

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DE GRUPOS ÉTNICOS: O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL

André Prigol Petters¹

Resumo: O presente artigo consiste em uma discussão de cunho teórico, tendo como foco o Estatuto da Igualdade Racial, permitindo expressamente a utilização da Ação Civil Pública na defesa de grupos étnicos. Como forma de abrir a discussão sobre a utilização do referido mecanismo na proteção de grupos étnicos raciais, a presente pesquisa traz ao debate o direito enquanto produto social, proposta pela Escola Histórica do Direito, em vista da tentativa, via judicial, de amenizar as desigualdades sociais provocadas pelo preconceito, discriminações e o racismo presentes no Brasil.

Palavras-Chave: Ação Civil Pública. Grupos Étnicos. Estatuto da Igualdade Racial.

THE CLASS ACTION IN DEFENSE OF ETHNIC GROUPS: THE PROCESS AS AN INSTRUMENT OF SOCIAL EMANCIPATION

Abstract: This article consists in a theoretical discussion, focusing on the *Estatuto da Igualdade Racial*, expressly allowing the use of a Class Action in the defense of ethnic groups. As a way to discuss the use of this mechanism in the protection of racial ethnic groups, this research brings to the debate the law as a social product, proposed by the Historical School of Law, in view

¹ Pós-Graduado no curso de Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, Bacharel em Direito pela Faculdade Educacional de Ponta Grossa, Bacharel em História pela Universidade Estadual de Ponta Grossa.

of the attempt, through the courts, to alleviate inequalities caused by prejudice, discrimination and racism in Brazil.

Keywords: Class action. Ethnic groups. *Estatuto da Igualdade Racial*.

INTRODUÇÃO



Recentemente, sancionou-se a lei nº 12.996, de 24 de abril de 2014, alterando a lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), incluindo a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, a fim de cumprir com as determinações presentes no artigo 55 da lei 12.888/10 (Estatuto da Igualdade Racial).

Uma simples alteração, mas que implica diversas modificações no campo jurídico e, também, em vista da multidisciplinariedade existente no campo científico atual, nas discussões históricas, sociológicas, filosóficas.

Como forma de situar a pesquisa em um tempo histórico, o primeiro tópico, intitulado “Aspectos históricos da construção do pensamento racial”, faz um apanhado da relação entre história e direito e da construção do pensamento racial a partir do século XVIII e suas implicações na sociedade brasileira, que legitimou a necessidade da criação do Estatuto da Igualdade Racial, em 2010.

O segundo tópico, “O reconhecimento dos direitos coletivos e a Ação Civil Pública”, traça a trajetória dos direitos coletivos no Brasil e as principais discussões acerca da lei nº 7.347/85.

Em consequência dessas definições, permite-se, no terceiro tópico denominado “A proteção à honra e à dignidade de grupos raciais na lei de Ação Civil Pública e o direito processual enquanto emancipação social”, perceber uma nova visão do

Processo Civil, envolto nas discussões acerca da necessidade da existência da lei 12.288/2010, visando à criação de um Estatuto que normatizasse medidas especiais, através do Estado, no exercício da jurisdição, perante a população negra.

Aborda-se, portanto, o mecanismo processual da Ação Civil Pública como um instrumento eficaz na efetivação das ações afirmativas presentes no Estatuto da Igualdade Racial.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA CONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO RACIAL

1.1 O DIREITO ENQUANTO PRODUTO SOCIAL – A ESCOLA HISTÓRICA ALEMÃ

O direito é um produto social, assim propõe a Escola Histórica do Direito², onde, em sua concepção, todo o fenômeno jurídico é uma criação cultural, não somente do legislador. Friedrich Carl Von Savigny, principal pensador dessa escola, cita as seguintes palavras: “Por fim, estamos de acordo: queremos uma lei fundamentalmente segura, protegida contra a interferência de condenações arbitrárias e injustas (...). Eu considero que o meio adequado está na ciência do direito em um progresso orgânico, que pode ser comum a toda a nação”³.

Assim, conclui-se que todo direito emerge da forma que o uso prevalente chama de costumeira, significando que ele é produzido por costumes, crenças e, finalmente, pela doutrina,

²Corrente jurídico-filosófica marcada pelo historicismo alemão, em meados do final do século XVIII e início do século XIX. Sua noção é eminentemente antirracionalista, opondo-se as noções iluministas da época, e incorporando inspirações românticas. Sendo assim, o direito não é um mero produto racional do legislador, mas sim um produto histórico construído pela espontaneidade de cada povo.

³“In dem Zweck sind wir einig: wir wollen Grundlage eines sicheren Rechts, sicher gegen Eingriff der Willkür und ungerechter Gesinnung; (...). Ich sehe das rechte Mittel in einer organisch fortschreitenden Rechtswissenschaft, die der ganzen Nation gemein sein kann”. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft*. Heidelberg, 1814, p. 154, tradução própria.

sempre por forças internas e silenciosas, não pelo arbítrio de um legislador⁴.

Outro pensador da Escola Histórica do Direito, Rudolf von Ihering centra seu estudo nas relações entre o direito e as mudanças sociais, onde o direito tem por objetivo conciliar os interesses individuais e sociais, prevalecendo o bem social em caso de conflitos. Segundo ele, a luta pelo direito é um elemento ético para impor as normas jurídicas, onde “todas as grandes conquistas da história do direito, como a abolição da escravatura e da servidão, a livre aquisição da propriedade territorial, a liberdade de profissão e consciência, só puderam ser alcançadas através de séculos de lutas intensas e ininterruptas”⁵.

Mantendo essa perspectiva em mente, a criação do Estatuto da Igualdade Racial (EIR) no Brasil, a lei 12.888/10, visa uma reparação histórica. A produção das leis contidas nesse Estatuto mostra, e pensa, o direito enquanto uma construção cultural emanada de seu meio social, especialmente devido a processos existentes anteriormente a sua promulgação, explicando-se a necessidade de suprir as desigualdades causadas pela escravidão e o racismo em nosso país em face da população negra.

Tal Estatuto mostra como a legislação não atua somente em dissídios metaindividuais, mas também em um âmbito coletivo de determinado grupo segregado por aspectos passados, onde seus direitos civis passaram por supressões e negações.

Para compreender é necessário assimilar como é instituída a noção de raça no pensamento moderno pelo cientificismo, determinada pela produção de grandes sínteses – “das leis da termodinâmica à teoria da evolução”⁶ – se autodefinindo no final do século XVIII e início do século XIX, e como os intelectuais da época usam de artifícios biológicos, históricos e

⁴SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Berufunserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft*. Heidelberg, 1814, p. 105.

⁵IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.31.

⁶SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 39.

antropológicos determinando e categorizando diferenças inatas entre a raça humana, além de seus reflexos no Brasil e no mundo, brevemente explicados a seguir.

Será, também, observado como as desigualdades entre as classes sociais no Brasil atualmente são um reflexo da exclusão econômica experimentada pela população negra pela escravidão e racismo. Portanto, primeiramente, é necessário desconstruir o conceito de raça que permeia o senso comum em nossa contemporaneidade.

1.2 O MITO RACIAL E A HIERARQUIA SOCIAL NO BRASIL ESCRAVISTA.

O mito da raça foi criado no fim do processo escravista. A raça não foi um fundamento para justificar a escravidão, que começa no século XVI e se perpetua até meados do século XIX⁷.

No século XVI a escravidão não precisava de justificativa política ou moral. Na época, não existia a ideia de que os seres humanos eram iguais por natureza. Essa noção surge somente no século XVIII com o Iluminismo.

O conceito da igualdade natural coloca um problema na escravidão, onde começam as campanhas antiescravistas. Principalmente na Inglaterra, em que a população exigia do parlamento britânico ações contra o fim da escravidão⁸. Sendo assim, o Iluminismo, com a ideia de igualdade, gera um processo fatal contra o regime escravista.

Entretanto a abolição da escravidão não abole por si mesma as diferenças entre brancos e negros, a raça nasce para separar os homens livres e iguais, aparecendo como um fato da natureza.

Tocqueville publicou entre 1835 e 1840 “A democracia

⁷ O Brasil foi último país a abolir a escravidão, em 1888.

⁸ Um exemplo foi a Lei Bill Aberdeen, que contribuiu para o fim da escravidão no Brasil, dando poderes para a marinha britânica prender qualquer navio negreiro encontrado pelos mares.

na América”, onde registrou observações sobre o preconceito racial nos Estados Unidos durante a sua passagem:

A esse respeito Tocqueville era sombriamente pessimista; acreditava que, à medida que desaparece a escravidão, e igualdade jurídica tendesse a se estabelecer entre negros e brancos, se elevariam as barreiras que os costumes criaram entre as duas raças. Considerava que, em última análise, havia apenas duas soluções: a mistura de raças ou a separação. A mistura de raças seria rejeitada pela maioria branca; a separação seria quase inevitável, uma vez extinta a escravidão⁹.

