

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS
CENTRO DE EDUCAÇÃO E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA**

**RACISMO E INJÚRIA RACIAL SOB A ÓTICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DE SÃO PAULO**

Elaine de Melo Lopes dos Santos

Financiamento:
CAPES – Coordenação de
Aperfeiçoamento de Pessoal de
Nível Superior

**SÃO CARLOS – SP
2010**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS
CENTRO DE EDUCAÇÃO E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA**

**RACISMO E INJÚRIA RACIAL SOB A ÓTICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DE SÃO PAULO**

Elaine de Melo Lopes dos Santos

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia, da Universidade Federal de São Carlos como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Sociologia.

Orientador: Professor Valter Roberto Silvério

**SÃO CARLOS
2010**

**Ficha catalográfica elaborada pelo DePT da
Biblioteca Comunitária da UFSCar**

S237ri

Santos, Elaine de Melo Lopes dos.

Racismo e injúria racial sob a ótica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo / Elaine de Melo Lopes dos Santos. -- São Carlos : UFSCar, 2011.

95 f.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal de São Carlos, 2010.

1. Racismo. 2. Injúria racial. I. Título.

CDD: 305.8 (20^a)



Universidade Federal de São Carlos
Centro de Educação e Ciências Humanas
Programa de Pós-Graduação em Sociologia

Rodovia Washington Luís, Km 235 – Cx. Postal 676 13565-905 São Carlos - SP
Fone/Fax: (16) 3351.8673 www.ppgs.ufscar.br Endereço eletrônico: ppgs@ufscar.br

Elaine de Melo Lopes dos Santos

Dissertação de Mestrado em Sociologia apresentada à Universidade Federal de São Carlos, no dia 29 de novembro de 2010 às 10h, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Sociologia.

Aprovado em 29 de novembro de 2010

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Valter Roberto Silvério
Orientador e Presidente
Universidade Federal de São Carlos

Profa. Dra. Maria Inês Rauter Mancuso
Universidade Federal de São Carlos

Prof. Dr. Hédio Silva Júnior
Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades

Para uso da CPG

Homologado na 20^a Reunião da CPG-
Sociologia, realizada em 16/03/2011

Prof. Dr. Valter Roberto Silvério
Coordenador do PPGS

Dedico este trabalho, com amor, ao meu avô, Milton
Barbosa dos Santos, a quem não tenho palavras para
descrever a saudade.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Valter Roberto Silvério, a quem admiro, pela orientação, respeito e amizade.

À Thaís Moya, que me incentivou a prestar os exames para o mestrado, que estudou comigo para as provas e que me acompanhou por toda a pesquisa como uma segunda orientadora. Sem seu apoio, incentivo, companheirismo, cuidado e amor incondicionais, este trabalho não seria possível.

Ao Professor Hédio Silva Júnior, pela disposição em colaborar com este trabalho participando das Bancas examinadoras, pelos livros e material gentilmente enviados e pela disponibilidade em me ajudar. Também pelas valiosas contribuições no exame de qualificação que nortearam o conteúdo jurídico dessa pesquisa.

À professora Maria Inês Mancuso, também pela disposição em colaborar com este trabalho participando das Bancas examinadoras de qualificação e defesa, bem como, pela gentileza de suas observações que contribuíram para a conclusão e direcionamento da pesquisa.

À minha família, meu pai (Milton), minha mãe, (Rosa) e meu irmão (Carlos Augusto), que viveram minha ausência durante o mestrado, e mesmo sem entender a dimensão desses dois anos de trabalho sempre me apoiaram e contribuíram com tudo o que puderam, com dedicação e amor.

Aos amigos que conheci em São Carlos e que contribuíram de forma direta para esta pesquisa: Priscila Medeiros, que me deu segurança e apoio na escolha do tema; Paulo Alberto pelo incentivo pessoal, por acreditar e investir em meus estudos; Felipe Brunelli com paciência e dedicação em me ajudar com tabelas, gráficos e números e formatação; Karina Almeida com incentivos, textos; ao companheiro de turma Dener Santos, às amigas Benedita da Guia, Tatiana, Patrícia de Cássia (NEAB), Sheila Carvalho, Thais Joy.

Aos integrantes do NEAB – Núcleo de estudos Afro-brasileiros da UFSCAR, pelas contribuições nos estudos matinais do grupo, de valor intelectual e emocional imensuráveis.

À Ana Bertolo, por sua simpatia, amizade, disposição e dedicação ao Programa de Sociologia.

Aos amigos que ficaram distantes, mas sempre estiveram presentes, Camille Borges, Daniel Muzzi, Mirella Loterio, Aline Werneck, Thiago Rogers, Victor Galo e Eduardo (DU).

Ao Ronaldo Moreira, pelo amor, cuidado, dedicação, carinho e incentivo, sem os quais eu não teria conseguido terminar esses estudos.

Aos professores do Programa de Sociologia, pelo conteúdo ministrado e pelo exemplo de vida como pesquisadores (as).

À CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, pelo imprescindível financiamento.

À todas e à todos que direta e indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho.

A segregação do “negro” é sutil e dissimulada, pois ele é confinado ao que os antigos líderes dos movimentos negros de São Paulo chamavam de “porão da sociedade”.

Florestan Fernandes (1966)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 - METODOLOGIA E MATERIAL ANALISADO	15
1.1 Considerações sobre a análise dos dados	15
CAPÍTULO 2 – REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL E CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	18
2.1 Breve histórico sobre a questão étnico-racial na legislação brasileira	18
2.2 Criminalização do racismo	33
CAPÍTULO 3 - DIREITO E RELAÇÕES RACIAIS PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988	42
3.1 Racismo: perspectiva sociológica	42
3.2 Racismo: perspectiva jurídico constitucional e penal	49
3.3 Injúria	54
3.4 Racismo X Injúria: discussão doutrinária	58
3.4.1 Conflito aparente de normas	58
3.4.2 Princípio da Especialidade	59
3.4.3 Tipo penal aberto	60
3.4.4 Prática, indução, e instigação ao preconceito e à discriminação	62
CAPÍTULO 4 – OS PROCESSOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO	65
4.1 Preâmbulo: a subjetividade da pesquisa	65
4.2 Análise Jurisprudencial	70
CAPÍTULO 5 – CONCLUSÕES	77
5.1 Considerações sobre a Democracia Racial	77
REFERENCIAS	86
ANEXOS	93

RESUMO

Racismo e Injúria Racial sob a ótica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Práticas racistas no Brasil têm sido evidenciadas nas relações sociais. Pesquisas que demonstram a discriminação racial apontam que há no país uma discriminação indireta, de difícil caracterização. O mito da democracia racial ou a ideologia de um país sem racistas parece permanecer nas relações sociais brasileiras e parece influenciar nas decisões judiciais no que diz respeito à caracterização e andamento dos processos por crime de racismo, que por vezes são desclassificados para crime de injúria e desconfigurados de sua conotação racial. Buscou, portanto, a presente pesquisa analisar a jurisprudência (acórdãos) do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no que se refere aos crimes de racismo e injúria racial contra negros desde o ano de 1988, à 2008 (período seguinte à criminalização do racismo), bem como efetuou-se um breve histórico e análise da legislação em torno da questão racial no país desde o Império até a redemocratização chegando à legislação mais atual. Para tanto, buscou-se um diálogo com a Constituição Federal e legislação penal referente esses delitos com intenção distingui-los e de averiguar os valores da sociedade brasileira refletidos nas decisões do Tribunal e relacionando-os com os atual debate e contexto racial no país.

Palavras-chave: Racismo; Injúria racial.

INTRODUÇÃO

Este trabalho teve início com minha participação no Núcleo de estudos Afro-Brasileiros em 2007¹, quando passei a ter mais contato com a temática étnico racial e percebi que poderia fazer uma intersecção interessante ao aproximar o Direito da Sociologia.

Desde minha graduação no curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora algo me incomodava. Eu via sempre um abismo entre a teoria do Direito e a sua prática, bem como, a meu ver, faltava um certo aprofundamento nos debates jurídicos que se pautavam muito em aspectos técnicos e operacionais da lei, sem questionar ou investigar a origem, a razão fática que levavam àquele direito.

As respostas a essas questões tenho buscado na sociologia e, ao perceber nos crimes de racismo um bom exemplo dessa teoria do direito “distante” da prática, decidi investigar a jurisprudência de um Tribunal de Justiça, no caso o Tribunal de Justiça de São Paulo, com um olhar sociológico sobre os acórdãos desse tribunal nos casos de crimes de racismo e a desclassificação do crime de racismo para o crime de injúria (racial ou não).

A Constituição Federal de 1988² definiu o crime de racismo em seu artigo 5º, no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, especialmente inserido entre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, garantias diretamente ligadas à Dignidade da Pessoa Humana, *verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Tal inserção constituiu um avanço na perspectiva da lei no Brasil.

O mito da democracia racial ou a ideologia de um país “sem racistas” parece permanecer presente nas relações sociais brasileiras, pois esta convive com a estatística da discriminação racial que evidencia o racismo e suas práticas, mas

¹ Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar).

² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 8 out. 1988.

difícilmente o racismo é admitido por um brasileiro. Vivenciamos, segundo Sales Jr.³, uma segregação de “modo oblíquo”, ou seja, uma segregação indireta, de difícil caracterização e para a qual os instrumentos legislativos e judiciários não estão preparados.

Presenciamos séculos de legislações controversas cujo histórico pode demonstrar o quanto o Estado foi conivente com as práticas racistas. A legislação anterior à Constituição Federal de 1988 (CF88) também se mostrou conivente com o “racismo velado”, tivemos leis, tais como as Ordenações Afonsinas⁴, Manuelinas⁵ e Filipinas⁶ que garantiam o poder de castigar os escravos, regulamentavam a profissão de Capitão-do-Mato e concediam isenção da criminalidade aos assassinos de pessoas negras fugitivas⁷; a Constituição de 1824⁸ declarava a igualdade de todos perante a Lei, mas excluía da definição de cidadão a população escravizada; o Código Penal do Império de 1830⁹ continha normas destinadas à contenção da

3 SALES JÚNIOR, R. L. *Raça e justiça: O mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça*. 2006. 466f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, Recife, p. 241.

⁴ SERRÃO, Joel (direcção). *Dicionário de História de Portugal*. Porto, Livraria Figueirinhas, 1963-1971. “As Ordenações Afonsinas são uma colectânea de leis promulgadas, como primeira compilação oficial do século XV, durante o reinado de Dom Afonso V. Várias vezes as Cortes tinham pedido a D. João I a organização de uma colectânea em que se coordenasse e actualizasse o direito vigente, para a boa fé e fácil administração na justiça. Para levar a cabo essa obra designou D. Duarte o doutor Rui Fernandes, que acabaria o trabalho em 1446 em Arruda”.

⁵ “Com este nome se designa a nova codificação que D. Manuel I promulgou, em 1521, para substituir as Ordenações Afonsinas. Para explicar esta decisão do rei apontam-se dois motivos fundamentais: a descoberta da imprensa e a necessidade de correcção e actualização das normas, assim como a modernização do estilo afonsino; além disso, talvez o monarca tivesse querido acrescentar às glórias do seu reinado uma obra legislativa. Em 1514 faz-se a primeira edição completa dos cinco livros das *Ordenações Manuelinas*. A versão definitiva foi publicada em 1521. Para evitar confusões, a carta régia de 1521 impôs que todos os possuidores de exemplares das ordenações de 1514 os destruíssem no prazo de três meses, ao mesmo tempo que determinou aos concelhos a aquisição de nova edição”. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Ordena%C3%A7%C3%B5es_Manuelinas. Acesso em: 15 abr. 2010.

⁶ “Esta compilação jurídica resultou da reforma do código manuelino, como consequência do domínio castelhano, tendo sido mais tarde confirmada por D. João IV. Mais uma vez se fez sentir a necessidade de novas ordenações que representassem a expressão coordenada do direito vigente. A obra ficou pronta ainda no tempo de Filipe I, que a sancionou em 1595, mas só foi definitivamente mandada observar, após a sua impressão em 1603, quando já reinava Filipe II”. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Ordena%C3%A7%C3%B5es_Filipinas. Acesso em: 15 abr. 2010.

⁷ SILVA JÚNIOR, Hédio *apud* SALES JÚNIOR, *in Reflexões sobre a Aplicabilidade da Legislação Anti-Racismo*. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0080.pdf> . Acesso em: 24 out. 2007, p. 2.

⁸ BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824. *Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil* a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes aos 8 dias do mez de Abril de 1824. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.

⁹ _____. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Código Criminal do Império do Brazil. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça aos 8 dias do mez de Janeiro de 1831*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.

rebeldia negra; pouco depois foi instituída a pena de morte através da Lei nº 4, de 10 de junho de 1835¹⁰, em resposta ao crescimento de assassinatos de senhores e feitores cometidos por negros; a Constituição de 1891¹¹ ampliou os direitos políticos aos homens negros, mas impede o acesso dessas populações às urnas exigindo a alfabetização para votar.

Também as teorias eugênicas, fortemente empregadas em toda a Europa para “combater a degeneração racial” estavam colocadas textualmente na Constituição Federal Brasileira de 1934¹², em seu art. 138, alínea b: “*Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios nos termos das leis respectivas b) estimular a educação eugênica*” e no Decreto-Lei 7.967¹³, de 18 de setembro de 1945: “*Atender-se-á, na admissão dos imigrantes, à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência européia (...)*”.

Além disso, o primeiro Código Penal da República¹⁴, revogado em 1941 pelo Código vigente, criminalizava a prática da capoeira¹⁵. E não é preciso voltar tão atrás no tempo para compreender os mecanismos perversos da aclamada democracia racial brasileira: a Lei 3.097/72, do Estado da Bahia, que esteve em vigor até o ano de 1976¹⁶, exigia que os templos de religião de matriz africana fossem cadastrados na delegacia de polícia da região na qual estivessem instalados (RELATÓRIO DO

¹⁰ BRASIL. Lei nº 4, de 10 de junho de 1835. Determina as penas com que devem ser punidos os escravos, que matarem, ferirem ou cometerem outra qualquer offensa physica contra seus senhores, etc.; e estabelece regras para o processo. *Registrada nesta Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça a fl. 142 v. do Liv. 1º de Leis aos quinze dias do mez de Junho de 1835*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.

¹¹ _____. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891. *Diário Oficial [da República dos Estados Unidos do Brasil]*, Rio de Janeiro, 20 fev. 1891.

¹² _____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934. *Diário Oficial [da República dos Estados Unidos do Brasil]*, Rio de Janeiro, 20 jul. 1934.

¹³ _____. Decreto-lei nº 7.967, de 18 de setembro de 1945. Dispõe sobre a Imigração e Colonização, e dá outras providências. *Diário Oficial [da República dos Estados Unidos do Brasil]*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1945.

¹⁴ _____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. *Diário Oficial [da República dos Estados Unidos do Brasil]*, Rio de Janeiro, 12 out. 1890. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.

¹⁵ Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem; (...)

¹⁶ Relatório do comitê Nacional I - II Conferência Mundial das Nações Unidas contra o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata pra a preparação da participação brasileira na III CONFERÊNCIA MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O RACISMO, DISCRIMINAÇÃO RACIAL, XENOFOBIA E INTOLERÂNCIA CORRELATA (Durban, 31 de agosto a 7 de setembro de 2001). Brasília, agosto de 2001. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/discrim/relatorio.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

COMITÊ BRASILEIRO PARA A CONFERÊNCIA DE DURBAN, 2001). No século XX, após os anos 50, o Código Penal¹⁷ revogou a criminalização da capoeiragem, espiritismo e magia, porém as práticas dos órgãos de segurança pública permaneceram indiferente às tendências de mudança¹⁸.

Esse histórico de incidências demonstra que os aparelhos jurídicos não foram neutros em respeito às identidades raciais, pois funcionaram como instrumentos ora de exploração, ora de dominação, ora de sujeição, embora também como instrumentos de emancipação do negro no país.

A criminalização da prática do racismo demonstra o elevado grau da sua impregnação nas relações cotidianas e, conseqüentemente, a necessidade e a apreensão de extirpá-lo. No entanto, faz-se necessário averiguar, passados vinte anos da promulgação da Magna Carta, se esse avanço na legislação anti-racista trouxe ou não uma mudança de postura e de valores da sociedade em relação ao debate racial, uma vez que há um problema de ordem prática: como a conduta de motivação racista é demonstrada, identificada, responsabilizada e provada se o brasileiro não se considera racista?¹⁹

O debate sobre o mito da democracia racial no Brasil, a sociedade deparou-se, daí por diante, com a realidade da discriminação racial, agora não mais velada, ou escondida no discurso de que o Brasil é um país sem preconceito.

Na prática, a jurisprudência dos Tribunais há poucos casos de condenações por crimes de racismo. Na maioria das vezes a denúncia de Racismo é desqualificada para a Injúria de que trata o art. 140, § 3º do Código Penal e até mesmo desqualificada para Injúria simples de que trata o art. 140, caput do mesmo código.

A presente pesquisa teve por objetivo principal, analisar os acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo observando-se nesse trabalho a jurisprudência dessa Corte desde o ano de 1988, a partir da promulgação da

¹⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Rio de Janeiro, 10 dez. 1940. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.

