direitos transindividuais conquistados (PAULA, 2002).

Considerando os fins sociais do Estado democrático de direito brasileiro, a jurisdição deve interagir com seus jurisdicionados em uma "postura pró-social". Esta condição é alcançada quando se torna possível a junção de "dois elementos: democracia participativa e instrumentalidade do processo" (PAULA, 2002, p. 38).

A democracia participativa neste contexto busca a legitimidade no exercício do poder jurisdicional:

> A legitimidade do exercício jurisdicional somente ocorrera quando for interpretada e aplicada a ordem jurídica, cuja expressão máxima é a Constituição Federal. A própria Constituição Federal determina os fins da

> jurisdição, consoante o art. 3º, que é a realização da justiça social. Por isso, a legitimidade da jurisdição ocorrera, em ultima analise, quando se realizarem atos em prol da sociedade, alinhado conforme os preceitos estipulados no artigo 3º da Constituição Federal.
> Outra forma de caracterizar a democracia participativa no seio jurisdicional é a eliminação de procedimentos complexos e de rígidos requisitos que inviabilizam o acesso a justiça, seja no âmbito do primeiro ou do segundo grau de jurisdição (PAULA, 2002, p. 39).

O acesso para o compromisso dos sujeitos que ocupam os órgãos de poder do Estado se dão por diferentes vias: para os membros do Poderes Legislativo e Executivo, a via eleitoral. Quanto ao Poder Judiciário, a via necessária é a processual, mediante uma ação que provoque a atuação jurisdicional dos magistrados.

> À jurisdição compete, mediante processo, conferir eficácia forçada às relações jurídicas espontaneamente ineficazes, impondo uma sanção jurídica em razão do dever jurídico descumprido, como forma de atendimento ao direito que foi lesado ou ameaçado. [...] com a inclusão dos grupos mais necessitados.
> [...] nessa linha, o processo mostra-se como paradigma da democracia, porque alia-se à jurisdição, como instrumento de efetivação de direitos subjetivos contemplados, mais ineficazes (PAULA, 2002, p. 49).

Quanto à instrumentalidade do processo, torna-se importante compreender os verdadeiros objetivos da jurisdição e do processo alinhados as finalidades do Estado, pois todos os poderes e órgãos do Estado estão atrelados a estes objetivos.

Com a superação da superação da finalidade meramente procedimental do processo civil moderno, reconhecendo-se sua instrumentalidade para a perseguição de fins sociais, políticos e jurídicos da aplicação da justiça, a jurisdição tornou importante elemento para efetivação da inclusão social.

> O estudo puramente técnico do *procedimento* não vai além da descrição dos atos processuais, exigências formais que os condicionam, das interligações entre eles e conseqüências dos desvios eventualmente praticados. Mesmo o conhecimento das posições dos sujeitos no processo (poderes, deveres, faculdades *etc.)* continua pobre enquanto plantado em premissas infraconstitucionais. O *direito processual constitucional* põe o estudo do procedimento e da relação jurídica processual sob o enfoque das garantias do devido processo legal, do contraditório, da igualdade, da liberdade *etc.* - e com isso o estudioso conscientiza-se de que os preceitos e exigências do Código constituem projeção de normas de maior amplitude e mais alta posição hierárquica, sendo indispensável a interpretação sistemática. Daí para entender que o sistema processual é uma conjugação de meios técnicos para a efetividade do postulado democrático da participação em liberdade e com igualdade, o passo é pequeno e já se vai chegando à percepção das grandes balizas do que se chama *justo processo* (DINAMARCO, 2004, p. 281).

Busca-se com a atividade jurídica estatal alcançar-se pacificação social (GRINOVER, 2009). Neste sentido:

> A dimensão instrumental se desenvolve aliada aos escopos da jurisdição e da instrumentalidade que revelam a função sociopolítica da atividade jurisdicional; escopo social cujas funções do processo é pacificar com justiça e educar o cidadão; escopo político, em que no processo se manifesta o poder do Estado, concretizando o culto da liberdade com a participação dos cidadãos nos destinos da sociedade política; escopo jurídico, que vê o processo como fenômeno de realização jurídica das transformações sociais; e escopo da técnica processual, que se mostra como a predisposição ordenada de meios destinados a realização dos escopos processuais (PAULA, 2002, p. 48).

Bem assim, é preciso compreender também "que a jurisdição é um serviço público que deve ter em mira o beneficio social" (PAULA, 2002, p. 42).

> Espera-se que a jurisdição, como uma das atividades do Estado, cumpra com sua tarefa promocional, em busca de uma sociedade justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º). Para tanto, a jurisdição deverá optar pelos interesses sociais que a demanda contém em si.
> Em termos pragmáticos, a igualdade real dos litigantes é uma providencia que se deve tomar no inicio da relação processual, manter-se durante o seu desenvolvimento, e convolada com a sentença. A justiça perseguida com o processo inicia-se com a equalização de formas e das oportunidades processuais (PAULA, 2002, p. 44).

Compreende-se, por fim, que a ação coletiva, envolvendo direitos transindividuais do grupo ali representado, ao ingressar no âmbito político das decisões jurídicas do Estado, legislativas e judiciais, buscando a afetividade do Estado democrático de direito, exigindo o cumprimento dos fins sociais constitucionalmente estabelecidos, em âmbito público e privado, participando do processo decisório ativamente como sujeitos, e enfrentando o problema do *déficit* democrático, é um mecanismo de procedimento democrático.

Considerando as previsões legalmente expressas para utilização da ação civil pública quanto aos direitos transindividuais da população negra[150], bem como a discussão das potencialidades e limitações do uso das ações coletivas na questão racial, cabe aqui uma breve análise de casos práticos quanto à tutela dos danos morais coletivos e de políticas públicas.

4.3 – Judicialização do racismo: dois modelos de ações coletivas

[150] Cf.: Lei da Ação Civil Pública, art. 1º, VII; e Estatuto da Igualdade Racial, art. 55.

Danos morais coletivos

No âmbito das questões raciais, o preconceito e a discriminação sempre geram danos. Porém, a responsabilização jurídica dos sujeitos por danos causados a outrem deve ser submetida à verificação judicial, salvo voluntária satisfação dos interesses do lesado pelo autor da conduta danosa.

A responsabilização dos sujeitos por condutas causadoras de danos por preconceito e discriminação racial pode se dar tanto na esfera civil quanto na esfera penal, inclusive em ambas, a depender do tipo de ilícito praticado.

Quando se prática um ato ilícito criminal, este deve constituir um fato típico criminal, que na legislação antirracismo pode ser um crime de preconceito de raça ou cor, autônomo, ou um crime de injúria racial, crime comum contra a honra que é agravado em sua punição devido aos elementos raciais ligados ao ato ilícito.

O tratamento do racismo em esfera civil pode dar-se pelo instituto da responsabilidade civil, prevista no Código Civil, gerando reparação dos danos morais e patrimoniais causados decorrentes da discriminação ou preconceito racial.

Em ambos os casos se verifica a função punitiva da responsabilização pela conduta lesiva, mas por modos muito diferentes.

No âmbito penal, há normas especificas de criminalização de condutas, que verificadas a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, geram a responsabilização criminal do autor do crime. O ato ilícito praticado aciona a persecução penal do Estado, culminado em sanção penal.

Quanto à responsabilidade civil, esta é apurada conforme normas gerais da responsabilidade em âmbito privado, gerando efeitos punitivos de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, porém jamais de prisão ou reclusão.

As responsabilidades pelas condutas no âmbito penal podem ser apuradas de acordo com o dolo ou a culpa, que integram o fato típico. Inexistentes estes elementos, não há que se falar em crime. A diferença entre ambos os elementos é a intencionalidade da conduta. Assim, a vontade e a ação são analisadas para a apuração da conduta praticada. No caso dos crimes de racismo e da injúria racial, apenas se pune o sujeito que intencionalmente, ou seja, com dolo, quis praticar a conduta descrita como fato típico do crime. Neste aspecto são analisados os resultados e o nexo entre conduta e resultado, bastando para configurar a conduta dolosa o agente ter consciência destes elementos e ter a vontade de praticar a conduta e assim alcançar os resultados reprováveis. Já a conduta culposa, para sua

apuração precisa de previsão legal, o que não se verifica nos crimes de racismo, sejam de preconceito seja de injúria racial, neles inexiste a figura culposa.

No caso da responsabilidade civil, em que pese a obrigação do autor/vítima de comprovar os elementos de apuração da responsabilidade – conduta, nexo de causalidade e dano –, a conduta culposa é sempre punível (responsabilidade subjetiva), e em alguns casos sequer se cogita em verificar a culpa, bastando a verificação do dano (responsabilidade objetiva).

Considerando estes pontos iniciais, dentre tantos outros diferenciais a ambos os institutos, já é possível se refletir a respeito da juridificação do racismo, passando a

> [...] discutir a forma de juridificar este fato social, ou seja, discutir o tratamento jurídico a ele dispensado. Há várias maneiras de regular um mesmo objeto e cada uma delas produz definições e conseqüências jurídicas diferentes. Os fatos são reconstruídos, requalificados, ressimbolizados pelo Direito a partir de uma de suas diversas gramáticas: Direito Penal, Direito Civil, Direito Comercial, Direito do Trabalho etc. Tal (tais) qualificação (qualificações) jurídica(s) pode(m) ser feita(s) diretamente pelo Parlamento, que cria normas sobre determinado assunto, ou pelo Poder Judiciário, que interpreta e aplica as normas jurídicas existentes para lidar com os conflitos que lhe são apresentados.
> (MACHADO et al., 2012, p. 307).