O filósofo percebia a diferenciação entre seres humanos em raças como funesta, suas conclusões sobre a sociedade estadunidense eram claras: “o preconceito que repele os negros parece aumentar à proporção que os negros deixam de ser escravos e a desigualdade se grava nos costumes à medida que se apaga nas leis”¹⁰.

Assim, o racismo se reforça enquanto ideologia. Em meados do século XIX, começa-se a usar e pensar a raça como uma arma para fortalecer as políticas nacionais, mas “as opiniões racistas eram ainda julgadas pelo critério da razão (...) Tocqueville escreveu a Gobineau¹¹, a respeito das doutrinas deste último, que ‘elas são provavelmente erradas e certamente perniciosas’¹². Entretanto, já no final desse século “concederam-se ao pensamento racista dignidade e importância, como se fosse uma das maiores contribuições espirituais do mundo ocidental”¹³.

Os intelectuais europeus passam a adotar e ajustar as

⁹ RAYMOND, Aron. *As Etapas do pensamento sociológico*. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 215.

¹⁰ TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 395.

¹¹ Arthur de Gobineau (1816-1882) foi o primeiro pensador a introduzir a noção de que a história humana era protagonizada pelas raças. Transportando essa ideia de raça que existia na biologia e nas ciências naturais para as ciências sociais, Gobineau dizia haver descoberto a lei secreta da queda das civilizações e elevado a história à dignidade de ciência natural.

¹² ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 188.

¹³ *Ibidem*, p. 189.

noções raciais nas ciências naturais e, posteriormente, nas ciências humanas, passando a desenvolver a ideia do “Direito da Força”, a “lei” da sobrevivência dos mais aptos. As nações europeias, com o desenvolvimento da ideologia racial, começam a negar os princípios que as construíram enquanto organizações nacionais de povos – “o princípio de igualdade e solidariedade de todos os povos, garantido pela ideia de humanidade”¹⁴.

As leis raciais aparecem “como uma realidade de dupla-face: triunfo de uns, submissão de outros”¹⁵, onde “o que é de direito, lei ou obrigação, se olharmos a coisa do lado do poder, o novo discurso mostrará como abuso, como violência, como extorsão, se nos colocarmos do outro lado”¹⁶. Nasce nesse momento o que poderíamos chamar de racismo de Estado: racismo biológico e centralizado, um Estado encarregado de proteger biologicamente a raça¹⁷.

Adentrando a presente discussão para o Brasil, o pensamento racial ganha força concomitantemente ao desmantelamento do escravismo, onde a hierarquia social utiliza dos argumentos raciais como refúgio para a estratificação dos escravos livres. O negro passa a ser visto como a culpa do fracasso do Brasil, tendo seus direitos ignorados pela hierarquia interna. As doutrinas racistas passam a atuar no saber histórico, jurídico e médico visando construir e resgatar uma nação, questões que irão ser abordadas a seguir.

A vinda dos negros para o continente Americano está ligada a exploração e colonização do Novo Mundo e, desde os primeiros tempos, com base no trabalho compulsório¹⁸. A escravidão é o limite máximo do trabalho imposto, visando a

¹⁴ Ibidem, p. 191.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France, (1975-1976). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.59.

¹⁶ Ibidem, loc cit.

¹⁷ Ibidem, p. 69.

¹⁸ ALGRANTI, Leila. *O feitor ausente*: Estudo sobre a escravidão no Rio de Janeiro. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 46.

acumulação primitiva de capital nas metrópoles, pelo tráfico negreiro.

A utilização dessa mão de obra inicialmente se dá no campo, mas acaba ganhando e conquistando vários setores na economia. Expande-se até chegar aos centros urbanos, modificando a vida urbana, local onde os escravos possuíam maior liberdade por estarem maior tempo longe do controle do seu senhor e maior flexibilidade nas suas ocupações. Ocorre nesse processo o afrouxamento dos laços servis e alterando as relações entre senhor e escravo, onde muitos acabam por se tornarem libertos, sendo repelidos para as esferas marginais da sociedade, dividindo com os escravos o estigma da cor e segregação social¹⁹.

A partir da segunda metade do século XVIII, as relações sociais e políticas na sociedade colonial brasileira se caracterizam pela presença cada vez maior da massa de homens e mulheres negros e mulatos, livres e libertos, ocasionando impactos e tensões²⁰.

Mudanças sociais começam a entrar em ebulição na sociedade brasileira em 1871, em vista da uma “nova conjuntura socioeconômica e política que começava a diferenciar-se do monolitismo agrário anterior e, no ordenamento jurídico sobre a escravidão, à primeira das leis abolicionistas”²¹.

No panorama do século XIX, ressalva-se a abolição do tráfico africano de escravos e da própria instituição da escravidão²² tendo em vista o avanço da liberdade e da civilização por causa da superação dos trabalhos compulsórios, em especial o escravismo.

¹⁹ *Ibidem*, p. 48.

²⁰ MACHADO, Cacilda. *A trama das vontades: negros, pardos e brancos na produção da hierarquia social no Brasil escravista*. Rio de Janeiro: Apicuri, 2008, p.22.

²¹ WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no império (1822-1871). In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey. 2010, p. 439-440.

²² CHALHOUB, Sidney. *A força da escravidão: ilegalidade e costume no Brasil oitocentista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 34.

Quanto ao liberalismo político, ideologicamente dominante desde a independência, conviveu em geral com a escravidão como uma situação de fato. O discurso liberal quase sempre apontava para sua transitoriedade e seu fim inexorável, embora garantisse, através dos preceitos constitucionais que determinavam a cidadania e o sufrágio censitário, a exclusão de escravos e libertos do processo político.²³

Assim, no final da escravidão começam a se associar imagens de progresso industrial e tecnológico, expansão de mercados, aquisição de direitos civis e políticos e urbanização, todavia, em relação às formas de organizações sociais escravistas se tornaram cada vez mais desumanas no Brasil oitocentista²⁴.

No mesmo momento, a Inglaterra se consolida como hegemonia política e econômica no âmbito internacional, concomitantemente revoluções nas colônias escravistas resultam em crises políticas profundas, dando origem ao forte movimento abolicionista. Sendo assim, o Brasil se insere numa ordem jurídica precária devido a legalidade da escravidão no seu território, e logo os processos abolicionistas se desdobram em pressões políticas firmadas por acordos internacionais.

Em retribuição ao reconhecimento da independência brasileira, a Grã-Bretanha obteve do Brasil o compromisso de abolir o tráfico e, por força do dito tratado, o tráfico de escravos para o país foi proibido, através de lei aprovada em 7 de novembro de 1831, determinando também a liberdade daqueles ilegalmente traficados²⁵.

²³ WEHLING, op cit., p.441.

²⁴ CHALHOUB, Sidney. *A força da escravidão: ilegalidade e costume no Brasil oitocentista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 34.

²⁵ Art. 2º Os importadores de escravos no Brazil incorrerão na pena corporal do artigo cento e setenta e nove do Código Criminal, imposta aos que reduzem á escravidão pessoas livres, e na multa de duzentos mil réis por cabeça de cada um dos escravos importados, além de pagarem as despesas da reexportação para qualquer parte da Africa; reexportação, que o Governo fará effectiva com a maior possível brevidade, contrastando com as autoridades africanas para lhes darem um asylo. Os infractores responderão cada um por si, e por todos. BRASIL. *Lei de 7 de novembro de 1831: Declara livres todos os escravos vindos de fóra do Imperio, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos*

O que deveria ser o começo do término do terrível processo da diáspora africana acaba por agravar cada vez mais a situação. Não havia sequer condição para definir inequivocadamente a condição de livre ao escravo de milhares de pessoas em território nacional.

(...) esses direitos [dos africanos entrados após 1831 e seus descendentes] (...) não se fundam sobre promessas mais ou menos contestáveis, mas sobre um tratado internacional e em lei positiva e expressa. O simples fato de achar-se pelo menos metade da população escrava do Brasil escravizada com postergação manifesta da lei e desprezo das penas que ela fulminou, dispensar-nos-ia de levar por diante este argumento sobre os compromissos públicos tomados com os escravos.²⁶

Inerente deveria ser a liberdade dos escravos em relação ao direito natural, mas os pactos sociais previamente existentes negavam tal condição. A propriedade escrava se baseava no “direito da força”, pois, apesar de o homem não poder ser coisa, não poder ser objeto de propriedade, a lei defendia muito mais a propriedade, e muito menos defendia a liberdade pessoal dos homens²⁷.