¹⁸ SALES JR., p. 5

¹⁹ Pesquisa da Datafolha (1995) mostra que 85% da população reconhece que há racismo no Brasil. "(...) todavia, quase 90% da população, embora reconheça que há racismo no país, não se assume agente desse racismo. O desconforto da maioria da população em identificar os agentes de discriminação revela a sutileza dessa questão que se expressa no universo fluido e ambíguo das crenças raciais simbólicas, das atitudes políticas e dos valores morais no Brasil" (Grin, 2001: 117, apud SALES JR., p. 65)

Constituição, em 1988, até o ano de 2008, verificando a argumentação apresentada para caracterização do crime de racismo e a descaracterização para o crime de injúria, buscando demonstrar os valores da sociedade brasileira refletidos nessas decisões e comparando-os ao debate racial no Brasil.

1 METODOLOGIA E MATERIAL ANALISADO

1.1 Considerações sobre a análise dos dados

A pesquisa com processos judiciais é essencialmente documental, haja vista que os “*processos são documentos históricos e oficiais, e o trabalho com esses documentos traz, ao menos, duas implicações metodológicas: a questão do poder e da interpretação*”.²⁰

A questão do poder, segundo OLIVEIRA²¹, aparece porque o Estado pode ser considerado o verdadeiro produtor do que está escrito. Nesse contexto, a questão da interpretação surge, pois se trabalha com o que está escrito, com o registro processual, o que envolve a questão da subjetividade, uma vez que a interpretação não é feita através do fato e sim por meio do registro nos autos.

A análise qualitativa dos processos busca ações e associações feitas pelos agentes que tem sua fala registrada no processo, a preocupação está na “*apreensão dos valores, regras e condutas que entram em jogo na luta simbólica em que estão envolvidas as representações do mundo social*”.²²

Conforme leciona a autora,

Pela análise das narrativas dos processos judiciais, pode-se buscar aquilo que é transmitido com a ocorrência de determinados comportamentos e com o discurso sobre esses comportamentos, ou seja, **pode-se apreender a lógica que informa tais comportamentos e discursos empreendidos pelos grupos sociais estudados.** (grifo nosso)²³

O foco principal nos estudos desses acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo é compreender analiticamente o conteúdo dos processos. Para tanto, os procedimentos conhecidos como *Análise de Conteúdo* contribuem significativamente para esse estudo. Segundo MOYA,

A análise de conteúdo surgiu oficialmente como método de pesquisas na década de 1940, durante a II Guerra Mundial, em estudos predominantemente quantitativos na Universidade de Columbia (EUA).

²⁰ OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SILVA, Virgínia Ferreira da. Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação. *In: Sociologias*, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005. pp. 244-259.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

Estes estudos foram pioneiros e analisaram com muito rigor a imprensa e as propagandas, principalmente, nazistas, entretanto, passaram por um desprestígio pós-guerra devido algumas frustrações do meio científico, que esperava mais de seus resultados. Mas a partir da década de 1950, o interesse pelo método ressurgiu com mais vitalidade e com diversas colaborações das mais variadas áreas das ciências sociais (Jornalismo, Etnologia, a História, a Psiquiatria, a Psicanálise, Linguística, a Sociologia, a Psicologia e a Ciência Política). Esta interdisciplinaridade permitiu uma maior amplitude para suas aplicações e conclusões, principalmente porque houve uma maior infiltração das perspectivas qualitativas, estas ancoradas pelas inovações da informática que colaboraram em demasia com a sistematização quantitativa dos dados.²⁴

Esta metodologia permite abordar as dimensões *objetivas e subjetivas* desses *acórdãos judiciais*, possibilitando uma análise textual qualitativa que permita analisar as minúcias dos processos, não se limitando ao texto explícito e desvelando níveis mais profundos do conteúdo discursivo.

Conceitua BARDIN a análise de conteúdo:

um conjunto de técnicas de análise de comunicação visando obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção destas mensagens.²⁵

BARDIN indica três etapas fundamentais para o trabalho da análise de conteúdo, qual seja, a pré-análise, a descrição analítica e a interpretação inferencial.

A pré-análise consiste em uma organização do material coletado, uma sistematização simples das informações encontradas. Sendo assim, a coleta dos dados foi realizada no Tribunal de Justiça de São Paulo através de busca no sistema do Tribunal utilizando as palavras-chave “*racismo e injúria*” entre o ano de 1988 até o ano de 2008. Foram encontrados um total de 60 (sessenta) acórdãos²⁶ divididos entre processos criminais e cíveis²⁷. As peças processuais encontradas são Apelações Criminais, Apelações Cíveis, Recursos em Sentido Estrito, *Habeas Corpus*, Denúncias e Queixas-crime. Foi também efetuada uma divisão em anos e órgãos julgadores.

²⁴ MOYA, Thais Santos. *Ação afirmativa e raça no Brasil: uma análise de enquadramento midiático do debate político contemporâneo sobre a definição simbólica do estado nacional*. 2009. 186f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal de São Carlos, UFSCar, SP, p. 47.

²⁵ BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Editora UFMG, 2007, p. 42.

²⁶ Acórdão é a manifestação de um órgão judicial colegiado, que externa um posicionamento argumentado sobre a aplicabilidade de determinado direito a uma situação fática específica.

²⁷ Anexo I.

Transposta a fase da primeira classificação geral dos acórdãos encontrados, passou-se à segunda etapa, descrita por BARDIN²⁸, ou seja, a *descrição analítica* dos documentos coletados e a submissão do material coletado a um estudo mais aprofundado orientado pelo referencial teórico. Assim sendo, foi organizada uma sistematização em critérios como a procedência da ação, os principais argumentos utilizados, quem foi o relator, quais as expressões utilizadas para configurar os delitos e a seleção de alguns trechos para exemplificação desses pontos.

Os argumentos mais utilizados nos acórdãos foram divididos em algumas grandes categorias, quais sejam:

a) Argumentos que configuram ou não o crime de racismo:

São os argumentos que definem o tipo penal cometido, como por exemplo definem se a ação descrita no processo configurou ou não o tipo penal. São argumentos de mérito do processo, ou seja é a discussão se houve ou não aquele crime. Estes argumentos expressam o entendimento do julgador sobre aquele tipo penal.

b) Argumentos de desclassificação do racismo para a injúria:

São os argumentos que definem o que está enquadrado no crime de racismo descrito pela Lei 7716/89 e o que é o crime de injúria real, descrito no Código Penal, art 140, § 3°. São as justificativas utilizadas na desclassificação do Racismo para a Injúria.

c) Argumentos processuais:

São os argumentos referentes a questões processuais, ou seja, falta ou não de requisitos para a propositura das ações, competência do órgão julgador, prazos processuais, prescrição, decadência do direito de ação e extinção da punibilidade.

Nem sempre esses argumentos aparecem de forma simples nos acórdãos, ou seja, mais de um tipo de argumento pode ser encontrado em um mesmo processo.

Por fim, após a categorização dos dados coletados, foi realizada a última etapa da análise de conteúdo, qual seja, a *interpretação inferencial*, momento em que o pesquisador cruza as informações e tenta expressar as respostas às perguntas colocadas no início da pesquisa.

²⁸ BARDIN, op. cit., p. 42.

2 REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL E CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 Breve histórico sobre a questão étnico-racial na legislação brasileira

A história do Brasil desde o Império mostra que os escravos foram tratados como objeto da relação jurídica de domínio, ou seja, como propriedade servil e a legislação, segundo JOAQUIM NABUCO, não possuía uma regulamentação positiva, “*praticamente nada era proibido*”²⁹, dessa forma ele afirmava:

A escravidão não é um contrato de locação de serviços que impunha ao que se obrigou certo número de deveres definidos para com o locatário. É a posse, o domínio, o seqüestro de um homem – o corpo, inteligência, forças, movimentos, atividade – e só acaba com a morte. Como se há de definir juridicamente o que o senhor pode sobre o escravo, ou o que este não pode contra o senhor? Em regra o senhor pode tudo.³⁰

O Código Criminal do Império de 1830³¹, em seu art. 14, nº 6, previa “*castigos moderados*” que os senhores poderiam oferecer a seus escravos. Embora existisse a previsão legal, não havia controle ou acesso às propriedades para controlar os castigos e os escravos não possuíam meios de fazer suas queixas.

Ao invés de receber proteção da lei, os escravos vivenciavam um verdadeiro regime de exceção que era ditado pela Lei nº 4, de 10 de junho de 1835³², chamada de Lei de Segurança. Tal lei determinava a aplicação de pena capital (morte) para aqueles escravos que matassem, ferissem ou cometessem qualquer outra ofensa física a seus senhores. Como se não bastasse, a Constituição do Império de 1824³³, que foi a mais duradoura das constituições brasileiras outorgadas pelo Imperador D. Pedro I, não fez nenhuma referência à escravidão, pelo contrário, corroborava com a desnaturação da personalidade jurídica do negro, uma vez que em seu título sobre direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, art. 179, XIII, afirmava que:

²⁹ NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, p. 40.

³⁰ Idem, p. 128.

³¹ *Op. cit.*

³² *Op. cit.*

³³ *Op. cit.*

Art. 179

(...)

XIII – A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção e merecimentos de cada um;³⁴

O fato é que a lei “*igual para todos*” protegia os “*senhores de escravos*” e castigava os negros escravizados.

PERDIGÃO MALHEIRO, citado por HÉDIO SILVA JR sinaliza sobre o paradoxo que envolvia o estatuto jurídico do escravo:

Para todos os efeitos civis – contratos, heranças, etc – o africano escravizado não era considerado pessoa, sujeito de direitos. No entanto, para efeito da persecução penal, o mesmo era considerado responsável, imputável, humano; isso se figurasse como acusado, visto que, na condição de vítima, tendo uma parte de seu corpo mutilada, por exemplo, a lesão era qualificada juridicamente como mero dano – algo atinente ao direito de propriedade e não ao direito penal. Do mesmo modo, caso um escravo fosse seqüestrado, configurado estaria o crime de furto, ou de roubo. Numa palavra: sendo acusado era considerado pessoa. Sendo vítima, era considerado como coisa, ou, na melhor das hipóteses, semovente.³⁵

O processo de libertação dos escravos no Brasil foi longo e gradual. Foi iniciado com a Carta de Lei de 7 de novembro de 1831, conhecida como Lei Feijó³⁶, que declarava livres os escravos vindos de fora do império e impunha penas aos importadores de escravos. No entanto, esta Lei não obteve o efeito que se esperava, sendo considerada por todos apenas uma “*lei para ingleses ver*”. O tráfico de escravos continuou no país em grande escala, impulsionado pela demanda da lavoura cafeeira. Somente com o advento da Lei Euzébio de Queiroz³⁷, o combate ao tráfico ganhou forças. A referida lei estabeleceu medidas para repressão, combate com fiscalização rigorosa do tráfico de africanos. Os bloqueios e patrulhas dos navais britânicos dificultaram a vida dos traficantes de escravos e finalmente a pressão militar diplomática do Brasil forçou o fim eficaz do tráfico negreiro.

³⁴ *Op. cit.*

³⁵ SILVA JR, *op. cit.*, pp. 7-8.

³⁶ BRASIL. Lei de 7 de novembro de 1831. Declara livres todos os escravos vindos de fora do Império, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.

³⁷ _____. Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850. Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos neste Império. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.

É importante salientar que em 1773, cerca de cem anos antes da abolição no Brasil, o governo português já havia abolido a escravidão quanto ao futuro, ordenando que, quem nascesse a partir da data daquele decreto já seria livre em Portugal³⁸. Fazendo um contraponto com o Brasil, percebe-se que apenas em 1866, o governo brasileiro efetivamente concedeu (através de decreto) liberdade a escravos. Este fato ocorreu quando o Governo ofereceu, pela primeira vez, a liberdade aos escravos (e suas mulheres) que lutassem na Guerra do Paraguai³⁹.

A Lei nº 2.040 de 28 de setembro de 1871, conhecida como Lei do Ventre Livre⁴⁰, declarava livres os filhos de mulher escrava que nascesse no Império a partir daquela data, mas trazia em seu texto um estratagema que concedia aos senhores de escravos a obrigação de tratá-los e criá-los até os oito anos de idade. Apenas depois dos oito anos a lei facultava ao senhor o direito de receber uma indenização do Estado ou receber os serviços da criança até os vinte e um anos de idade. Ou seja, para que a criança fosse realmente livre após os oito anos seria necessário pagar ao senhor uma indenização para desincumbir-se do ônus de servir até os vinte e um anos, fato esse quase impossível, uma vez que os escravos não tinham condições de pagar por tal indenização.

A Lei nº 3.270, de 1885, Lei dos Sexagenários⁴¹, regulava a extinção gradual do elemento servil, libertando os escravos com mais de 60 anos de idade, entretanto impunha a obrigação a esses escravos de prestar três anos de serviços a título de indenização aos senhores de escravos, ou trabalharem até completar 65 anos de idade. Essa defesa da lei em não abrir mão das indenizações aos senhores demonstra a defesa da escravidão como uma instituição legalmente reconhecida⁴².

³⁸ Alvará de 16 de Janeiro de 1773 in: NABUCO, *op. cit.*, p. 51-53, nota 2.

³⁹ BRASIL. Decreto nº 3725-A, de 6 de novembro de 1866. Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos neste Império. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.

⁴⁰ _____. Lei nº 2040, 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 daqueles filhos menores e sobre a libertação anual de escravos. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.

⁴¹ _____. Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885. Regula a extinção gradual do elemento servil. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.

⁴² MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. *Entre a mão e os anéis*. A lei dos sexagenários e os caminhos da abolição no Brasil. Campinas: Unicamp, 1999, p. 37.

Tardamente foi declarada extinta a escravidão no Brasil sem nenhuma contrapartida indenizatória, apenas em 13 de maio de 1888, com a Lei 3.353, sancionada pela Princesa Imperial Regente, foi extinta a Lei da Escravidão no Brasil. Seu artigo 1º dispunha: “*É declarada extincta desde a data desta lei a escravidão no Brazil*”.⁴³

O regime escravocrata brasileiro foi bastante extenso e também foi o último a ser extinto nas Américas. Fazendo uma breve comparação, temos, como exemplo, o Chile que foi um dos primeiros países a declarar a liberdade em 1823, sob a presidência interina de Ramón Freire⁴⁴. Já nos Estados Unidos, alguns estados aboliram a escravidão entre 1789 e 1830 e, definitivamente, ao final da Guerra Civil. Em 1865, os abolicionistas americanos obtiveram a libertação dos escravos nos estados em que continuava havendo escravidão.⁴⁵

A abolição no Brasil trouxe a liberdade, mas as relações sociais e políticas entre negros e brancos seguiram em uma linha que poderia ser descrita como “*não segregamos*”, “*não incluímos*”, “*queremos o embranquecimento*”.

Neste sentido, DIJK relaciona as relações brasileiras logo após o fim da escravidão da seguinte forma:

a) o país não adotou legislação específica de segregação étnico-racial (diferentemente dos EUA e da África do Sul), não tendo ocorrido, portanto, definição legal de pertença racial;

b) o país não desenvolveu política específica de integração dos negros recém-libertos à sociedade envolvente, o que fortaleceu as bases do histórico processo de desigualdades sociais entre brancos e negros que perdura até os dias atuais.

⁴³ BRASIL. Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brazil. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.

⁴⁴ Conquanto na frustrada Conspiração dos três Antonios propunha-se a abolição da escravatura em 1780, será o primeiro Congresso Nacional convocado em 1811, 8 meses após a criação da Junta de Governo, quem declarou entre outras iniciativas a Liberdade de ventre. Segundo esta os filhos de escravos que nascessem em solo chileno seriam livres. Em 1818, e em consequência da participação de batalhões de escravos negros entre as forças patriotas pertencentes ao Exército Libertador dos generais José de San Martín e Bernardo O'Higgins, promete-se-lhes a estes a liberdade completa, feito que é levado à prática em 1823, sob a presidência interina de Ramón Freire, fazendo de Chile um dos primeiros países das Américas em declarar a liberdade dos escravos. Disponível em: <<http://pt.wikilingue.com/es/Abolicionismo#Chile>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

⁴⁵ A abolição da escravatura nos Estados Unidos da América foi promovida pela chamada *Emancipation Proclamation*, promulgada a 1º de janeiro de 1863 pelo presidente Abraham Lincoln. Contudo, os 4 milhões de negros americanos ainda tiveram de esperar até dezembro de 1865, quando o Congresso proibiu oficialmente a escravidão nos Estados Unidos através da 13ª Emenda Constitucional. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,372001,00.html>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

c) o país incentivou a imigração européia branca em acordo com a política de Estado (passagem do séc. XIX para o XX) de branqueamento da população em consonância com as políticas racistas eugenistas desenvolvidas na Europa do séc. XIX.⁴⁶

Tal raciocínio que induz erroneamente o pensamento de que não houve, no Brasil, legislação segregacionista, ou legislação de cunho racista, esbarra em evidências na lei que demonstram o contrário. Dito em outras palavras, pode-se afirmar que houve sim, no país, legislação racista. Um bom exemplo de lei com tal teor é o Código Penal Republicano, nos artigos 402 e 403 em que é condenada a prática da capoeiragem:

CAPITULO XIII

Dos Vadios e Capoeiras

(...)

Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem; andar em correrias, com armas e instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo terror de algum mal:

Pena - de prisão cellular de dous a seis mezes.

Paragrapho unico. E' considerado circumstancia aggravante pertencer a capoeira a alguma banda ou malta.

Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro.

Art. 403. No caso de reincidencia, será applicada ao capoeira, no gráo maximo, a pena do art. 400.

Paragrapho unico. Si for estrangeiro, será deportado depois de cumprida a pena.

Art. 404. Si nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, perturbar a ordem, a tranquillidade ou a segurança publica, ou for encontrado com armas, incorrerá cumulativamente nas penas comminadas para taes crimes.⁴⁷

Há que se observar que a prática da “capoeiragem” faz parte do mesmo capítulo que condena pratica da “vadiagem”, como exposto no texto supra, definida como crime sujeito a prisão de até 6 meses, e que em geral era aplicada à população desempregada, à mendicância, situação onde se observa grande incidência de população negra, ou seja, esse é o exemplo de uma legislação brasileira evidentemente de cunho racista e que contraria a afirmação de que o Brasil não teve legislação desse tipo.

⁴⁶ VAN DIJK, Teun Adrianus. (Org.). *Racismo e discurso na América Latina*. São Paulo: Contexto, 2008, p. 75.

⁴⁷ BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, *op. cit.*

A maior perseguição aos capoeiras se deu em 1890, 1891 e 1904. Foi o tempo em que muitos desses considerados como “subversivos” foram deportados para lugares distantes, como o Acre (461 homens) e a Ilha das Cobras (950) e, sobretudo, na sua maioria e a partir de 1890, para o arquipélago de Fernando de Noronha, onde funcionava uma Colônia Correccional desde a sua definitiva ocupação (em 1737), para presos comuns de Pernambuco e que, naquela época, estava temporariamente subordinada ao Ministério da Justiça (entre 1877 e 1891).⁴⁸

Fornecendo um preâmbulo histórico-social dessa questão, vale mencionar os anos finais do Império em que o país foi tomado pela causa abolicionista.

Muitos senhores libertavam os seus escravos com o medo de represálias que poderiam vir do novo sistema de governo que estava prestes a surgir, visando não serem prejudicados politicamente e nos seus negócios. Ocorriam fugas em massa de negros que ainda se encontravam em cativeiro e, devido à simpatia do Exército Imperial pelo novo sistema de governo iminente, este não mais fazia as vezes dos capitães-do-mato e o número de negros em refúgios e soltos às ruas crescia de forma demasiada.

Houve, ainda, o surgimento de imigrantes que possuíam mão-de-obra barata e eram possuidores de uma certa educação escolar, tornando-se mais fácil a comunicação entre estes e os fazendeiros e mais produtivos os serviços.

Os imigrantes estrangeiros que vinham para trabalhar no Brasil no final da década de 1890, ocupavam o lugar dos escravos recém libertos na lavoura. Essas relações eram regidas pela Lei de Locação de Serviços - restrita ao âmbito rural – que, inclusive, cominava pena de prisão aos que descumprissem o contrato. Esses contratos, em regra, eram de longa duração e as condições, se bem que um pouco menos piores que a dos escravos, não eram boas. O trabalho regular e disciplinado era feito, na sua maior parte, por mão-de-obra imigrante⁴⁹.

A relação conflituosa entre fazendeiros e colonos, aliada à crescente dificuldade de importação de escravos negros da África a partir da década de 1860, exige que se use da mão-de-obra nativa, forçando-os ao trabalho na lavoura, eliminando assim a vadiagem, considerada um mal.

⁴⁸ SILVA, Marieta Borges Lins e. Capoeiras e capoeiristas (2). *Jornal do Comércio*, nov. 2006. Disponível em < http://www.capoeira-infos.org/ressources/presse/capoeira_capoeirista.html>. Acesso em 10 maio 2010.

⁴⁹ LAMOUNIER, Maria Lúcia. *Da escravidão ao trabalho livre: a lei de locação de serviços de 1879*. Campinas, SP: Papirus, 1988, 176 p.

Os fazendeiros também reclamavam uma legislação que permitisse garantias dos investimentos feitos na mão-de-obra, no cumprimento dos contratos, na repressão às greves e, ainda, que lhes propiciassem uma adequada produtividade.

A promulgação da Lei do Ventre Livre⁵⁰, em 1871, sinalizando a abolição da escravidão, criou as condições para uma legislação que, ao mesmo tempo em que fazia a regulação minuciosamente da contratação do trabalho livre, previa a obrigação do homem livre de contratar, como mecanismo de combate à vadiagem.⁵¹

Após quase dez anos de discussão, em 1879, foi enfim editado o Decreto nº 2.820, de 22 de março⁵², com oitenta e seis artigos, regulamentando os contratos na agricultura, de trabalhadores libertos nacionais e estrangeiros, disciplinando a locação de serviços e as modalidades de parcerias agrícolas e pecuárias. Conhecida como a Lei Sinimbu, a lei contemplava além das obrigações contratuais entre trabalhadores e fazendeiros, disposições antigreves e contra quaisquer resistências coletivas ao trabalho. Continha, ainda, um capítulo dedicado à matéria penal e outro a competências e procedimentos processuais.

Os contratos de locação de serviços e de parceria poderiam ser feitos por nacionais e estrangeiros, sempre por escritura pública, registrado na Câmara Municipal. Os contratos poderiam ter duração de seis anos para brasileiros, cinco para estrangeiros e sete para os libertos. Eram consideradas como justas causas do locador, justificando a rescisão contratual pelo locatário, a doença prolongada, a embriaguez, a imperícia e a insubordinação. A pena de prisão era aplicável caso o locador se ausentasse sem justo motivo ou se, permanecendo na propriedade, se recusasse ao trabalho, dentre outras faltas consideradas graves. Previa a lei a obrigação de contratar, somente deixando de ser aplicada caso o trabalhador livre estivesse servindo o exército. Os libertos continuavam com sua situação regulada pela Lei do Ventre Livre, ficando sob inspeção por cinco anos, com a obrigação de firmar novo contrato.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, *op. cit.*

⁵¹ “A legislação actual é completamente ineficaz contra a vadiagem. O vadio só pode ser preso por alguns dias se o quebrar (...) Se o vadio assinasse termo de procurar trabalho dentro de certo prazo, e se, findo esse prazo, não provasse ser constrangido em presença da autoridade a assinar um contrato de locação de serviços com o pretendente que, na ocasião, maiores vantagens oferecesse, colher-se-ia resultados seguros”. Relatório da Repartição da Polícia da Província de São Paulo, de 2 de fevereiro de 1872, p. 24, *apud*. LAMOUNIER, *op.cit.*, p. 74.

⁵² BRASIL. Decreto nº 2.820, de 22 de março de 1879. Regulamenta os contratos de agricultura, de trabalhadores libertos nacionais e estrangeiros. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.

Assim, com a grande quantidade de negros libertos nas ruas, criou-se um grave problema social. Sem ter onde morar, ou como sobreviver dignamente, formaram aglomerações. Devido a serem discriminados alojavam-se em locais mais afastados e de forma desorganizada, essas aglomerações se transformaram em periferias e comunidades sem infra-estrutura, favelizadas.

Percebendo como certa a extinção da Monarquia e sofrendo vários tipos de pressão dos grupos republicanos, Dom Pedro II resolve, através de sua filha, a Princesa Izabel, abolir a escravidão no Brasil, através da Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888⁵³, que ficou conhecida por Lei Áurea, como já discorrido em páginas anteriores.

Estavam livres todos os negros, porém, sem direção e nem sentido. Estes libertos, assim o eram apenas em seus corpos, que não mais eram presos nas senzalas e nos troncos, mas em suas mentes e em sua moral continuavam escravos. Não tinham educação escolar, moradia, alimentação e nem mesmo tinham o respeito das pessoas, pois sofriam diversas discriminações pelos simpatizantes do sistema escravocrata em queda iminente.

Em 1889, com o movimento militar promovido pelo Marechal Deodoro da Fonseca, derrubando a Monarquia, foi instaurada a República. No entanto, esta República não se preocupou com a educação do povo e dos escravos recém libertos, fazendo assim, com que não acontecesse a prevenção para que aqueles negros não se tornassem criminosos por consequência da exclusão social que eram vítimas.

As ruas ficaram cheias de negros que se dividiam em grupos que eram, em sua grande maioria, possuidores de sentimentos de rivalidade com os demais, por diversos motivos, sendo alguns dos mais comuns as etnias e interesses de lucro, como controle de uma determinada área.

No primeiro instante, na década de 1880, havia apenas uma marginalidade, em que os negros viviam nas ruas e nada faziam de ilegal e, assim, viviam apenas e tão somente à margem da sociedade. No entanto, em pouco tempo, atitudes meramente marginais, como importunar, molestar outras pessoas, de forma direta ou indireta, passaram a ser vistas como expressão de atitude criminosa. No entanto, a que mais incomodava era a vadiagem, pois dela surgiriam outros delitos como a

⁵³ *Op. cit.*

mendicância: pela fome; a embriaguez: pelo desolamento social e a prostituição: por necessidades básicas como roupas e até mesmo de alimentos.

Em consequência, o Código Penal de 1890⁵⁴ passou a reprimir com um certo rigor todas as modalidades criminosas teoricamente ligadas com a vadiagem, demonstrando que o tipo vadiagem era uma forma de controle social, haja vista os negros que se encontravam em situação meramente marginal e que, assim, não poderiam ser punidos, poderiam acabar cometendo ilícitos mais sérios e, para que fossem controlados como em suas antigas senzalas, pois seriam presos, o tipo vadiagem passou a ser o principal instrumento de coerção, em que o simples estar nas ruas sem aparente ocupação já denotaria uma iminente intenção criminosa, mesmo sendo por pura necessidade. De tal forma, quando a polícia encontrava pessoas que aparentavam perigo social nas ruas, principalmente negros, os abordavam apenas como se fosse dizer: "não se esqueçam que estamos aqui e não cometam crimes, pois serão severamente punidos"⁵⁵.

O referido código foi umas das leis evidentemente de cunho racial segregacionista. A lei era direcionada à população negra que se encontrava em situação de miséria vagando pelas ruas das cidades. Ao punir a vadiagem penalizava diretamente os ex-escravos que foram abandonados no pós-escravidão, sem recursos e sem ter a quem recorrer.

Não é incorreto afirmar que, neste contexto de relações sociais, após a conquista da liberdade pelos escravos em 1888, a luta anti-racismo teve seu enfoque no combate ao preconceito racial. Porém, o avanço nesse sentido foi lento. Por exemplo, a Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, formalmente livre da escravidão, silenciou-se quanto ao tema da discriminação racial, dispondo apenas na Seção da Declaração de Direitos, art 72, §2.º: "*todos são iguaes perante a lei*"⁵⁶, de forma lacônica.

Há que se ressaltar que tal ausência de menção à problemática da discriminação racial não parece mero lapso do constituinte, uma vez que não se deve ignorar o fato de que, na mesma época, Rui Barbosa, como Ministro da

⁵⁴ BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, *op. cit.*

⁵⁵ DORNELLES, J. R. *O que é crime?* São Paulo: Brasiliense, 1988.

⁵⁶ *Op. cit.*

Fazenda, em 4 de dezembro de 1890, expediu uma circular autorizando a queima dos arquivos da escravidão.⁵⁷

A Constituição Federal de 1934⁵⁸ (16 de julho) ineditamente incorporou a expressão “raça” junto ao princípio da igualdade que no artigo seguinte dizia:

Art. 113

1 - Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos Paes, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéas políticas;

Tal Carta vigeu por curto período, passando a vigorar a carta de outorgada de 1937⁵⁹ que frustrou as expectativas de avanço no combate à discriminação racial, retornando ao laconismo do “todos são iguais perante a lei” (art 122, n.1).

No fim do Estado Novo surgiu a I Convenção Nacional do Negro Brasileiro⁶⁰ e o Teatro Experimental do Negro⁶¹ com intuito de retomar a luta anti-racista reprimida. Essa militância negra levou a temática racial para discussões na Constituinte de 1946.

A Constituição de 1946⁶², por sua vez, seguiu a mesma linha lacônica da Constituição de 1937, porém, na parte final do §5º do art. 141, inseriu a expressão “preconceitos de raça” limitando a livre manifestação do pensamento nos seguintes termos:

⁵⁷ Ver também Martiniano J. Silva, que descreve o fato como “o descuido de Rui Barbosa” – segundo o autor o objetivo era evitar a indenização de ex-proprietários de escravos (SILVA, Racismo à brasileira, p. 91, apud SILVEIRA, p.61)

⁵⁸ Na década de 1930 houve a fundação da Frente Negra Brasileira, até hoje considerado o maior movimento racial de caráter evidentemente político já existente, que foi transformado em partido político em 1936, mas extinto no ano seguinte pela ditadura do Estado Novo. Foi um ator político importante na insistência da inserção da temática racial nas discussões da constituinte de 1934

⁵⁹ BRASIL. Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 10 de dezembro de 1937. *Diário Oficial [da República dos Estados Unidos do Brasil]*, Rio de Janeiro, 20 dez. 1937.

⁶⁰ Em 1950 foi realizado, na cidade do Rio de Janeiro, o evento intitulado Primeiro Congresso do Negro Brasileiro, organizado e proposto pelo *TEN – Teatro Experimental do Negro* liderado por Abdias do Nascimento que reivindicava direitos civis, participação política e oportunidades de trabalho à etnia negra do período. Oito anos depois, em 1958, no mês de setembro, ocorreu em Porto Alegre o “Primeiro Congresso Nacional do Negro”, organizado pela *Sociedade Beneficente Floresta Aurora* sob o comando de Walter Santos.

⁶¹ O Teatro Experimental do Negro, ou TEN, surgiu, em 1944, no Rio de Janeiro, e se propunha a resgatar, no Brasil, os valores da pessoa humana e da cultura negro-africana, degradados e negados por uma sociedade dominante que, desde os tempos da colônia, portava a bagagem mental de sua formação metropolitana européia, imbuída de conceitos pseudo-científicos sobre a inferioridade da raça negra. Propunha-se o TEN a trabalhar pela valorização social do negro no Brasil, através da educação, da cultura e da arte.

⁶² BRASIL. Constituição (1946). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946. *Diário Oficial [da República dos Estados Unidos do Brasil]*, Rio de Janeiro, 25 set. 1946.

Art. 141.

(...)

§ 5º - não será também tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

Após a Constituição de 1946 surgiu a primeira lei brasileira que punia o racismo – a Lei nº 1.390⁶³, de 3 de julho de 1951. Tal lei incluía “*entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor*”, conhecida como LEI AFONSO ARINOS em referência ao autor de seu projeto, o deputado mineiro AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, que em seu discurso de justificação ao projeto de lei afirmou:

(...) 4 - As disposições da Constituição Federal e os preceitos dos acordos internacionais de que participamos, referentes ao assunto, ficarão como simples declarações platônicas se a lei ordinária não lhe vier dar forças de regra obrigatória de direito. 5. -Por mais que se proclame a inexistência, entre nós, do preconceito de raça, a verdade é que ele existe, e com perigosa tendência a se ampliar. [...]é sabido que certas carreiras civis, como o corpo diplomático, estão fechadas aos negros; que a Marinha e a Aeronáutica criam injustificáveis dificuldades ao ingresso de negros nos corpos de oficiais e que outras restrições existem, em vários setores da administração. 6 – Quando o Estado, por seus agentes, oferece tal exemplo de odiosa discriminação, vedada pela Lei Magna, não é de se admirar que estabelecimentos comerciais proibam a entrada de negros nos seus recintos.[...]9 – nada justifica, pois, que continuemos disfarçadamente a fechar os olhos à prática de atos injustos de discriminação racial que a ciência condena, a justiça repele, a Constituição proíbe, e que podem conduzir a monstruosidade como os “pogrooms” hitleristas ou a situações insolúveis como a da grande massa negra norte-americana⁶⁴

A fala do Deputado AFONSO ARINOS deixou evidenciado o racismo institucional na época e a dificuldade dos negros em ter acesso a cargos e funções públicas. Essa lei vigorou por mais de 30 anos, sendo o principal instrumento de reação ao racismo até o ano de 1985 quando foi revogada pela Lei nº 7.437 de 20 de dezembro de 1985⁶⁵, que deu nova redação e incluiu entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de

⁶³ BRASIL. Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Rio de Janeiro, 10 julho de 1951. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.

⁶⁴ DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, 24 de agosto de 1950, p. 5740, apud SILVEIRA, p. 63.

⁶⁵ BRASIL. Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985. Inclui, entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, dando nova redação à Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Rio de Janeiro, 23 de dezembro de 1985. Disponível em: <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.

estado civil. Essa lei de 1985, conhecida como Lei Caó⁶⁶, manteve a natureza de contravenção das infrações de cunho racista e trouxe poucas inovações, apenas reproduzindo o que já definia a Lei AFONSO ARINOS e acrescentando outras formas de discriminação (em razão do sexo ou de estado civil).

No mesmo período houve mais uma lei que inseriu brevemente a questão racial, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967⁶⁷), que também foi influenciada pela CF/1946 e previa como crime, no artigo 14: “*fazer propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou de preconceito de raça ou de classe*”.

