

# Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade

Joaquim B. Barbosa Gomes

*“A Constituição dispõe que o ensino será ministrado com base no princípio da ‘igualdade de condições’ para acesso e permanência na escola; no entanto, dando aulas há 28 anos na Faculdade de Direito da USP, para, em média, 250 alunos por ano, e tendo tido aproximadamente 7.000 alunos, dou meu testemunho de que nem cinco eram negros!” (Professor Antonio Junqueira de Azevedo, in Folha de S. Paulo de 15-11-96, pág. 3-2)*

*“Educação: passaporte seguro para a liberdade, arma indispensável na luta pela igualdade” (Jurista brasileiro anônimo)*

*“Education is perhaps the most important function of state and local governments. Compulsory school attendance laws and the great expenditures for education both demonstrate our recognition of the importance of education to our democratic society. It is required in the performance of our most basic public responsibilities, even service in the armed forces. It is the very foundation of good citizenship. Today it is a principal instrument in awakening the child to cultural values, in preparing him for later professional training, and in helping him to adjust normally to his environment. In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied opportunity of an education. Such an opportunity, where the state has undertaken to provide it, is a right which must be made available to all on equal terms”. (Trecho extraído da decisão “Brown v. Board of Education of Topeka” da Suprema Corte dos EUA, 1954)*

Joaquim B. Barbosa Gomes é Doutor em Direito Público pela Universidade de Paris-II (Panthéon-Assas). Membro do Ministério Público Federal. Professor-Adjunto de Direito Administrativo da UERJ. Ex-Consultor Jurídico do Ministério da Saúde. *Visiting Scholar* da Columbia University School of Law, New York.

## Sumário

1. A ruptura de 1985/1988: o reconhecimento dos direitos coletivos e de grupos e o advento das ações civis coletivas. 2. Legitimação para

defesa de interesses de grupos étnicos minoritários. 3. Facilitação do acesso à Justiça. 4. Os obstáculos à ação eficaz do MP. 5. As deficiências estruturais do MP.

A luta por transformações sociais e pela promoção da justiça social constitui tarefa a ser levada a cabo mediante esforço eminentemente coletivo.

No plano jurídico, essa singela constatação se traduz, na maioria dos países ocidentais, na possibilidade de utilização de instrumentos legais de promoção e defesa de direitos de natureza coletiva, seja por meio de entidades formadas por grupos específicos oriundos da sociedade civil (associações, ONG's etc.), seja por meio de órgãos governamentais concebidos e instituídos com o fim específico de promover a efetiva igualdade e de defender os direitos de determinadas categorias sociais vulneráveis.

O sistema jurídico brasileiro, que tem suas raízes mais antigas no Direito continental europeu<sup>1</sup>, durante muito tempo ignorou por completo essa evidência. E o que é ainda mais grave, o *establishment* jurídico nacional<sup>2</sup> sempre foi majoritariamente individualista. É indissociável o desconforto sentido por muitos operadores do Direito em relação aos instrumentos de defesa coletiva da sociedade ou de alguns de seus segmentos mais necessitados.

Entretanto, cresce a cada dia a consciência acerca da maior eficácia dos instrumentos coletivos de aplicação do Direito e de busca da Justiça Social. Embora, ressalte-se, a tendência de se aplicar o direito por meio de iniciativas de caráter meramente individual ainda seja prevalecente, vislumbram-se no horizonte, porém, claros sinais de mudança.

### *1. A ruptura de 1985/1988: o reconhecimento dos direitos coletivos e de grupos e o advento das ações civis coletivas*

Com efeito, a aprovação pelo Congresso Nacional, em 1985, da Lei nº 7.347/85, complementada pela promulgação da nova

Constituição em 5 de outubro de 1988, anunciou uma mudança vital nesse campo. Pelo menos do ponto de vista jurídico-formal, trata-se de um divisor de águas, pois as inovações produzidas por esses dois atos normativos cuidam precisamente de instrumentos jurídicos de proteção e defesa de direitos de grupos sociais específicos, ou de direitos e interesses afetos à coletividade como um todo (*Public Interest Law*).

De fato, o Congresso Nacional, constatando a existência de uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, e também sabedor da necessidade de se incentivar a implementação de direitos que transcendam a esfera individual, buscou criar instrumentos de defesa e promoção dos chamados direitos “coletivos” e “difusos”, perante o Poder Judiciário.

Em 1985, portanto, foi editada a chamada Lei da Ação Civil Pública, que autoriza o Poder Executivo federal e estadual, as associações constituídas há mais de um ano e o Ministério Público a proporem ações civis perante o Poder Judiciário, em defesa de direitos e interesses difusos e coletivos. A Constituição de 1988 veio reforçar essa lei, atribuindo enormes poderes ao Ministério Público para agir em defesa de tais direitos e interesses, inclusive o de conduzir investigações próprias por meio do chamado Inquérito Civil Público, novidade absoluta no Direito brasileiro.

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, o Poder Legislativo, por meio das novas normas introduzidas em 1985 e 1988, fez “irromper o social na paisagem do processo”, com isso deixando em segundo plano a concepção individualista até então predominante. Ao fazê-lo, o Congresso ampliou a legitimação para postular em juízo das entidades jurídicas vocacionadas à defesa e à promoção dos interesses das massas<sup>3</sup>.

Essa foi, sem dúvida, uma mudança crucial no domínio da aplicação do Direito e terá certamente, num futuro próximo, profundas repercussões no campo da eficácia das normas jurídicas em nosso país.

Com efeito, a noção de interesse público ou interesse geral da coletividade passou nos últimos tempos por certas modificações conceituais, a ponto de se cogitar, com uma boa dose de precisão, da diferenciação entre a) direitos e interesses gerais de toda a coletividade; b) direitos e interesses de determinados grupos; e c) direitos individuais indisponíveis. Isso significa que, ao invés da tradicional dicotomia entre direitos do indivíduo e direito da coletividade, admite-se a existência de uma categoria intermediária de direitos, situada a meio caminho entre os direitos puramente individuais e os direitos e interesses gerais da sociedade como um todo<sup>4</sup>.

No Brasil, a partir de 1985 e com mais precisão a partir de 1988/90<sup>5</sup>, não há dúvida de que essa categoria intermediária de direitos admite uma outra diferenciação: a que separa os direitos pertencentes a uma categoria “determinada” ou “determinável” de pessoas e aquela pertinente a um grupo “indeterminado” de indivíduos. Por exemplo, 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 distintas 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.

Já o grupo social *indeterminado* ou *de difícil determinação* seria aquele cujos direitos e interesses trazem igualmente a marca da transindividualidade. Noutras palavras, trata-se de direitos e interesses que “depassam a esfera de atuações dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva”<sup>6</sup>. Entretanto, em relação a esse grupo, haveria *indefinições* importantes: a que se refere à individualização das pessoas titulares dos direitos e interesses reivindicados e a concernente ao alcance das lesões eventualmente infligidas aos membros desse grupo. Isso porque, nesse caso, em se tratando de dano aos direitos e interesses do grupo, a lesão se dissemina “por um número indefinido de pessoas, tanto podendo ser uma comunidade, uma etnia ou mesmo toda a humanidade”<sup>7</sup>. Noutras palavras, para dar exemplos mais concretos, seriam titulares de direitos difusos a) os moradores *anônimos* de uma cidade ou de um Estado; b) os consumidores de determinado produto espalhados por todo o país; c) ou ainda, os contribuintes de determinado tributo de incidência geral e indiscriminada.

Vários autores, brasileiros e estrangeiros, tentaram traçar o conceito e a diferenciação entre essas categorias de direitos, que, como já dito, constituem novidade no sistema jurídico do Brasil. Albino Zavaski, por exemplo, assim se pronuncia sobre o tema:

“Do ponto de vista objetivo, assemelham-se os interesses difusos aos coletivos: *ambos são indivisíveis*, não podendo ser satisfeitos nem lesados

senão de forma que afete a todos os possíveis titulares, difusa ou coletivamente considerados. O que os diferencia são seus aspectos subjetivos: embora ambos sejam *transindividuais*, a *indeterminação dos sujeitos titulares é absoluta* quando se trata de *interesses difusos*, mas é *relativa* em se tratando de *interesses coletivos*. É que, nos difusos, a ligação entre os titulares decorre de mera circunstância de fato, enquanto os titulares dos interesses coletivos têm a ligá-los, entre si ou com o obrigado, uma relação jurídica-base”<sup>8</sup>.