Por mais contraditórias que sejam as experiências práticas da vida de um escravo perante sua condição jurídica no Brasil oitocentista, uma coisa era certa: a força social da escravidão existente na sociedade violava a lei de 1831 devido à corrupção de juízes, inspetores e guardas, apesar da pressão britânica em exigir explicações das autoridades brasileiras²⁸.

Procedimentos eram adotados para a apreensão dos barcos suspeitos de tráfico de escravos, primeiramente recebiam a vistoria da polícia para verificar se havia a presença de africanos e apreendê-los se caso houvesse e, caso não existissem, investigar evidências ou circunstâncias que pudessem revelar

²⁶ WEHLING *apud* NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. Petrópolis: Vozes, 1977, p.115

²⁷ CHALHOUB, *op cit.*, p. 41.

²⁸ CHALHOUB, Sidney. *A força da escravidão: ilegalidade e costume no Brasil oitocentista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 41.

envolvimento com o tráfico. Ocorre que os escravos eram transportados antes do desembarque nos portos, sem que autoridades policiais investigassem tais denúncias.

Garantia-se a impunidade dos proprietários que haviam adquirido africanos introduzidos por contrabando para utilização nas lavouras, onde as autoridades “havia deixado de cumprir as obrigações legais inerentes a seus cargos por ‘razões muito fortes’”²⁹, ou seja, os interesses e necessidades dos agricultores e dos políticos, tanto que em junho de 1837 foi proposto ao parlamento imperial a revogação da lei de proibição do tráfico africano de 7 de novembro de 1831.

De qualquer forma a administração pública imperial, assim como toda a sociedade, tinha como costume considerar que todo o africano em particular era escravo, até prova em contrário. Os escravos contrabandeados tinham consciência de sua condição, e da supressão de seus direitos, tanto que revoltas, como a dos malês em Salvador, passaram preocupar a questão da segurança pública por parte das autoridades.

Temia-se a repercussão entre os escravos o debate existente entre a proibição do tráfico africano ilegal e a condição jurídica do africano em cativo, afinal, “a doutrina de Eusébio transferira o ônus da prova de liberdade ao negro; mas como poderiam portar documentos de liberdade pessoas que haviam sido importadas e escravizadas ilegalmente?”³⁰.

Em meados de 1840, com a vigência do *Bill Aberdeen*, a marinha inglesa ampliou sua atuação repressiva contra o tráfico e, paradoxalmente, o houve um crescimento na entrada de africanos no Brasil, como ocorreu nas décadas de 1820 e 1830. O motivo foi parecido, a aceleração da entrada de africanos se caracterizou pela “expectativa de que a radicalização inglesa fosse acompanhada por medidas internas que dificultassem de fato a

²⁹Ibidem, p. 67.

³⁰Ibidem, p. 108.

vida dos negreiros”³¹.

(...) o assunto de quantas sessões secretas houve sobre o tráfico, no Senado e na Câmara dos Deputados, em 1837, 1848, 1850, foi como lidar com as consequências do descumprimento da lei 7 de novembro de 1831. Cá está um testemunho insuspeito no que respeita a esse tema, aliás por ser suspeito em tantos outros. Eusébio de Queirós, ainda ministro da Justiça, visivelmente irritado, compareceu à Câmara dos Deputados em 9 de agosto de 1851 para responder a uma interpelação da oposição liberal sobre ‘os últimos apresamentos feitos pelo cruzeiro inglês’. Os episódios consistiram na detenção de embarcações brasileiras no comércio costeiro, nas quais havia africanos, e aos quais os ingleses, ao que parece, atribuíram a condição de escravizados ilegalmente devido à lei de 1831. Enfim havia uma pressão do governo britânico para alargar o conceito de ‘africanos livres’, de modo a incluir os africanos importados por contrabando e não apreendidos pela repressão ao tráfico no mar e no desembarque³².

Em 1850, e nos anos seguintes, o governo britânico pressionou cada vez mais o governo brasileiro a emancipar os africanos livres que ainda eram mantidos em cativeiro, entretanto o direito costumeiro de acúmulo de propriedade escrava, ramificada pela ilegalidade e a corrupção, prevalecia sobre o direito positivado nas leis de 1831 e 1850.

Até a década de 1870, histórias de negros que viviam entre a liberdade e a escravidão por causa da reescravização e escravidão ilegal passaram a ser cada vez mais controladas. A lei de 28 de setembro de 1871³³ dava a condição de livres os filhos das mulheres escravizadas de modo inequívoco, conforme o artigo 1º desta lei³⁴.

³¹ CHALHOUB, Sidney. *A força da escravidão: ilegalidade e costume no Brasil oitocentista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 110.

³² Ibidem, p. 122-123.

³³ Lei do Ventre Livre.

³⁴ Art. 1º Os filhos de mulher escrava que nascerem no Imperio desde a data desta lei, serão considerados de condição livre. BRASIL. *Lei n° 2.040, de 28 de setembro de 1871*. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annual de escravos.

Começa, com a Lei do Ventre Livre, o desmantelamento do escravismo. Mas, ao mesmo tempo, que a igualdade política finalmente se instaura nas leis brasileiras, a hierarquia social criada em tempos de escravidão vai encontrar refúgio no discurso racial estabelecido na ciência.

De 1870 a 1930, o Brasil se torna liberal e racista, condenando negros e mestiços pelo atraso socioeconômico causado pela escravidão perante as grandes potências europeias.

1.3 A RAÇA COMO FATOR DISCRIMINATÓRIO E O ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL.

“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, assim preceitua o artigo primeiro da Declaração Universal Dos Direitos Humanos, em 1948. Mas há certos contrapontos, pois nem sempre a idealização contida em lei é vista na prática na sociedade.

Destarte, Rousseau introduz as seguintes palavras em seu livro *Do Contrato Social*: “O homem nasce livre, e em toda parte é posto a ferros”³⁵. O autor não viveu para ver o racismo ganhar força nas mentalidades, entretanto, pode-se perceber que seu pensamento perante a igualdade não prevê distinções entre os homens baseado em diferenças inatas, sejam biológicas ou históricas.

Entretanto, a desigualdade surge com a corrupção social homem³⁶. Existe uma igualdade original inscrita no homem natural, sendo a desigualdade quase nula, causada pelas enfermidades naturais. O crescimento da desigualdade advém primeiramente com a invenção da propriedade, de um lado “a que separa os ricos dos pobres e, de outro lado, a formação das primeiras

³⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2000, p.21.

³⁶ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.9.

sociedades civis, baseadas em leis”³⁷.

A formação da sociedade e das leis visa à perda da liberdade e do direito natural, “o direito civil mantém a ordem no interior de uma sociedade, o direito natural subsiste nas relações das sociedades ente si”³⁸. Para que se estabeleça uma sociedade, portanto, é necessário criar artifícios para manter a ordem e o regime político, “as leis são, a rigor, as condições da associação civil; o povo submetido às leis deve ser o autor delas (...)”³⁹.

Logo, a raça não existe enquanto um fator de desigualdade no ponto de vista natural, mas há de se perceber que a igualdade não é somente algo definido por natureza que, ao contrário, também é “um produto e um resultado da consciência histórica, a qual, de resto, se diferencia de nação para nação”⁴⁰.

Em um artigo de 24 de março de 1873, Machado de Assis percebia que a construção de uma identidade nacional “não será obra de uma geração nem duas”⁴¹, a raça enquanto base de sua elaboração tornou-a conflituosa. O Brasil vive sem uma identidade nacional definida, onde a noção, principalmente da população negra, de direitos e deveres se enfraquece.

Nossa constituição, no artigo 3º, inciso IV, determina que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação assim como no artigo 5º, “caput”, legisla que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”⁴².

São palavras singelas, mas o princípio da igualdade

³⁷ Ibidem, p.22

³⁸ Ibidem, p.22

³⁹ Ibidem, p.45-46.

⁴⁰ BOBBIO, *apud* HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filológicas em compêndio*. Trad. Paulo Menezes. São Paulo: Loyola, 1995.

⁴¹ ASSIS, Machado de. *Machado de Assis: crítica, notícia da atual literatura brasileira*. São Paulo: Agir, 1959. p. 28 - 34: Instinto de nacionalidade. (1ª ed. 1873). Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cdrom/assis/massis.pdf>.

⁴² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

perante a lei em um país tão desigual acarreta problemas, discussões e consequências que merecem atenção. Não significa igualdade jurídica somente o nivelamento dos cidadãos perante a norma legal, todavia leis não podem ser editadas em sua desconformidade.