A aplicação da responsabilidade civil aos casos de racismo consiste na "ressignificação da legislação existente", cuja "estratégia seria lutar pela qualificação jurídica do racismo, criando raciocínios jurídico-dogmáticos que fundamentem ações a serem propostas ao Poder Judiciário". Esta estratégia seria utilizada para "manipular a normas para fazer com que elas acolham interesses sociais determinados" (MACHADO et al., 2012, 308).

Quanto ao tratamento jurídico do racismo, considerando os resultados das pesquisas empíricas consultadas para este estudo de ações coletivas (CONCEIÇÃO, 2014; MACHADO et al., 2012; WERLE et al., 2012), pode-se afirmar que a evolução desta "juridificação do racismo", entendida como "criação de lei especifica ou manipulação de normas gerais já existente" (MACHADO et al., 2012, p. 308), ampliou o tratamento do racismo no contexto jurídico nacional. Neste contexto, percebe-se que o tratamento jurídico do racismo corresponde à ampliação não apenas legislativa, que demonstra a incorporação pelo Poder Legislativo de contribuições da esfera pública qualificada para as questões raciais (WERLE et al., 2012), como também a repercussão destas leis específicas

e de outras leis gerais no âmbito jurisdicional, o que demonstra certa permeabilidade no Poder Judiciário da esfera pública qualificada[151].

> A esfera pública é descrita por Habermas como uma caixa de ressonância para problemas que devem ser trabalhados pelo sistema político e pelo Judiciário. Neste sentido, a esfera pública é um sistema de alarme com sensores não especializados, porem sensíveis no âmbito da sociedade toda, à função de sinalização deve ser acrescentada a de uma problematização eficiente, isto é, na medida em que os problemas são tratados na esfera publica com a intensidade e dramaticidade requeridas, os âmbitos competentes para a resolução de tais conflitos, como o sistema político e o sistema Judiciário, podem ser sensibilizados e mobilizados. Além disso, a capacidade limitada de tratar problemas deve ser compensada por um controle posterior do tratamento dado aos mesmos nos sistemas político e jurídico. A esfera pública tem o papel de fazer o que o complexo formado pelo sistema político institucional, a administração publica e o Judiciário se constitua em *contextos de justificação* e esteja ligado aos *contextos de descobertas* dos problemas e conflitos concretos vividos pelos cidadãos (WERLE et al., 2012 p. 274).

Nos tribunais, processos analisados por estas pesquisas empíricas (CONCEIÇÃO, 2014; MACHADO et al., 2012) demonstram um significativo aumento do tratamento jurídico do racismo na esfera civil, aplicando-se o instituto da responsabilidade civil, notadamente quanto a danos morais, o que demonstra ser uma nova estratégia para a aplicação de sanção a ocorrência de atos ilícitos relacionados ao preconceito e a discriminação racial.

Esta opção pelo âmbito cível demonstra uma alternativa à punição de atos de difícil constatação do racismo praticado, por exemplo, quando não há subsunção da conduta praticada a conduta típica dos crimes de preconceito e discriminação racial como descritos na Lei nº. 7.716/89, ou não se consegue comprovar a intencionalidade da conduta nos crimes de injúria racial, de modo que não se caracteriza o dolo.

Como na responsabilidade civil o fato gerador do dano é um ato ilícito praticado, este poderá ser interpretado e dimensionado a partir de inúmeros casos de condutas, ou seja, não estão previamente estabelecidos. Esta pode ser é uma vantagem, ou não, considerando "que o procedimento de aplicação das normas jurídicas sempre envolve alguma indeterminação" (MACHADO et al., 2012, p. 308).

A pesquisadora Isis Conceição considera que há "efeitos positivos" e "efeitos com finalidade tokenista de álibi do Estado" nestas decisões (CONCEIÇÃO, 2014, p. 89). Ela critica a adesão ao instituto da responsabilidade civil, alegando que esta é uma resposta

[151] Quanto a qualificação desta esfera pública nas questões raciais, conferir: WERLE et al., 2012.

concessiva para se punir casos de racismo sem se aplicar a máxima gravidade atribuída ao ato ilícito de racismo pela constituição. Em sua análise, discorre que o tratamento jurídico do racismo pelo Tribunal de Justiça de São Paulo mudou notadamente após as recomendações recebidas no deslinde do Caso Simone André Diniz.

> 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 (CONCEIÇÃO, 2014, p. 93).

Desta maneira, observa que:

> [...] 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 legitima 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 injuria 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 a dignidade e responsabilização civil (CONCEIÇÃO, 2014, p. 95).

Em sua análise destes fatos, a autora discorre ainda sobre a "mudança de paradigma de política pública de combate ao racismo", considerando que para o Tribunal pesquisado não se importa com "o tipo de tutela jurisdicional" a ser aplicada, desde que se reconheça a conduta racista quando presente (CONCEIÇÃO, 2014, p. 96).

A autora vê ainda esta opção dos magistrados paulista como opção ideológica e deliberada:

> 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 (CONCEIÇÃO, 2014, p. 95).

No entanto, é preciso considerar que a percepção de violação a direitos humanos no Caso Simone André Diniz, culminando com a condenação e recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, só teve repercussão doméstica devido ao alinhamento entre a esfera pública e as instituições de criação e aplicação do direito quanto às questões raciais (WERLE et al., 2012).

De acordo com as duas outras pesquisas empíricas (MACHADO et al., 2012; WERLE et al., 2012), não se pode afirmar apenas opção deliberada para a não aplicação da legislação penal antirracismo, mas se deve reconhecer também as questões inerentes a legislação antidiscriminatória pela dogmática penal, considerando as suas dificuldades e críticas relacionadas a "coerência interna do sistema" (WERLE et al., 2012, p. 303).

Inclusive, é de se destacar que a evolução do debate na esfera pública sobre a defesa de medidas de ações afirmativas e outras políticas públicas voltadas à população negra, intensificou-se a partir de mobilização do movimento negro nacional quanto a participação do Brasil na Conferencia de Durban. Coincidente a esta orientação da esfera pública, convolou-se a própria manifestação de constitucionalidade de ações afirmativas com critérios raciais pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 186 – DF.

Deste modo, é possível se inferir que o poder judiciário não está infenso aos efeitos das demandas da esfera pública quanto as questões raciais, reconhecendo e inclusive punindo as condutas, quando não se obstam a aplicabilidade das normas jurídicas, especificas e gerais, as denunciadas praticas preconceito e discriminação racial (WERLE et al., 2012, p. 304).

Sem desconsiderar a influência de razões sistêmicas e culturais (WERLE et al., 2012), bem como fundamentos político-ideológicos (Conceição, 2014), o fato é que a juridificação do racismo abre diversas possibilidades para buscar-se uma solução aos problemas relacionados à questão racial (Machado et al., 2012), inclusive como medida adequada às questões não abrangidas pela lei penal, como no caso dos danos morais coletivos.

Atualmente, há duas correntes quanto ao dano moral coletivo. Uma que admite a sua configuração (MAZZILLI, 2007; MANCUSO, 2002; RAMOS, 1998), e outra que nega a existência da configuração de dano moral coletivo (STOCO, 2001; ZAVASCKI, 2005).

Como dano moral coletivo, pode-se compreender

> [...] a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial (BITTAR FILHO, 1994, p. 55).

Com relação aos argumentos favoráveis aos danos morais coletivos, segundo Masson (et al., 2014), é preciso considerar três aspectos: (i) a previsão normativa, conforme o artigo 1º, da Lei da Ação Civil Pública; (ii) a constatação de que "os valores da coletividade não se confundem com os valores de cada um dos indivíduos que a compõem" [...], "um determinado fato" pode "abalar a imagem e a moral coletivas, independentemente dos danos individualmente suportados"; e (iii) "o dano moral não se confunde com a dor, com o abalo psicológico, com o sofrimento da vítima, sendo estes apenas os efeitos da ofensa," de outro modo não seriam extensíveis ao "que já é feito em relação às pessoas jurídicas, passíveis de sofrerem dano moral", sendo "perfeitamente possível estender a proteção dos direitos da personalidade para os direitos difusos e coletivos" (MASSON et al., 2014, p. 477).

Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> 1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.
> 2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos. (Recurso Especial Nº 1.057.274- RS)

Matielo (1997) fala em danos morais internos e externos. Aos internos, corresponderia ataque ao íntimo da pessoa, ao que ela sente, atingindo sua autoestima inclusive, e corresponderia a lesão de direito personalíssimo. Quanto aos externos, referem-se a repercussão social do dano, considerando a imagem e a representação deste sujeito diante ou com efeito do dano (MATIELO, 1997). Nesta concepção, podem ocorrer na dimensão individual ou transindividual.

A dimensão do tratamento transindividual do dano moral coletivo fica bem ilustrada neste julgado:

> O dano moral extrapatrimonial deve ser averiguado de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas, sem olvidar que é a confluência dos valores individuais que dão singularidade ao valor coletivo O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia mais reclama soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à idéia do coletivo. (Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 1.057.274)

Neste sentido, concebendo-se o homem como um ser social e político por natureza, como refletia Aristóteles, por muitas vezes é exposto à vida nua diante do Poder Soberano (AGAMBEN, 2003), estando sujeito a diversas adversidades, individual e coletivamente, vivendo em sociedade e assim mesmo podendo esta à margem dela. Há um compromisso social que envolve a dimensão íntima do sujeito e seu ser social enquanto membro da comunidade.