Um autor que também enfrentou o tema foi o jurista italiano Mauro Cappelletti, e o fez na perspectiva de busca de uma solução para problemas sociais, isto é, aqueles problemas para cuja solução não basta a ação isolada de um único indivíduo, mas a iniciativa conjunta de Governo, de movimentos sociais e organizações não-governamentais nacionais e estrangeiras. Diz Cappelletti com muita propriedade:

“O que são os chamados direitos difusos? Para entender-se perfeitamente o tema, é preciso, antes de tudo, abandonar os esquemas dogmáticos e puristas. É necessário entender a questão social, primeiro. Pois a questão social está na base dos interesses difusos. Só a partir daí se podem compreender os aspectos propriamente jurídicos. Acima de tudo compreendendo o problema social e a sua nova, mas já enorme e crescente, importância na sociedade contemporânea. Então, compreenderemos por que este tema tem sido negligenciado pelos juristas(...)”. “Quando surge o problema social, o direito logo deve intervir, deve tratar de resolvê-lo, ou de colaborar na resolução do mesmo. Esse é o direito realista, não um direito abstrato, dogmático, direito das nuvens. Qual é o problema jurídico que corresponde ao problema social característico da sociedade contemporânea? Não posso

dizer que, em outras épocas, não existissem exigências de intervenção do mesmo tipo, intervenções difusas. Mas o que desejo enfatizar é que hoje esse problema emerge com uma importância extraordinária, sem precedentes na história do homem. O problema jurídico é muito simples. Como proteger essa categoria, essa massa, esses interesses difusos (do consumidor, do meio ambiente, etc?). Certo, uma primeira resposta é óbvia: o legislador pode aprovar leis de direito substancial que protejam *o consumidor, o ambiente, as minorias raciais, civil rights, direitos civis* etc. Aí está apenas um primeiro passo, não mais. Porque especificamente o interesse difuso necessita de uma proteção judiciária, processual, sempre que violado. Não basta que exista uma lei de direito material que exija lealdade, por exemplo, em matéria publicitária. Não basta isso. É preciso antes uma proteção adequada no caso de fraude publicitária”<sup>9</sup>.

São, portanto, muito próximas as noções de interesses “difusos” e “coletivos”. Enquanto os primeiros dizem respeito a direitos e interesses importantes para a coletividade como um todo, os últimos se destacam por serem pertinentes a um grupo suscetível de identificação.

A proximidade e a semelhança desses conceitos faz surgir um primeiro problema: o da legitimidade para a defesa de cada tipo de direito ou interesse, já que são múltiplos os atores autorizados pela Constituição e pelas leis brasileiras a agir em defesa de direitos metaindividuais.

## 2. *Legitimação para defesa de interesses de grupos étnicos minoritários*

De saída, uma reflexão se impõe: quem detém legitimidade para a promoção e a defesa dos interesses de determinado grupo étnico – apenas as entidades representativas desses grupos ou os órgãos que agem em nome de toda a coletividade?

À primeira vista, a questão parece de fácil solução, pelo menos no plano jurídico. Na prática, ela não o é, e as dificuldades inerentes ao seu deslinde só ainda não vieram à tona por força da ligeireza e do mal disfarçado desdém com que a situação social do negro e de outras minorias é tratada na sociedade brasileira.

Dada a avassaladora predominância de uma visão conservadora nos meios jurídicos brasileiros, não constituiria nenhuma surpresa o eventual surgimento de corrente de pensamento tendente a desqualificar o fator étnico-racial como elemento determinante de legitimação para efeito da ação civil pública. Aliás, uma tal corrente de pensamento não seria estranha às tradições jurídicas brasileiras, que tendem sempre a deixar de lado a discussão da essência das coisas para privilegiar a abordagem de aspectos secundários, periféricos, processuais...

Porém, no caso específico do objeto desse estudo, existem obstáculos de peso a essa possível tentação *diversionista*: de um lado, a própria Constituição Federal que, em seu artigo 129, III, declara o Ministério Público habilitado a propor ações civis públicas para defesa de “outros interesses difusos e coletivos”. Como já vimos, a promoção dos direitos constitucionais dos negros brasileiros pode ser enquadrada tanto como direito coletivo quanto como direito difuso. De outro, a Lei Orgânica do Ministério Público da União, que acrescentou ao elenco de atribuições desse órgão a defesa dos direitos das “minorias étnicas” (L.C. 75/93, art. 6º, VII, *b*), atribuição essa exercitável justamente pela via da ação civil pública. Portanto, no plano puramente normativo, não existe qualquer obstáculo à atuação do MP na proteção aos direitos de grupos étnicos minoritários. Ao contrário, existe autorização expressa, como já visto. Isso significa que a propositura de ação civil pública com vistas à defesa de direitos e interesses de minorias étnico-raciais independe de autorização legislativa específica, ao contrário do que vêm decidindo algumas cortes brasileiras, quando convo-

cadas a decidir ações coletivas em outras áreas, como, por exemplo, na área de impostos...

Resta saber se tal atuação se faria a título de tutela de defesa dos direitos difusos ou coletivos. Em se tratando de atuação do Ministério Público, a questão me parece irrelevante, eis que a legitimação constitucional foi outorgada pelo legislador constituinte em termos deliberadamente irrestritos (“outros interesses difusos e coletivos”)<sup>10</sup>. Vale dizer, ainda que, nesse caso, os direitos e interesses protegidos tenham, em sua essência, uma indisfarçável natureza de classe ou de grupo, é plenamente viável a sua tutela por iniciativa do Ministério Público, como de resto pode ocorrer em outros domínios em que estejam em jogo direitos coletivos e não difusos. Já as associações só podem agir a título de defesa de direitos e interesses de grupo ou classe. Isto é, prevalece aqui o princípio da especialização: somente as associações que, de acordo com os seus estatutos, tenham como objetivo a defesa de direitos de certas minorias poderão ingressar em juízo com ação civil em nome delas.

De toda sorte, o que nos parece absolutamente relevante é o fato de que, efetivamente, o fator étnico constitui um critério inegável de classificação, para efeito de enquadramento do tipo de tutela a ser reivindicada perante o Poder Judiciário.

Por outro lado, vista sob o ângulo da Justiça Social, que constitui um dos pilares do sistema constitucional brasileiro<sup>11</sup>, a busca de solução aos problemas de grupos étnicos minoritários interessa não só a esses grupos mas também à sociedade brasileira como um todo, ao Estado brasileiro e, cada vez mais, às forças econômicas hegemônicas no País, que têm todo o interesse em ver integradas à sociedade de consumo as grandes massas marginalizadas da nossa sociedade, compostas majoritariamente por pessoas de ascendência africana. Isso contribuiria, sem dúvida alguma, para a preservação da paz social, para a cessação do alijamento social e da marginalização de um grupo social de

importância vital na construção da nacionalidade brasileira. Sob esse ângulo, pois, o enquadramento jurídico dos direitos dos negros brasileiros se faria na categoria de direitos difusos, e não de direitos de uma classe de pessoas<sup>12</sup>.

Como um dos detentores da legitimação para propor Ação Civil Pública, o Ministério Público é de longe a instituição que reúne as melhores condições para obter sucesso nessa empreitada, que é de interesse de toda a sociedade brasileira, como já dissemos. Com efeito, nos diversos domínios em que as ações civis públicas são taxativamente admitidas (meio ambiente, defesa do consumidor, mercado financeiro, defesa do patrimônio público), o MP é, sem dúvida alguma, entre os legitimados, a instituição mais atuante. Isso decorre de alguns fatores, entre os quais: a) a boa qualificação jurídica dos membros do Ministério Público e o prestígio profissional de que desfrutam na sociedade brasileira; b) a fragilidade financeira e organizacional das associações voltadas à defesa de interesses coletivos e de grupos, ainda bastante incipientes e rudimentares no Brasil; c) a notável ausência, entre os brasileiros em geral, daquilo que os povos anglo-saxões apropriadamente denominam espírito de *community*, deficiência agravada pela nossa secular tendência a acreditar que deve vir do Estado a solução para todos os problemas sociais.