Adentrando ao pensamento jurídico brasileiro observamos que, pela constituição, “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitadamente todos os cidadãos”⁴³. Parece simples em certo ponto, mas nas mais diversas situações a igualdade pode ser relevada, atribuindo discriminações dependendo do caso.

Levando em conta a construção histórica do Brasil, a raça enquanto fator de desigualdade jurídica pode ser questionado. Celso Antônio Bandeira de Mello vê a “raça” enquanto exemplo de um elemento residente na pessoa que pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório.

Suponha-se hipotético concurso público para seleção de candidatos a exercícios físicos, controlados por órgãos de pesquisa, que sirvam de base ao estudo e medição da especialidade esportiva mais adaptada às pessoas de raça negra. É óbvio que os indivíduos de raça branca não poderão concorrer a este certame. E nenhum agravo existirá ao princípio da isonomia na exclusão de pessoas de outras raças que não a negra. A pesquisa proposta, perfeitamente válida, justificaria a diferenciação estipulada. Para realizá-la, o Poder Público não estaria por nada obrigado ao produzir equivalente estudo relativo às pessoas de raça branca, amarela, vermelha ou – se se quiser transpor o exemplo a quaisquer destas últimas – a efetuarlo com as raças não abrangidas.⁴⁴

Kelsen, ao contrário de Mello, em sua doutrina, considera que a raça, assim como sexo, religião, classe social e fortuna, não pode ser considerada caracteres discriminatórios, tais

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3º Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p 10.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 16.

elementos estabelecidos em lei seriam uma ofensa à isonomia por conter critérios juridicamente injustificáveis.

Se se raciocina sobre igualdade na lei, isto significará que as leis não podem – sob pena de anulação por inconstitucionalidade – fundar uma diferença de tratamento sobre certas distinções muito determinadas, tais como as que respeitam à raça, à religião, à classe social ou à fortuna.⁴⁵

Não há dúvida que o princípio da isonomia preveja que “sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais”⁴⁶, a escravidão e a particular situação da população negra, em sua maioria, residem traços diferenciais adotados para propiciar garantias individuais sem tolher favoritismos.

Em julho de 1950, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) difunde uma publicação intitulada “A questão da raça”, objetivando esclarecer e desmentir o que era conhecido como raça, condenando as manifestações racistas.

A declaração foi redigida pelo antropólogo Ashley Montagu, de descendência judaica, entre outros influentes especialistas nos campos da Biologia, Psicologia e Antropologia, como Claude Lévi-Strauss.

Examinemos agora as incidências de todas essas considerações sobre o problema da igualdade entre os homens. É preciso afirmar em primeiro lugar e da maneira mais categórica, que a igualdade como princípio moral não repousa de forma alguma sobre a tese de que todos os seres humanos são igualmente dotados. É, com efeito, evidente que no seio de qualquer grupo étnico os indivíduos diferem consideravelmente entre si quanto às aptidões. Entretanto exageraram-se os caracteres diferenciais entre grupos humanos e utilizaram-se essas diferenças para contestar o valor do princípio ético da igualdade. É por essa razão que consideramos útil expor de modo formal o que foi cientificamente estabelecido sobre a questão das diferenças entre indivíduos e entre grupos:

⁴⁵KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 190.

⁴⁶MELLO, op cit., p. 35.

- I. Os antropológicos não podem basear uma classificação racial sobre caracteres puramente físicos e fisiológicos.
- II. No estado atual de nossos conhecimentos o fundamento da tese segundo a qual os grupos humanos diferem uns dos outros por traços psicologicamente inatos, quer se trate da inteligência quer do temperamento, ainda não foi provado. As pesquisas científicas revelam que o nível das aptidões mentais é aproximadamente o mesmo em todos os grupos étnicos.
- III. Os estudos históricos e sociológicos corroboram a opinião segundo a qual as diferenças genéticas não têm importância na determinação das diferenças culturais e sociais existentes entre grupos diferentes de *Homo sapiens*; e as transformações sociais e culturais no seio dos diferentes grupos foram, no seu conjunto, independentes das modificações da sua constituição hereditária. Viram-se transformações sociais consideráveis que não coincidem absolutamente com as alterações do tipo racial.
- IV. Nada prova que a mestiçagem produza, por si mesma, maus resultados no plano biológico. No plano social, os resultados, bons ou maus, a que chega, são devidos a fatores de ordem social.
- V. Todo indivíduo normal é capaz de participar da vida em comum, de compreender a natureza dos deveres recíprocos e de respeitar as obrigações e os compromissos mútuos. As diferenças biológicas existentes entre os membros dos diversos grupos étnicos não afetam em nada a organização política ou social, a vida moral ou as relações sociais.⁴⁷

O momento da escrita do documento foi marcado pelo impacto causado pelos campos de concentração, devido a junção do nacionalismo extremado com o racismo. O esforço para abolir o termo “raça” da linguagem política do pós-guerra foi a principal preocupação das organizações internacionais, mas “a importância que adquiriu o problema da raça no mundo moderno dificilmente precisa ser enfatizada. A humanidade não esquecerá tão cedo as injustiças e os crimes que conferiram trágicas ressonâncias à palavra ‘raça’⁴⁸.

⁴⁷ UNESCO. The Race Question. Disponível em: http://www.achegas.net/numero/nove/decla_racas_09.htm. Acesso em 03/06/2017.

⁴⁸ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: História do Pensamento Racial*. 1^o Edição, São Paulo: Contexto, 2009, p.57.

Tanto é verdade que as desigualdades entre as classes sociais no Brasil, atualmente, é um reflexo da exclusão econômica experimentada pela população negra pelo racismo. Hasenbalg, em 1979, no seu livro *Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil*, faz um levantamento em que demonstra que a pobreza no Brasil tem “raça e cor”, onde a concentração de negros nas camadas sociais mais pobres era uma herança dos tempos de escravidão.

As leis de abolição mostram que a população negra não possuía a efetivação de seus direitos na sociedade, e isso claramente contribuiu para sua respectiva estratificação. Na prática nem todos tinham e tem igual lei aplicada, o que “dá a entender que a sociedade é ainda dividida em segmentos, ou ordens, ou classes, e que cada segmento, ordem ou classe tem uma ordem jurídica própria estabelecida”⁴⁹.

Sendo assim, visando uma efetiva igualdade de direitos, o Estatuto da Igualdade Racial abrange uma categoria de pessoas, a população negra, promovendo “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”⁵⁰, através, dentre outras coisas, da “adoção de medidas, programas e políticas de ações afirmativas”⁵¹.

Para efeito deste Estatuto, consideram-se ações afirmativas “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 oportunidade”⁵².

Fica a cargo do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (SINAPIR) a “implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 313.

⁵⁰ BRASIL. *Estatuto da Igualdade Racial*. Brasília, DF, Senado, 2010, art. 1º, caput.

⁵¹ *Ibidem*, art. 4º, II.

⁵² *Ibidem*, art 1º, VI.

existentes no País, prestados pelo poder público federal”⁵³. Tendo como objetivos:

I - promover a igualdade étnica e o combate às desigualdades sociais resultantes do racismo, inclusive mediante adoção de ações afirmativas;

II - formular políticas destinadas a combater os fatores de marginalização e a promover a integração social da população negra;

III - descentralizar a implementação de ações afirmativas pelos governos estaduais, distrital e municipais;

IV - articular planos, ações e mecanismos voltados à promoção da igualdade étnica;

V - garantir a eficácia dos meios e dos instrumentos criados para a implementação das ações afirmativas e o cumprimento das metas a serem estabelecidas.⁵⁴

Dessa forma, observando os principais direitos elencados, acesso à saúde, especialmente “os moradores das comunidades de remanescentes de quilombos”⁵⁵, educação, liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos, herança cultural, entre outros; o Estado visa construir medidas concretas, políticas e serviços, para atender determinada categoria de pessoas, buscando superar desigualdades étnicas existentes no País.

2. A BUSCA DO ACESSO À JUSTIÇA DE GRUPOS RACIAIS NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O DIREITO PROCESSUAL NA TENTATIVA DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL

A criação das Ações Coletivas surge em diversos países na década de 70, com a *access-to-justice movement*⁵⁶, movimento que buscava alternativas para a resolução de conflitos ou de garantir que todos possam ter seus conflitos jurídicos

⁵³BRASIL. *Estatuto da Igualdade Racial*. Brasília, DF, Senado, 2010, art. 47, *caput*.

⁵⁴ *Ibidem*, art. 48.

⁵⁵ *Ibidem*, art. 48.

⁵⁶ Movimento de acesso a justiça.

resolvidos justamente⁵⁷.