Na década de 1960, o movimento negro foi novamente amordaçado pela ditadura militar e somente retornou a articular-se politicamente no final da década seguinte, enriquecido pelas experiências nacionais anteriores e também pelos movimentos negros americanos, com a criação do Movimento Negro Unificado (MMU), em 1978⁶⁸. Até então a militância negra objetivava a assimilação dos negros na sociedade por meio do combate ao racismo velado e pela promoção da mobilidade social dos negros com o surgimento de maiores e melhores oportunidades no sistema educacional e no mercado de trabalho.

A Constituição de 1967⁶⁹ abordou mais explicitamente o tema do preconceito racial:

Art. 150.

(...)

§1.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O *preconceito de raça* será punido pela lei.

⁶⁶ O Deputado Federal pelo Estado do Rio de Janeiro Carlos Alberto Caó de Oliveira destacou-se na luta em defesa dos direitos dos negros no Brasil. Como parlamentar legislou a respeito da tipificação do crime de racismo, lei que leva o seu nome.

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 10 de março de 1967.

⁶⁸ O MNU-MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO, surgiu em 7 de julho de 1978, com ato público em frente ao Teatro Municipal de São Paulo, em protesto contra as manifestações de racismo: O Assassinato de Robson Silveira da Luz, por policiais, dentro do distrito de Guaianazes, Capital, e a segregação de atletas negros, cestobolistas, do Clube de Regatas Tietê, também na capital paulista, por diretores, que os impediam de entrar na piscina do clube. Disponível em: <<http://www.sunnet.com.br/home/Noticias/Movimento-Negro-Unificado-30-anos.html>>. Acesso em: 10 maio 2010.

⁶⁹ BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 20 out. 1967.

(...)§ 8.º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quando espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de *preconceitos de raça* ou de classe.

Somente ao final dos anos de 1980, pressionado com inúmeras pesquisas que denunciavam o racismo e principalmente pelas reivindicações do Movimento Negro, o Estado brasileiro iniciou uma moderada atuação anti-racista. A partir dessa década⁷⁰, houve uma reorientação ideológica no Movimento que iniciou uma construção de uma identidade coletiva do negro e por meio da idéia da diferença, e não mais pela assimilação, buscou, assim como diversos movimentos identitários que surgiram no período, estratégias para disputar e conquistar direitos coletivos.⁷¹ O que incluiu, além do direito e o respeito de suas diferenças (combate às discriminações e aos preconceitos), as políticas de reconhecimento, reparação e valorização das diferenças denominadas “ações afirmativas”⁷². A defesa de ações de cunho afirmativo já estava presente nas reivindicações do Movimento Negro desde pelo menos 1946, na Convenção Nacional do Negro, como já discorrido na presente dissertação.

Na década de 1990 os negros não atingiram mais de 70% da média de anos de estudos dos brancos, que em 1999 correspondia a sete anos. Esta realidade confrontou o ideário nacional da inexistência do racismo e de suas práticas no Brasil,

⁷⁰ O Conselho da Comunidade Negra surge em 13 de maio de 1984. A partir da 1990 o Movimento Negro organiza-se principalmente por inúmeras Organizações Não-Governamentais (GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. *Depois da democracia racial*. São Paulo: Tempo Social, v.18, nº 2, nov. 2006, p. 277).

⁷¹ MUNANGA, Kabengele (org.). *O anti-racismo no Brasil*. Estratégias e políticas de combate à discriminação racial. São Paulo: Edusp, 1996, p. 85.

⁷² O termo ação afirmativa chega ao Brasil carregado de uma diversidade de sentidos, o que em grande parte reflete os debates e experiências históricas dos países em que foram desenvolvidas. A expressão tem origem nos Estados Unidos, local que ainda hoje se constitui como importante referência no assunto. Nos anos 60, os norte-americanos viviam um momento de reivindicações democráticas internas, expressas principalmente no movimento pelos direitos civis, cuja bandeira central era a extensão da igualdade de oportunidades a todos. No período, começam a ser eliminadas as leis segregacionistas vigentes no país, e o movimento negro surge como uma das principais forças atuantes, com lideranças de projeção nacional, apoiado por liberais e progressistas brancos, unidos numa ampla defesa de direitos. É nesse contexto que se desenvolve a idéia de uma ação afirmativa, exigindo que o Estado, para além de garantir leis anti-segregacionistas, viesse também a assumir uma postura ativa para a melhoria das condições da população negra (MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. *Cadernos de pesquisa*, nº. 117, p. 197-217, novembro/ 2002).

baseado em suas relações cordialmente mestiças e não-racializadas que configurariam uma “democracia racial”.⁷³

O governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2003) foi um marco político dentro da temática racial, pois foi o primeiro a reconhecer oficialmente as necessidades de combater as desigualdades raciais no país, colocando a temática racial na agenda política brasileira.

Outro marco foi a III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata promovida pela ONU, em setembro de 2001, em Durban na África do Sul⁷⁴. A participação brasileira na Conferência trouxe importantes desdobramentos para o nosso cenário político, principalmente porque lançou definitivamente o debate e a prática das ações afirmativas⁷⁵ no país, que culminaram, a partir de 2003, nas polêmicas e debatidas reservas de vagas para estudantes negros nas universidades públicas. Também como consequência da Conferência criou-se o II Programa Nacional de Direitos Humanos (II PNDH)⁷⁶, o qual ampliou as metas do I PNDH⁷⁷ de melhoria dos

⁷³ Abordagem mais aprofundada sobre democracia racial no capítulo 3.3.

⁷⁴ A III Conferência Mundial Contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância Correlata foi realizada em Durban, África do Sul, entre 31 de agosto e 8 de setembro de 2001, Ano Internacional de Mobilização contra o Racismo. Participaram da Conferência de Durban mais de 2.300 representantes de 163 países, incluindo 16 chefes de Estado e mais de 100 ministros. Aproximadamente 4.000 representantes de ONGs de todas as partes do mundo foram credenciados e tiveram uma ativa participação antes e durante a Conferência. Foram discutidas as origens e causas do racismo, da discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata e foi feito um chamado para ações concretas para erradicar todos esses males. Como resultado, os representantes dos países presentes redigiram uma Declaração e uma Plataforma de Ação, documento no qual foram enfocadas medidas para prevenção, educação e proteção no âmbito nacional.

⁷⁵ Há diversas definições para ações afirmativas, entretanto podemos encontrar um consenso que são “medidas especiais e temporárias, tomadas pelo Estado e/ou pela iniciativa privada, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidade e tratamento, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, por motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros” (Ministério da Justiça, 1996, p.10). Gomes (GOMES, Joaquim Barbosa B. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 21) complementa que “as ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas a concretização do princípio constitucional da igualdade material e a neutralização dos efeitos de discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade”. E há “entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e subordinação de uma raça em relação a outra”. (GOMES, *op. cit.*, p. 44)

⁷⁶ O novo programa expande as metas do PNDH original no campo dos direitos civis e políticos, e incorpora os direitos econômicos, sociais e culturais.

⁷⁷ Em 1996 foi criado, através de decretos, o PNDH - Programa Nacional de Direitos Humanos - contendo um tópico destinado à população afro-brasileira.

indicadores sociais referentes aos negros, incluindo o uso de medidas compensatórias.

Portanto, observa-se que as deliberações da Conferência influenciaram as ações governamentais, principalmente no âmbito administrativo de alguns ministérios, que assumiram as responsabilidades e os compromissos propostos nela⁷⁸.

Em 2003, a Lei nº 10.639⁷⁹, primeira medida política referente ao tema racial do governo Lula, estabeleceu a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Africana e Afro-Brasileira" no currículo oficial da Rede de Ensino. No mesmo ano houve a criação da Secretária Especial de Políticas e Promoção de Igualdade Racial (SEPPIR), com *status* de ministério, que entre outros objetivos visa:

promover a igualdade e a proteção dos direitos de indivíduos e grupos raciais e étnicos afetados pela discriminação e demais formas de intolerância, com ênfase na população negra e promover e acompanhar o cumprimento de acordos e convenções internacionais assinados pelo Brasil, que digam respeito à promoção da igualdade e combate à discriminação racial ou étnica.⁸⁰

Percebe-se, portanto, a concomitância do início das iniciativas estatais perante a temática com esta mudança de foco do Movimento Negro. E tal fato não pode ser analisado como simples coincidência, pois suas inúmeras estratégias anti-racistas agregadas às denúncias teóricas e estatísticas desde a década de 1950 e as novas perspectivas identitárias trazidas pela redemocratização culminaram na insustentabilidade do ideário de um Brasil sem conflitos raciais e do posicionamento passivo do Estado diante do racismo e seus resultados.

⁷⁸ Os Ministérios da Justiça, do Desenvolvimento Agrário e da Cultura, em 2001 e 2002, estabeleceram um Programa de Ações Afirmativas para seus âmbitos administrativos, estendendo também as suas contratações terceirizadas.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 10 de janeiro de 2003.

⁸⁰ Disponível em: < <http://www.portaldaignaldade.gov.br/sobre/>>. Acesso em: 12 maio 2010.

2.2 Criminalização do racismo

A Constituinte brasileira, ao inserir questões referentes às identidades raciais no âmbito dos Direitos e Garantias fundamentais, além do reconhecimento do racismo como um problema nacional, lança luz sobre a nova concepção de nações pluriétnicas e multiculturais, entretanto se comparada às reformas constituintes latino-americanas do mesmo período veremos que o foco da mobilização política brasileira era principalmente, senão unicamente, a luta contra as desigualdades raciais, enquanto os seus países vizinhos mobilizavam-se pelo reconhecimento da diversidade cultural dos negros e indígenas.⁸¹ Independentemente desta característica brasileira é consenso que a Constituição de 1988 foi fundamental para o processo de desmascaramento da democracia racial.

Em Janeiro de 1988 foi apresentado à Assembléia Nacional Constituinte, pelo Deputado Carlos Alberto Caó de Oliveira, a emenda aditiva ao projeto de Constituição que propunha que a prática do racismo fosse transformada em crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

Após os debates na Constituinte foi criminalizada a prática do racismo pela Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 5º, inciso XLII, define: “*prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*”. Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989⁸², modificada depois pela Lei nº 9.459 de 13 de maio de 1997.⁸³

Em seguida, o mesmo Deputado Carlos Alberto Caó de Oliveira, apresentou também em 1988, Projeto de Lei n.º 668, de 1988⁸⁴, regulamentando a Constituição, com o intuito de criminalizar a prática do racismo, justificando-o da seguinte forma:

(...) o negro deixou, sem dúvida, de ser escravo, mas não conquistou a cidadania. Ainda não tem acesso aos diferentes planos da vida econômica e política. É mais do que evidente que as desigualdades e discriminações raciais marcam a sociedade, o Estado e as relações econômicas em nosso país. Passados cem anos da Lei Áurea, esta é a situação real. (...) A Lei n. 1390, de 3 de julho de 1951, que caracteriza a prática do racismo como contravenção penal, cumpriu à sua época e tempo, o papel de acautelar e

⁸¹ GUIMARÃES, *op. cit.*, p.275.

⁸² BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 6 de janeiro de 1989.

⁸³ _____. Lei nº 9.459 de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 14 de maio de 1997.

⁸⁴ Transformado na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, *op. cit.*

diminuir o cometimento odiando do racismo. Torna-se imperiosa, porém, uma caracterização mais realista de combate ao racismo, configurando-o como crime assim definido em lei. Com a prática do racismo, configurando-o como crime, e com penas que possam ser sentidas no seu cumprimento, será possível que o Brasil saia do bloco dos países discriminadores (embora tenha vergonha de admitir a existência de tipo de discriminação em seu território), porque é cometido nas caladas da noite ou, sorrateiramente, nos balcões de lojas, hotéis ou logradouros públicos.⁸⁵

Os debates em torno desse Projeto de Lei foram acirrados. O Presidente do Senado e Relator da matéria apresentou um projeto substitutivo tentando moderar as sanções penais previstas no Projeto de Lei n.º 668, de 1988, mas a Câmara dos Deputados acabou por enviar o projeto inicial (o do Deputado Caó) à sanção do Presidente da República, que vetou alguns artigos, mas que finalmente deu origem à Lei nº 7.716, de 5 de Janeiro de 1989⁸⁶, que define os crimes raciais.

Essa Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, cujo artigo 1º foi alterado pela Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997⁸⁷, declara:

Art 1º Serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Em seu artigo 5º, a referida lei regulamenta o dispositivo constitucional previsto no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988: *“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da Lei”*.

Há ainda, em tramitação no Congresso Nacional em torno de cento e trinta Projetos de Lei sobre questões raciais. Entre eles temos alguns polêmicos e relevantes como o Projeto de Lei nº 650/99⁸⁸, apresentado pelo Senador José Sarney, que visa o estabelecimento de cotas fixas em diversos setores sociais, inclusive nas universidades e nos concursos públicos; e o Projeto de Lei, da Câmara dos Deputados, do então Deputado Federal e atual Senador Paulo Paim nº 3.198/2000⁸⁹ e depois 6.264/2005⁹⁰, do Senado, que institui o Estatuto da Igualdade Racial.

⁸⁵ Diário do Congresso Nacional, 12 de maio de 1988, p.1700, in SILVEIRA, 2007, p. 67.

⁸⁶ *Op. cit.*

⁸⁷ *Op. cit.*

⁸⁸ Projeto de Lei do Senado nº 650, de 1999. Aguardando decisão da Câmara dos Deputados, desde 9 jan. 2007. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes/> >. Acesso em: 2 maio 2010.

⁸⁹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp>. Acesso em: 2 maio 2010.

Em sessão histórica finalizada com aplausos e em clima de festa, o Estatuto da Igualdade Racial (Projeto de Lei nº 6.264/2005, do Senado) foi aprovado por unanimidade no dia 9 de setembro de 2009, pela Comissão Especial da Câmara criada para debater o tema. "A aprovação foi um grande avanço. Por meio dele, o Estado fica obrigado a agir em relação às desigualdades existentes no país. É uma lei que vai unir a sociedade e gerar vários benefícios para populações historicamente excluídas", avaliou o Ministro da Igualdade Racial, Edson Santos.⁹¹ Por meio de um acordo costurado pelo Ministro e lideranças do Congresso, o projeto não precisará passar pelo Plenário da Câmara. Ele volta para a Casa originária: o Senado Federal. O projeto foi encaminhado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) ao Senado Federal por meio do Ofício nº 1.228/09/PS-GSE, em 3 de novembro de 2009⁹².

A redação final do substitutivo do relator, deputado Antônio Roberto (PV-MG) foi resultado de mais de seis anos de discussão no Congresso. Depois de um acordo com deputados contrários a alguns pontos da matéria, a comissão aprovou a redação final do substitutivo com mudanças em relação ao texto original.

Um dos pontos do acordo foi o de que não seria apresentado nenhum recurso no sentido de que o projeto fosse votado no Plenário da Câmara, e a proposta seguiria para o Senado.

O texto original do Projeto de Lei sofreu algumas alterações para a aprovação do substitutivo pela Comissão Especial. O texto final excluiu referência específica a quilombolas e foi retirado o inciso com a definição de remanescentes quilombolas. A estratégia foi suprimir o conceito para manter uma definição "genérica" de remanescente prevista na Constituição, no intuito de dificultar a titulação de terras para esses povos. Também deixou de fora a regra que previa oportunidades iguais para negros nas áreas de publicidade, televisão e cinema. Além disso, contemplou a retirada do texto das cotas para negros no Ensino Público. Por fim, foram retirados do texto os artigos sobre tratamento diferenciado em licitações para empresas com negros no quadro de funcionários.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.mndh.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1686&Itemid=45>. Acesso em: 2 maio 2010.

⁹² Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp/>. Acesso em: 2 maio 2010.

Os principais pontos do substitutivo aprovado do Estatuto da Igualdade Racial foram⁹³:

- Empregos: o Poder Público poderá oferecer incentivos a empresas com mais de vinte empregados que contratarem pelo menos 20% (vinte por cento) de negros.
- Capoeira: A capoeira é reconhecida como desporto de criação nacional. Assim, o Estado deverá garantir o registro e a proteção da capoeira, inclusive destinando recursos públicos para essa prática. A atividade de capoeirista é reconhecida em todas as modalidades (esporte, luta, dança e música).
- Discriminação: A lei acrescenta à Lei nº 7.716/89, sobre discriminação racial, o crime de expor, na Internet ou em qualquer rede pública de computadores, informações ou mensagens que induzam ou incitem a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. A pena prevista é reclusão de um a três anos e multa.
- Liberdade religiosa: A estatuto assegura o livre exercício dos cultos religiosos de origem africana, prevendo inclusive assistência religiosa aos seus seguidores em hospitais e também denúncia ao Ministério Público para abertura de ação penal em face de atitudes e práticas de intolerância religiosa.
- Acesso à terra: O poder público promoverá a isonomia nos critérios de financiamento agrícola para incentivar o desenvolvimento das atividades produtivas da população negra no campo.
- Moradia: Os programas de moradia do governo federal deverão assegurar tratamento equitativo à população negra, assim como os bancos públicos e privados que atuam em financiamento habitacional.
- Foto em currículo: A lei proíbe empregadores de exigir boa aparência e de pedir fotos em currículos de candidatos a empregos. Os infratores ficam sujeitos a multa e prestação de serviços à comunidade.
- Recursos públicos: Os planos plurianuais (PPAs) e os orçamentos anuais da União deverão prever recursos para a implementação de programas de ação afirmativa nas áreas de educação, cultura, esporte e lazer, trabalho, meios de comunicação de massa, moradia, acesso à terra, segurança, acesso à Justiça, financiamentos públicos e contratação pública de serviços e obras.