> [...] é preciso sempre enfatizar o imenso dano moral coletivo causado pelas agressões aos interesses transindividuais. Com isso, vê-se que a coletividade é passível de ser indenizada pelo abalo moral, o qual, por sua vez, não necessita ser a dor subjetiva ou estado anímico negativo, que caracterizariam o dano moral na pessoa física, podendo ser o desprestígio do serviço público, do nome social, a boa-imagem de nossas leis ou mesmo o desconforto da moral pública, que existe no meio social (RAMOS, 1998, p. 83)

Considerando os fins da responsabilidade civil quanto aos danos morais causados, pode-se dizer que se pretende reparar, punir e educar (REIS, 2002). Ainda é possível se acrescentar a função preventiva, já que "a possibilidade de reparação do dano moral coletivo contribui para desestimular as práticas abusivas" (MASSON et al., 2014, p. 477).

> [...] há exemplos da necessidade de não "fechar o sistema" para a condenação em danos morais coletivos, sempre que for necessário recompor o sentimento do grupo, da coletividade em sentido amplo, determinando uma sanção que represente ao mesmo tempo reprimenda, compensação e indique uma gramática de coexistência para a sociedade atual, caráter eminentemente educativo (DIDIER JR; ZANETI JR, 2014, p. 322).

Considerando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que a tendência no reconhecimento de dano moral coletivo reside em duas constatações: "razoável significância do fato transgressor" e "repulsa social" (DIDIER JR; ZANETI JR, 2014, p. 478).

As decisões deste tribunal superior quanto a confirmação de casos de danos morais coletivos tem seguido uma tendência em justificar a função punitiva das condenações[152].

Neste sentido,

> A função *deterrence* da responsabilidade civil, extremamente evoluída e bem explorada pelo direito privado americano, é um aspecto negligenciado tanto em nossa cultura, como em nossa doutrina jurídica e nossa política legislativa. Ainda não aprendemos que não é possível ao Estado controlar a conduta de cada cidadão e é mais efetivo incentivar o cumprimento voluntário do direito, através do exemplo e de incentivos e punições. No Brasil, os elementos inibitórios e dissuasório direito são identificados apenas no direito penal, ainda que, como sabemos, sejam pouco efetivos na prática, em face da certeza da impunidade (GIDI, 2007 p. 37).

De fato, a responsabilidade civil quanto à ocorrência de atos ilícitos que afetem a dimensão extrapatrimonial dos sujeitos procura conter condutas diante da antijuridicidade do desrespeito ao dever de não lesar outrem. Não se trata apenas de uma regra jurídica, mas fundamentalmente ética e, portanto, deve ser interpretada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Considerando os direitos transindividuais da população negra, a Lei da Ação Civil Pública expressamente prevê a responsabilidade por danos morais coletivos à honra e à dignidade de grupos raciais e étnicos. Deste modo, torna-se possível a defesa desta coletividade para o reconhecimento dos valores atribuídos à população negra, assim como a proteção da dignidade da pessoa humana das pessoas negras especificamente consideradas. Isto porque o preconceito racial e a discriminação racial geram fatos transgressores ao tratamento igualitário e causam repulsa social, afetando assim bens imateriais ligados à população negra e de todos os seus membros.

Anterior ao dispositivo que prevê expressamente tutela coletiva dos direitos transindividuais raciais, já existia previsão de tutela coletiva de "qualquer outro interesse difuso ou coletivo". E com este dispositivo, chegou à seguinte decisão judicial:

---

[152] Cf.: Superior Tribunal de Justiça, julgados: REsp 715.320/SC, REsp 1.105.974/BA, REsp 880.035/PR e REsp 986.947/RN.

> ACAO CIVIL PUBLICA. LESAO DO DIREITO A IMAGEM. CARACTERIZACAO. INTERESSES DIFUSOS. OBRIGACAO DE INDENIZAR. Ação Civil Pública. Não constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide com indeferimento das provas pericial e testemunhal requeridas pelas partes, por se verificar, diante do conjunto de elementos carreado aos autos, que tais provas não são necessárias à formação da convicção do julgador. **O direito à preservação da imagem das diversas etnias que integram nosso país, entre as quais a negra ou afro-brasileira, constitui direito difuso, ensejando o emprego da Ação Civil Pública para coibir sua violação, tendo as associações autoras legitimidade para sua propositura, visto terem sido constituídas há mais de um ano antes do ajuizamento tendo como objetivos sociais, fundamentalmente, defender os direitos dos cidadãos e enfrentar a discriminação ou o preconceito de raça.** Composição musical cuja letra contém expressões altamente ofensivas à mulher de etnia negra, que é retratada de forma pseudo jocosa como feia e cheirando mal. **A absolvição do autor da música no juízo criminal, por entenderem os julgadores não estar caracterizado crime de racismo apenado pela Lei nº 7.716/89, face à ausência de dolo específico, não impede a propositura em face do produtor fonográfico de Ação Civil Pública com base no artigo 1º IV, da Lei nº 7.347/85, para a qual não é necessário o dolo, bastando que fique caracterizado o dano ao direito difuso. Culpa da empresa produtora do fonograma que deixou de proceder a uma análise do conteúdo ofensivo da obra ao adquirir os respectivos direitos autorais.** Valor da indenização a ser fixado no valor aproximado do lucro obtido pela Ré com a venda da obra, devendo ser recolhido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei nº 9.008/95 e regulamentado pelo Decreto nº 1.306/94, na forma preconizada no artigo 13, da Lei nº 7.347/85**, para ser utilizado em programas contra o preconceito racial.** Ônus sucumbenciais fixados na forma preconizada no parágrafo único do art. 21 do CPC, em vista de ter sido o pedido dos Autores atendido, havendo tão somente uma redução quantitativa, o que se reflete nos honorários sucumbenciais, fixados em função do valor da condenação. Conhecimento e provimento parcial da apelação. (grifo nosso) (0032791-25.1997.8.19.0001 (2000.001.16893) – APELAÇÃO – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro)

A ação foi proposta conta a Sony Music pelas associações Criola e Centro de Articulação de Populações Marginalizadas (CEAP), entre outros assistentes, como legitimados a propor ações coletivas, além de representação adequada, haja vista serem parte do movimento social que defende direitos da população negra.

Os efeitos desta ação coletiva geraram mais do que a condenação em indenização por danos morais coletivos a população negra. Para além desta indenização, o processamento da ação coletiva gerou diversos debates a respeito do racismo e sexismo, colocando em destaque a questão dos problemas de proteção e defesa dos direitos da população negra, e sobremaneira ao tratamento dado nas questões raciais às mulheres negras.

Os motivos desta ação foram a promoção gravação, distribuição e da música "Veja os cabelos dela", de autoria do palhaço tiririca, cujo teor consiste em um conjunto de ofensas à mulher negra, sobretudo. O processo foi julgado improcedente em primeira

instância e, revisto em apelação posteriormente, a gravadora foi condenada a indenizar, com o valor das vendas alcançadas pela música, os danos morais coletivos causados.

Interessante notar o embate argumentativo entre a intencionalidade para se praticar o dolo exigido na figura típica criminal e a suficiência da conduta culposa para a configuração do ilícito civil. Neste caso, a ré alegou que como não houve condenação no âmbito penal, não haveria responsabilidade civil também. Ledo engano, pois se nas vias criminais não restou comprovada a conduta dolosa, no âmbito civil se demonstrou a conduta culposa, restando a condenação da ré.

Por outro lado, a indenização não se trata de nenhuma tentativa de locupletamento dos autores, mas sim aplicação em defesa da dignidade da população negra, como bem se define no acórdão as finalidades dos valores de indenização recolhidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

Com este julgado reconheceu-se a ocorrência de danos morais coletivos à população negra, com mais intensidade lesiva à mulher negra, independentemente da intencionalidade dolosa de se praticar um crime de racismo, gerando uma indenização revertida ao combate ao preconceito e discriminação racial. Com isto, observa-se que a conduta preconceituosa, sobretudo alicerçada no racismo cultural e institucional, não abrangida pela vertente punitiva criminal, pode ser alcançada em esfera civil.

Assim como um julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região[153], que reconheceu o direito de resposta coletivo, cuja condenação refere-se à violação da imagem e honra da população negra, sobretudo quanto às religiões de matriz afrobrasileira, representadas com preconceito racial e religioso por duas emissoras de televisão.

> "Este tipo de mensagem desrespeitosa, com cunho de preconceito [...] tem impacto poderoso sobre a população, principalmente a de baixa escolaridade, porque é acessada por centenas de milhares de pessoas que podem recebê-la como uma verdade" (MARIA COCIO)[154]

Neste julgado, embora se vislumbre a proteção a honra e a imagem, não se pretendeu uma condenação indenizatória, mas por tutela específica uma das variadas vantagens da ação coletiva. De acordo com a tutela concedida, as duas emissoras foram condenadas a realizar, cada uma, quatro programas, de pelo menos uma hora de duração cada, com seus equipamentos e estruturas a disposição das requerentes para realizar direito

[153] Processo número 2004.61.00.034549-6.
[154] Trecho da sentença da juíza federal divulgado em nota do Tribunal Regional Federal, disponível em: < http://www.jfsp.jus.br/20150512-record/>. Acesso em: 10 ago 2015.

de resposta às religiões de matriz afrobrasileira, como responsabilidade civil quanto aos danos morais coletivos praticados.

Ante o exposto, percebe-se que a responsabilidade civil tem sido uma forma de se punir condutas relacionadas a práticas de discriminação e preconceito racial que vem se ampliando, não só nas demandas individuais, como transindividuais. Esta ampliação beneficia o acesso à justiça e favorece a efetividade da legislação antirracismo, sobretudo quanto a problemas teóricos e metodológicos do direito penal que dificultam a aplicação da sanção penal.