No Brasil surgem a partir da década de 80, juntamente com a introdução da sociologia do direito no pensamento jurídico brasileiro⁵⁸, entretanto

(...) a análise das primeiras produções brasileiras revela que a principal questão naquele momento, diferentemente do que ocorria nos demais países, sobretudo nos países centrais, não era a expansão do *welfarestate* e a necessidade de se tornarem efetivos os novos direitos conquistados principalmente a partir dos anos 60 pelas “minorias” étnicas e sexuais, mas sim a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64.⁵⁹

Dessa forma, o que gerou novas formas de acesso ao poder judiciário foi a exclusão da população brasileira, em sua grande maioria, referente aos direitos básicos suprimidos pelo regime militar, dentre os quais o direito à moradia e saúde⁶⁰.

Discutir essa trajetória é extremamente válida, a fim de perceber a vinculação das discussões político-jurídicas existentes para a criação das Ações Coletivas, inclusive para a inclusão da defesa da dignidade e honra de grupos raciais, presentes na história recente do Brasil.

Ao contrário do que vinha acontecendo nos países centrais, no caso brasileiro não se tratava, pelo menos no início dos anos 80, de buscar procedimentos jurídicos mais simplificados e alternativas aos tribunais como meio de garantir o acesso à Justiça e de diminuir as pressões resultantes de uma explosão de direitos que ainda não havia acontecido. Ao contrário, tratava-

⁵⁷JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*. Revista Estudos Históricos, n. 18, 1996. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>.

⁵⁸Ibidem.

⁵⁹Ibidem.

⁶⁰JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*. Revista Estudos Históricos, n. 18, 1996. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>.

se fundamentalmente de analisar como os novos movimentos sociais e suas demandas por direitos coletivos e difusos, que ganham impulso com as primeiras greves do final dos anos 70 e com o início da reorganização da sociedade civil que acompanha o processo de abertura política, lidam com um Poder Judiciário tradicionalmente estruturado para o processamento de direitos individuais.⁶¹

Assim se começa a pensar a necessidade de mecanismos processuais que defendam os interesses coletivos e difusos, contrapondo *establishment*⁶² jurídico nacional que sempre foi majoritariamente individualista⁶³.

Caracteriza-se, portanto, um novo paradigma processualista no Brasil, a partir da década de 80, impulsionado pela luta pela promoção da justiça social, constituído eminentemente pelo esforço coletivo⁶⁴.

A lei 7.347 de 24 de julho de 1985, que disciplina a chamada Ação Civil Pública, criou as estruturas para defender o interesse da coletividade em juízo, dos interesses metaindividuais aplicada para tutelar dano moral e patrimonial, correlacionados ao meio ambiente, bens econômicos, consumidor, valores que compõe o patrimônio cultural, assim como qualquer interesse difuso ou coletivo⁶⁵. Define-se interesses metaindividuais como aqueles abrangidos por “grupos de pessoas que não atingiram um grau de agregação e organização institucional, que represente os interesses sociais coletivos dispersos pela sociedade civil como um todo, ligados por algo em comum⁶⁶”, ou seja, é aquele que pertence a mais de uma pessoa simultaneamente⁶⁷,

⁶¹ Idem.

⁶² Ordem ideológica.

⁶³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *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>

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ MACIEL, Nascimento Alves. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Iglu, 2002, p. 9-10.

⁶⁶ Idem, p.28.

⁶⁷ Ibidem.

dividindo-se em interesse difuso⁶⁸, coletivo⁶⁹ e individual homogêneo⁷⁰.

Exige-se, portanto, previsão formal dentro das categorias de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e homogêneos para que se tutele adequadamente, efetivamente e tempestivamente, mediante apreciação do Poder Judiciário, casos de lesões, e das ameaças de lesão, aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica.

Conforme melhor discutido será posteriormente, a defesa destes direitos pode esbarrar em resistências técnicas. Seja que a afirmação de que determinados direitos, seja visando a efetivação da igualdade de oportunidades, seja na defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos ou visando combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica não auferem necessariamente a posição jurídica do grupo em abstrato. Ou a pretensão de determinado grupo étnico não encontra guarida no ordenamento jurídico por não ser prevista como pretensão coletiva⁷¹.

Isto porque o elemento determinante que caracteriza o direito coletivo *stricto sensu* é a determinabilidade⁷². Ou seja,

⁶⁸ São os interesses em que os titulares não são passíveis de ser determinados ou determináveis e se encontram ligados por meras circunstâncias de fato, ainda que não muito precisas. São interesses indivisíveis e, embora comuns a uma categoria mais ou menos abrangente de pessoas, não se pode afirmar, com precisão, a quem pertencem, tampouco a parcela destinada a cada um dos integrantes desse grupo determinado. MACIEL, Nascimento Alves. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Iglu, 2002, p. 28.

⁶⁹ São aqueles em que as pessoas estão unidas em torno de uma associação ou entidade que as representa, possibilitando a identificação e a individualização das mesmas. MACIEL, Nascimento Alves. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Iglu, 2002, p. 29.

⁷⁰ São tratados coletivamente, por terem sua origem em comum, sendo possível serem divididos, cindíveis, passíveis de serem atribuídos a cada um dos interessados, na proporção que cabe a cada um deles. MACIEL, Nascimento Alves. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Iglu, 2002, p. 30.

⁷¹ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: processo coletivo. Salvador, JusPodivim, 2018, p.69.

⁷² Fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e que não ocorre nos direitos difusos.

“uma coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão”⁷³. Assim definir a raça, ou etnia melhor dizendo, é primordial para possibilitar a efetivação do princípio da igualdade da população negra.

Assim é a “origem comum” para os direitos individuais homogêneos⁷⁴, conceituada como: “a gênese na conduta comissiva ou omissiva da parte contrária, questões de direito ou de fato que lhes conferem características de homogeneidade, relevando, nesse sentir, prevalência de questões comuns e superioridade na tutela coletiva”⁷⁵.

Para tanto, o Estatuto da Igualdade Racial considera, em seu inciso IV, do artigo 1º da Lei 12.288/10, que população negra seria *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*⁷⁶.

Assim, para fins de tutela jurisdicional, possibilita-se a defesa destes grupos étnicos coletivos, além de ações de políticas públicas e medidas de ações afirmativas, através da presente definição.

Lembrando que o escopo social deste mecanismo processual é de “evitar condutas desagregadoras, estimular as agregadoras, distribuir os bens entre as pessoas e, por essas formas, criar o clima favorável à paz entre os homens”⁷⁷.

Ocorre que, sejam por complexidades culturais, étnicas e regionais, não é tão simples determinar grupos, categorias ou

⁷³ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: processo coletivo. Salvador, JusPodivim, 2018, p.77.

⁷⁴ A gênese da proteção/garantia coletiva tem origem nas *class actions for damages*.

⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: processo coletivo. Salvador, JusPodivim, 2018, p.79.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. *Institui o Estatuto da Igualdade Racial*. Diário Oficial da União, Brasília, 21 jul. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm>.

Acesso em: 10/05/2017.

⁷⁷ Idem.

classes com base em autodeclarações ou autodefinições que empregam o conceito de “cor” ou “raça” como fator de *discrimen*, visto que que o critério não pode ser meramente aparência física ou fenótipo.

Críticas ganham força à medida que o texto legal se utiliza da denominação “raça”. A palavra raça, por si só, pressupõe uma “substituição do princípio da igualdade pelo da diferença”⁷⁸, inexistentes em um plano biológico, mas reais no senso comum e no processo de estratificação no Brasil, em especial em face da população negra.

Nos últimos tempos, a ciência já demonstrou que as diferenças biológicas entre as pessoas (cor da pele, tipo de cabelo, características de olhos, estatura etc.) não são suficientes para admitir a existência de raças humanas. A raça humana é uma só, pois essas variações são ínfimas e inexpressivas em termos de patrimônio hereditário comum de todos os povos. Entretanto as pessoas, mais por razões político-sociais ou culturais se discriminam assim mesmo — por causa disso é que existem os preconceitos sob o pretexto da raça, que a lei procura coibir.⁷⁹

De um lado, a “aprovação de leis, regras e regulamentos baseados no princípio da diferença racial, o multiculturalismo deve persuadir os brasileiros a se definirem segundo a taxonomia bipolar branco/negro”⁸⁰.

Por outro lado, utiliza-se, também, a expressão “etnia”, significando “a comunhão de um agrupamento social, quando seus indivíduos estejam unidos por origem e história comuns, e, assim, compartilhem características e peculiaridades culturais, de religião, de língua, de usos e costumes”⁸¹.

⁷⁸ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: História do Pensamento Racial*. 1^o Edição, São Paulo: Contexto, 2009, p. 370.

⁷⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa de grupos raciais, étnicos e religiosos*. Revista do ministério público do Rio Grande do Sul. Porto alegre: amp-rs, n. 77, maio/ago. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2016/IJC17_12.pdf.