Não resta dúvida de que a Constituição Federal elegeu o Ministério Público como um instrumento privilegiado de promoção e defesa dos direitos coletivos e difusos. A leitura de alguns de seus dispositivos nos conduz à conclusão de que essa Instituição foi alçada à condição de Promotor da Cidadania e dos direitos coletivos, como tem sido dito à exaustão. Rompeu, assim, a Constituição de 1988 com uma longa e já bem estabelecida tradição dessa Instituição, que, até então, dedicava-se preferencialmente ao desempenho do papel de mero fiscal da lei e de titular da ação penal, o que é muito pouco quando se sabe que o Brasil é um país em que a perseguição penal constitui precisamente a

mais dramática prova da ineficiência e do caráter às vezes artificial, puramente mimético, de algumas peças do sistema jurídico.

De fato, em seu art. 129, a CF 1998 inclui entre as funções institucionais do MP a de “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*”.

Note-se que a Constituição não inclui expressamente a defesa dos direitos das minorias entre os interesses a serem tutelados por meio da ação civil pública. À primeira vista, esse suposto silêncio do texto constitucional poderia constituir um poderoso argumento para os segmentos conservadores e imobilistas do *establishment* jurídico brasileiro, que aí encontrariam a base jurídica formal para entravar toda e qualquer ação do Ministério Público em defesa das minorias marginalizadas<sup>13</sup>.

Contudo, é a própria Constituição, no mesmo artigo 129, inciso III, que outorga ao Ministério Público a atribuição de propor ação civil pública para defesa de “outros interesses difusos e coletivos”. Vale dizer, a previsão constitucional é ampla, sem qualquer cláusula restritiva. Portanto, não há obstáculo jurídico sério à ação do Ministério em defesa dos direitos da minoria negra brasileira<sup>14</sup>.

Ainda no plano constitucional, guarda pertinência com o tema da afirmação dos direitos da comunidade negra a seção relativa à cultura (seção II do capítulo III do título VIII), artigos 215 e 216, assim concebidos:

“Art. 215. § 1º: O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (...);

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos for-

madores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: a) as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver;

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”.

Como se vê, a própria Constituição Federal (art. 215) singulariza os brasileiros de descendência africana, ao assegurar a proteção do Estado às suas manifestações culturais específicas. Reconhece-lhes, portanto, a condição de grupo social portador de certas características histórico-culturais, diferenciadoras dos demais elementos componentes da Nação. No plano estritamente jurídico, o art. 215 imprime de forma inequívoca aos direitos e interesses dos negros em geral, assim como dos índios e dos descendentes de europeus, a marca de direito coletivo, de classe. Em suma, reconhece-lhes o caráter de grupo dotado de direitos específicos em face da sociedade brasileira<sup>15</sup>.

Já o art. 216 vai mais longe: diz que o patrimônio cultural brasileiro se compõe dos bens de natureza material ou imaterial oriundos das três raças que compõem a nossa nação, e que qualquer dano causado a um ou a todos os elementos componentes desse patrimônio (“tomados individualmente ou em conjunto”) será reprimido na forma da lei. Aqui não se trata mais de direitos de grupo ou de classe, mas de direitos pertencentes a toda a coletividade (“patrimônio cultural brasileiro”). Poderá, assim, ser considerada violação de *direitos difusos* toda e qualquer ação (privada ou governamental) tendente a sufocar, a suprimir, a escamotear, a mitigar a importância da contribuição de cada uma das três raças na construção da nacionalidade brasileira. Nesse sentido, pois, o combate à opressão e à situação de quase-ausência de direitos em que vive a maioria dos negros no Brasil constitui, sem dúvida alguma, um direito difuso a ser perseguido na via da ação civil pública.

Portanto, os artigos 215 e 216 da Carta de 1988 reforçam o entendimento de que o MP está constitucionalmente autorizado a propor

ações civis públicas em defesa das minorias oprimidas, a título de defesa de interesses difusos. Tais interesses, como já vimos, somados aos dos demais grupos étnicos que formam a identidade nacional, constituem, à luz do dispositivo constitucional acima transcrito, o chamado patrimônio cultural brasileiro. Ou seja, um típico interesse difuso.

Não bastasse isso, a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) veio tornar ainda mais explícita essa atribuição do MP, ao dispor em seu artigo 6º:

“Art. 6º – Compete ao MPU:

VII – Promover o inquérito civil e ação civil pública para:

a) proteção dos direitos constitucionais;

b) proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos das comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às *minorias étnicas e ao consumidor*.”

Por fim, no plano da lei ordinária, a própria Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) outorgou ao MP os instrumentos de ação necessários à defesa dos direitos de minorias. Com efeito, concebida inicialmente como instrumento de defesa do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio cultural (bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), na sua versão original essa lei teve amputado, por força de veto do Presidente José Sarney, o dispositivo que possibilitava o ajuizamento da ação para defesa de “outros interesses difusos”. O argumento jurídico usado para justificar o veto foi o de que a amplitude dessa expressão findaria por causar insegurança jurídica.

Foi necessário aguardar a promulgação da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) para que o quadro normativo da ação civil pública viesse a se completar, já que esse Código veio não apenas restaurar o dispositivo vetado cinco anos antes, mas também dar a definição precisa do que são direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos (art. 81)<sup>16</sup>.

Assim, a partir de 1990, como diz a Procuradora Thais Graeff em sua dissertação de Mestrado<sup>17</sup>,

“a ação civil pública passou a ser instrumento de defesa de todo e qualquer interesse difuso ou coletivo, transformando-se em poderoso instrumento de preservação do patrimônio público e dos direitos de minorias, bem como veículo de demandas sociais na busca da efetiva realização de direitos constitucionalmente assegurados”.

### 3. *Facilitação do acesso à justiça*

Também no plano da efetividade das normas constitucionais e legais pertinentes à tutela de interesses difusos e coletivos, a presença do Ministério Público se reveste de grande importância, na medida em que a atuação dessa Instituição pode ser vista como um utilíssimo instrumento de superação das dificuldades de acesso à Justiça.

Com efeito, é sabido que a Justiça no Brasil é cara, morosa e inacessível ao cidadão comum. “Imagine-se o cidadão comum litigando com uma grande multinacional em busca do seu direito a um meio ambiente saudável” (Thais Graeff, *ob. Cit.*, p. 44)<sup>18</sup>. Ou, diríamos nós: imagine-se um grupo de cidadãos negros em luta contra o Estado ou contra o poderoso cartel do ensino privado lucrativo brasileiro, a fim de fazer valer o seu direito, de cunho constitucional, de ver os filhos contemplados com o acesso à boa educação...

Em princípio, a ação civil pública seria um excelente meio de remover tais obstáculos, já que ela não expõe individualmente cada pessoa interessada, tampouco implica gastos por parte do cidadão beneficiário da tutela. Isso porque, proposta pelo Ministério Público ou por associações, a Ação Civil Pública não acarreta condenação em honorários de advogado nem despesas processuais.<sup>19,20</sup> Por outro lado, evita-se o congestionamento do Poder Judiciário, eis que uma só ação é suficiente para dar solução a problemas de

interesses de milhares, e até mesmo de milhões, de pessoas ao mesmo tempo.

Some-se a isso o fato de que o inquérito civil público conduzido pelo Ministério Público, procedimento preparatório à ação civil pública, permite a celebração de ajustes entre as partes em confronto, visando à adequação aos desígnios da lei, os chamados Compromissos de Ajustamento de Conduta. Tais compromissos têm-se revelado mais eficazes do que o ajuizamento de ações, pois, muitas vezes, os direitos difusos envolvem questões estruturais, de larga repercussão social, que não podem ser resolvidas à base de uma simples e, em muitos casos, abrupta decisão judicial.

### 4. *Os obstáculos à ação eficaz do MP*

Resta saber, contudo, se esse complexo arcabouço constitucional e legal tem obtido repercussão na vida diária da instituição Ministério Público e, por via de consequência, do Poder Judiciário. Mais: é imperioso também indagar se esses poderosos instrumentos de intervenção do poder público na área social são sequer do conhecimento de alguns órgãos do Poder Executivo, que também têm legitimidade para utilizá-los.

Tome-se por exemplo a educação, que é um setor crucial e que tem um impacto desproporcional sobre os negros, pois eles constituem a maioria esmagadora dos pobres brasileiros. A educação é um tema que se enquadra perfeitamente no conceito de “direitos difusos”: a Constituição Federal diz expressamente que a “educação é um direito de todos e dever do Estado e da família”. Noutras palavras, um típico exemplo de direito que é ao mesmo tempo individual, isto é, suscetível de ser postulado pelo cidadão a título pessoal, e difuso, por ser um dever do Estado para com todos aqueles que vivem no território nacional.