⁹³ Assessoria de Imprensa da FASUBRA Sindical. Aprovado Estatuto da Igualdade Racial. *Informativo do Sindicato dos Trabalhadores das Instituições Federais de Ensino do Estado de Mato Grosso do Sul*. Edição 06/2009. Campo Grande, MS, set. 2009, p. 7. Disponível em: <http://www.sistams.org.br/04_matraca/pdf/2009_ed_06.pdf>. Acesso em: 2 maio 2010.

- Saúde: fixa as diretrizes da Política Nacional de Saúde Integral da População Negra.

Em síntese, o estatuto traz como pontos principais a obrigatoriedade dos partidos políticos reservarem 10% de suas candidaturas para negros nas eleições proporcionais, até então essa reserva somente existia para mulheres. Também garante tratamento e especialização em doenças mais comuns na raça negra, como anemia falciforme e na área de educação obriga o ensino de aulas de história geral da África e história do negro no Brasil.

Através do Projeto de Lei nº. 225, de 11 de agosto de 2004⁹⁴, foi promulgada a Lei nº 12.033, de 29 de setembro de 2009⁹⁵, alterando o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Código Penal Brasileiro. O referido projeto de lei mudou o tipo de ação penal do crime de Injúria Qualificada, alterando-o de crime de *ação penal privada* para crime de *ação penal pública condicionada à representação do ofendido*⁹⁶. Tal modificação visou, segundo o senador Paulo Paim, autor do Projeto de Lei, evitar que a desclassificação do crime de incitação ao racismo para o crime de injúria qualificada ultrapasse o prazo de seis meses, configurando a decadência do direito de queixa⁹⁷.

Esta modalidade de ação penal busca ser uma solução aos interesses da vítima, temendo uma retaliação maior em decorrência da instauração de inquérito ou processo criminal e a tutela de bem jurídico que possua relevância suficiente para justificar a feitura pública da ação penal.

Segundo Fernando Capez:

O Ministério Público, titular dessa ação, só pode a ela dar início se a vítima ou seu representante legal o autorizarem, por meio de uma manifestação de vontade. Nesse caso, o crime afeta tão profundamente a esfera íntima do indivíduo, que a lei, a despeito de sua gravidade, respeita a vontade

⁹⁴ BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 225, de 11 de agosto de 2004. Altera o parágrafo único do art. 145 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para declarar que no crime de injúria qualificada pela utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (art. 140, § 3º, do Código Penal), procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/paulopaim/pages/projetos/projetos2004.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

⁹⁵ _____. Lei nº 12.033, de 29 de setembro de 2009. Altera a redação do parágrafo único do art. 145 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, tornando pública condicionada a ação penal em razão da injúria que especifica. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 30 de setembro de 2009.

⁹⁶ A ação penal pública condicionada à representação é promovida pelo Estado-acusação através de denúncia, mas depende de representação do ofendido ou de seu representante legal (CP, art. 10, § 1.º). A representação, nesse caso, constitui uma condição para que o Ministério Público promova a ação penal, com vistas à punição do criminoso. (Barbosa, E. L., Da Ação Penal, p. 3)

⁹⁷ Tratarei detalhadamente dessa questão no capítulo sobre o crime de injúria.

daquele, evitando, assim, que o *strepitus iudicii* (escândalo do processo) se torne um mal maior para o ofendido do que a impunidade dos responsáveis.⁹⁸

Além das ações do Legislativo, é importante analisar as ações do judiciário, faz-se mister ressaltar que após a criminalização do racismo pela Constituição de 1988 e da sua regulamentação através da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989⁹⁹, observa-se, no que tange aos crimes de racismo, que há poucos processos em tramitação nos Tribunais superiores e poucos tiveram o julgamento do mérito.

Um caso emblemático julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) trata-se do processo contra o editor e autor, *Siegfried Ellwanger*, de Porto Alegre (RS), que publicava livros de cunho claramente nazista e anti-semita¹⁰⁰. Pela sua conduta foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul pela prática do crime de racismo. Um pedido de Habeas Corpus (HC) em seu benefício foi apresentado ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo sido negado por este tribunal. Houve um novo pedido de HC ao STF, sob o argumento de que o impetrante não poderia ser condenado por crime de racismo, uma vez que os judeus não caracterizariam uma "raça", o que também foi indeferido.

Esse julgamento foi marcante, uma vez que o ponto essencial da discussão em plenário do Supremo Tribunal foi o alcance da expressão "racismo". O embasamento dos votos dos ministros superou o conceito biológico de raça, para dar lugar ao pertencimento étnico-racial trazido pelas ciências sociais.

O Supremo Tribunal Federal manteve a condenação do editor *Siegfried Ellwanger* imposta a ele pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por crime de racismo. O julgamento do *Habeas Corpus* (HC 82424) ajuizado pela defesa de *Ellwanger* foi concluído em 17 de setembro de 2003. Por maioria de sete votos a três, o Plenário negou o recurso, vencidos os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto. Os dois primeiros consideraram o crime prescrito. Ayres Britto concedia o recurso de ofício para absolver o livreiro por falta de provas.

A discussão foi retomada com o voto-vista do ministro Marco Aurélio. Ele concedeu o *Habeas Corpus* ao julgar que o editor gaúcho não cometeu crime de

⁹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 120.

⁹⁹ BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, *op. cit.*

¹⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias do STF. *STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291&caixaBusca=N>>. Acesso em: 2 maio 2010.

racismo. Considerou, também, que sua punição estaria prescrita acompanhando, nesse ponto, o voto do relator, ministro Moreira Alves.

Em quase 72 laudas e meia, o ministro Marco Aurélio defendeu o direito à liberdade de expressão, definindo o julgamento como um dos mais importantes do STF, desde que chegou ao Tribunal, há 13 anos. Marco Aurélio justificou ponto de vista de proteção à manifestação individual de pensamento, por entender que o livreiro quis fazer uma revisão histórica.

De acordo com o ministro, a Constituição Federal não se referiu ao povo judeu, mas ao preconceito contra os negros, ao tratar da prática do crime de racismo, que considera imprescritível, no inciso XLII, artigo 5º. Isto porque, segundo Marco Aurélio, a Constituição de 1988 se aplica ao povo brasileiro.

O ministro também considerou que a não prescrição de crimes iria contra a garantia constitucional dos direitos fundamentais. Segundo seu arrazoado:

O instituto da imprescritibilidade de crime conflita com a corrente das garantias fundamentais do cidadão, pois o torna refém, eternamente, de atos ou manifestações - como se não fosse possível e desejável a evolução, a mudança de opiniões e de atitudes, alijando-se a esperança, essa força motriz da humanidade -, gerando um ambiente de total insegurança jurídica, porquanto permite ao Estado condená-lo décadas e décadas após a prática do ato.¹⁰¹

Marco Aurélio rememorou voto do ministro Carlos Ayres Britto; expôs historicamente sobre censura e liberdade de expressão; discorreu sobre tolerância; distinguiu entre preconceito e discriminação e defendeu o ponto de vista de que o editor quis fazer uma revisão histórica. Sua defesa da liberdade individual de manifestação do pensamento foi reiterada em todo o voto, como nos trechos a seguir:

Há de se proclamar a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto. As pessoas simplesmente não são obrigadas a pensar da mesma maneira.

(...)

Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas idéias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuisse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo "morte aos judeus", "vamos expulsar estes judeus do País", "peguem as armas e vamos exterminá-los". Mas nada disso aconteceu no caso em

¹⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Op. cit.*

juízo. O paciente restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos.

(...)

A questão de fundo neste habeas corpus diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele idéias preconceituosas e anti-semitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo? Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa.¹⁰²

Em seguida, os ministros Celso de Mello, Carlos Velloso, Gilmar Mendes, Nelson Jobim e Ayres Britto ratificaram votos já proferidos sobre a matéria e, à exceção de Britto, indeferiram o pedido feito pela defesa do escritor.

Último a concluir voto, o ministro Sepúlveda Pertence acompanhou a corrente majoritária que negou o *Habeas Corpus*, "A discussão me convenceu de que o livro pode ser instrumento da prática de racismo. Eu não posso entender isso como tentativa subjetivamente séria de revisão histórica de coisa nenhuma", votou ele¹⁰³.

O julgamento do pedido de Habeas Corpus (HC 82424) de *Siegfried Ellwanger*, iniciado em dezembro de 2002, levou nove meses para ser concluído. O pedido, no entanto, foi negado em junho de 2003, quando a maioria dos ministros entendeu que a prática de racismo abrange a discriminação contra os judeus.

Após o voto do ministro Moreira Alves, em 12 de dezembro de 2002, um pedido de vista do ministro Maurício Corrêa suspendeu o julgamento por divergir do relator. Moreira Alves defendeu a tese de que os judeus não podem ser considerados como "raça" e Maurício Corrêa questionou "a interpretação semântica".

Em abril de 2003, o recurso voltou ao Plenário. Maurício Corrêa disse que a genética banuiu o conceito tradicional de raça e que a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social, originado da intolerância dos homens. Foi a vez do ministro Gilmar Mendes pedir vista. Na mesma sessão, no entanto, o ministro Celso de Mello preferiu antecipar seu voto, no mesmo sentido das razões defendidas pelo ministro Maurício Corrêa.

Em junho de 2003, o *Habeas Corpus* voltou a julgamento com o Plenário completo, já com a presença dos novos ministros Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Dos três, o ministro Joaquim Barbosa foi o único a não votar por ter assumido a vaga do relator do pedido, Moreira Alves.

¹⁰² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *op. cit.*

¹⁰³ *Ibidem.*

Na sessão de 26 de junho de 2003, após o voto do ministro Antônio Peluso houve o pedido de vista do ministro Carlos Ayres Britto. Nessa mesma sessão, votaram os ministros Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, e Ellen Gracie. A votação já havia atingido a maioria com o indeferimento do pedido, por 7 votos a 1. O ministro Marco Aurélio, no entanto, pediu vista do recurso.

O Habeas Corpus finalmente voltou no dia 17 de setembro de 2003 ao Plenário com os votos dos ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Após a concessão do recurso pelo ministro Marco Aurélio, os ministros Celso de Mello, Carlos Velloso, Gilmar Mendes, Nelson Jobim e Cezar Peluso reiteraram seus votos. O ministro Sepúlveda Pertence encerrou o julgamento.

Entretanto este caso é uma exceção no quadro jurídico brasileiro, pois se pensarmos que desde 1988 o racismo foi criminalizado, não foram muitas as condenações encontradas relativas a ele, principalmente contra os negros. Em alguns desses processos houve desclassificações para injúria qualificada revelando dificuldades práticas dos tribunais diferenciarem os dois crimes (racismo e injúria).

Além da modificação provocada no Código Penal através da Lei nº 12.033, de 29 de setembro de 2009 (originada no PL nº. 225/04)¹⁰⁴, hoje tramita o Projeto de Lei nº. 6.418, de 2005¹⁰⁵, que tem como um dos seus objetivos sanar as dificuldades ainda existentes. A Agência Câmara de Notícias registra em reportagem intitulada “*Debatedores: Constituição de 1988 ainda desafia sociedade*”, publicada no dia 11 de junho de 2008, essa realidade:

Os debatedores ressaltaram que alguns direitos conquistados, como a criminalização do racismo, que levou 50 anos para conquistar status constitucional, geraram uma demanda extraordinária por Justiça.

De acordo com Ivair Augusto Alves dos Santos, assessor da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, em 37 anos de Lei Afonso Arinos (que proibiu, em 1951, a discriminação racial) houve de 4 a 9 ações. Depois de 1988, só no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro são apresentadas cerca de 300 ações sobre racismo por mês. Santos disse, porém, que ainda é preciso superar dificuldades como a posição institucional de juízes e operadores do Direito de que no Brasil não há racismo. Ele afirmou que a maior parte das ações acaba arquivada porque os casos são considerados como meras injúrias e não como racismo, que é crime inafiançável.¹⁰⁶

¹⁰⁴ *Op. cit*

¹⁰⁵ BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 6.418, de 2005. Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

¹⁰⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Agência Câmara de Notícias. *Debatedores: Constituição de 1988 ainda desafia sociedade*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/agencia/imprimir.asp?pk=123384>>. Acesso em: 2 maio 2010.

3 DIREITO E RELAÇÕES RACIAIS PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1 Racismo: perspectiva sociológica

Antes de tratar do racismo é preciso problematizar o conceito de raça, que é bastante controverso, principalmente, no que se refere a sua validade como categoria analítica da sociedade. É consenso que a sua fundamentação biológica está falida, entretanto suas implicações na dinâmica e no imaginário social persistem. KABENGELE MUNANGA¹⁰⁷ observa que o uso atual do conceito de raça nada tem de biológico, na verdade, “é carregado de ideologia e, como todas as ideologias, esconde uma coisa não-proclamada: a relação de poder e de dominação”. Portanto agora seu “campo semântico é determinado pela estrutura global da sociedade e pelas relações de poder que a governam”, ou seja, seu “conteúdo é político-ideológico e não mais biológico”.

GUIMARÃES¹⁰⁸ afirma que o conceito de raça não faz sentido senão no âmbito de uma ideologia e o seu emprego científico ajuda o pesquisador a compreender algumas “ações subjetivamente intencionadas, ou o sentido subjetivo que orienta certas ações sociais”. Segundo o mesmo autor não é preciso “reivindicar nenhuma realidade biológica das raças para fundamentar a utilização do conceito em estudos sociológicos”. Portanto, como afirmou MUNANGA¹⁰⁹, se um geneticista contemporâneo diz que raça não existe, não implica que ela deixe de existir no imaginário e nas representações coletivas de diversas populações, pelo contrário, seu conceito, que é socialmente construído, resiste e é a partir dele que o racismo é reproduzido e mantido.

Trabalhar com o conceito de raça como categoria de explicação social demanda uma analítica teórica que não essencialize esse conceito e que trabalhe com o conceito de raça como uma hierarquia que é formulada na representação do outro, nesse sentido os estudos culturais e teorias pós-coloniais auxiliam nesse entendimento.

¹⁰⁷ MUNANGA, Kabengele. *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*. In: BRANDÃO, André Augusto P. (Org.). Cadernos PENESB, n. 05, Niterói, RJ: EdUFF, 2004, p. 22.

¹⁰⁸ GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. *Racismo e Anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2005 [1999], p.30-31.

¹⁰⁹ MUNANGA, 2004, p. 22.

O racismo, enquanto conceito, também possui sua controvérsia, muito em razão das indefinições do que se entende por raça, como discutido acima. Entretanto, o racismo emerge de concepções da existência de “raças naturalmente hierarquizadas pela relação intrínseca entre o físico e o moral, o físico e o intelecto, o físico e o cultural”¹¹⁰. Dito de outra maneira, o racismo consiste na consideração de que as “características intelectuais e morais de um dado grupo são conseqüências diretas de suas características físicas ou biológicas”¹¹¹, o que, para MUNANGA, demonstra o sentido sociológico em que o racista cria e concebe a raça.

A partir dos anos 70 houve um deslocamento teórico do eixo central do racismo e o aparecimento de derivados dele como o racismo contra mulheres, contra homossexuais, contra pobres etc. Surge, deste modo, “o uso popular do conceito de racismo, qualificando de racismo qualquer atitude ou comportamento de rejeição e de injustiça social”¹¹². Entretanto, para GUIMARÃES¹¹³, o racismo só pode ser falado de modo preciso quando o preconceito e discriminação pressupõem ou se referem a idéia de “raça” de maneira central, nos casos em que “a hierarquia social não poderia manter um padrão discriminatório sem as diferenças raciais.”

Além dessas controvérsias conceituais, há no Brasil um importante debate em torno da “democracia racial”. Embora seja uma expressão amplamente conhecida como de autoria de GILBERTO FREYRE¹¹⁴, GUIMARÃES¹¹⁵ afirma que a expressão surgiu disseminadamente entre os intelectuais brasileiros durante o Estado Novo perante o desafio de inserir o Brasil no mundo democrático e livre em contraposição ao racismo e ao totalitarismo do nazi-facismo vigente na época.

Até então a mestiçagem era considerada por intelectuais e políticos como algo muito negativo, pois ameaçava o futuro da nação devido a mistura de “raças inferiores” (negros e indígenas). Entretanto, teóricos como GILBERTO FREYRE,

¹¹⁰ MUNANGA, 2004, p. 22.

¹¹¹ *Idem*, p. 24.

¹¹² *Idem*, 2004, p. 26.

¹¹³ GUIMARÃES, 2005 [1999], p.36.