⁸⁰ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: História do Pensamento Racial*. 1^o Edição, São Paulo: Contexto, 2009, p. 371.

⁸¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa de grupos raciais, étnicos e religiosos*. Revista

A neutralidade estatal após a abolição da escravatura e durante todo período republicano se mostrou um fracasso ao longo dos anos, a exigir intervenções na realidade, mediante *ações afirmativas (ou positivas)*⁸², com a promulgação do Estatuto da Igualdade Racial, numa tentativa de reparação histórica. O Estatuto evidencia razões que justificam a criação de uma lei que utiliza a Ação Civil Pública visando uma equiparação social tão estratificada quanto a da sociedade brasileira, procurando minimizar o preconceito, as discriminações e o racismo.

Destacando-se que o §4º do artigo 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada sem reservas pelo Brasil, pacificou, juridicamente, que leis que asseguram proteção de determinados grupos étnicos não ferem o princípio da igualdade, prevendo que:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.⁸³

Outra resistência técnica, aliada a questões sociais que o Estatuto da Igualdade Racial visa amenizar, é o acesso que as populações negras na fruição de bens, serviços e oportunidades na esfera judicial.

do ministério público do Rio Grande do Sul. Porto alegre: amp-rs, n. 77, maio/ago. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2016/IJC17_12.pdf.

⁸²CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico. São Paulo: Almedina, 2016, p. 46.

⁸³Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, preâmbulo, ratificado em 27 de março de 1968. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int_eliminao_disc_racial.htm. Acesso em 01/06/2017.

Não obstante as garantias individuais presentes no referido Estatuto, ganha-se proteção coletiva, incluindo a proteção à honra⁸⁴ e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos no artigo primeiro da Lei de Ação Civil Pública⁸⁵, alterada em 2014, a fim de cumprir com as determinações presentes no artigo 55 da Lei 12.888/10 (Estatuto da Igualdade Racial)⁸⁶; “estendeu, ainda, a possibilidade de agir às associações que incluam, entre as finalidades institucionais, a proteção aos direitos de referidos grupos (art. 5º, V, b, da Lei n. 7.347/85)”⁸⁷.

Em razão disso, a LACP, que já permitia a defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural (bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), da ordem econômica, da ordem urbanística e de outros interesses difusos e coletivos, passou também a permitir, agora de modo expresso, a defesa da honra e da dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

Sob o aspecto técnico, a alteração nem era necessária, porque a LACP não se limitava a proteger os interesses transindividuais nela expressamente mencionados (como o meio ambiente,

⁸⁴“Sob o aspecto jurídico, honra é um conceito que deve ser considerado sob dois ângulos: o da honra subjetiva e o da honra objetiva. A honra subjetiva é a autoestima, é o sentimento que cada um tem de si mesmo, de seu próprio valor moral ou social. A honra objetiva é o conceito que nós recebemos socialmente, ou seja, é a consideração que nos é, ou nos deve ser devida no meio em que vivemos — é a estima social. Ora, tanto uma como outra das manifestações da honra são protegidas pela lei”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa de grupos raciais, étnicos e religiosos*. Revista do ministério público do Rio Grande do Sul. Porto alegre:amp-rs, n. 77, maio/ago. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2016/IJC17_12.pdf.

⁸⁵“Dignidade, por sua vez, não é senão um aspecto da honra subjetiva, ou seja, é o sentimento do nosso próprio valor moral ou social”. Idem.

⁸⁶Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. BRASIL. *Ação Civil Pública*. Brasília, DF, Senado, 1985.

⁸⁷MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa de grupos raciais, étnicos e religiosos*. Revista do ministério público do Rio Grande do Sul. Porto alegre:amp-rs, n. 77, maio/ago. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2016/IJC17_12.pdf.

o consumidor etc.), mas sim já consagrava a previsão de uma norma residual ou de extensão, segundo a qual o uso da ação civil pública se prestava à defesa de quaisquer outros interesses difusos ou coletivos (art. 1º, IV). Assim, embora o acréscimo não fosse necessário, sob o aspecto prático foi inovação proveitosa, porque tem caráter didático, ao permitir que o aplicador da lei (advogados, membros do Ministério Público, juizes, tribunais) tenha compreensão mais clara e exata de que a proteção até mesmo de grupos minoritários também está contida na lei. Evitam-se ou, ao menos, minimizam-se as oscilações da doutrina e da jurisprudência a respeito da questão.⁸⁸

Assim, utilizando-se de vários mecanismos para combater a discriminação racial, para buscar a efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais, a modificação da lei que normatiza o instrumento processual da Ação Civil Pública aufere grande importância normativa contra as atitudes discriminatórias manifestas através de nossa história.

É nesse cenário que em 1965, as Nações Unidas aprovaram a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 1968, visando a adoção de medidas que venham a eliminar qualquer discriminação que envolva a questão racial.

Convencidos de que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, em que, não existe justificção para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum (...) Resolvido a adotar todas as medidas necessárias para eliminar rapidamente a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações, e a prevenir e combater doutrinas e práticas racistas com o objetivo de promover o entendimento entre raças e construir uma comunidade internacional livre de todas as forma segregação racial e discriminação racial(...).⁸⁹

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, preâmbulo, ratificado em 27 de março de 1968. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int_eliminao_disc_racial.htm. Acesso em 01/06/2017.

No Brasil, as discussões para a implementação de ações afirmativas pelo governo federal, estadual e municipal veio somente na última década do século XX⁹⁰, juntamente com desafios e diversas perspectivas, sendo que antes desse período, limitava-se o tema somente nas discussões à militância do Movimento Negro Unificado (MNU) e entre historiadores, sociólogos, antropólogos⁹¹.

Nesse sentido, após a pertinência das sérias discussões sobre o racismo na sociedade brasileira, ganha-se respaldo jurídico somente após, com a promulgação da lei 12.888/10 (Estatuto da Igualdade Racial), onde seu artigo 55 recorre a instrumentos processuais coletivos para a maior eficácia na efetivação das ações afirmativas presentes no Estatuto da Igualdade Racial.

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 1985.⁹²

Dessa maneira, a lei nº 12.996, de 24 de abril de 2014 alterou a lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), incluindo a seguinte modificação:

Art. 1º Esta Lei inclui na Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

Art. 2º O caput do art. 1º da Lei no 7.347, de 1985, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII:

Art. 1º

⁹⁰ Em 2001, em Durban foi realizada a III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, onde “nessa conferência o governo brasileiro reconheceu a existência da discriminação racial no país e, então, várias ações afirmativas começaram a ser postas em prática”. BRAGANÇA, Maria das Graças Viana; OLIVEIRA, Zélia Maria Freire de. *Ações afirmativas: soluções ou problemas?* InterMeio: revista do Programa de Pós-Graduação em Educação, Campo Grande, MS, v.15, n.29, p.148-163, jan./jun. 2009, p.151.

⁹¹ BRAGANÇA, Maria das Graças Viana; OLIVEIRA, Zélia Maria Freire de. *Ações afirmativas: soluções ou problemas?* InterMeio: revista do Programa de Pós-Graduação em Educação, Campo Grande, MS, v.15, n.29, p.148-163, jan./jun. 2009, p.149.

⁹² BRASIL. *Estatuto da Igualdade Racial*. Brasília, DF, Senado, 2010, art. 1º, caput.

VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

Art. 3º O art. 4o da Lei no 7.347, de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. ”

Art. 4º A alínea “b” do inciso V do caput do art. 5o da Lei no 7.347, de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 5º

V –

b) inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção 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.⁹³

O acréscimo normativo na lei da Ação Civil Pública é notável, mas acaba por esbarrar em resistências técnicas na sua utilização visando a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos da população negra.

Tratando-se de ações coletivas e técnicas de legitimação adotadas no Brasil, destacam-se a legitimação do particular (qualquer cidadão); legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (associações, sindicatos, por exemplo); ou, legitimação de órgãos do Poder Público (Ministério Público e Defensoria Pública)⁹⁴.

E, para exercer este direito de ação, o direito processual exige que haja interesse de agir, para que dessa atividade se extraia algum resultado útil em vista da impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado, através de um provimento apto a corrigir o mal de que o autor se

⁹³ BRASIL. *Lei nº 12.966, de 24 de abril de 2014*. Altera a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), para incluir a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. Brasília, DF, Senado, 2010.

⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador, JusPodivim, 2018, p. 204.

queixa⁹⁵; e legitimidade *ad causam*, onde somente titular da ação, que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pede (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva)⁹⁶.