Mas a educação é precisamente um exemplo perfeito do divórcio entre lei e realidade, entre meras proclamações jurídicas e direitos efetivamente assegurados. Às



vésperas da virada do milênio, até o nível de ensino médio, as escolas que oferecem boa qualidade de ensino no Brasil são, em geral, as escolas privadas. Apesar de privadas, essas escolas recebem diversos tipos de financiamento governamental, seja sob a forma de ajuda direta para construção e reforma de suas instalações, seja por meio de isenções fiscais de diversas naturezas<sup>21</sup>. Somente as famílias dotadas de consideráveis recursos financeiros têm meios de matricular seus filhos em escolas privadas. Negros, portanto, estão excluídos desse sistema, em razão de injustos artificios criados pela própria lei.

A injustiça se torna ainda mais intolerável em se tratando de ensino universitário. Aqui a equação se inverte: as boas universidades são as públicas. Contrariamente ao que se passa nos EUA, em que há uma grande diversidade de instituições de ensino universitário, no Brasil boa qualidade de ensino universitário se confunde com universidade pública. Pouquíssimas universidades privadas oferecem ensino de razoável qualidade. Contudo, o acesso à Universidade pública é ultralimitado: a seleção dos alunos se faz mediante o exame “vestibular”, no qual são aprovados, em sua maioria esmagadora, pelo menos para os cursos de maior prestígio, apenas os alunos egressos das escolas privadas, que, além de terem tido o privilégio de frequentar boas escolas, indiretamente financiadas com recursos públicos (que deveriam imperativamente ser usados para financiar o ensino público universal, e não o ensino canalizado para uma pequena minoria), ainda dispõem de recursos financeiros para frequentar cursos específicos de preparação para tal exame de admissão ao curso superior.<sup>22</sup>

Em resumo: o dinheiro dos impostos pagos por toda a sociedade é canalizado, primeiro para subsidiar a escola privada de ensino fundamental e médio à qual apenas os ricos têm acesso; em segundo, para financiar integralmente a universidade pública a que somente esses mesmos privile-

giados terão acesso<sup>23</sup>. Ou seja, a perfeita perpetuação do ciclo vicioso da miséria e da exclusão.

Esse nosso sofisticado (chancelado pelas leis<sup>24</sup>) sistema de opressão social e racial, se confrontado com o de outros países, traria à tona a intolerável incivilidade das nossas relações sociais. À guisa de comparação, tome-se mais uma vez como exemplo os Estados Unidos, país que, como o Brasil, teve longa história de escravidão, mas que as elites conservadoras brasileiras têm especial horror em ver comparado ao Brasil. Esquecem-se de que lá, como aqui, negros foram durante séculos considerados como objeto e, mesmo após a emancipação legal, continuaram alijados dos mecanismos suscetíveis de conduzir ao aprimoramento pessoal e humano. Lá, o alijamento se operou por meio de leis e de decisões judiciais aplicáveis em todo o território do país (v. *Plessy v. Ferguson*, 1896). Aqui, por meio do “jeitinho” brasileiro de fazer as coisas.<sup>25</sup> Lá, o problema vem sendo corajosamente enfrentado por todas as forças atuantes no espectro político. A mobilização da sociedade em favor dos direitos civis nos anos 60 resultou na aprovação pelo Congresso do Programa de Direitos Civis, um complexo, minucioso e vasto conjunto de atos normativos que apregoam várias medidas de promoção no campo cível, mas que no Brasil já começa a ser deturpado como se se tratasse meramente de um “sistema de quotas”. Os resultados desse programa, passados pouco mais de trinta anos de aplicação, são simplesmente espetaculares<sup>26</sup>.

Na área da educação, insista-se mais uma vez, o combate aos efeitos da discriminação racial nos EUA se faz por diversos métodos, uns aparentemente heterodoxos (*affirmative action programs*), porém concebidos com prazo certo de duração como único meio de extirpar a mentalidade escravocrata, responsável por aquele tipo de discriminação disseminada, estrutural, não necessariamente ancorada em leis; outros por meio de mecanismos jurídicos revestidos de indubitosa sofisticação, como é o caso do capítulo das *Civil Rights Laws* de 1964, que, ao invés

de se limitar a condenar a discriminação racial por meio de normas proibitivas vagas, como se faz no Brasil, optou por uma postura mais afirmativa, pró-ativa, de promoção, impondo o dever de promoção da “diversidade” em todo e qualquer estabelecimento de ensino ou programa educacional que se beneficie de qualquer tipo de ajuda governamental federal (*Discrimination in federally assisted programs*). Como se vê, é o Estado, usando de suas prerrogativas de supremacia para impor não apenas às instituições de ensino públicas, mas também às privadas beneficiárias de qualquer tipo de apoio governamental, a *obrigatoriedade de inclusão*, em percentuais compatíveis com a respectiva presença de cada grupo em uma dada comunidade, de representantes de grupos sociais historicamente marginalizados, que de outra maneira não teriam acesso à educação de boa qualidade, já que esta normalmente é reservada ao atendimento dos interesses das classes sociais dominantes, em caso de inércia do Estado.<sup>27</sup>

Em suma, embora não seja a única, a educação é uma das áreas em que o conceito de “direitos difusos” se adapta perfeitamente. Nela se encontra entrelaçada a questão racial e os mecanismos legais por meio dos quais o Direito brasileiro exclui os negros e os pobres em geral do processo de aprimoramento social.

É certo que um empreendimento dessa envergadura incumbe prioritariamente ao poder público e às lideranças políticas nacionais mais expressivas, cujo poder de impulsão não deve ser menosprezado. Seria um equívoco imaginar que a segregação de fato do negro no Brasil se resolveria com base apenas em ações judiciais. O exemplo dos EUA está aí para nos mostrar o contrário: sem a firme determinação do Governo federal sob Kennedy, Johnson, Carter, Clinton e até mesmo de alguns republicanos<sup>28</sup>, os negros norte-americanos não teriam obtido o que já conseguiram, que é muito se comparado com a triste situação dos negros brasileiros, que vivem num país que ironicamente se auto-proclama uma “democracia racial”!

A ação civil pública, portanto, conduzida por ONG's e pelo Ministério Público, seria um ótimo instrumento de combate a esse sistema viciado de criação de “injustiças legitimadas pelo Direito”. E isso não apenas no campo da educação, mas também no das relações de emprego<sup>29</sup> e muitos outros, em que o Brasil se notabiliza por uma insuportável injustiça.

Resta saber se esse formidável instrumento de combate jurídico vem sendo utilizado adequadamente.

### 5. As deficiências estruturais do MP

No âmbito federal, não obstante a boa receptividade que o assunto tem em alguns setores do Ministério Público Federal, especialmente da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e das suas Procuradorias Regionais dos Direitos do Cidadão, é forçoso reconhecer que muito pouco foi feito até hoje. É bem verdade que somente agora, passados quatorze anos desde a sua instituição, as ações civis públicas começam a ter um impulso positivo na vida institucional brasileira. Até há bem pouco tempo, militava contra a sua evolução o *effet de blocage* do Judiciário, consistente ora em abortar abruptamente, ainda no nascedouro, certas ações mais indigestas, invariavelmente por meio de *technicalities* ou *mumbo jumbo*, isto é, medidas judiciais estapafúrdias de conteúdo meramente processual, ora por intermédio de liminares altamente contestáveis, impostas de cima para baixo pelos órgãos jurisdicionais de revisão e de cúpula do Judiciário Federal. Noutras palavras, no seu período de amadurecimento inicial, as ações civis públicas têm servido para expor às escâncaras os vícios e as chagas perpétuas do sistema jurídico brasileiro como um todo: o individualismo exacerbado, o formalismo *outrancier*, a falta de racionalidade e de praticidade da grande maioria dos instrumentos de ação etc. Diante desse quadro, não surpreende que o balanço geral das ações civis públicas seja tão esquelético, e que na coluna referente à

proteção dos direitos das minorias, por parte do Ministério Público, nada haja para se analisar!