¹¹⁴ Sistematizado na obra “Casa Grande & Senzala”, de Gilberto Freyre, o conceito de democracia racial coloca a escravidão para fora da simples ótica da dominação. A condição do escravo, nessa obra, é historicamente articulada com relatos e dados onde os escravos vivem situações diferentes do trabalho compulsório nas casas e lavouras. De fato, muitos escravos viveram situações em que desfrutavam de certo conforto material ou ocupavam posições de confiança e prestígio na hierarquia da sociedade colonial. Os próprios documentos utilizados na obra de Freyre apontam essa tendência.

¹¹⁵ GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. *Depois da democracia racial*. São Paulo: Tempo Social, v. 18, n° 2, nov. 2006, p. 270.

influenciado por FRANZ BOAS¹¹⁶, inverteram tal lógica sobrepondo a cultura à raça, fomentando positivamente a formação nacional mestiça do Brasil.¹¹⁷ A partir disso as relações mestiças brasileiras contrariaram positivamente a ordem segregacionista estabelecida no mundo moderno, ordem esta que corporificou o racismo e suas práticas, ou seja, segregação tornou-se sinônimo ou evidência de racismo. Deste modo, a formação social brasileira destoava-se como uma sociedade que se misturava, conseqüentemente como uma nação onde não haveria racismo tornando-se um exemplo e ideal para o restante dos países.

GUIMARÃES, com a opção metodológica de demarcar historicamente o surgimento da expressão “democracia racial” e não apenas das idéias que a compõem, possibilitou que entendesse a democracia racial não apenas como um mito ou construção cultural, mas também como um tácito “compromisso” ou “pacto” político de “integração dos negros à nação brasileira, em termos simbólicos, por meio da adoção de uma cultura nacional mestiça e sincrética, e em termos materiais, pelo menos parcialmente, através da regulamentação do trabalho¹¹⁸ e da seguridade social”¹¹⁹. Segundo GUIMARÃES, o movimento negro organizado, nesse período, focou suas ações no combate ao preconceito racial por meio de políticas universalistas de integração do negro à sociedade moderna¹²⁰. O golpe militar de 1964, porém, destrói o pacto e estremece os elos do protesto negro com o sistema político e, a partir daí, as acusações de que a democracia racial é um mito, que forja as relações racistas, ganham força no movimento negro por todo o país.

¹¹⁶ Antropólogo norte-americano de origem alemã, nascido em 1858, Franz Boas é geralmente considerado como o pai da Antropologia do século XX. Foi Franz Boas quem pela primeira vez defendeu a tese de que as diferenças culturais entre os povos não resultam de fatores relacionados com inferioridades biológicas, mas sim de fatores de desenvolvimento histórico de diversa ordem. Esta idéia defendida por Boas teve uma importância decisiva na medida em que marca uma verdadeira viragem na Antropologia, até aí com uma atitude demasiado etnocêntrica e até mesmo racista. Além disso, teve também uma importante influência nas lutas das minorias pelos direitos civis.

¹¹⁷ SCHWARCZ, Lilia Mortz. *Questão Racial e Etnicidade*. in: MICELI, Sérgio (Org.). *O que ler nas Ciências Sociais Brasileiras (1970 – 1995)*. Antropologia. Vol. II, Sumaré e ANPOCS, São Paulo, p. 267-326, 1999; e ORTIZ, Renato. *Cultura Brasileira e Identidade Nacional*. in: Memória coletiva e sincretismo científico: As teorias raciais do século XIX, cap. 1, São Paulo: Brasiliense, 2003.

¹¹⁸ Por exemplo, a conhecida “Lei dos 2/3” da CLT de 1943, que reservava dois terços das vagas de emprego para brasileiros, o que acabou beneficiando uma grande parcela dos negros. BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Rio de Janeiro, 9 de outubro de 1943. Art. 354 - A proporcionalidade será de 2/3 (dois terços) de empregados brasileiros, podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade, mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho e pelo Serviço de Estatística de Previdência e Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar.

¹¹⁹ GUIMARÃES, 2002, p. 166.

¹²⁰ Ibidem.

FLORESTAN FERNANDES e ROGER BASTIDE, em *Branços e Negros em São Paulo*, explicavam o comportamento de negros e brancos entrevistados a respeito do preconceito pela fidelidade do Brasil ao ideal da democracia racial:

(...) o negro que nega o preconceito reconhece a existência de certas barreiras a suas atividades; sobretudo, como dizia um chefe de cor: “o negro que não vê o preconceito é o que ainda não conhece o valor da sua personalidade; não pode sentir-se ferido uma vez que ainda não chegou ao senso da dignidade humana” (...)”nós brasileiros”, dizia-nos um branco, “temos o preconceito de não ter preconceito. E esse simples fato basta para mostrar a que ponto está arraigado no nosso meio social.”¹²¹

A mestiçagem encarnou nos brasileiros, por meio do ideal da democracia racial, o não-reconhecimento da existência e, conseqüentemente, da relevância das raças na formação e na dinâmica social brasileira, estas entendidas como cordiais e assimilacionistas. Este não-reconhecimento das raças resultou na dedução da inexistência do racismo, ou melhor, confiaram que o anti-racismo promoveria o anti-racismo no país. Entretanto, sorrateiramente as práticas racistas permaneceram (e permanecem), marginalizando, simbólica e materialmente, os negros. Pois como diz APPIAH¹²², o racismo não provoca necessariamente o racismo e nem o anti-racismo implica em anti-racismo.

No Brasil o ideário anti-racista de negação da existência de raças fundiu-se logo a política de negação do racismo, como fenômeno social. Entre nós existiria apenas “preconceito”, ou seja, percepções individuais, equivocadas, que tenderiam a ser corrigidas na continuidade das relações sociais.¹²³

Assim é o racismo brasileiro: sem cara. Travestido em roupas ilustradas, universalistas, tratando-se a si mesmo como anti-racismo, e negando, como anti-nacional, a presença integral do afro-brasileiro ou do índio-brasileiro. Para este racismo, o racista é aquele que separa, não o que nega a humanidade de outrem; desse modo, racismo, para ele, é o racismo do vizinho (o racismo americano).¹²⁴

Podemos observar também o reflexo dos valores anti-racistas no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-

¹²¹ BASTIDE, Roger e FERNANDES, Florestan. *Branços e negros em São Paulo*. 4. ed. São Paulo: Gaia, 2008, p. 154.

¹²² APPIAH, Kwane Antony. *Na casa de meu pai: a África na filosofia da cultura*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

¹²³ GUIMARÃES, 2002 [1999], p. 65.

¹²⁴ GUIMARÃES, 2005 [1999], p. 60.

estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.¹²⁵

Além da verificação que a nossa Magna Carta foi construída a partir das valorações básicas que constituem a concepção da “democracia racial” como nos mostra o Preâmbulo, há no decorrer da CF88 uma série de desencontros e sinonímias decorrentes das imprecisões nas definições e nos tratamentos dados aos termos “preconceito”, “prática de racismo”, “diferença de tratamento” e “discriminação”¹²⁶.

CELSONO BASTOS, citado por HEDIO SILVA JR., afirma que apenas excepcionalmente deve-se atribuir ao texto constitucional um sentido técnico, devendo ser privilegiado o significado atribuído pela linguagem comum. Segundo o autor:

em certo sentido, pode-se afirmar que a Constituição não tolera o vocabulário técnico (...) o que se pretende realçar é a mais íntima e natural vinculação povo-constituição, veiculada por um vocabulário que é muito mais a encarnação de valores e hábitos do que mesmo a expressão de refinadas técnicas de comunicação normativa.¹²⁷

Por outro lado, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR (apud SILVA JR, p. 13) em referência à tensão existente entre o uso corrente para a designação de um fato, e a significação normativa afirma:

ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos lingüísticos, que devem expressar o sentido daquilo que deve ser (...) o legislador, nesses termos, usa vocábulos que tira da linguagem cotidiana, mas freqüentemente lhes atribui sentido técnico, apropriado à obtenção da disciplina desejada(...) a determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica.¹²⁸

¹²⁵ BRASIL Constituição (1988), *op. cit.* Preâmbulo. (Grifo da autora)

¹²⁶ O Preâmbulo da Constituição Federal consigna o repúdio ao preconceito; o art. 3º, IV, proíbe o preconceito e qualquer outra forma de discriminação (de onde se pode inferir que preconceito seria espécie do gênero discriminação); o art. 4º, VIII, assinala a repulsa ao racismo no âmbito das relações internacionais; o art. 5º, XLI, prescreve que a lei punirá qualquer forma de discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais; o mesmo art. 5º, XLII, criminaliza a prática do racismo; o art. 7º, XXX, proíbe diferença de salários e de critério de admissão por motivo de cor, dentre outras motivações, e finalmente o art. 227, que atribui ao Estado o dever de colocar a criança a salvo de toda forma de discriminação. (SILVA JR., 2002, p. 9)

¹²⁷ BASTOS, Celso *apud* SILVA JR., pp. 12-13.

¹²⁸ FERRAZ JR. *apud* SILVA JR., p. 12

Assim sendo, notadamente percebe-se que o constituinte de 1988 ao disciplinar sobre a violação de direitos contra pessoa envolvendo os atributos de raça cometeu falhas semânticas que dificultam a compreensão do tema.

Para melhor entender tal questionamento, temos que nos socorrer na conceituação exegética da Carta Política. A interpretação constitucional busca compreender, investigar e revelar o conteúdo, o significado e o alcance das normas que integram a Constituição. É uma atividade de mediação que torna possível concretizar, realizar e aplicar as normas constitucionais.

Nas palavras de J. J. GOMES CANOTILHO:

Interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional. A interpretação jurídica constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição.¹²⁹

Ressalte-se que o CANOTILHO destaca o carácter lingüístico da interpretação constitucional (como de resto de qualquer interpretação), "a exigir que os interlocutores falem a mesma linguagem, como condição de possibilidade de sua mútua compreensão, porque – como adverte GADAMER — quem fala uma linguagem que mais ninguém fala, em realidade não fala".¹³⁰

Em síntese, a interpretação constitucional consiste num processo intelectualivo por meio do qual enunciados lingüísticos que compõem a constituição transformam-se em normas (princípios e regras constitucionais), isto é, adquirem conteúdo normativo.

HÉDIO SILVA JR.¹³¹ salienta a necessidade de distinguir a subjetividade presente no preconceito¹³², idéia preconcebida sobre uma pessoa ou grupo de

¹²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1993, p. 208.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Idem*.

¹³² MARIE JAHODA *apud* SZKLAROWSKY (SZKLAROWSKY, *Leon Frejda*. Crimes de racismo: crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. *Revista de informação legislativa do Senado Federal*, nº 135, jul/dez 2007) define o preconceito como "um sentimento, e mesmo uma atitude em relação a uma raça ou a um povo, decorrente da internalização de crenças racistas" (o sentimento que pode acompanhar o homem em todos os momentos de sua vida) e a discriminação, a sua manifestação. Segundo Silva Jr, "o preconceito é uma categoria psicológica, que designa elementos volitivos e/ou afetivos, situados na esfera da liberdade interior do indivíduo, no terreno da subjetividade, da liberdade de opinião e de pensamento, sendo insuscetível , portanto, de criminalização – ao menos no Estado Democrático de Direito. Com base nesse entendimento arriscamos afirmar que ao empregar o termo preconceito, a *voluntas legislatoris*, a vontade do legislador pretendeu significar discriminação, esta sim, uma conduta passível de sanção estatal" (SILVA JR., p. 13)

peças, da objetividade que caracteriza a discriminação¹³³. A preponderância subjetiva do preconceito o torna insuscetível de punição por parte do Estado, tornando-se preferível o uso de medidas persuasivas ou valorizativas, que visam reconstruir o papel social do negro e redefinir positivamente a pluralidade racial brasileira, pluralidade esta consagrada no texto constitucional citado acima. Já a discriminação encontra-se no campo da ação ou conduta humana, estas estão passíveis da sanção estatal e devem ser punidas. O autor complementa advertindo o perigo dessas imprecisões conceituais na atuação punitiva do Estado:

Tratar como sinônimos os termos preconceito e discriminação pode implicar não apenas numa perigosa e totalitária devassa na esfera da liberdade individual, como também – o que é mais freqüente e perverso – na omissão estatal pura e simples face à discriminação, motivada, entre outras razões, pela indefinição dos limites, do papel e dos instrumentos estatais destinados ao enfrentamento da discriminação e à promoção da igualdade.¹³⁴

A indefinição citada por SILVA JR. retrata e lança luz ao dificultoso processo de punição do crime de racismo no Brasil. Após quase vinte anos da criminalização do racismo ainda contamos nos dedos de uma mão as pessoas punidas em razão dele. Este impasse penal, segundo GUIMARÃES¹³⁵, tem levado os advogados das vítimas a enquadrarem o flagrante de racismo em outros capítulos das leis penais, pois só assim possuem chances reais de ganharem as causas.

SALES JR., em seu estudo sobre os casos de racismo da região metropolitana de Recife demonstra como o mito da democracia racial interfere nas discussões tomadas no sistema jurídico, salientando que essa interferência se dá de duas formas: no desconhecimento ideológico¹³⁶ das relações raciais pelo sistema jurídico e no não-dito racista. Este último se consolida através das relações “cordiais”, pois consiste na técnica de dizer alguma coisa, sem, contudo, aceitar a responsabilidade de tê-la dito.

¹³³ Qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou destruir a igualdade de oportunidade e tratamento. (SILVA JR., p.11)

¹³⁴ SILVA JR., 2002, p.12.

¹³⁵ Ver GUIMARÃES, 2004[1998].

¹³⁶ O “Mito da Democracia Racial” instaurou-se pelo deslocamento do discurso racial (racista ou não) do âmbito do discurso “sério” (argumentativo, racional, formal e público), constituindo o que estamos chamando aqui de desconhecimento ideológico. O desconhecimento não é “ausência” de conhecimento, ignorância passiva, mas, demarcadas as questões relevantes, marginaliza saberes tidos como irrelevantes, falsos problemas, sem-sentidos. O discurso racial, então, entrincheirou-se no discurso “vulgar” (passional, informal e privado), através da forma do não-dito racista que se consolidou, intimamente ligado às relações “cordiais”, paternalistas e patrimonialistas de poder, como um pacto de silêncio entre dominados e dominadores. (SALES JR., 2006, p.IV.)

3.2 Racismo: perspectiva jurídica constitucional e penal

A Constituição de 1988¹³⁷ tornou a prática do racismo crime sujeito a pena de prisão, inafiançável e imprescritível. Mas a legislação brasileira já definia, desde 1951 com a Lei Afonso Arinos¹³⁸, os primeiros conceitos de racismo, apesar de não classificar como crime e sim como contravenção penal (ato delituoso de menor gravidade que o crime). Os agitados tempos da Regência Imperial, na década de 1830, assinalam o anti-racismo no seu nascedouro quando uma primeira geração de brasileiros negros ilustrados dedicou-se a denunciar o "preconceito de cor" em jornais específicos de luta (imprensa que ficou conhecida como "imprensa mulata"¹³⁹), repudiando o reconhecimento público das "raças" e reivindicando a concretização dos direitos de cidadania já contemplados pela Constituição de 1824¹⁴⁰.

A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989¹⁴¹, com as alterações trazidas pela Lei 9.459 de 13 de maio de 1997¹⁴², trouxe importantes alterações no que se refere à

¹³⁷ BRASIL. Constituição (1988), *op. cit.*, art. 5º, inciso XLII: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei";

¹³⁸ _____. Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, *op. cit.*

¹³⁹ Vale a consulta a interessante trabalho de José Antônio dos Santos: "(...) podemos questionar se os jornais cariocas *O Homem de Cor*, *O Mulato*, *O Brasileiro Pardo*, *O Cabrito* e *O Meia Cara*, publicados entre 1833 e 1867, conforme caracterizados nos seus próprios títulos, são os primórdios da *imprensa negra* brasileira. Por um lado entendemos que não, pois se compararmos com a *imprensa negra* norte americana que teve como pioneiro a publicação do *Freedom's Journal* em 1827, eles se mostravam preocupados com a liberdade dos seus *irmãos de cor* escravizados. No nosso caso, os jornais tangenciavam a questão dos escravos e investiam no problema da falta de acesso para alguns privilegiados aos postos mais elevados no serviço público da capital. Os *homens de cor* ou *mulatos livres* na ordem escravista, criaram, pode-se dizer, uma *imprensa mulata* e levantaram a bandeira da discriminação racial para defenderem os seus direitos, fosse por convicção, oportunismo ou interesse político partidário. Naquele ambiente escravista, portanto, desigual, eles reivindicavam a *igualdade de todas as raças* buscando o ingresso de um pequeno grupo ao *status* de cidadãos e assumiam a condição diferenciada - *homem de cor* - como um meio de se distinguirem dos escravos ou negros. Ou seja, era um anti-racismo liberal preocupado com seus próprios interesses e que, de certa forma, ajudava a manter a hierarquia social e a hegemonia etno-racial. Por outro lado, pode-se dizer que aqueles pequenos periódicos foram os primórdios da *imprensa negra* brasileira, porque a construção e o reforço de laços identitários está associado, entre outros aspectos, ao processo de mobilidade social de negros. Ao criarem seus meios de comunicação buscavam a distinção, o prestígio e a inserção social permitida naquele momento. Ao tê-las bloqueadas pela sociedade racista, alguns despertaram para a ascendência africana e às dificuldades comuns aos *homens de cor* passando a defender seus interesses. Ao contrário do que geralmente se noticia, muitos negros que ascenderam socialmente continuaram na defesa ou despertaram para as *questões da raça*. As trajetórias de Aristides Barbosa, Francisco Lucrécio, Antonio Baobab, Luiz Gama, Rodolfo Xavier, Espiridião Calixto e, principalmente, de Francisco de Paula Brito, fundador d'*O Homem de Cor*, nos permitem constatar essa afirmação". In: SANTOS, José Antonio dos. *Imprensa negra: a voz e a vez da raça na história dos trabalhadores brasileiros*. Disponível em: <<http://www.ifch.unicamp.br/mundosdotrabalho/tex/josesantos.pdf>>. Acesso em 4 maio 2010.