Os legitimados para a Ação Civil Pública são aqueles que integram o rol do artigo 5º da lei 7.347/85⁹⁷, sendo o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, a Defensoria Pública, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica e 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 assemblear⁹⁸, além da previsão legal existente no artigo 82 da Lei 8.078/90⁹⁹.

⁹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 280.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ 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. BRASIL. *Ação Civil Pública*. Brasília, DF, Senado, 1985.

⁹⁸ BRASIL. *Ação Civil Pública*. Brasília, DF, Senado, 1985.

⁹⁹ 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. § 1º 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. BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília, DF, Senado, 1990.

Denota-se que, para o Poder Judiciário apreciar a Ação Civil Pública movida por determinado grupo lesionado e/ou ameaçado, decorrentes de situações de desigualdade étnica, é necessária que constituam uma associação legalmente constituída há, pelo menos, um ano.

Por todo histórico de discriminação e marginalização da população negra na sociedade brasileira, os aspectos processuais adotados pelo Estatuto da Igualdade Racial na usabilidade da Ação Civil Pública na defesa deste grupo étnico acarretam em verdadeiros obstáculos, condicionando o acesso aos direitos mediante a existência prévia de uma associação formalmente constituída.

Isto devido a falta de representatividade e participação efetiva desta parcela da população no processo legislativo e elaboração de leis que visam mitigar os processos discriminatórios, o direito em um progresso orgânico, não meramente arbitrário, retomando as lições da Escola Histórica Alemã. Assim, deve-se destacar a importância do papel do Ministério Público e da Defensoria Pública, entes legitimados para propor a Ação Civil Pública.

Imperativo destacar que, durante o aperfeiçoamento legislativo da tutela dos direitos coletivos, incumbiu-se, com a Lei Complementar Federal nº 40 de 1981, como função institucional ao Ministério Público a promoção da Ação Civil Pública¹⁰⁰.

Destarte, atualmente, a Constituição Federal instituiu ao Ministério Público a promoção do “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”¹⁰¹, em seu artigo 129, inciso III.

Em relação ao papel social do Ministério Público, o promotor de justiça Eduardo Cambi leciona que

¹⁰⁰MACIEL, Nascimento Alves. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Iglu, 2002, p. 30.

¹⁰¹BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

(...) é imperioso reconhecer o papel do Ministério Público contemporâneo deixou de ser o de um mero acusador (arts. 100 do CP e 24 do CPP) ou de um simples fiscal de lei (art. 178 do NCPC), para assumir outras funções tão ou mais relevantes, transformando-se em *agente político, produtor social e fomentador-efetivador de políticas públicas*.¹⁰²

Não obstante buscar a efetividade das políticas públicas, cabe, também, ao Ministério Público atuar na formulação das mesmas, através da mobilização de agentes públicos e sociedade civil, “por intermédio do inquérito civil¹⁰³, especialmente pelos mecanismos dos compromissos de ajustamento de conduta¹⁰⁴, das recomendações e das audiências públicas, antes de promover a judicialização das políticas públicas”¹⁰⁵.

(...) compete ao Ministério Público intervir nas “causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”. Nelson Nery Júnior sustenta que a Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos, “é deduzida no interesse público em obter-se sentença única, homogênea, com eficácia *erga omnes* da coisa julgada (...), evitando-se decisões conflitantes.¹⁰⁶

Conforme disposição do parágrafo primeiro do artigo 5º da lei de Ação Civil Pública, há de se destacar que: “O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”¹⁰⁷.

¹⁰² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 643.

¹⁰³ Procedimento administrativo de natureza inquisitiva tendente a recolher elementos de prova que ensejam o ajuizamento de Ação Civil Pública. O inquérito civil é um instrumento exclusivo do Ministério Público, assim sendo, os demais co-legitimados ad causam, para a ação coletiva, não podem instaurar e presidir esse procedimento administrativo. MACIEL, Nascimento Alves. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Iglu, 2002, p. 58.

¹⁰⁴ Na lei 7.347/85, a transação recebe o nome de compromisso de ajustamento, possuindo eficácia de título executivo extrajudicial, devendo sempre prevalecer o interesse na efetiva tutela dos valores maiores da sociedade. MACIEL, Nascimento Alves. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Iglu, 2002, p. 54.

¹⁰⁵ Idem, op. cit.

¹⁰⁶ MACIEL, Nascimento Alves. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Iglu, 2002, p. 44.

¹⁰⁷ BRASIL. *Ação Civil Pública*. Brasília, DF, Senado, 1985.

Rodolfo de Camargo Mancuso deu a seguinte interpretação para esse parágrafo: “O Ministério Público officiará necessariamente na ação, podendo fazê-lo como parte principal no pólo ativo, ou, senão, ao menos como interveniente, neste caso atuando como fiscal da lei”¹⁰⁸.

Demonstra-se, dessa forma, que o Ministério Público é o grande responsável pela propositura da Ação Civil Pública, atuando como titular ou obrigatoriamente como fiscal da Lei, principalmente em favor das pessoas hipossuficientes econômica e sócio-culturalmente¹⁰⁹.

Considerava-se, no antigo Código de Processo Civil – CPC/73 –, a possibilidade jurídica do pedido era uma condição da ação. Dessa forma, sendo o pedido juridicamente impossível, o Estado poderia se negar a dar qualquer prestação jurisdicional¹¹⁰.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, suprimiu-se expressamente a possibilidade jurídica do pedido como uma condição da ação, mantendo, em seu artigo 17, somente a legitimidade e o interesse.

A razão dessa mudança advém do enfraquecimento do formalismo processual. “Isto é, ao se conferir racionalidade extrema às formas processuais, acaba-se por cultuar excessivamente aspectos procedimentais, fazendo prevalecer regras processuais sobre o direito material”¹¹¹.

Por força do art. 1.º, IV, da Lei 7.347/1985, que autoriza o ajuizamento de ações coletivas para a defesa judicial de interesses transindividuais, a categoria da *impossibilidade jurídica* da

¹⁰⁸MACIELapud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*, 5ª Edição, Revista dos Tribunais, 1997.

¹⁰⁹MACIEL, Nascimento Alves. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Iglu, 2002, p. 48.

¹¹⁰CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 281.

¹¹¹CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 17.

demanda, de há muito abandonada pelo seu criador e moldada para direitos individuais, não pode impedir que o processo seja um instrumento para a efetivação dos direitos coletivos e difusos. Felizmente, a referida condição da ação foi abolida pelo Novo Código de Processo Civil brasileiro.¹¹²

Dessa maneira, retirou-se do ordenamento jurídico processual a impossibilidade de se lutar, na instância judicial, por novos direitos decorrentes das mudanças sociais, surgindo novas demandas e necessidades¹¹³.

A *nova era de direitos*, segundo Norberto Bobbio, é marcada pelo aumento dos bens merecedores de tutela, o surgimento de outros sujeitos de direito, além do indivíduo, considerando o homem na concretude de suas relações sociais, com diferentes critérios de diferenciação, incluindo, assim, as minorias étnicas¹¹⁴.

O escopo da Ação Civil Pública, assim como da função jurisdicional, conforme já explanado, é a paz social, voltado a pacificação de conflitos através de mecanismos que sejam reconhecidamente idôneos¹¹⁵.

O reconhecimento da proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos através de um mecanismo como a Ação Civil Pública, é de extrema importância para a dívida social e histórica para com as populações negras que o Estado brasileiro possui.

A urgência da efetivação das políticas públicas de ação afirmativa gera questões relevantes a uma igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva¹¹⁶.

Desse modo, as políticas de ações afirmativas ganham

¹¹² Idem, p. 17-18.

¹¹³ CAMBI, op. cit, p. 51.

¹¹⁴ CAMBI *apud* BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹¹⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 160-161.

¹¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas no Brasil: Desafios e perspectivas*. Estudos Feministas, Florianópolis, volume 16, nº 3, setembro-dezembro, 2008, p.888.

respaldo no caráter bidimensional da igualdade, de forma que o direito reconhece à população negramedidas processuais de enfrentamento das injustiças culturais, preconceitos e padrões discriminatórios.

Nesse sentido, “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”¹¹⁷. Daí nasce a necessidade de um novo paradigma processual, que reconheça e defenda as diferenças ao mesmo tempo que não produza, aliamente ou reproduza as desigualdades.

É de se destacar que a Lei n. 12.966/14 não dá os contornos exatos do que seja a proteção dos grupos étnicos. “Caberá, ainda, à doutrina e à jurisprudência um trabalho construtivo, até que nosso meio social encontre fórmulas para explicar e aplicar esses conceitos, em busca da solução mais justa”¹¹⁸, pela recente modificação legal.