Tal estado de coisas reflete, não é ocioso frisar, o conhecido drama institucional de muitas nações, o qual é particularmente agudo no Brasil: o da profunda dissociação entre direito positivo e direito efetivamente aplicado, entre norma formal e realidade institucional concreta. Tal clivagem, a bem da verdade, vem inteiramente ao encontro da acurada reflexão de Norberto Bobbio, para quem, em se tratando de direitos do homem, “deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais”. Pensamento esse também compartilhado pela ilustre autora da dissertação já mencionada, que constata o “abismo verificado entre direitos reconhecidos e direitos assegurados efetivamente no Brasil”, isto é, a enorme distância existente entre os instrumentos legais de que se dispõe para tentar interferir com essa realidade no âmbito do Judiciário e do Ministério Público, e a realidade cruel da vida cotidiana dessas instituições.

Como já dito, a Constituição de 1988 transformou o Ministério Público em verdadeiro “promotor da cidadania”. Colocou-o como ponte entre a sociedade e o Estado, dando-lhe poderes para muitas vezes contrariar e impedir a realização de ações pelo próprio Estado, quando ilegais ou lesivas ao interesse da coletividade. Para isso, dotou-o de autonomia administrativa e financeira, concedeu aos seus membros garantias funcionais idênticas às da Magistratura. Em suma, retirou-o da esfera de influência do Poder Executivo.

Mas os problemas organizacionais, estruturais e até ideológicos da Instituição não têm permitido que ela exerça plenamente a sua missão.

Com efeito, o Ministério Público Federal, passados mais de dez anos da promulgação da Constituição de 1988,<sup>30</sup> continua funcionando como se, na prática, o sistema jurisdicional ainda estivesse sob a égide do

regime constitucional anterior a 1988: muitos membros da Instituição ainda agem (ou são forçados a agir por força da estrutura organizacional traçada pela L.C. 75/93) como se a sua missão mais importante ainda fosse a de defender a União em Juízo; não poucos se dedicam quase exclusivamente a atuar em litígios de cunho individual, cumprindo o papel de *custos legis*. Ou seja, existe atualmente no MPF um grande número de profissionais experimentados que se dedicam a atividades que são seguramente subalternas se comparadas ao papel ativo reservado à Instituição pela Constituição e pelas Leis de regência da chamada “tutela coletiva”. Poucos Procuradores são afetados a este setor de Promoção de Direitos e Interesses Difusos, quase todos eles jovens recém-ingressados na Instituição, não raro movidos por um edificante entusiasmo pela causa da regeneração da nossa triste e vexaminosa *praxis* social e institucional, mas, em realidade, desprovidos do indispensável apoio das esferas dirigentes da Instituição, ainda muito impregnadas do *esprit d’antar*<sup>31</sup>. Um contingente expressivo de procuradores experientes – profissionais com cerca de 10-15 anos de exercício – está inteiramente alijado da atuação ativa no campo dos direitos difusos ou coletivos, seja por razões de ordem legal e estrutural concernentes à organização e ao funcionamento do Órgão, seja porque esta é uma matéria ainda de raríssima aparição no âmbito da jurisdição de segundo e terceiro graus em que atuam esses Procuradores. Noutras palavras, o Ministério Público Federal, por força de uma certa inércia institucional e de uma *pésanteur* típicas das instituições estatais, vem de certa forma ignorando o seu novo papel constitucional, privilegiando a tarefa de emissão de pareceres em casos de natureza eminentemente privada e relegando a um plano secundário a missão que a Constituição lhe outorgou – de defesa de direitos e interesses difusos e coletivos, inclusive os direitos das grandes massas, das minorias humilhadas e sem voz na vida pública do país.

Diante desse quadro de omissão e comprometimento do Estado brasileiro, só resta às organizações não-governamentais que se dedicam ao combate à discriminação racial:

a) exercer pressão constante junto aos órgãos competentes do Poder Executivo (especialmente o Ministério da Justiça), a fim de despertá-los para a necessidade de assumir o papel ativo de promoção e execução que a Constituição e as leis lhes atribuem e que, infelizmente, vem sendo, de certa forma, negligenciado em prol de uma atuação meramente protocolar;

b) provocar, com frequência e por todos os meios possíveis, o Ministério Público, subtraindo essa Instituição do estado de letargia institucional em que ela se encontra, no que concerne ao tema da discriminação racial;

c) buscar estabelecer canais de contato frequentes e institucionalizados com o MP, de modo a criar parcerias para atuação na área de defesa de direitos coletivos e difusos;

d) promover gestões junto aos Poderes Executivo e Legislativo, no sentido de que sejam feitas alterações na Lei de Ação Civil Pública, de modo a adaptá-la ao atendimento dos interesses específicos das minorias raciais. Por exemplo: a criação de um Fundo específico para depósito de quantias oriundas de condenações judiciais cíveis ou criminais motivadas por ofensas de cunho racial, com a conseqüente utilização desses recursos na promoção de cursos de formação destinados a formar lideranças e a chamar a atenção de importantes *decision-makers* para a situação crítica em que se encontram os negros no Brasil;

e) abandonar a ação militante fechada, *de gueto*, pela qual vêm pautando suas condutas; é fundamental que a luta pelos direitos dos negros seja levada a cabo também por pessoas pertencentes aos segmentos não-negros da sociedade brasileira;

f) solicitar ajuda a organismos internacionais e ONG's voltados à defesa de direitos humanos, para que pressionem o Governo brasileiro, no sentido de forçá-lo a assumir a sua responsabilidade na promoção dos direitos dos negros.

<sup>1</sup> É importante salientar, porém, que a partir de 1891, quando o Brasil deixou de ser a única Monarquia do continente americano e adotou o federalismo e o regime presidencial ao estilo dos EUA, as instituições político-jurídicas norte-americanas passaram a ter grande influência no país. V. Jacob Dolinger, "The influence of American constitutional law on the Brazilian legal system", in *American Journal of Comparative Law*, Fall 1990 38 nr 4 p. 803/837.

<sup>2</sup>A expressão "establishment jurídico nacional" tem aqui uma significação pouco precisa, reconhece o autor: trata-se de um pequeno grupo de profissionais do Direito, composto essencialmente por autores de obras jurídicas de impacto no plano nacional e por advogados de prestígio e clientela afluyente, quase todos estreitamente vinculados à estrutura de mando do País. Esses profissionais exercem sobre o sistema jurídico brasileiro uma influência maior que a exercida, por exemplo, por *scholars* e advogados europeus em seus respectivos países. Seguramente, têm prestígio e poder inalcançáveis por profissionais com perfil semelhante em países de *common law*, como os EUA. Essa forma de poder é, em muitos casos, excessiva e injustificada, e só se explica pelo isolamento cultural em que vivemos, cujo efeito mais devastador reside na falta de referências, de parâmetros de comparação. Ilustra à perfeição o poder de certos caudícios brasileiros a seguinte comparação, feita, reconheça-se, assim meio à *la sauvette*: o *Doyen* Georges Vedel, o mais prestigiado e influente jurista francês das três últimas décadas, mundialmente conhecido, não tem em seu país uma influência sobre as instituições comparável à que desfruta, entre nós, alguém como, digamos, o advogado e ex-ministro Saulo Ramos... Numa palavra, a compreensão do Direito brasileiro, dos seus avanços e recuos, passa necessariamente pela análise dessas nuances sócio-culturais.

<sup>3</sup> V. sobre Ação civil pública, entre outros: José Carlos Barbosa Moreira – *Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos* – in "Temas de Direito Processual", 3ª série, Saraiva, 1984, p. 193-197; Ada Pellegrini Grinover – *A problemática dos interesses difusos* – in "A Tutela dos Interesses Difusos", Coord. Ada Pellegrini Grinover, ed. Max Limonad, SP, 1984, p. 29-45; Rodolfo de Camargo Mancuso – 1) *Interesses Difusos*, ed. RT, 1988; 2) *Interesses Difusos: conceito e colocação no quadro geral dos interesses*, in Revista de Processo, nº 55, 1989, p. 165-179; 3) *Ação Civil Pública* – ed. RT, 1994; Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior – *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, ed. Saraiva, 1984, p. 54-59; Hugo Nigro Mazzilli – *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, ed. Saraiva, 1997; Hely Lopes Meirelles – *Mandado de Segurança, Ação popular e Ação Civil*

*Pública* – Ed. RT, São Paulo, 1989; Roy R. Friede – *Ação Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Popular* – Rio de Janeiro, ed. Forense Universitária, 1993; José Carlos Barbosa Moreira – *Ação Civil Pública* – Separata da Revista Trimestral de Direito Público, SP, p. 1-18, 1992; Paulo Afonso L. Machado – *Ação Civil Pública: meio-ambiente, consumidor, patrimônio cultural, tombamento* – Ed. RT, 2ª edição, SP, 1987; José dos Santos Carvalho Filho – *Ação Civil Pública: Comentários por artigo* – ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1995; Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari – *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, ed. Forense Universitária, RJ, 1998.