Controle de políticas públicas

O Estatuto da igualdade racial tem como objetivo a promoção da igualdade racial, considerando especificamente a população negra, notadamente devido às condições de desigualdade racial verificadas nos indicadores sociais.

Para tanto, o diploma legal traz em seu bojo importantes normas definidoras de institutos que serão utilizados no cumprimento de suas disposições. Ter legalmente definida a composição da população negra que será alcançada pelas normas do Estatuto, bem como as definições de discriminação e desigualdade ajudarão e muito na interpretação de situações que ensejaram políticas públicas e ações afirmativas adequadas a promoção desta igualdade racial pretendida.

Neste perfil, percebe-se nova atuação da juridificação do racismo, criando-se normas jurídicas para dar tratamento a demandas da população negra especificamente. Este posicionamento está alinhado às normas e documentos de direitos humanos internacionais relativas ao combate do racismo e da discriminação racial com formas promocionais de ações que gerem a inclusão e igualdade material de direitos e garantias fundamentais[155].

Ao considerar os direitos fundamentais da população negra previstos no Estatuto, nada modifica o que está previsto na constituição. Porém, como estratégia dos movimentos sociais para se fazer representar nas instâncias formais por meio da recepção de suas demandas, a lei específica traz valor simbólico, mas também positiva um compromisso dos poderes executivo e legislativo com a reivindicação destes sujeitos. Além disso, a vantagem de se ter um núcleo irradiador específico para as questões raciais garante aos

[155] Cf.: Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, artigo 2º, 2; Declaração de Durban e Plano de Ação.

interessados um fundamento jurídico para seus interesses, tornando possível o acesso à justiça para defesa destes interesses perante o poder judiciário.

As previsões de políticas públicas pelo Estatuto criam expectativas da população interessada e obrigações para com o Estado. As obrigações de fazer e não fazer neste contexto são de finalidade social e, portanto, recebem sua força normativa da constituição, sobretudo do artigo 3º.

A definição de políticas públicas raciais como definidas no Estatuto correspondem ao conceito já consolidado no ordenamento jurídico nacional, correspondendo a

> [...] programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2006, p. 39).

Considerando que estas políticas públicas veiculam direitos sociais da mais alta relevância, nada mais legítimo do que buscar sua efetividade, inclusive por vias judiciais, diante de uma omissão ou de uma prestação ineficiente.

As ações afirmativas têm urgência em sua efetividade. Além de tornarem acessível o trabalho e a educação a uma população que depende destes fatores para superar as desigualdades raciais, estas medidas, por serem temporárias, não podem restar prejudicadas por omissão ou ineficiência na sua prestação.

Portanto, nada mais útil a defesa destes direitos transindividuais da população negra do que a utilização de ações coletivas para controle destas políticas públicas previstas neste diploma e de outras, previstas por outros diplomas legais, mas relacionados à promoção da igualdade racial.

Especificamente quanto ao Estatuto da igualdade Racial, o artigo 55 prevê "para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica, recorrer-se-á, entre outros instrumentos, à ação civil pública". Desta forma, fica bem definido o nítido aspecto de tutela coletiva que se pretende: utilizar de diversas medidas processuais comuns, ou tutelas específicas para fazer cumprir com o os dispositivos legais.

A menção expressa a esta ação coletiva é educativo, demonstra que em caso de descumprimento das políticas públicas ali embasadas deve ser acionado o Poder Judiciário para o controle destas medidas. Além disso, instrui que processo coletivo irá tutelar direitos de uma coletividade, que tanto poderá ser conduzido por um dos entes estatais essenciais à justiça responsável pela tutela coletiva, ou poderá ser conduzido pelos próprios interessados, desde que haja a representatividade adequada de uma associação legalmente constituída.

Considerando a dinâmica de controle de políticas públicas já admitida no Brasil, é possível se estender o mesmo roteiro para as questões relacionadas às políticas públicas de promoção da igualdade racial.

Esta dinâmica corresponde à precedente jurisprudencial e ao entendimento da doutrina, como conclui Grinover:

> 1. O Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º CF);
> 2. Esse controle não fere o princípio da separação dos Poderes, entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado; 3. Consequentemente, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas – entendidas como programas e ações do Poder Público objetivando atingir os objetivos fundamentais do Estado – quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas;
> 4. Há limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas. Tais limites são: i. a restrição à garantia do mínimo existencial; ii. a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; iii. a reserva do possível;
> 5. A estrita observância desses limites, assim como o correto entendimento do que sejam políticas públicas, é necessária e suficiente para coibir os excessos do Poder Judiciário. (2010, p. 28)

Neste sentido, observando estes fins sociais do Estado, bem como os direitos sociais fundamentais que devem assegurar o mínimo existencial, considerando também que estas previsões no Estatuto têm como objetivo implementar uma igualdade material e superação dos efeitos do racismo, e decorrente disto a razoabilidade das pretensões, deve ser acompanhado inclusive da dotação orçamentária razoável e necessária a manter tais programas e ações, suplementando a reserva do possível.

Assim,

> [...] A atividade jurisdicional, que é a única que se legitima com o exercício da sua atividade propriamente dita, deve tomar a postura de realizar a justiça social e não permitir ser controlada politicamente pelos outros poderes. [...]

> Deve a atividade jurisdicional ter em conta o seu conceito e a sua missão no Terceiro Milênio; deve a atividade jurisdicional levar em conta que o descumprimento de um programa social ou a ausência de uma lei infraconstitucional são lesões/ameaça ao direito material e que ela está apta a reparar a lesão/ameaça em face ao principio do acesso a justiça (CF, art. 5º, XXXV), [...] (PAULA, 2002, p. 82).

Desta forma, o processo coletivo e o poder judiciário são contribuições fundamentais:

> O Poder Judiciário tem uma atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas. Isto significa que a jurisdição não pode intervir indistintamente nas políticas públicas desenvolvidas pelos demais poderes. Somente no caso de omissão ou de contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação é que o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas.
>
> A intervenção do Poder Judiciário faz-se exclusivamente através do processo coletivo, uma vez que o processo de índole individual pode permitir o paradoxo da desigualdade, não promovendo o correto realinhamento de políticas públicas (CANELA JUNIOR, 2009, p. 116-117).

O ordenamento jurídico nacional tem esta característica marcante que propicia aos sujeitos buscar a efetividade deste Estado de direito. Esta constatação é importante, pois no âmbito das relações raciais no Brasil, a cidadania dos sujeitos dos grupos raciais prejudicados está em constante afetação em três dimensões: o exercício de direitos fundamentais, o gozo de benefícios implementados pela sociedade, e a exigência de cumprimento dos deveres a todos impostos (BERTULIO, 2003).

Por estas questões deve-se buscar a judicialização:

> A judicialização no Brasil decorre do modelo constitucional brasileiro e, portanto, em alguma medida ela é inevitável. Constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito. E, portanto, existem prestações que o Judiciário não pode se negar a apreciar– e é muito bom que seja assim. Porém, a judicialização tem uma óbvia faceta negativa. É que, na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser atendida administrativamente; é sinal que ela não pôde ser atendida pelo modo natural de atendimento das demandas, que é, por via de soluções legislativas, soluções administrativas e soluções negociadas. A faceta positiva é que, quando alguém tem um direito fundamental e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer essa tutela (BARROSO, 2009, p. 2).

Deste modo, faz-se necessária a análise de que não é a mera existência da legislação e de sua execução que condiciona o tratamento jurídico do racismo, como também a análise dos processos e procedimentos relacionados ao acionamento e interpretação deste aparato normativo de modo a justificar estas leis. Aliás, este é um ponto fulcral em toda a análise de efetividade das normas jurídicas, não apenas relacionadas à esfera das relações raciais. Logo, devem os sujeitos titulares de direitos transindividuais utilizarem-se dos meios disponibilizados, direcionando suas atuações para o Estado e não contra o Estado (WERLE et al., 2012).

Neste sentido, Conceição alerta sobre o posicionamento e as precauções que devem ser tomadas pelo movimento negro:

> Para que o movimento social 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 (2014, p. 20).

Porém, a pesquisadora também alerta que:

> 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 (2014, p. 15-16).

Arrematando que:

> [...] 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 (2014, p. 97).

De fato, função jurisdicional não se resume apenas em aplicar a lei, mas também realizar escolhas dentre as interpretações possíveis, seguir seus arranjos e códigos internos, agindo os magistrados em um ambiente de indeterminação das normas (MACHADO et al., 2012).

Assim,

> Numa democracia, todo exercício de poder pede um controle democrático. Uma vez que a existência desse espaço de indeterminação não está em questão, todo o problema passa a ser a maneira pela qual essa escolha se faz e como podemos controlá-la democraticamente. Por isso, ao analisar o modo como o Poder Judiciário aplica as normas a casos de racismo levados a ele é preciso ter o cuidado de não denunciar a liberdade jurisdicional pelo simples fato dela ser exercida (p. 309).

São plausíveis ambas as posições, quanto a conduta dos magistrados ao julgar casos que envolvam racismo. No entanto, é preciso se confiar nas instituições democráticas e no papel que estas têm para o fortalecimento da democracia,

> Por isso, aceita-se a intervenção judicial em assuntos da administração pública quando forem lesados ou ameaçados interesses sociais; assim como aceita-se a intervenção judicial em assuntos legislativos quanto houver omissão legislativa na regulamentação de direito constitucional. Mas que fique bem delineado os limites de intervenção judicial: inefetividade do artigo 3º, da CF (PAULA, 2002, p. 82).