¹⁴⁰ *Op. cit.*

¹⁴¹ *Op. cit.*

efetivação do preceito instituído no art. 5º, XLII, da Constituição Federal Brasileira. Nos termos da Carta Magna, *"a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"*.

Levando em consideração o mandamento constitucional, o legislador procurou garantir que a prática de atos atentatórios à dignidade da pessoa humana com base em preconceito ou discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, seja objeto da lei penal, garantindo-lhe, assim, valor jurídico de significativa relevância.

Vale ressaltar as alterações dadas à lei em comento pela Lei nº 9.459/97, que ampliaram explicitamente o rol de formas de preconceito e discriminação suscetíveis de intervenção penal. Assim, enquanto a Lei nº 7.716/89 original limitava-se a dispensar proteção penal aos indivíduos quando estes fossem vítimas de preconceitos baseados em cor e raça, a Lei nº 9.459/97, alterando a redação do artigo 1º, determina que serão punidos não somente os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça e de cor, mas também aqueles que se baseiam em etnia, religião ou procedência nacional.

Outra inovação introduzida diz respeito aos casos de induzimento e incitação às formas de preconceito ou discriminação elencadas no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, versava sobre os preconceitos e atos de discriminação através dos meios de comunicação social¹⁴³. A alteração trazida pela Lei 9.459/97 pune-os não apenas quando praticados pelos meios de comunicação social, mas quando levados a efeito através de qualquer outro meio¹⁴⁴.

A indigitada lei modifica, ainda, a redação do artigo 140 do Código Penal¹⁴⁵, acrescentado-lhe o seguinte parágrafo:

§ 3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem:
Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Existe discussão doutrinária¹⁴⁶ sobre tal disposição legal. Discute-se um possível desrespeito ao Princípio da Proporcionalidade, haja vista o parágrafo

¹⁴² *Op. cit.*

¹⁴³ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. (Artigo incluído pela Lei nº 8.081, de 21.9.1990)

¹⁴⁴ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (*Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97*)

¹⁴⁵ *Op. cit.*

adicionado ao Código Penal atribuir à violação da honra com base em preconceito ou discriminação, pena maior e mais rígida do que a atribuída aos casos de homicídio culposo, por exemplo¹⁴⁷.

De acordo com as inserções dadas pela Lei nº 9.459/97, verifica-se a preocupação do legislador em tutelar a dignidade da pessoa humana quando esta for alvo de preconceito ou discriminação fundamentada em raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Contudo, embora se reconheçam as relevantes inovações trazidas pela lei, nota-se que suas disposições – principalmente aquelas que se referem à restrição das formas de preconceito e discriminação passíveis de controle jurídico-penal – têm sido objeto de discussão. Nesse sentido, ISAAC SABBÁ GUIMARÃES declara:

Houve, como se vê pelo rápido perpassar de olhos no conteúdo da lei, uma grande abertura do regime penal, de forma a punir variadas formas de discriminação. Mas, ainda, sujeita-se a reparos. O legislador olvidou-se, v.g., dos casos de discriminação decorrentes de enfermidades (e parece-nos existir, em realidade, tais atos discriminatórios quanto às pessoas infectadas com o vírus do HIV), de orientação sexual, de convicções políticas ou filosóficas, sendo que estas representam liberdades fundamentais tuteladas por nossa constituição.¹⁴⁸

A alteração promovida pela Lei nº 9.459/97, introduz no artigo 1º o conceito de raça, punindo, dentre outros, os crimes com base em preconceito e discriminação racial. Entrementes, embora seja clara a lei no sentido de oferecer tutela a todos os grupos raciais, questiona-se qual seria o conceito de raça acolhido pelo Direito brasileiro e, por consequência, quais os grupos que podem figurar como raciais.

Vale ressaltar que a Constituição dispõe de um órgão judiciário cujo fim precípuo é guardar as normas instituídas em seu texto: o Supremo Tribunal Federal. Assim sendo, cabe ao órgão de cúpula do Poder Judiciário resolver conflitos que versem sobre supostas violações de dispositivos constitucionais, sobressaindo-se, dentre outras, as atribuições de julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única

¹⁴⁶ VIEIRA, Moisés Moreira. *Os crimes de racismo em face do conceito sociológico de raça*. Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/moisés_moreira_viera.pdf>. Acesso em: 4 maio 2010.

¹⁴⁷ O Código Penal determina no artigo 120, § 3, que, na hipótese de homicídio culposo, a pena aplicada será de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

¹⁴⁸ VIEIRA apud GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *A intervenção penal para a proteção dos direitos e liberdade fundamentais: linhas de acerto e desacerto da experiência brasileira*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2955>>. Acesso em 06 de abril de 2008.

instância pelos Tribunais Superiores - se denegatória a decisão -, além de julgar a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade (ambas nos casos de lei ou ato normativo federal) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição¹⁴⁹. Este órgão é responsável pela interpretação dos preceitos dispostos na Carta Magna, delimitando o sentido e alcance das normas presentes no texto constitucional, especificando o significado de seus termos.

No se refere ao conceito de raça, o Supremo Tribunal Federal, através de sua jurisprudência, já manifestou seu entendimento quanto ao termo, quando do indeferimento do pedido de *Habeas Corpus* nº 82.424, impetrado pela defesa do editor *Siegfried Ellwanger*, condenado pelo crime de racismo em decorrência de anti-semitismo, no qual alega que os judeus não constituem uma raça, como já discorrido no Capítulo 2 da presente dissertação. O Ministro Maurício Corrêa, versando sobre o caso em seu voto, manifestou-se da seguinte forma:

A questão como visto, gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível. Creio não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos.¹⁵⁰

Mais adiante, acrescenta:

Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, I e II). Pretende-se, com eles, que todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, tenham os mesmos direitos, para que de fato se cumpra na sua inteireza o “direito de ter direitos”.¹⁵¹

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal tornou-se claro no sentido de excluir do mundo jurídico o sentido de raça como sendo uma realidade meramente biológica, passando a atribuir ao termo um sentido mais amplo, entendido numa

¹⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Op. cit.*, artigo 102

¹⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias do STF. *STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus. Op. cit.*

¹⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias do STF. *STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus. Op. cit.*

perspectiva sociológica, reafirmando, por conseguinte, a necessidade de compreender a palavra sob a égide da cidadania e dignidade, valores constitucionais de máxima grandeza. Especifica, ademais, que o intérprete deve definir o sentido da palavra raça conforme preconizam os dogmas supracitados, determinando que a proteção de tais dogmas tem como pressuposto a igualdade entre os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza. Destarte, para a Suprema Corte, o conceito de raça abraça todos os grupos cujos membros guardem entre si traços identitários que possam ser utilizados por outrem como fundamento para atos de discriminação e preconceito. Nesse sentir, o Ministro Maurício Corrêa, cita UADI LAMÊGO BULOS, que afirma:

Outras manifestações da doutrina constitucional brasileira afastam a pretensa limitação do racismo ao conceito biológico tradicional de raça. Uadi Lamêgo Bulos define-os como "todo e qualquer tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a auto-estima e patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor de pele, sexo, condição econômica, origem etc..."¹⁵²

Mais adiante, o Ministro finaliza:

Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros. Nesse sentido a doutrina de Van der Berghe.¹⁵³

Extraí, destarte, dessa votação do STF, o seu posicionamento por um conceito de raça proposto pela sociologia moderna que identifica o racismo como "tendência cultural decorrente de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade por outra"¹⁵⁴. Dessa forma, para o Direito, vocábulo raça assume significado de qualquer agregado de pessoas que possam ser identificadas por seus traços culturais, sociais, dentre outros, como pertencentes a um certo grupo, podendo, em virtude destas características, ser vítimas de ato de preconceito e discriminação.

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ Voto do Ministro Maurício Correa. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias do STF. *STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus*. Op. cit. Voto do Ministro Maurício Correa.

3.3 Injúria racial

O crime de injúria previsto no artigo 140 do Código penal é descrito da seguinte maneira:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997) (grifo meu)

O parágrafo 3º recebeu a denominação de “injúria racial” ou “qualificada” por inserir no tipo penal os elementos “*raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência*”. Segundo FERNANDO CAPEZ¹⁵⁵ foi uma inovação do legislador para que o crime de racismo previsto na Lei nº 7.716/89 não seja desclassificado, nem equiparado a uma simples ofensa (injúria simples, prevista no artigo 140, *caput*, CP).

Para CAPEZ “qualquer ofensa à dignidade ou decoro que envolva algum elemento discriminatório, como, por exemplo, ‘preto’, ‘japa’, ‘turco’, ‘judeu’, configura o crime de injúria qualificada”.¹⁵⁶

De tal forma, toda vez que o uso de termos como “negão”; “turco”; “africano”, “judeu”; “baiano”, “japa” etc forem empregados para humilhar ou demonstrar inferioridade do indivíduo em virtude da raça, cor, religião ou etnia, caracteriza o delito de injúria qualificada.

Uma questão importante é a distinção entre o crime de injúria qualificada e o de racismo. Ressalta CAPEZ que o delito de racismo envolve verdadeira segregação racial, como por exemplo, “impedir o acesso à entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos”

¹⁵⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. V. 2. 9 ed. 2009, p. 287.

¹⁵⁶ CAPEZ, *Curso de Direito Penal*, p. 287.

(artigo 11 da Lei nº 7.716/89¹⁵⁷). Percebe-se, porém, nos processos analisados, certa dificuldade em caracterizar objetivamente esses crimes, uma vez que a hipótese de, por exemplo, uma ofensa dirigida a uma pessoa que configure uma apologia a segregação racial, deve ser enquadrada no crime de racismo (Lei nº 7.716/89) e não no crime de injúria racial.

Assim sendo, injuriar alguém é ofender-lhe a sua honra. A honra pode ser objetiva e subjetiva. Segundo DAMÁSIO DE JESUS, será objetiva quando atingir a própria reputação do agente, logo, “aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais etc”¹⁵⁸. Ainda no sentir do ilustre mestre, honra subjetiva são os sentimentos de cada pessoa em relação a seus próprios atributos; em outras palavras, “é aquilo que cada um pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos”.¹⁵⁹ Assim, injuriar é ofender a honra subjetiva atingindo-lhe a dignidade e o decoro. NELSON HUNGRIA *apud* SZKLAROWSKY¹⁶⁰ preleciona que decoro é aquele sentimento de própria respeitabilidade da pessoa. Por sua vez, a honra dignidade refere-se aos atributos morais das pessoas (GONÇALVES¹⁶¹).

DAMÁSIO faz referência ao fato que motivou o legislador a inovar nesta modalidade delituosa. Para o jurista, a inovação legislativa se deu em virtude de que os que praticavam crimes descritos na Lei nº 7.716/89, ou seja, preconceitos de raça e cor, argumentavam que teriam simplesmente praticado crimes de injúria, e que, como já destacamos no presente trabalho, possui sanção penal muito mais branda. DAMÁSIO afirma que o legislador foi infeliz, pois, chamar alguém de “negro”, “preto”, “pretão”, “turcão”, “japoronga”, “baianão”, desde que com *animus injuriandi* referente à raça, cor, etnia, religião ou origem, sujeita o agente à pena de reclusão de 1 a 3 anos e multa¹⁶². Logo, crimes que teoricamente seriam de maior gravidade, como homicídio culposo, aborto e aborto consentido, o legislador cominou pena mais branda. Ainda destaca, a título exemplificativo, que chamar um japonês de “bode” com dolo de ofensa a sua origem étnica, conduz a uma pena de 1 ano de reclusão e por sua vez matar culposamente este mesmo japonês, este homicida gozará de

¹⁵⁷ *Op. cit.*

¹⁵⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 197.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ HUNGRIA *apud* SZKLAROWSKY, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal: dos crimes contra pessoa*. Coleção sinopses jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 8, p. 86..

¹⁶² JESUS, *op. cit.*, p. 478-479

tratamento mais benevolente, vez que o Código Penal cominou pena mínima de 1 ano de detenção¹⁶³.

MIRABETE ilustra com acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, exemplo típico de injúria qualificada pelo preconceito:

A utilização de palavras depreciativas referentes à raça, cor, religião ou origem, com intuito de ofender a honra subjetiva da pessoa, caracteriza o crime previsto no § 3º do art. 140 do CP, ou seja, injúria qualificada, e não o previsto no art. 20 da Lei 7716/89, que trata dos crimes de preconceito de raça ou cor. (TJSP – RT 752/594).¹⁶⁴

Essa sutileza no enquadramento do crime evidencia a dificuldade de punição no caso desses delitos. Tal dificuldade começa nas delegacias de polícia com os relatos dos ofendidos, segue com o inquérito policial, se desenrola nos processos levando, muitas vezes, à desclassificação dos crimes de racismo e termina, em geral, com a decadência da ação e extinção da punibilidade em razão dos prazos processuais a serem cumpridos para a propositura da queixa-crime.

O processo penal brasileiro é dividido em crimes de ação penal privada e ação penal pública (incondicionada e condicionada a representação). A regra geral dada pelo poder-dever de punir do Estado/Administração é a de que a ação penal é pública, promovida pelo Ministério Público. A Ação penal privada é uma exceção descrita na lei nos casos em que ocorre e é promovida pela vítima e seu representante legal. O art 100, caput, do Código Penal Brasileiro define: “A ação penal é pública, salvo quando a lei, expressamente, a declarar privada do ofendido”.¹⁶⁵

O crime de injúria, até setembro de 2009, possuía ação penal privada, o que significa que alguém que sofria uma ofensa de injúria poderia ou não exercer o direito de ação através de queixa-crime. Era uma faculdade da vítima propor a ação penal e o órgão do Ministério Público não poderia fazê-lo. Os processos analisados nessa pesquisa tramitaram sob a égide dessa lei. Com o advento da Lei nº 12.033, de 29 de setembro de 2009¹⁶⁶, que alterou o Código Penal Brasileiro. A ação penal do crime de injúria passou a ser pública condicionada a representação do ofendido.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ MIRABETE, Julio Fabrini. *Código Penal Interpretado*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 797.

¹⁶⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, *op.cit.*

¹⁶⁶ _____. Lei nº 12.033, *op. cit.*

Esse tipo de ação penal faz com que o ministério público possa propor a ação, mediante a manifestação de vontade do ofendido.

Essa ação penal prevista para o crime de injúria possui o prazo legal de 6 (seis) meses para sua propositura, após esse prazo ocorre o que chama-se “decadência”, ou seja, decorrido esse período ocorre a extinção do direito de punir.

CAPEZ afirma:

Todo prazo cujo decurso levar a extinção do direito de punir será considerado penal. Assim, por exemplo: o prazo decadencial de seis meses, a contar do conhecimento da autoria pelo ofendido ou por seu representante legal, para o oferecimento da queixa ou da representação: embora se trate de prazo para a realização de um ato processual, seu fluxo levará à extinção da punibilidade, pois sem a queixa ou a representação torna-se impossível a instauração do processo e, por conseguinte, a satisfação da punição punitiva pelo Estado. Como não é possível dar início à persecução penal, jamais será imposta qualquer sanção ao infrator, de maneira que, de forma indireta, a decadência acarreta a extinção da punibilidade, já que a inviabiliza.¹⁶⁷

A doutrina jurídica criticava o tipo de ação penal previsto para a injúria (até 2009 ação penal privada), já que a ação penal privada dependia da manifestação do ofendido, neste condão CAPEZ afirma que

a relevância do bem jurídico protegido exigiria a obrigatoriedade da ação, devendo, portanto, ser de iniciativa pública e não privada, pois esta implica a disposição do bem jurídico pela parte ofendida, o que no caso em tela não deveria ocorrer.¹⁶⁸

Após a alteração do Código Penal pela Lei 12.033, que modificou a propositura da ação de injúria racial espera-se que haja resultados positivos. Ainda será necessário aguardar para que as decisões dos Tribunais demonstrem os efeitos dessa nova legislação.

¹⁶⁷ CAPEZ, *Curso de Direito Penal*, p. 145.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 289.

3.4 Racismo X Injúria: discussão doutrinária

3.4.1 Conflito aparente de normas

Toda essa discussão envolvendo a controvérsia legal e jurisprudencial sobre a aplicação da tipificação de determinado fato delituoso como prática de racismo ou injúria qualificada, desvela um fenômeno jurídico conhecido como conflito aparente de normas. Segundo MIRABETE, “Quando a um mesmo fato supostamente podem ser aplicadas normas diferentes, da mesma ou diversas leis penais, surge o que é denominado conflito ou concurso aparente de normas”.¹⁶⁹

Nesse particular, para que o instituto mencionado seja reconhecido, deve-se partir de alguns pressupostos essenciais, sem os quais tal aparente conflito normativo inexistente, a saber:

- a) a unidade do fato;
- b) pluralidade de normas identificando o mesmo fato como delituoso.