<sup>4</sup> Os direitos individuais homogêneos, segundo o STF, são subespécie dos direitos coletivos (RE nº 163231-SP, Rel. Min. Mauricio Correia).

<sup>5</sup> É importante salientar que, embora essas importantes modificações tenham sido introduzidas no Direito brasileiro desde 1985, a definição mais ou menos exata das novas categorias de direitos só veio a ser feita em 1990, quando o Congresso aprovou o Código de Defesa do Consumidor, o qual, em seus artigos 81 e seguintes, dá a definição legal de Direitos Difusos, Direitos Coletivos e Direitos Individuais Homogêneos.

<sup>6</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, ed. Saraiva, 1991, p. 274/275.

<sup>7</sup> Mancuso, op. cit., p. 275.

<sup>8</sup> Albino Zavascki – *Ministério Público e Ação Civil Pública*, in Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, v. 32, p. 117/124.

<sup>9</sup> Mauro Cappelletti, “A Tutela dos Interesses Difusos” in *AJURIS*, 1985, nº 33/174.

<sup>10</sup> Confira-se, nessa mesma linha de entendimento, importante acórdão do STJ: “Processual Civil. Ministério Público. Ação Civil Pública. Dano ao Erário. Legitimidade. 1. Impossível, com base nos preceitos informadores do nosso ordenamento jurídico, deixar de se reconhecer ao MP legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de proteger patrimônio público, especialmente, quando baseia o seu pedido em prejuízos financeiros causados a ele por má gestão (culposa ou dolosa) das verbas orçamentárias. 2. Com efeito, não poderia a Ação Civil Pública continuar limitada apenas aos interesses difusos ou coletivos elencados em lei ordinária, quando preceitua a Carta de 1988 que é função do MP promover ‘Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos ou difusos’ (art. 129, III), *tout court* (e não os ‘interesses coletivos e difusos indicados em lei’) (Milton Flaks, in Revista Forense v. 32, pp. 33 a 42). 3. Nem mesmo a ação popular exclui a ação civil pública, visto que a

própria lei admite expressamente a concomitância de ambas (art. 1º Hely Lopes Meirelles, p. 120, Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, RT – 12ª edição). 4. Procedentes jurisprudenciais entre tantos outros: RESP 98.648/MG, Rel. Min. José Arnaldo, DJU de 28-4-97; RESP 31.547-9/SP, rel. Min. Américo Luz, DJU de 8-11-93, pg. 23-5-46. 5. Não cabe exame, em sede de recurso especial, a existência ou não da conexão, continência, litispendência ou coisa julgada se, primeiramente, o acórdão hostilizado não tratou de nenhuma dessas entidades processuais e, em segundo, quando inexistente prova absoluta da caracterização de qualquer uma delas. 6. Recursos especiais improvidos. (RESP nº 167783-MG, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado; julgado em 2-6-98; in DJU de 17-8-98, p. 00038)”.

<sup>11</sup> A Constituição Federal brasileira, em seu art. 3º, IV estabelece como um dos “objetivos fundamentais” da República: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

<sup>12</sup> Nesse ponto, nosso entendimento coincide com o de Hugo Nigro Mazzilli, que assim se manifesta: “Às vezes, a defesa de interesses de um grupo determinado ou determinável de pessoas pode convir à coletividade como um todo. Isto geralmente ocorre em diversas hipóteses, como quando a questão diga respeito à saúde ou à segurança das pessoas; ocorre, também, quando haja extraordinária dispersão dos interessados, a tornar necessária ou, pelo menos, conveniente a sua substituição processual pelo órgão do Ministério Público(...) ocorre, ainda, quando interessa à coletividade o zelo pelo funcionamento correto, como um todo de um sistema econômico, social ou jurídico”.

<sup>13</sup> O temor de que isso venha realmente a acontecer é plenamente justificável à luz da curta mas significativa experiência já acumulada em matéria de ação civil pública. Por falta de conhecimento, ou simplesmente por má-fé, têm-se tornado rotineiras, especialmente na esfera da Justiça Federal, decisões de juízes que extinguem liminarmente ações civis públicas propostas pelo MPF em defesa do patrimônio público. Invariavelmente, a alegação nesses casos é de que seria preciso uma lei específica dando legitimização ao MP para atuar em cada caso! Se tais absurdos ocorrem em domínios taxativamente previstos na Constituição como objeto da chamada tutela coletiva, da alçada do MP, é de se imaginar quantos disparates virão à tona quando o MP finalmente se dispuser a tomar iniciativas efetivas em defesa de certas minorias, especialmente a negra!

<sup>14</sup> É importante salientar que os Ministérios Públicos dos Estados e o Ministério Público do Trabalho teriam nesse domínio um papel muito mais ativo do que o Ministério Público Federal, cujas atribuições são fixadas à luz de critérios orgânicos,

*rationali personae*, ao contrário do que ocorre nos EUA, onde a violação da legislação federal de direitos civis, por si só, é suficiente para determinar a competência do Judiciário federal, *et partant*, dos chamados *US Attorneys*.

<sup>15</sup> Numa perspectiva de direito comparado, v. Judith Baker (ed.), "Group Rights", University of Toronto Press, 1992; Charles Taylor, "Multiculturalism and The Politics of Recognition", Princeton University Press, 1992; s/direito do consumidor, v. Samuel Issacharoff – *Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the American Experience* – Revista AJURIS, edição especial, vol. I, Porto Alegre, março de 1998.

<sup>16</sup> "Art. 81 (...) Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: 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; 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; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

<sup>17</sup> Thais GRAEFF – "Cidadania e Tutela dos Direitos Difusos – Uma análise do Papel do Ministério Público." Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito – PUC-RJ, 1996.

<sup>18</sup> Cappelletti, no estudo aqui já citado, faz uso da imagem Davi *versus* Golias, para demonstrar a ineficácia das soluções individualistas para os problemas envolvendo lesão de interesses jurídicos de massa. Diz ele: "Pensemos, ainda uma vez, no fenômeno do consumidor. Quando uma lesão é produzida em forma massiva, de massa, não apenas eu sendo consumidor, mas muitos, muitos outros sendo consumidores também, o meu direito, minha lesão, não passa de um fragmento do dano total. Eis o ponto, jurídico, de partida. Interesses difusos, interesses fragmentários, não são totalmente privados, nem inteiramente públicos. Aquilo que denominei, parafraseando Pirandello, interesses em busca de autor (*interessì in cerca di autore*), porque não têm um proprietário, um titular, são difusos(...)" "Suponhamos a emissão ilegal de fumaça, ou a poluição das águas de um rio, lago, onde vamos passar as férias. Se somente o indivíduo pode agir, o que poderá obter? Lembre-se que a solução tradicional diz caber ação ao vizinho, ao proprietário, e não a quem se vê perturbado, por exemplo, no gozo de férias. No caso em tela, é lógico que apenas um herói terá coragem, resistência, e mesmo fundos para intentar uma ação contra um grande poluidor. Sem falar que este terá normalmente uma força econômica muito superior à do indivíduo singular prejudicado". (p. 174-5)

<sup>19</sup> Aqui se impõe mais um esclarecimento endereçado àqueles não familiarizados com a *praxis* jurisdicional brasileira (os que lerem este *paper* na sua versão em inglês). No sistema jurídico do Brasil, salvo raríssimas exceções, a parte perdedora em um processo de natureza civil é sempre condenada pelo juiz a pagar ao ganhador o correspondente às despesas processuais por este adiantadas e uma soma relativa aos honorários do Advogado do vencedor, independentemente da natureza do ajuste financeiro entre este e o seu advogado. Na Ação Civil Pública, porém, essa regra de compensação financeira do advogado da parte contrária não tem aplicação quando o autor da ação civil pública sucumbe. Essa exceção constitui um incentivo importante à atuação das entidades voltadas à defesa de direitos de minorias pobres e marginalizadas, que não dispõem de recursos suficientes para contratar bons advogados. Nos EUA, o Congresso se deu conta da importância dessa questão, ao instituir, não faz muito tempo, sistema parecido com o brasileiro, permitindo que nos processos judiciais envolvendo *civil rights* o vencedor possa se reembolsar dos gastos com *attorney's fees*. Eis aí, portanto, uma boa e rara coincidência entre os dois sistemas! V. *Civil Rights Attorney's Fees Awards Act of 1976*.