O papel dos organismos não governamentais e movimentos sociais têm vital importância na vigilância e cobrança dos compromissos assumidos, bem como na exigência de reconhecimentos de reivindicações ainda não atendidas, mas necessárias. Desta atuação constata-se que

> A influência pública é transformada em poder comunicativo, o poder comunicativo em competência jurídica ou poder administrativo, e ambos na execução de decisões judiciais ou na implementação de programas e políticas públicas (HABERMAS, 1992 apud WERLE et al., 2012, p. 275).

No mesmo sentido, compreender o papel político participativo de modo mais amplo:

> [...] dentro de uma democracia, não basta apenas participação da sociedade no processo de tomada de decisões, dentro de uma agenda de temas, com garantia da oportunidade da livre manifestação, assegurando-

> se a evolução intelectual dos participantes. É preciso a inclusão na *demos*, a real igualdade entre os homens, como forma de se constituir critérios equânimes, ao fito de conferir a legitimidade da autoridade que ira promover a democracia. (PAULA, 2002, p. 97).

Não se pode deixar de considerar a constatação dos efeitos do racismo institucional que permeia a toda a sociedade, e inevitavelmente ao *corpus* do poder judiciário. Como afirma Conceição em sua análise crítica racial:

> 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. (2014, p 111).

Esta afirmação deve-se a condenação e recomendações decorrentes do caso Simone Diniz, cuja constatação de racismo institucional desta corte foi muito investigada e debatida.

Além deste argumento, destaca ainda a autora:

> A proteção a branquitude e os pactos narcísicos se fazem tão presentes na instituição do judiciário, a qual em sua grande maioria é formada por homens brancos de classe média, que existem situações onde a vítima de racismo, autora da ação, tem o processo transformado em uma ferramenta contra si (CONCEIÇÂO, 2014, p. 86).

O que não há como se discordar, os efeitos do racismo institucional e da branquitude prejudicam avanços mais promissores quanto à promoção da igualdade racial em todos os âmbitos sociais, incluindo as instâncias públicas dos poderes do Estado.

Uma das soluções possíveis apontadas para se lidar com o problema do racismo institucional seria o compromisso de melhor se conhecer o fenômeno e poder lidar com seus mecanismos de manutenção. Quanto à questão da branquitude, é preciso debater mecanismos para sua conscientização no meio social das pessoas brancas e demonstrar os efeitos e a contribuição da mudança de posicionamento quanto a definição racial de privilégios e prejuízos sociais. Ambos os meios passam pelo caminho da educação.

Schucman (2012), citando Jane Elliot, colocou a seguinte epígrafe em um dos capítulos de sua tese de doutorado sobre a branquitude: “aprendemos a ser racistas, logo podemos também aprender a não ser. Racismo não é genético. Tem tudo a ver com poder”.

E segundo a autora, “é importante pensar que os sujeitos brancos não têm em sua essência uma identificação com a branquitude, mas, sim, processos psicossociais de identificação. ” (p. 102).

Desta forma, expõe a pesquisadora:

> Para compreender o processo de como um sujeito se torna racista é preciso entender que este é constituído e constituinte nas e pelas relações sociais; é o sujeito que se relaciona na e pela linguagem no campo das intersubjetividades (VIGOTSKY, 1999). O sujeito desta forma se constrói e se realiza pela apropriação dos significados sócio-culturais onde está inserido e, portanto, para se compreender como alguém se auto-identifica e identifica o “outro”, é preciso perguntar – e se perguntar – pelas suas relações sociais, que são significadas sempre na relação eu-outro [...]
> [...]
> A branquitude, como visto anteriormente, tem um significado construído sócio-historicamente dentro da cultura ocidental. Ela carrega significados de norma, de beleza, de civilização etc., Porém, estes significados podem ser desconstruídos através de vivências e afetos diversos que irão produzir sentidos e tramas de significações não necessariamente coincidentes com aqueles construídos em nossa sociedade de maneira supostamente objetiva, desvinculando e separando a brancura da pele do lugar de poder dado a branquitude. (SCHUCMAN, 2012, p.103)
> [...]
> A partir deste enfoque, podemos dizer que sujeitos considerados brancos em nossa sociedade passam por um processo psicossocial resultante das mediações que experiência durante a vida de identificação com a branquitude. (SCHUCMAN, 2012, p. 102)

Uma das maiores reinvindicações da população negra conduzida pelo movimento negro foi a utilização da educação como ferramenta de luta contra o racismo, tendo sido promulgada a Lei 10.639/2003, conhecida como Lei da Història e Cultura Afrobrasileira, cujos comentários são de Vinicius Mota de Jesus:

> O estabelecimento da obrigatoriedade do ensino da matéria “História Geral da África e do Negro no Brasil”, por meio da Lei n.º 10.639/2003. A iniciativa é uma das mais relevantes conquistas da sociedade brasileira com vistas a construir uma sociedade livre de discriminação racial. A obrigatoriedade da inclusão dessa disciplina nos currículos escolares implica no reconhecimento de que, até então, os temas relativos à história africana e das vivências do negro não eram devidamente abordados em sala de aula. Isso se explica com o argumento de que a sociedade, em função da hierarquia racial que atribui diferente importância para cada raça, naturalizou considerar o branco como o representante natural, comum, neutro, da humanidade, tanto assim o é que os cursos de história do ensino fundamental e médio, ao tratarem dos primórdios da formação do Brasil, retomam a história européia, sobretudo portuguesa, sem dedicarem espaço ao continente africano; bem como quando tratam de períodos anteriores da história da humanidade, as informações transmitidas aos alunos são basicamente relacionadas à Europa, com

> brevíssimas menções ao Egito e Cartago. Poder-se-ia argumentar a inexistência de obras significativas que possibilitem o domínio sobre a história africana, porém, caso isso fosse verdadeiro, ainda assim representaria a falta de pesquisa sobre o tema, justificando a preocupação de se promover uma composição mais heterogênea dos pesquisadores em nosso país. De todo modo, em 2010, a Unesco publicou, em português, uma coleção com oito volumes sobre a História Geral da África, com aproximadamente dez mil páginas, de forma que o material de estudo já está à disposição. Ademais, será preciso elaborar mecanismos eficientes para o acompanhamento do conteúdo ministrado pelos professores (JESUS, 2012, p.101-102).

No entanto, mesmo sendo incorporado tal dispositivo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a sua implementação ainda é de baixa efetividade. Este foi um motivo que levou o Ministério Público de Minas Gerais a propor ação coletiva contra o estado de Minas Gerais e o Município de Uberlândia com o intuito de fazer cumprir com as determinações desta lei, após constatar em procedimentos administrativos que não havia para as instituições de ensino daquela localidade nenhum projeto político pedagógico com esta temática inclusa. "Ao que tudo indica, os requeridos não cuidaram ainda, de elaborar política pública específica para o obrigatório ensino das temáticas nas escolas públicas e privadas da comarca"[156].

O Ministério Público mineiro alegou descumprimento de direito social, notadamente o direito à educação, destacando a suma importância destas temáticas, a História e Cultura Afrobrasileira e o Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que era um interesse difuso, e que fossem implementadas medidas para o seu fiel cumprimento nos currículos escolares daquela comarca, atendendo inclusive as dotações orçamentárias previstas para as atividades de ensino daquele ano letivo. Todos estes pedidos ensejaram tutelas especificas, cujo procedimento comum da Ação Civil Pública permite viabilizar em juízo.

Assim, percebe-se que com a utilização de ações coletivas na defesa direitos transindividuais é possível se conduzir por um processo coletivo a promoção da igualdade racial, sobretudo para se alcançar inclusive medidas mais eficientes ao enfrentamento do racismo, preconceito e discriminação racial.

[156] Trecho da petição inicial do Ministério Público de Minas Gerais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se analisar a evolução do tratamento jurídico dado aos indivíduos negros na história do Brasil, partindo da concepção de um modelo de objeto de direito, o negro escravo, para o reconhecimento de direitos transindividuais de uma parcela majoritária do povo brasileiro, a população negra, percebe-se que não apenas o Estado é responsável pela promoção da igualdade racial, como toda a sociedade brasileira.

Por estes motivos, deve ser reconhecido o papel do Estado e da sociedade para com o efetivo cumprimento dos compromissos constitucionais, garantindo o bem de todos, livres dos efeitos do racismo, preconceito e discriminação racial, e assegurando-se a promoção da igualdade racial da população negra no Brasil.

Os fundamentos deste preconceito e discriminação racial são tributários do período escravista, mas não apenas. O racismo reinventa-se e tem suas feições constituídas a depender do local e momento históricos específicos. No entanto, não perde sua essência de descrever e justificar a desigualdade entre os seres humanos, de modo a aniquilar o entendimento de igual dignidade humana a todos as pessoas. Se no passado o racismo teria o objetivo de manter a dominação de um grupo sobre o outro, por motivações diversas do presente, hodiernamente tem o mesmo objetivo e se utiliza da competição social entre os sujeitos para fomentar suas conjecturas.

A constatação de grupos raciais antagônicos no Brasil é algo que foi sendo demonstrado por estudo de diversos ramos das Ciências Sociais, a partir das denúncias de sujeitos prejudicados pelo preconceito e discriminação racial, motivos pelos quais os movimentos sociais em prol de interesses da população negra começaram a se formar e pleitear o reconhecimento do racismo e seu enfrentamento pelo Estado. A atuação destes movimentos sociais, denominado de movimento negro, alcançou no momento atual uma atuação muito positiva, de muitas conquistas de direitos e atendimento aos seus interesses quanto a combater o racismo e a promover a igualdade racial da população negra no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 sustenta uma verdadeira estrutura jurídica de proteção a igualdade contra o racismo, sobretudo alicerçada seus artigos 1º, 3º, 4º e 5º. Trata-se esta estrutura de uma proteção jurídica que se estende a toda e qualquer pessoa que possa ser prejudicada pelos efeitos do racismo.