Nesse sentido, adentrando em um caso concreto, o Ministério Público de São Paulo, atendendo sua função social,

ajuizou ação civil pública a fim de que a Faculdade de Medicina de Marília (Famema) fixasse a cota de 30% das vagas dos cursos de medicina e enfermagem a candidatos carentes egressos do ensino público, nos vestibulares (...). A liminar foi deferida pela 5.^a Vara Cível da Comarca de Marília e confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (...). Porém, o então Presidente do STF, Min. Nelson Jobim, (...) suspendeu a liminar, sob o argumento de causar grave lesão à ordem jurídico-constitucional e jurídico-administrativa, na medida em que o Judiciário, por não poder atuar como legislador positivo, viola os princípios constitucionais da legalidade e da independência dos poderes, quando interfere na condução das políticas públicas para a educação. (...) Por ora, vale rejeitar a noção de que as ações afirmativas estão proibidas no ordenamento jurídico brasileiro, não inviabilizando as ações coletivas, sob o argumento da ausência de condição da ação (impossibilidade jurídica do

¹¹⁷ SANTOS, Boaventura Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

¹¹⁸Idem, p. 56.

pedido).

Felizmente, o STF, (...) reverteu tal posicionamento, ao declarar a constitucionalidade do Programa Universidade para Todos (Prouni). (...) O relator, Min. Carlos Britto, (...) salientou não haver violação do princípio da isonomia, por considerar que a desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas, ou que tiveram bolsa integral para frequentarem as escolas privadas, constituiria justo *discrimen* de compensação.¹¹⁹

O Ministério Público, dessa forma, possui um papel fundamental na promoção das Ações Coletivas na promoção das ações afirmativas, judicialização das políticas públicas¹²⁰, e agregação das forças estatais e sociais na efetivação dos direitos fundamentais¹²¹, “permitindo uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva”¹²².

É visível que a modificação da lei da Ação Civil Pública repensa a tutela dos direitos coletivos das minorias sociais na sociedade brasileira, “de maneira a adequá-lo às reivindicações dos grupos sociais subalternos e dos seus movimentos”¹²³. Ocorre uma interação entre direito e sociedade, criando um papel social do direito processual, procurando garantir direitos fundamentais, visando uma busca de justiça social¹²⁴.

Nesse caminho que, na última década, as propostas de regulação social e a emancipação de grupos estratificados passaram a ser um objeto de uma regulação jurídica¹²⁵. Assim, por trás da promulgação do Estatuto da Igualdade Racial, existem os

¹¹⁹CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 51.

¹²⁰Idem, p. 643.

¹²¹Idem, p. 644.

¹²²_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/166577037/CAMBI-Neoconstitucionalismo-e-Neoprocessualismo-1>.

¹²³ SANTOS, Boaventura de Souza. *Poderá ser o direito emancipatório?* Vitória: FDV, 2007, p. 8.

¹²⁴ CAMBI, opcit, loc cit.

¹²⁵ SANTOS, opcit, p. 17

interesses dos grupos sociais e toda a sua luta pelos direitos da população negra negados no decorrer da história, onde tais práticas emancipatórias passam a ser tutelados e sancionados pelo Estado.

O surgimento de novos direitos para esses grupos sociais e o seu acesso à Justiça, é fundamental para a estruturação da democracia, mas não exclui a existência de outros grupos discriminados face às relações da ordem jurídica.

“O Estado está hoje, mais do que nunca, envolvido nas políticas de redistribuição social – e, conseqüentemente, também nos critérios de inclusão e exclusão”¹²⁶. E, nessas condições, o Estado deve garantir não apenas a igualdade material dessas populações, uma igualdade de oportunidades, mas também moldar padrões básicos de inclusão, através de Ações Coletivas visando.

Torna-se possível identificar realidades e experiências jurídicas da população negra, que muitas vezes se percebe diferentes das perspectivas que se adequam aos códigos e disposições legais vigentes. E, assim, confere-se um Estatuto que vise a credibilidade a uma ampla variedade de lutas, iniciativas, movimentos e organizações¹²⁷, tanto no âmbito nacional quanto internacional, em que o direito figura como um recurso utilizado para fins emancipatórios, seja em face do racismo ou de qualquer outra forma de discriminação.

Recorre-se, portanto, à Ação Civil Pública como principal mecanismo legal na defesa das minorias étnicas, permitindo os objetivos e práticas emancipatórias sancionadas pelo Estatuto da Igualdade Racial e, por conseguinte, conforme os interesses dos grupos sociais que lhes estiverem, por assim dizer, por trás¹²⁸.

¹²⁶ Ibidem, p. 97.

¹²⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *Poderá ser o direito emancipatório?* Vitória: FDV, 2007, p. 104

¹²⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Poderá ser o direito emancipatório?* Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 65, Maio 2003:3-76. Disponível em:

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao estabelecer normas de proteção a grupos étnicos, desenvolve-se juntamente instrumentos para que esses preceitos sejam efetivados, através do exercício da jurisdição, assegurando a prevalência das garantias presentes no Estatuto da Igualdade Racial.

A modificação da Ação Civil Pública surge em um contexto onde as mudanças sociais fizeram com que a referida lei suprisse demandas e necessidades sociais, até então ignoradas, não somente por fruto da concessão espontânea do poder estatal, mas, também, através de lutas e reivindicações.

Desta forma, busca-se a defesa da honra e à dignidade de grupos raciais e étnicos através do direito processual coletivo, quanto a necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça perante os grupos estratificados na sociedade brasileira, sobretudo para quebrar a dinâmica perversa por parte daqueles se beneficiam com a discriminação.

É cedo para avaliar a eficácia que a Ação Civil Pública terá perante as populações que efetivamente necessitam da ação do Poder Judiciário, e até mesmo de vários outros incentivos previstos no Estatuto da Igualdade Racial.

Entretanto, verifica-se o começo de uma mudança, onde o acesso à Justiça é fundamental para a estruturação da democracia, principalmente na instituição de mecanismos jurídicos concebidos com vistas para a luta pela promoção da justiça social. A expansão dos direitos humanos começa a visar uma universalização dos direitos, participação da sociedade no âmbito político, voto e a cidadania.



REFERÊNCIAS

- ALGRANTI, Leila. *O feitor ausente: Estudo sobre a escravidão no Rio de Janeiro*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- _____. Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRAGANÇA, Maria das Graças Viana; OLIVEIRA, Zélia Maria Freire de. *Ações afirmativas: soluções ou problemas? InterMeio: revista do Programa de Pós-Graduação em Educação, Campo Grande, MS, v.15, n.29, p.148-163, jan./jun. 2009*.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 22^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 jul. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm>. Acesso em: 10/05/2017.
- _____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em:

- <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 03/06/2017.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico*. São Paulo: Almedina, 2016.
- _____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/166577037/CAMBI-Neoconstitucionalismo-e-Neoprocessualismo-1>>. Acesso em: 20/08/2017.
- CHALHOUB, Sidney. *A força da escravidão: ilegalidade e costume no Brasil oitocentista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France, (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/493/r142-24.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 05/05/2017.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*. Revista Estudos Históricos, n. 18, 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>>. Acesso em: 19/06/2017.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*. Trad. Paulo Menezes. São Paulo: Loyola, 1995.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. São Paulo: Martin

- Claret, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MACHADO, Cacilda. *A trama das vontades: negros, pardos e brancos na produção da hierarquia social no Brasil escravista*. Rio de Janeiro: Apicuri, 2008.
- MACIEL, Nascimento Alves. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Iglu, 2002
- MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: História do Pensamento Racial*. 1º Edição, São Paulo: Contexto, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*, 5ª Edição, Revista dos Tribunais, 1997.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa de grupos raciais, étnicos e religiosos*. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/gruposraciais.pdf>>. Acesso em: 02/02/2017.
- _____. *Aspectos polêmicos da Ação civil pública*. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>>. Acesso em: 02/02/2017.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3º Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas no Brasil: Desafios e perspectivas*. Estudos Feministas, Florianópolis, volume 16, nº 3, setembro-dezembro, 2008.
- RAYOMOND, Aron. *As Etapas do pensamento sociológico*. 5ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- _____, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A construção multicultural da igualdade e da diferença*. Publicação seriada do Centro

- de Estudos Sociais, Coimbra, 1999.
- _____, *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- _____, *Poderá ser o direito emancipatório?* Vitória: FDV, 2007.
- _____, *Poderá ser o direito emancipatório?* Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 65, Maio 2003:3-76. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF>. Acesso em: 21/08/2017.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vomberufunsererzeitfür-Gesetzgebung und Wissenschaft*. Heidelberg, 1814.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*. São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- WEHLING, Arno. *O escravo ante a lei civil e a lei penal no império (1822-1871)*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey. 2010.