<sup>20</sup> Tanto no Brasil quanto nos EUA, a exclusão da condenação do perdedor ao pagamento de certas despesas processuais em demandas de cunho coletivo funda-se na própria natureza do litígio, na sua importância para a sociedade como um todo. Nos EUA, porém, onde as despesas com advogado são estratosféricas, a alteração apontada na nota anterior foi motivada por um fator adicional: incentivar a advocacia individual *pro bono*, em defesa de causas nobres, que promovam a coesão social, a igualdade efetiva entre os cidadãos. Note-se, contudo, que as Cortes controlam com rigor o exercício desse tipo de advocacia. Não é permitida, em nenhuma hipótese, a advocacia temerária (*frivolous suits*).

<sup>21</sup> Um grande número de escolas se autodenominam instituições sem fins lucrativos. Com isso, são isentas de tributos. Trata-se em realidade de uma fraude jurídica legitimada pelo Congresso. No ano de 1998, a imprensa anunciou com estupefação e indignação o caso de um senhor proprietário de escolas privadas consideradas instituições sem fins lucrativos. O ilustre senhor se desloca pelo país com um meio de transporte bem especial: um jato privado de última geração, formalmente registrado como propriedade da escola!

<sup>22</sup> Nos EUA, um sistema de educação como o brasileiro seria fulminado na via judicial por inconstitucionalidade à luz de múltiplos fundamentos jurídicos. O principal entre esses seria a doutrina do *disparate impact*, que pretendemos abordar com maior profundidade em outro estudo. Ao aplicar tal

doutrina, as Cortes de Justiça não se limitam a verificar a compatibilidade vertical, aparente, semântica, das normas infraconstitucionais com dispositivos específicos da Constituição, mas, ao contrário, escrutinizam os seus “resultados” à luz do objetivo constitucional que se quer atingir, que é a igualdade efetiva. Assim, uma norma ou medida governamental que tenha toda a aparência de ser plenamente compatível com a Constituição (*facially neutral provision*), quando examinada sob a ótica dos resultados que ela produz ou poderá vir a produzir, pode ser considerada inconstitucional em função do impacto desproporcional (*Disparate impact*) que produzirá em certos segmentos vulneráveis da sociedade. E isso será o bastante para a respectiva invalidação. No Brasil, a utilização de técnicas de interpretação jurídica revestidas de tamanha sofisticação conduziria inexoravelmente à constatação que as elites dirigentes brasileiras procuram a todo custo escamotear: a de que inúmeras políticas públicas adotadas entre nós, ainda que não concebidas com a intenção clara de promover a exclusão dos negros, têm nestes a sua clientela predileta, pois qualquer medida governamental tomada em detrimento dos pobres em geral atinge de forma “desproporcional” os negros, que compõem o grupo social numericamente mais expressivo entre os pobres. O mais desatento observador estrangeiro percebe isso no primeiro contato com a realidade brasileira; mas, entre nós, até mesmo pessoas integrantes do segmentos mais refinados da *intelligentsia* nacional fogem a esse debate. No meio jurídico, então, a discussão desse tipo de questão seria considerada anátema! Nessa esfera, prefere-se, candidamente, enfrentar os problemas decorrentes do racismo pela via do Direito penal, a qual, se é certo que deve continuar a ser explorada, não pode de forma alguma ser a única, tampouco ser aquela na qual o Estado e as organizações anti-racistas dependem a maior parte das suas energias, como ocorre atualmente.

<sup>23</sup> É importante assinalar que os alunos das universidades públicas não pagam um único centavo pelo ensino que recebem. Tudo é gratuito, até mesmo as instalações esportivas, os estacionamento onde os alunos deixam os seus carros! E todos acham isso perfeitamente legítimo!

<sup>24</sup> V. Michael Mitchell – *Racism and Brazilian Legal Culture: Nineteenth Century Antecedents*, 1999, ainda inédito.

<sup>25</sup> Eis a arguta observação feita por um atento participante de seminário co-organizado por nós na Faculdade de Direito da Universidade de Columbia, NY, em março de 1999, acerca do que todos no Brasil sabem mas evitam discutir abertamente, isto é, que entre nós a discriminação racial prescinde de leis explicitamente racistas: “*So, Professor, you mean that in Brazil racist laws aren’t needed to discriminate blacks?*”).

<sup>26</sup> De acordo com os dados apresentados no magnífico estudo conduzido por um ex-Presidente da Universidade Harvard e ex-Diretor da Faculdade de Direito daquela mesma Universidade, Derek Bok, em colaboração com um ex-Presidente da Universidade de Princeton, William Bowen, os avanços obtidos pelos negros norte-americanos na área da educação, em consequência do programa de direitos civis, são impressionantes, sobretudo se levarmos em conta o fato de que, até o início dos anos 60, negros eram proibidos de frequentar os mesmos locais públicos, as mesmas escolas, os mesmos locais de diversão frequentados pelos brancos. O mencionado estudo revela, por exemplo, que o percentual de negros formados em Universidades e escolas profissionais pulou, entre 1960 e 1995, de 5.4% para 15.5% do total de graduandos; nas faculdades de Direito, o progresso foi de 1% para 7.55%, ou seja, mais de 700%; em Medicina, de 2.2%, em 1964, para 8.1% em 1995; as empresas americanas em geral, que, no início dos anos 60, não tinham negros em cargos executivos (como no Brasil de hoje!), atualmente abrigam 8% de negros nas posições de executivos e administradores; o número total de agentes públicos eleitos negros (governadores, prefeitos, delegados, juizes, promotores, xerifes etc.) passou, entre 1965 e 1995, de 280 para 7.984! V. “*The Shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*”, de Derek Bok e William Bowen, ed. Princeton University Press, 1998.

<sup>27</sup> O caso *Bob Jones University*, julgado pela Corte Suprema dos EUA em 1982, apesar de conter particularidades específicas da sociedade americana, em que o ódio racial é bastante disseminado, traz não obstante lições jurídicas úteis a todos aqueles que pensam seriamente em meios eficazes de combate ao racismo, especialmente essa forma de racismo estrutural, entranhada nas instituições e em todos os quadrantes da vida social, embora não imposto por normas jurídicas explícitas. Em *Bob Jones*, a Corte Suprema considerou legítima a decisão da Receita Federal Americana (*Internal Revenue Service-IRS*) de cancelar a isenção de tributos de que era beneficiária uma instituição privada de ensino que, a par de não praticar a saudável recomendação do Governo no sentido de se instituir classes escolares multi-étnicas, mantinha uma política de admissão francamente racista, além de normas internas que, sob o pretexto de convicção religiosa, proibiam relacionamentos afetivos entre pessoas de raças diferentes.

<sup>28</sup> Nos EUA, tem sido decisiva a ação do Estado na busca de soluções para o problema da opressão de minorias raciais, sexuais, religiosas e de origem nacional. Várias instituições governamentais atuam nesse setor. Destaque-se, em primeiro lugar, o importantíssimo papel desempenhado pelo *Solicitor*