Neste conjunto normativo, o Estatuto da Igualdade Racial, as leis de cotas para educação (nacional e subnacionais), lei de cotas nos concursos públicos para cargos e empregos (nacional e subnacionais), bem como a Lei de ensino da História e Cultura Afro-

Brasileira e Indígena, contribuem para uma análise da tutela normativa com elementos mais amplos e diversos de atuação do que apenas pela vertente penal de combate ao racismo. Além disso, a modificação da Lei de Ação Civil Pública, especificando sua aplicação a grupos raciais e étnicos, contribui para o entendimento da ampliação de aparato de proteção processual não apenas em âmbito penal e individualizado, mas para uma coletivização das demandas em âmbito civil.

As normas jurídicas vigentes para com a promoção da igualdade racial proporcionam um mecanismo mais específico de atuação dos poderes estatais no cumprimento das normas do art. 3º da Constituição Federal, ao estabelecer um conjunto de obrigações do Estado para se alcançar a finalidade de uma igualdade material e justa, tanto assumindo o compromisso de uma igualdade formal, com fundamento na dignidade da pessoa humana, genericamente embasada no princípio da não discriminação, quanto sem descuidar das necessidades peculiares de grupos específicos.

O tratamento igualitário requer uma análise apurada da aplicação do princípio da isonomia, para que sejam verificadas as desigualdades que, sem a devida especificação de direitos autorizados por discriminação positiva de sujeitos, causariam distorções ao tratamento justo.

As justificativas para medidas de ações afirmativas de promoção da igualdade racial estão amparadas na análise da desigualdade racial apontada por indicadores sociais e econômicos. Estes indicadores sociais comprovam uma situação de desigualdade material que afetam a igualdade de oportunidades entre os sujeitos de grupos raciais diferentes.

Neste sentido, a discriminação positiva não é algo que contraria o texto constitucional, nem quanto ao princípio da igualdade e nem quanto aos objetivos da República, como o paradigma quanto a não haver preconceito. O que na verdade se observa com estas discriminações positivas é justamente o inverso: aprimorar o conceito de igualdade e considerar o preconceito como óbice a esta realização. A discriminação positiva é inclusive defendida pela Convenção Internacional para Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, da qual o Brasil é signatário, como medida protetiva para grupos que requeiram especificidades à aplicação do direito, como se verifica em relação às minorias.

Mesmo havendo uma estrutura jurídica criada para o combate ao racismo e promoção da igualdade racial no Brasil, pode-se dizer que a efetividade desta estrutura é bem reduzida, sobretudo em termos de repressão punitiva na esfera penal.

Desta constatação, outros meios de se buscar a efetividade desta estrutura jurídica estão sendo articulados pela esfera pública, mostrando-se exitosa a via do âmbito civil, cuja utilização consiste em buscar na responsabilidade civil o combate ao preconceito, a discriminação racial, pelo controle de políticas públicas e promoção da igualdade racial. E como um dos meios possíveis nesta atuação em âmbito civil, é que se indicam as ações coletivas como meio participativo e democrático de promoção da igualdade racial.

A defesa de interesse da população negra na promoção da sua igualdade não pode restar inerte pelos seus próprios titulares. Nem devem permanecer inertes diante de previsões que asseguram a sua postura de sujeitos-autores das decisões que podem importar em efetiva realização da sua dignidade humana. Portanto podem e devem buscar coletivamente os meios necessários ao atendimento de seus interesses transindividuais legítimos como grupo racial reconhecidamente desfavorecido e vulnerável.

É preciso reconhecer que o racismo traz malefícios aos sujeitos, interferindo no tratamento igualitário, portanto sendo tanto uma lesão ao direito dos indivíduos quanto a toda sociedade, considerando o bem jurídico afetado por suas inúmeras possibilidades de manifestação.

O racismo e suas formas de manifestação são de amplo e difuso espectro. Há condutas individuais, que merecem tratamento individualizado tanto da vítima quanto do autor, mas há casos que merecem a tutela coletiva, sobretudo a bens jurídicos de titularidade transindividual como identidade e dignidade racial e a efetivação de direitos sociais. Sendo assim, os ilícitos geradores de lesão coletiva devem ser combatidos e desestimulados de modo igualmente coletivo. Não se pode permitir que em uma sociedade com marcante desigualdade racial difusa como a brasileira não se reconheça o processo coletivo como medida adequada à proteção dos sujeitos lesados.

O processo coletivo proporciona à defesa e promoção de direitos transindividuais da população negra condições de superação dos obstáculos de acesso à justiça, bem como favorecem a utilização do poder judiciário e da jurisdição na efetivação de direitos e garantias fundamentais já assegurados a este grupo racial.

Neste sentido, compreende-se que os direitos relacionados à população negra, conquistados juridicamente após lutas políticas pelo reconhecimento das desigualdades raciais decorrentes do racismo, quando não cumpridos espontaneamente, encontram guarida na instrumentalidade do processo e no poder judiciário para se alcançar os fins sociais e a efetividade do Estado de direito.

O uso das ações coletivas, com utilização da Ação Civil Pública neste desiderato para a defesa de direitos transindividuais da população negra, mostra-se assertivo na promoção da igualdade racial, pois este instrumento processual de tutela coletiva reúne elementos necessários a promover a igualdade material com medidas compensatórias, reparatórias, punitivas e educativas.

Com a utilização das ações coletivas é possível se proteger os direitos transindividuais de dignidade da população negra contra danos morais coletivos, aplicando-se a responsabilidade civil como medida punitiva e compensatória.

Compreendendo que o dano moral coletivo afeta a esfera de direitos da personalidade, a proteção destes direitos se orienta pelo princípio da dignidade humana, declarada formalmente na constituição, e extensível às esferas individual e transindividual. Neste fundamento constitucional não se restringiu ao psíquico, representando dor ou sofrimento, mas afetação a sua dignidade, portanto defensável na esfera transindividual.

Além disso, é preciso aproveitar o momento doutrinário e jurisprudencial juridicamente favorável a utilização da responsabilidade civil para se alcançar medidas de enfrentamento do racismo quanto à ilicitude de condutas que não recebem adequado tratamento pela esfera penal. A via penal de responsabilização é necessária, porém não é a única. Enquanto não se adequar a via penal para abranger formas indiretas de discriminação racial, ou reconhecimento do preconceito racial presumido como elemento subjetivo nas condutas típicas de racismo praticadas – algo similar ao dano *in re ipsa* –, não se deve deixar de buscar outras vias de combate ao racismo, e proteger ao bem jurídico em questão.

Quanto às políticas públicas de promoção da igualdade racial, em especial as medidas de ação afirmativa, torna-se ainda mais necessária a defesa de meios instrumentais para a sua proteção e efetivação. Considerando que estas políticas públicas decorrem das finalidades do Estado democrático de direito para assegurar o bem comum, e devem ser efetivadas com o cumprimento de direitos sociais que asseguram o mínimo existencial, são passíveis de controle judicial a omissão ou a ineficiência na execução de tais políticas públicas.

O procedimento da ação civil pública traz vantagem à defesa destas políticas públicas. Ao proporcionar a representatividade adequada, superam-se obstáculos sociais, políticos e econômicos de acesso à justiça, favorecendo a comunidade negra hipossuficientes em amplo aspecto. Ao dispor de todos os tipos de tutela e provimento jurisdicional, e não apenas para apurar responsabilidade por ato ilícito. Aliás, mesmo na

apuração de responsabilidade por danos morais, a prioridade deste tipo de ação é atuar preventivamente, buscando por meio de obrigações alcançar medidas adequadas a proteção/promoção dos direitos transindividuais ativamente escudados. E, por fim, gerar efeitos que alcancem toda a coletividade interessada, gerando segurança jurídica e igualdade nas decisões.

Contudo, não é um sistema indene a empecilhos que afetem sua plena eficácia. E o maior deles é o próprio motivo de utilização destas ações coletivas: o racismo que se pretende combater. Neste caso, o racismo institucional mais especificamente.

Não é de se estranhar que este seja o maior dos empecilhos, pois os direitos de promoção de igualdade racial decorrem da existência da desigualdade racial. E esta desigualdade deve-se a práticas racistas de discriminação e preconceito difusamente presente na sociedade brasileira, inclusive nos órgãos de poder do Estado.

Ao se buscar a via jurisdicional para se efetivar direitos, é preciso ter em mente que se está a adentrar num espaço de indeterminação quanto às decisões possíveis, considerando que os membros do poder judiciário não são meros técnicos de aplicação das normas jurídicas, mas interpretes e administradores da justiça. Estão sujeitos a respeitar a legalidade, também regidos por códigos e ideologias *interna corporis* da magistratura, além das próprias convicções pessoais de cada magistrado. Estes espaços mais subjetivos e imperceptíveis de controle são mais permeáveis aos efeitos do racismo institucional e seus rebatimentos sociais. Considera-se, portanto um calcanhar de Aquiles no uso das ações coletivas para a promoção da igualdade racial.

No entanto, é preciso ter em mente que o poder judiciário não está desarticulado da esfera pública, e além disso tem a missão de cumprir com as finalidades do Estado de direito, sob pena de perder sua legitimidade democrática. Neste sentido, as decisões judiciais tendem a acolher não apenas ao que a norma jurídica estabelece, como também buscar a aplicação desta norma sempre com a indicação mais favorável a se atender o fim social em confluência com as orientações decididas em esfera pública. Deste modo se afirma a legitimidade democrática do poder judiciário.

E este é um dos grandes trunfos da ação coletiva, pois se representam em juízo os interesses da coletividade, mobilizam-se opiniões, fundamentos, provas. A ampla repercussão social dos direitos em jogo e das decisões criam um ambiente propício a equilibrar o jogo democrático, não só com decisões políticas, mas sobretudo com acesso à justiça.

Em suma, considerando a ampla conquista de direitos, individuais e transindividuais, para a população negra e seus membros, não se pode deixar que estes direitos sejam apenas retóricos e não cumpridos. Assim como houve mobilização social para positivá-los em normas jurídicas, deve ser mobilizada a sociedade no seu cumprimento, utilizando das vias democráticas para a sua efetivação. E para o acesso democrático ao judiciário, a principal via possível para a população negra é a utilização das ações coletivas para a promoção de seu maior desejo: a igualdade racial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, M. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ADORNO, S. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo, **Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, n. 43, p. 22, nov. 1995.

AGAMBEN, G. **Homo Sacer**. Belo Horizonte, UFMG: 2003.

ALEXY, R. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, J. B de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2001.

ALMEIDA, G. A. de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003

ALVES, J. A. L. **Os Direitos Humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

_____. **Os Direitos Humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

AZEVEDO, C. M. **Onda negra, medo branco**: o negro no imaginário das elites, século XIX. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

BARROSO, L. R. O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário. In: **Audiência Pública** – Saúde. Brasília: STF, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto _B arroso.pdf>. Acesso em: 27 out. 2013.

BASTIDE, R.; FERNANDES, F. (Orgs.). **Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo**. São Paulo: Anhembi, 1955.

BASTOS, C. R. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Ed. Celso Bastos, 1997.

BENTO, M. A. S. 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.

_____. **Educação infantil, igualdade racial e diversidade***:* aspectos políticos, jurídicos, conceituais. São Paulo: CERRT, 2012.

BERTULIO, D. O "novo" direito velho: racismo & direito. In: WOLKMER, A.C.; LEITE, J. R. M. (Orgs.). **Os "novos" direitos do Brasil**: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

BIITAR FILHO, C. A. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 12, p. 44-62, 1994.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2003.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UNB, 1999.

BONAVIDES, P. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001

BRASIL. **Código Criminal do Império. Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em:<http://www.2camara.gov.br/legislação/publicaçõesdoimperio/coleção3.html>. Acesso em: 27 out. 2013.

_____. **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 11 out. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937*).* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946*)*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Contitui%C3%A7ao24htm>. Acesso em: 11 out. 2013

_____. Decreto n.º 5.135, de 13 de novembro de 1872. Approva o regulamento geral para a execução da Lei n.º 2.040 de 28 de setembro de 1871. **Coleção das Leis do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.2camara.gov.br/legislação/publicaçõesdoimperio/coleção3.html>. Acesso em 11 mar. 2013.

_____. Lei Imperial n. 3.270, de 28 de setembro de 1885. **Secretaria de Estado dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas**, Rio de Janeiro, 1º out. 1885. Disponível em: <http://www.2camara.gov.br/legislação/publicaçõesdoimperio/coleção3.html>. Acesso em: 17 out. 2013.

BRASIL. Lei Imperial n.º 4, de 10 de junho de 1835. **Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça**, Rio de Janeiro, Livro 1º de Leis, fl. 142v., 15/6/1835. Disponível em: <http://www.2camara.gov.br/legislação/publicaçõesdoimperio/coleção3.html>. Acesso em: 7 out. 2006.

_____. Lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841. **Coleção das Leis do Império do Brasil**, 1841. Tomo 4.º, Parte 1ª, Secção 32.ª. Disponível em: <http://www.2camara.gov.br/legislação/publicaçõesdoimperio/coleção3.html>. Acesso em: 15 maio 2006.

_____. Lei n.º 581, de 4 de setembro de 1850. Coleção das Leis do Império do Brasil. Lei Eusébio de Queirós. **Chancelaria do Império**, Rio de Janeiro, 5 set. 1850. Disponível em: <http://www.2camara.gov.br/legislação/publicaçõesdoimperio/coleção3.html>. Acesso em: 7 out. 2006.

_____. **Código Comercial**. Lei de 25 de junho de 1850. Disponível em: <http://www.2camara.gov.br/legislação/publicaçõesdoimperio/coleção3.html>. Acesso em: 27 out. 2013.

BRAUDE, B. The Sons of Noah and the Construction of Ethnic and Geographical Identities in the Medieval and Early Modern Periods., Williamsburg, **William and Mary Quarterly**, n. 54, p. 103-142, 1997.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. ln: BUCCI, M. P. D. (Coord.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, A. P. **Escravidão e liberdade nas barras dos tribunais**. Disponível em: <http://72.14.205.104/search?q=cache:Jk8CixqeXtcJ:www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao09/materia03/texto03.pdf+escravos+%C3%B3rf%C3%A3os&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=26&gl =br>. Acesso em: 10 mar. 2013.

CANELA JUNIOR, O. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/>. Acesso em: 01 jun.2015.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, M. & GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, F H. **Construindo a democracia racial**. Brasília: Presidência da República, Coleção Documentos da Presidência da República, 1998.

CARDOSO, L. **O branco "invisível": um estudo sobre a emergência da branquitude nas pesquisas sobre as relações raciais no Brasil (Período: 1957-2007***)* 2008. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Economia e Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

CARNEIRO, M. L. T. **O Racismo na História do Brasil**: Mito e Realidade. São Paulo: Ática, 1996.

CHARMICHAEL, S. HAMILTON, C. V. **Black Power***:* the politics of liberation. New York: Vintage Books, 1992.

CHIAVENATO, J. J. **O negro no Brasil – da senzala à guerra do Paraguai**. São Paulo: Brasiliense, 1980.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONCEIÇÃO, I. A. **Movimentos Sociais e Judiciário**: Uma análise comparativa entre Brasil e Estados Unidos da América do Norte. 2014. f.190. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CRASTON, M. **O que são direitos humanos**. São Paulo: Difel, 1979.

DEL VECCHIO, G. **Princípios gerais do direito**. São Paulo: Líder, 2003.

DEMORO, L. **Coordenação de Leis de Imigração e Colonização**. Rio de Janeiro: Instituto Nacional de Imigração e Colonização, 1960.

DESCHAMPS, J. C. Social identity and relations of power between groups. In:TAJFEL, H. (Org.). **Social identity and intergroup relations** . Cambridge: Cambridge University, 1982. p. 85-98.

DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. Conceito de processo jurisdicional coletivo. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 229, p. 273-280, 2014.

_____. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2014.
DINAMARCO, C. R. **A Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1994.
_____. **Instituições de Direito Processual Civil.** São Paulo: Malheiros, 2004.

DIRECTIVE 2000/43/**CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:fr:HTML >. Acesso em: 25 de mar 2013.

DOTTI, R. A. **A incapacidade criminal da pessoa jurídica**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 11, 1995.

DU BOIS, W. E. B. **As almas da gente negra**. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 1999.

DWORKIN, R. **Liberalismo, Constituición y Democracia.** Buenos Aires: La Isla de la Luna, 2003.

FANON, F. **Pele negra**: máscaras brancas. Porto: A. Ferreira, 1969.

FARIA, J. E**.** As transformações do Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Sao Paulo, n.22, 1988.

_____. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FELLOUS, G. Les actes racistes et antisémites, aujourd'hui, en France. Regards sur France-USA : agir contre la discrimination, **Philosophies et politiques Hommes & Migrations**, Paris, n. 1245, sept/oct., 2003. **L'actualité**, Paris, n.305, nov. 2004.

FERNANDES, F**. A integração do negro na sociedade de classes**. São Paulo: Ática, 1978.

FERREIRA, I. S. **A tutela penal do patrimônio cultural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FRANKENBERG, R. A miragem de uma Branquitude não marcada. In: WARE, V. (Org.), **Branquidade, identidade branca e multiculturalismo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

FREITAS, A. T. de. **Consolidação das leis civis**. Brasília: Senado Federal. Conselho Editorial, 2003. (Coleção história do direito brasileiro. Direito Civil). 2 v.

FRY, P. Política, Nacionalidade e o Significado de "Raça" no Brasil. In: P. Fry (Org.). **A persistência da raça: ensaios antropológicos sobre o Brasil e a África austral**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

FREYRE, G. **Casa Grande e Senzala**. São Paulo: Global, 2013.

GIDI, A. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____.Class actions in Brazil: a model for civil law countries. **The American Journal of Comparative Law**, 2003. Disponivel em: < http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/21236>. Acesso em: 25 fev. 2015.

GIDI, A. **A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: RT, 2007.

GOMES, J. B. B. Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 142, p. 307-323, abr./jun. 1999. Disponível em:< http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/493>. Acesso em: 28 nov. 2014.

GORENDER, J. **O escravismo colonial**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2010.

GRINOVER, A. P. **A Tutela dos Interesses Dif**usos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, São Paulo, v. 7, n. 7, p. 29, 2010.

GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. A. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiro, 2009.

GRINOVER, A. P.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, A. S. A. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 1999.

_____. Preconceito de cor e racismo no Brasil. **Rev. Antropol**. [online] 2004, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034- 77012004000100001>. Acesso em: 25 maio 2012.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional***:* a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: SAFE 1997.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre factcidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria e política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HALL, S. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2006.

HARRIS, C. I. Whiteness as Property. **Harvard Law Review**, v. 106, n. 8, p. 1707-1791 jun., 1993. Published by: The Harvard Law Review Association, 1993. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1341787>. Acesso em: 25 September 2014.