*General* (a segunda maior autoridade do Ministério da Justiça americano, equivalente ao nosso Advogado-Geral da União), cuja principal atribuição é defender os interesses do Governo dos Estados Unidos perante a Corte Suprema. Foi graças à intervenção decisiva do *Solicitor General* que os negros, as mulheres e os cidadãos de origem latina ganharam muitas das batalhas judiciais travadas perante a Corte Suprema nas últimas décadas, em busca de igualdade efetiva no acesso à educação, ao mercado de trabalho e a outros setores da vida coletiva em que são discriminados. A intervenção do *Solicitor General* se dá não apenas nos casos judiciais em que o Governo seja parte no litígio, mas também naqueles envolvendo entidades e pessoas privadas. Neste último caso, em que atua como *Amicus Curiae* (“Amigo da Corte”), sua intervenção se opera por meio da chamada *Amicus Brief*, peça jurídica por meio da qual ele influencia as decisões da Corte, transmitindo-lhe as posições da Administração Federal nos litígios que são submetidos à decisão desta (V. Lincoln Caplan, “The Tenth Justice: The Solicitor General and the rule of Law” – ed. Alfred Knopf, NY, 1987). Ainda no âmbito do *Justice Department*, cujas atribuições correspondem *grosso modo* às que atualmente no Brasil se distribuem entre o Ministério da Justiça, Ministério Público Federal e a Advocacia-Geral da União, existe um outro órgão com importantes competências na área de defesa dos direitos de minorias, podendo agir tanto na esfera administrativa quanto na Judicial: é a *Civil Rights Division* (v. Brian K. Landsberg, “Enforcing civil rights: race discrimination and the Department of Justice”, University Press of Kansas, 1997); outro órgão de vital importância nessa área é a chamada *Equal Employment Opportunity Commission-EEOC*, uma agência reguladora independente, colegiada, com membros nomeados pelo Presidente após aprovação do Senado, dotada de poderes investigatórios e capacidade postulatória, incumbida de promover a “diversidade”, isto é, a real presença de minorias e de mulheres em todos os setores do mercado de trabalho, inclusive no setor público. Para um país, como o Brasil, cujo Direito público a cada dia mais se aproxima do Direito norte-americano, a EEOC apresenta peculiaridades importantes: a) as reclamações por discriminação no acesso ao emprego ou nas relações de trabalho perante ela formuladas submetem-se à regra da obrigatoriedade da exaustão da instância administrativa, isto é, o ajuizamento de qualquer ação judicial por discriminação só é possível após a EEOC emitir o chamado *Right to sue*; b) ela tem poderes quase-judiciais, podendo aplicar pesadas multas às empresas ou a entidades governamentais que deixem eventualmente de promover a diversidade nas suas relações de trabalho, e até mesmo estipular indenizações em favor de pessoas que tenham sido vítimas de

discriminação; c) um número significativo de conquistas das minorias raciais, das mulheres e de deficientes físicos nas últimas três décadas ocorreu graças à ação dessa agência governamental, cuja missão institucional se desenrola tanto na esfera judicial, mediante ações visando a compelir as empresas e o Governo a promover a igualdade e a diversidade, quanto na esfera administrativa, por meio de variados procedimentos administrativos de natureza investigatória, que podem desembocar em acordos que em muito se assemelham aos “Compromissos de Ajustamento de Conduta”, próprios da nossa ação civil pública. Como se vê, ao contrário do que pensam alguns influentes juristas brasileiros, paladinos de um ultrapassado *individualisme à outrance*, mesmo na pátria do liberalismo econômico a busca pela igualdade efetiva não se faz sem a intervenção decisiva, afirmativa, quase militante, do Estado. Entre os representantes da elite brasileira, quem tem-se declarado favoravelmente à ação do Estado para promover o acesso dos negros à educação e ao mercado de trabalho é o embaixador e ex-Ministro da Fazenda Rubens Ricúpero. Confira-se, a esse respeito, trecho de artigo no qual, com o brilhantismo e a lucidez habituais, ele analisa as posturas de Brasil e EUA sobre a questão: “Os americanos abominam a intervenção do Estado na esfera econômica e, salvo em crises como a da Depressão, preservam no domínio privado tudo o que, direta ou indiretamente, tem a ver com a produção. Em compensação, são ativistas e militantes para exigir a ação do governo, às vezes intrusiva e dura, a fim de corrigir injustiças raciais e promover a mudança social. Nós, em contraste, herdeiros dos monopólios e companhias de comércio da colônia, nos comprazemos com empresas estatais a vender gasolina, exportar minério de ferro, prestar serviço telefônico e até administrar hotéis. Reagimos, porém, indignados cada vez que se sugere que o governo faça algo para promover o ingresso de negros nas universidades e carreiras de prestígio do serviço público ou intervir para reduzir a incomensurável taxa de injustiça social. Se em economia estamos entre os campeões mundiais de um estatismo quase sem qualificações, em matéria social o nosso *laissez-faire* é de dar inveja aos puristas do liberalismo do século 19”. (Folha de S. Paulo, 31-8-96, p. 2-2)

<sup>29</sup> Na área do emprego, citem-se alguns números que envergonhariam qualquer pessoa medianamente civilizada, mas que no Brasil não causam o menor impacto. Tomemos por exemplo alguns setores de prestígio na vida pública brasileira: o Brasil tem cerca de 800 juízes federais. Desses, os negros mal chegam a uma dezena; o Ministério Público Federal tem cerca de 600 Procuradores, entre os quais apenas 6 negros; a Diplomacia, a mais racista das instituições brasileiras, não conta com mais do que 3 diplomatas negros num quadro em que há cerca de 1000



diplomatas!; as Universidades públicas brasileiras, sobretudo nos seus cursos de maior prestígio, não têm sequer 3% de alunos negros, o que é um absurdo num país em que a população negra é superior a 40% do total; nas universidades, são pouquíssimos os professores negros, não sendo incomum encontrar Departamentos desprovidos de um único representante dos afro-descendentes; nem mesmo em Estados com forte presença negra na população a representação dos negros é mais significativa. No Rio de Janeiro, por exemplo, havia, em 1995, apenas 4 negros entre os cerca de 400 Juizes Estaduais (v. "Veja Rio", de 17-5-95, p. 13); a televisão brasileira é avassaladoramente branca...Essas cifras, chocantes, causam a cada dia mais perplexidade e embaraços às autoridades brasileiras em suas relações no Exterior. Internamente, porém, a indiferença é geral...

<sup>30</sup> Antes da Constituição de 1988, o Ministério Público Federal brasileiro, à semelhança do *Justice Department* dos EUA, exercia basicamente duas funções constitucionais importantes: a) perseguição penal dos crimes de natureza federal; b) defesa da União em juízo. No segundo e terceiro graus de jurisdição, os Procuradores se limitavam, em sua grande maioria, a emitir pareceres nos processos em curso nos Tribunais, quase sempre em questões de pouco ou nenhum interesse público. Por outro lado, não havia uma distinção nítida entre os Procuradores afetados a uma ou outra dessas funções. Esse sistema caótico marcou indelevelmente essa Instituição centenária e contribui enormemente para sua relativa ineficiência na nova ordem constitucional.

<sup>31</sup> Nesse passo, faz-se imperativa uma observação, endereçada sobretudo aos militantes em prol das causas de minorias, quanto a um aspecto relacionado ao que denominaremos pretensiosamente "a dimensão sociológica do MP do novo milênio". Sob essa ótica, com efeito, as perspectivas não são das mais encorajadoras. Isso porque o MP, como de resto todas as demais instituições brasileiras de prestígio, singulariza-se por um impressionante desconhecimento a respeito das questões atinentes a esse vasto contingente humano a que comumente se

dá o nome de "comunidade negra". Não por culpa ou deficiência pessoal dos membros da Instituição, mas como resultado do tipo de política governamental posta em prática em nosso país nas últimas três décadas, sem falar nos efeitos perversos do mito da "democracia racial". Egresso majoritariamente da classe média e da classe média alta, o novo continente de promotores e procuradores da República, que atualmente formam maioria no seio do MP, teve a sua mentalidade formada no excludente sistema educacional vigente no país no período acima mencionado. São todos oriundos de escolas privadas, onde quase não há negros. Perderam, em razão disso, a oportunidade de frequentar escolas verdadeiramente multi-étnicas na tenra idade, período que marca de maneira indelével a formação das pessoas, que faz despertar nelas os sentimentos de fraternidade e igualdade, pouco importando as origens e as classes sociais a que cada um pertença. Numa palavra, salvo as raríssimas exceções de praxe, ajusta-se como uma luva a esses *jovens guerreiros* do MP, que a sociedade brasileira começa justificadamente a apreciar, com um misto de admiração e estupefação, a observação aguda feita pelo também jovem escritor Diogo Mainardi, em artigo publicado na revista "Veja" de 28-4-99 sob o título "Onde Estão os Negros?", no qual comentava o livro *America in Black and White*, de Stephan e Abigail Thernstrom. Disse Mainardi: "...Ao ler o livro, fui estabelecendo alguns paralelos com a minha própria vida no Brasil. Estudei numas catorze escolas. Vergonhosamente, nunca tive um colega negro. Nunca tive um chefe negro. Nunca votei num negro. Nunca vi um sócio negro no meu clube. Nunca convidei um negro para jantar. E assim por diante. O Brasil é um regime de *apartheid* disfarçado.....Eu sou de São Paulo. É provável que em outras cidades brasileiras o negro seja menos discriminado. Que o preconceito seja menos evidente. Pouco importa. O fato é que, nos anos 60, os americanos eram muito mais racistas do que nós. Eles melhoraram. Enquanto nós pioramos".