HASENBALG, C.A. **Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1979.

_____, & VALLE, N. **Relações raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1992.

HOLLANDA, S. B. de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Anexo estatístico da publicação Políticas Sociais – acompanhamento e análise (IPEA) n. 22**. Base de dados. Disponível em < http://www.ipea.gov.br/igualdaderacial/images/stories/xls/anexo_estat_populacao_negra20 13.xls> Acesso em: 10 de maio 2015.

JESUS, V. M. **Da omissão ao estatuto da igualdade racial***:* os caminhos da igualdade na República Brasileira. 2012.f. 137. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

JODELET, D. (org.). **As representações sociais**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001.

JONES, J. M. **Prejudice and racism**. Reading, Massachusetts: Addison Wesley, 1972.

KALCKMANN S. et al. Racismo institucional: um desafio para a eqüidade no SUS? **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 146-155, 2007.

KAMEL, A. **Não somos racistas**: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

LAFER, C. **A Internacionalização dos Direitos Humanos - Constituição, Racismo e Relações Internacionais.** Barueri: Manole, 2005.

_____. **A reconstrução dos direitos humanos***:* um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Nova Fronteira, 1991.

LEFORT, C. **A invenção democrática. Os limites do totalitarismo**. São Paulo: Brasiliense, 1983

LEITE, J. R. M. Interesses meta-individuais: conceitos - fundamentações e possibilidade de tutela. In.: OLIVEIRA JÚNIOR, José de R. M. (Org.). **Cidadania Coletiva**. Florianópolis: CPGD/Paralelo 27, 1996.

LOPES, J. R. de L. **O direito na história – Lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOUREIRO, L. T. de. **Instituições de Direito Civil brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

MACHADO, M. R. de A.; RODRIGUEZ, J. R.; PUSCHEL, F. P. A democratização do direito. Os dilemas da juridificação e o racismo no Brasil. In: LAVALLE, A. G. (Org.). *O* **horizonte da política***:* questões emergentes e agendas de pesquisa. São Paulo: Unesp, Cebrap, CEM, 2012. p. 307-342.

MAGGIE, Y. Cotas raciais: construindo um País dividido? **Econômica:** Revista da Pós-Graduação em Economia da UFF, Niteroi, p. 153-161, 2004.

MALHEIRO, A. M. P. **A escravidão no Brasil (Ensaio histórico, jurídico, social)**. Ebooklibris, 2008.

MANCUSO, R. de C. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

MARCOCCI, G. Escravos ameríndios e negros africanos: uma história conectada. Teorias e modelos de discriminação no império português (ca. 1450-1650). **Tempo**, Niteroi, v. 16, n.30, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-70420110001000003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 fev. 2014.

MARINONI, L. G. **Tutela Inibitória Individual e Coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MASSON, C.; Andrade, A.; Andrade, L. **Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Método, 2014

MATIELO, F. Z. **Dano Material, Dano Moral e Reparações**. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 1997.

MATTOSO, K. M.de Q. **Ser escravo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2001

MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, C. A. B. de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da igualdade.** São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, C. E. S. De. **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, São Paulo, 2010.

MORAES, E. de. **A escravidão africana no Brasil – das origens à extinção**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

MUNANGA, K. **Estratégias e políticas de combate à discriminação racial**. São Paulo: EDUSP, 1996.

_____. Rediscutindo a mestiçagem no Brasil. Identidade nacional versus identidade negra. Petrópolis: Vozes, 1999.

NABUCO. J. **A escravidão**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

NOGUEIRA, O. **Tanto Preto Quanto Branco**: Estudos de Relações Raciais. São Paulo: T.A. Queiroz Editor, 1985.

NUCCI. G. S. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, A. Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Disponível em: <http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14p863.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

OSÓRIO, R. G. Desigualdade racial e mobilidade social no Brasil: um balanço de teorias. In: JACCOUDE, L; OSÓRIO, G.; SOARES, S. (Coords.). **As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição**. Brasília: IPEA, 2008.

PAULA, J. L. M. **A jurisdição como elemento de inclusão social – revitalizando as regras do jogo democrático**. São Paulo: Manole, 2002.

PENA, E. S. **Pajens da Casa Imperial jurisconsultos, escravidão e a Lei de1871.**Campinas: Unicamp, 2001.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo, Saraiva, 2006.

_____.**Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, F. & GUIMARÃES, L. C. R. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. In: **Direitos Humanos***:* Construção da Liberdade e da Igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

PIZA, E. Porta de vidro: entrada para branquitude. In: CARONE, I. ; BENTO, M. A. da S. (Orgs.). **Psicologia social do racismo***:* estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2002.

PRADO JUNIOR, C. **Formação do Brasil Contemporâneo**: colônia. São Paulo: Brasiliense, 1972.

PRUDENTE, E. A. de J. **Preconceito Racial e Igualdade Jurídica no Brasil**. Campinas: Julex, 1989.

RAMOS, A. C. Ação Civil Pública e o dano moral coletivo. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 25, . p. 80-98, 1998. .

RAMOS, A. G. **Introdução Crítica à Sociologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Andes, 1957.

REALE JR., M. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

REICHMANN, R. **Race in Contemporary Brazil - From Indifference to Inequality**. College Park: Pennsylvania State University Press, 1999.

REIS. C. **Avaliação do dano moral.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIBEIRO, D. **O Povo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SALES JÚNIOR, R. L. **Raça e justiça***:* o mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça. 2006. 466f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

SAMPAIO, E. de O. Racismo Institucional: uma reflexão conceitual para a contribuição ao debate sobre Políticas Públicas de caráter afirmativo no Brasil. **Administração Pública** Vista **e Revista**, Rio de Janiero, p. 27-33, 2004.

SANTOS, A. B. S. dos. **Morte por causas externas**: um estudo sobre a identificação da raça/cor da pele no Instituto Médico Legal de Salvador/Bahia. 2008. 111 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Departamento de Saúde, Universidade Estadual de Feira de Santana, Feira de Santana, 2008.

SANTOS, G. A. dos. **A Invenção do Ser Negro**. **Um percurso das ideias que naturalizam a inferioridade dos negros**. São Paulo: Educ/Fapesp; Rio de Janeiro: Pallas, 2002.

SANTOS, I. A. A. dos. **Direitos humanos e as práticas de Racismo**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARTRE, J. P. **A questão Judaica**. São Paulo: Ática, 1995.

SCHUCMAN, L. V. **Entre o "encardido", o "branco" e o "branquíssimo":** raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana. 2012.f. 160 Tese (Doutorado

em Psicologia Social) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-21052012-154521/>. Acesso em: 25 set. 2014. .

SCHULZ, J. **O exército na política. Origens da intervenção militar, 1850-1894**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

SCHWARCZ, L. M. **O Espetáculo das Raças – cientistas, instituições e questão racial** no Brasil 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHWARTZMAN, S. **As Causas da Pobreza**. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 2004.

SCURO NETO, P. **Sociologia geral e jurídica. Introdução ao Estudo do Direito, instituições jurídicas, evolução e controle social**. 7 ed. São Paulo: Saraiva,2010

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, P. M. da. **Inquérito civil e ação civil pública**: instrumentos da tutela coletiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA NETO. M. J. **Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas, Difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: Ltr, 2004.

SILVEIRA, F. A. M. **Da Criminalização do Racismo***:* Aspectos Jurídicos e Sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SKIDMORE, T. E. **Preto no branco**: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870- 1930). São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SOARES, A. J. De M. **Campanha jurídica pela libertação dos escravos (1867 a 1888)**. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1936.

SOUZA, J. G. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

SOUZA. E. L. **Percepção de infância de crianças negras por professores da educação infantil**. São Carlos: UFSCar, 2012.

SOVIK, L. Aqui ninguém é branco: hegemonia branca no Brasil. In: WARE, V. (Org.). **Branquidade, identidade branca e multiculturalismo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 363-386.

STEYN, M. Novos matizes da "branquitude": a identidade branca numa África do Sul multicultural e democrática. In: WARE, V. (Org.). **Branquidade, identidade branca e multiculturalismo.** Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 115-137.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil:** responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TELLES, V. da S. **Direitos sociais***:* afinal do que se trata? Belo Horizonte: UFMG, 1999.

THORNTON, J. **A África e os africanos na formação do mundo atlântico**. **1400-1800**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

TRINDADE, A. A. C. Direito internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos. In: SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. **Grupo de Trabalho de Direitos Humanos**. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

TWINE, F. W. **Racism in Racial Democracy - The Maintenance of White Supremacy in Brazil**. New Brunswick: Rutgers University Press, 1998.

VILLEY, M. **Polêmicas sobre os Direitos Humanos**. (Xerox) [Texto original: Polemique sur lês “droit de l´homme”, Lês études philosophiques, avril-juin, Paris, PUF, 1986].

WARE, V. (Org.). ***Branquidade,* identidade branca e multiculturalismo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

WERLE, D.; et al. Para além da inefetividade da lei: Estado de direito, esfera pública e antirracismo. In: LAVALLE, A. G. (Org.). **O horizonte da política**: questões emergentes e agendas de pesquisa. São Paulo: Unesp, Cebrap, CEM, 2012. p. 261-306.

WERNECK, J. (Org.). **Desigualdade racial em números**: coletânea de indicadores das desigualdades raciais e de gênero no Brasil. Rio de Janeiro: Grupo Criola, 2003.

WOLKMER, A. C. **Introdução ao pensamento jurídico-crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

_____; LEITE, J. R. M. (Orgs.). **Os “novos” Direitos do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAVASCKI, T. A. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. 295f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: < http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf >. Acesso em: 26 ago.2014.