A unidade de fato significa que a conduta do agente resulte em apenas uma infração delituosa. No que concerne à pluralidade de normas, como se extrai da própria expressão, é necessário que exista mais de um dispositivo legal tipificando a mesma conduta. Assim, a incidência das normas a uma conduta deve ser apenas aparente, eis que só uma delas é que será efetivamente aplicada.

Concretamente, o legislador, quando insere no ordenamento jurídico determinado tipo penal, o condiciona a uma conduta específica. Sendo assim, mesmo que esta nova norma venha a colidir com outra mais antiga, ou mais genérica, com ela nunca se confundirá, justamente em razão da existência de princípios, que, em sendo aplicados ao caso concreto, suprimirão por completo qualquer dúvida quando do enquadramento da norma ao fato. São eles os seguintes princípios: da especialidade, da alternatividade, da subsidiariedade e da consunção.

¹⁶⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. V. 1, Atlas: São Paulo, 17 ed., 2001, p. 120.

3.4.2 Princípio da Especialidade

O princípio que se aplica na solução dos casos envolvendo questão racial é o da especialidade, sobre o qual esta pesquisa se debruça, em detrimento dos demais.

De acordo com o brocardo jurídico *lex specialis derogat generali*¹⁷⁰, a lei de natureza geral, por abranger ou compreender um todo, é aplicada tão-somente quando uma norma de caráter mais específico sobre determinada matéria não se verificar no ordenamento jurídico. Logo, a lei de índole específica sempre será aplicada em prejuízo daquela que foi editada para reger condutas de ordem geral.

ROGÉRIO GRECO, lecionando sobre o assunto, revela que:

Em determinados tipos penais incriminadores há elementos que os tornam especiais em relação a outros, fazendo com que, havendo uma comparação entre eles, a regra contida no tipo especial se amolde adequadamente ao caso concreto, afastando, desta forma, a aplicação da norma geral.¹⁷¹

De tal forma, a norma penal especial se evidencia a partir da combinação entre os elementos da lei geral e novos elementos, estes, por sua vez, chamados de especializantes¹⁷².

Além disso, é interessante lembrar que o princípio da especialidade afasta a incidência de dois tipos a uma mesma conduta, ou seja, impede que ocorra o *bis in idem*¹⁷³ e, por consequência, evita que a punição seja duplamente aplicada em face de um mesmo delito.

Ademais, faz-se necessário mencionar que o princípio da especialidade está expressamente previsto no art. 12 do Código Penal, cujo texto legal encontra-se assim redigido: "As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso".

As normas de caráter especial podem ser evidenciadas das mais diversas formas. A primeira delas ocorre quanto às qualificadoras ou às causas de privilégio, tendo em vista que são consideradas disposições especiais em relação aos tipos

¹⁷⁰ A lei especial derroga a geral.

¹⁷¹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, pp. 30-31.

¹⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁷³ Punição em dobro.

fundamentais, geralmente descritos nos *caputs* dos dispositivos. Podemos tomar como exemplo de norma especial da espécie descrita a tipificada como “injúria racial” ou “qualificada” (art. 140, § 3.º, CP), estudada no tópico anterior, cujo preceito informa um *plus* em relação ao tipo penal básico descrito no *caput* do mesmo artigo (injúria).

Tem-se, ainda, como especiais aquelas normas que apresentam alguma elementar a mais do que o tipo geral. Como exemplo, pode-se citar o crime de infanticídio (art. 123, CP) em relação ao de homicídio (art. 121, CP), cujo tipo exige que a conduta de matar o recém-nascido parta da própria mãe, quando se encontrar sob a influência de estado puerperal.

O legislador criou, ainda, a figura das leis penais especiais, cujo teor rege determinadas condutas, seja em razão de sua maior gravidade, seja pela menor intensidade do fato, mas, desde que mereçam um tratamento diferenciado. É o caso, por exemplo, da Lei de Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90), que dispõe acerca de certos delitos que, por sua natureza, devem ser cuidados de forma mais severa.

Assim, desde que todos os requisitos do tipo geral estejam presentes no tipo especial, e que ambas as leis estejam vigendo naquele momento da aplicação, estará o intérprete apto para empregar a lei especial à conduta do agente.

Trazendo o instituto para o objeto da presente dissertação, observa-se que a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei Caó)¹⁷⁴ revogou as suas antecessoras (Lei nº 7.438, de 20 de dezembro de 1985¹⁷⁵, e Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951¹⁷⁶), tendo em vista a completa regulação da matéria do crime racial. Contudo, tanto o artigo 20 da Lei 7.716/89, quanto o artigo 140, parágrafo 3º do Código Penal (injúria qualificada por preconceito), apresentam características similares no tocante à ofensa verbal materializada por questão racial, verificando-se o concurso aparente de normas¹⁷⁷.

3.4.3 Tipo penal aberto

A expressão “*praticar discriminação*”, presente no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, apresenta um significado vago - que pode incorrer em um amplo espectro

¹⁷⁴ *Op. cit.*

¹⁷⁵ *Op. cit.*

¹⁷⁶ *Op. cit.*

¹⁷⁷ Ocorre quando aparentemente pode-se aplicar diferentes leis a um mesmo fato.

de condutas – configurando o denominado tipo penal aberto, ou seja, uma definição da lei que exige complementação da doutrina e da jurisprudência para sua interpretação. Ocorrendo norma que especialize a palavra como forma determinada de "prática", como o parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, a esta será assegurada proeminência, em respeito ao princípio da *lei especial*.

Este é o entendimento fixado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que entende que a utilização de palavras depreciativas referentes à raça, cor, religião ou origem, com o intuito de ofender a honra subjetiva da pessoa, caracteriza o crime previsto no parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal e não o crime do artigo 20 da Lei nº 7.716/89, que trata dos crimes de preconceito de raça ou de cor. Vale reproduzir os arestos que sedimentaram o entendimento paulista¹⁷⁸:

Apelação Criminal. Racismo (art. 20, Lei nº 7.716/89). Ofensa consistente em chamar alguém de "negro sujo, porco". Oposição genérica à raça negra não evidenciada. Agressão verbal direcionada exclusivamente contra a vítima. Eventual crime de injúria qualificada (art. 140, § 3º, Código Penal). Ação penal privada. Ilegitimidade do Ministério Público. Processo anulado, desde o início.

"A utilização de palavras depreciativas referentes à raça, cor, religião ou origem, com o intuito de ofender a honra subjetiva da pessoa, caracteriza o crime previsto no § 3º do art. 140 do CP, ou seja, injúria qualificada, e não o crime previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89, que trata de crimes de preconceito de raça ou de cor".(RT 752/594)

Queixa-crime. Prazo decadencial. Não fluência durante o período em que o ofendido não teve oportunidade de se manifestar, pois em tramitação ação penal pública. Artigos 19 e 38, ambos do Código de Processo Penal. Interpretação teleológica. Extinção da punibilidade, pela decadência, inócurrenente. O tempo despendido pelo Promotor de Justiça para exame do inquérito, e posterior conclusão acerca da privatividade da ação, não poderá ser computado para fluência do prazo decadencial. Da mesma forma, se oferecida denúncia, afinal for o processo anulado por ilegitimidade do Ministério Público, visto tratar-se de crime de alçada privada. (Apelação Criminal n. 2003.011236-7, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

TJSP: Racismo. Não caracterização. Ofensa consistente em chamar alguém de 'negro sujo'. Ato discriminatório inócurrenente. Oposição indistinta à raça negra não evidenciada. Ataque verbal exclusivo contra a vítima. Eventual crime de injúria qualificada cogitado no artigo 140, § 3º, do Código Penal. Denúncia rejeitada. (Processo 272.907-3, rel. Canguçu de Almeida).

O mais emblemático exemplo da situação em comento deu-se há cerca de cinco anos no caso do jogador de futebol brasileiro Grafite, que teria sido ofendido verbalmente por um jogador argentino, que o chamou de "macaquito". Instaurado

¹⁷⁸ Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.

Inquérito Policial, posteriormente, o juiz da causa considerou a ofensa relativa a preconceito de raça como injúria qualificada (art. 140, § 3º do CP).¹⁷⁹

3.4.4 Prática, indução, e instigação ao preconceito e à discriminação

Em alguns países, a prática do racismo atingiu, em épocas recentes, níveis alarmantes de violência racial¹⁸⁰. A situação brasileira é essencialmente diferente, haja vista raramente acontecerem situações envolvendo abuso de cunho racial ou mesmo de discriminação ostensiva, como reservar ou excluir determinados lugares ou situações para determinada camada da população. Vale ressaltar o ranço de mais de três séculos de prática escravocrata. Tal panorama não indica a ausência de racismo no Brasil, mas sim seu caráter "discreto" e "implícito", sendo por vezes denominado como "racismo cordial".

Destarte, a característica "amena" do racismo pátrio faz com que os tipos previstos nos artigos 3º a 14 da Lei nº 7.716/89 tenham tênue repercussão social, pois as condutas neles positivadas raramente acontecem de modo ostensivo. Levando em conta a ampla miscigenação que formou a população brasileira, tal preconceito dificilmente mostra-se explícito, exteriorizados em atos de segregação.

Por conta dessa característica "cultural" brasileira, o legislador, através da Lei nº 8.081/90, inseriu o artigo 20 na Lei nº 7.716/89, que incrimina a prática, indução, incitação à "discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional". Mais tarde, esse artigo foi modificado pela Lei nº 9.459/97, que acrescentou a discriminação por cor. Privilegiando os princípios da dignidade humana e da isonomia, foram colocados limites à liberdade de expressão, que não pode servir como instrumento de propagação de conceitos de cunho preconceituoso. O tipo é de aplicação subsidiária, somente podendo ser usado caso a conduta não se amolde nos artigos 3º a 14 da Lei nº 7.716/89.

¹⁷⁹ No dia 14 de abril de 2005, durante o jogo entre o São Paulo, time brasileiro de futebol, e o Quilmes, time argentino, tivemos um episódio envolvendo o atacante brasileiro Grafite e o jogador argentino Leandro Desábato. Na episódio, o jogador Desábato se aproximou e proferiu palavras de cunho racista. Após o jogo, o atacante brasileiro denunciou Desábato e este foi preso pela polícia brasileira. A autoridade policial que deu voz de prisão ao jogador argentino exclamou: "*Ninguém está inventando nada. Tudo isso está previsto pela lei. Isto pode servir de exemplo não só para o futebol, mas para tudo*", afirmou o delegado Oswaldo Gonçalves, responsável pela prisão. In: O Estadão, São Paulo, 14 abr 2005. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/esportes/futebol/noticias/2005/abr/14/28.htm>. Acesso em: 15 maio 2010.

¹⁸⁰ Estados Unidos (segregação), África do Sul (apartheid) e da Alemanha (holocausto), v. g.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal já se pronunciou a respeito do artigo 20, da lei nº7716/89 ressaltando a necessidade do elemento subjetivo:

PENAL – INDUZIMENTO OU INCITAMENTO AO RACISMO – ANEDOTA PUBLICADA EM JORNAL – INEXISTÊNCIA DE DOLO – INEFICIÊNCIA DO MEIO.

Na procura do elemento subjetivo do delito previsto no art. 20 da Lei 7.716/89, é indispensável a análise da conduta pregressa do agente[15]. Não sendo ele racista, mas, ao contrário, tendo ele demonstrado, durante toda a sua vida que jamais teve como meta o induzimento ou incitamento ao preconceito, impõe-se a sua absolvição. Ausente o dolo, inexistente o crime. É da índole do brasileiro encarar com bom humor os temas mais agudos e complexos do cotidiano. A "gozação" faz parte de seu temperamento, e por isto ninguém levaria a sério, a ponto de provocar o início de uma cisão na sociedade, a referência jocosa a uma pessoa, em face da cor de sua pele, ainda que através de publicação em jornal".¹⁸¹

O posicionamento do tribunal evidencia a permanência da idéia de tolerância racial no país, de que a cordialidade do brasileiro e seu "espírito" brincalhão não implicam em desrespeito, preconceito e discriminação.

Também foi prevista, na mesma lei nº7716/89 uma qualificadora (artigo 20, § 2º): quando o crime é cometido "por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza" o período da pena passa de um a três anos para dois a cinco anos, o que torna inviável a concessão da suspensão condicional do processo preconizada pelo artigo 89 da Lei nº 9.099, de 1995¹⁸². Tal agravamento é plenamente justificável já que, nessa hipótese, as idéias racistas são propagadas para um número bem maior de pessoas, causando um dano substancialmente mais gravoso ao patrimônio moral das pessoas atingidas.

O nazismo, por ser uma doutrina baseada na superioridade da raça ariana, é uma forma específica de racismo. Devido às conseqüências trágicas que dele decorreram, sua divulgação é considerada crime em vários países. Com a inserção do artigo 20, § 1º na Lei nº 7.716/89, o Brasil finalmente cumpriu a determinação

¹⁸¹ APELAÇÃO CRIMINAL APCR1429194 DF. Assim, da mesma forma que nos crimes contra a honra, o *animus jocandi* é causa de atipicidade da conduta.

¹⁸² BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Rio de Janeiro, 23 de dezembro de 1985. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>>. Acesso em: 01 jun 2010. Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

estabelecida em 1965 na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial no sentido de:

Declarar como delitos puníveis por lei qualquer difusão de idéias que estejam fundamentadas na superioridade ou ódio raciais, quaisquer incitamentos à discriminação racial, bem como atos de violência ou provocação destes atos, dirigidos contra qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica (...).¹⁸³

No Brasil, o mesmo acontece: é delito qualificado o uso de símbolos nazistas para divulgação de sua filosofia, como preconiza o artigo 20, § 1º, da Lei nº 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 9.459/97, *verbis*:

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

A pena é a mesma do § 2º: dois a cinco anos. Se a divulgação do nazismo se der por outros meios haverá sempre o crime previsto no caput do art. 20, pois o nazismo é, em sua essência, uma doutrina racista.

¹⁸³ Adotada pela Resolução 2.106-A (XX) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21.12.1965 - ratificada pelo Brasil em 27.03.1968. Artigo 4º, alínea "a".

Capítulo 4 - Os processos do Tribunal de Justiça de São Paulo

4.1 Preâmbulo: a subjetividade da pesquisa

Como linha teórica, pretendeu-se neste trabalho, buscar a compreensão de como os julgamentos, ou, como a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo tem sido decodificada pela sociedade e até que ponto o ideário da democracia racial está reconfigurado, ou se ainda permanece no bojo de argumentação dos julgadores do Tribunal em análise.

CANOTILHO, FRANCESCO FERRARA e KONRAD HESSE, deram especial atenção ao fenômeno da pré-compreensão, que consiste na incidência de emoções e ideologias sobre o trabalho interpretativo, afetando-o, quando não pura e simplesmente condicionando-o¹⁸⁴. Da mesma forma que os pressupostos doutrinários, os princípios metajurídicos são importantes expedientes para a pré-compreensão da dignidade da pessoa humana, conforme ensina CANOTILHO¹⁸⁵. Tais princípios, em regra geral, subjacentes ao ordenamento constitucional positivado, desdobram-se em absolutos e gerais. Os princípios metajurídicos absolutos são aqueles cujo imperativo não admite exceção; já os princípios metajurídicos gerais admitem-na. Exemplos dos primeiros são o princípio da razoabilidade, o princípio da unidade axiológica e o princípio da máxima efetividade. Exemplo do segundo caso é o princípio da imediata aplicação das normas que consagram direitos fundamentais. É importante esclarecer que tais princípios se denominam metajurídicos porque integram a pré-compreensão jurídica das regras e princípios constitucionais. Não se confundem com os princípios jurídicos – expressos ou implícitos no ordenamento constitucional -, já que estes são verdadeiras normas e objeto de elaboração da compreensão jurídica e aqueles, como recurso metodológico, são condição de possibilidade de sentido.

Dentre os princípios metajurídicos absolutos elencados, o que merece maior destaque para a presente pesquisa é o princípio da máxima efetividade, que possui dois aspectos, um hermenêutico e outro legislativo. É a pré-compreensão do ordenamento constitucional, especialmente das normas que consagram direitos

¹⁸⁴ CANOTILHO, FERRARA e HESSE *apud* SILVA JR., *op. cit.*

¹⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1998, p. 1096-1101.

fundamentais, como um sistema capaz de responder às expectativas por ele mesmo geradas da forma mais ampla e completa.

Sob a ótica hermenêutica, o princípio da máxima efetividade é a autorização para a ampla utilização da interpretação extensiva e da analogia, com vistas a favorecer o máximo resultado normativo das regras e princípios constitucionais, sem, com isso, renunciar à congruência histórica. Nesse sentido, KONRAD HESSE fala do princípio da ótima concretização da norma, definindo a interpretação adequada como “aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa sob as condições reais dominantes numa determinada situação”¹⁸⁶. Daí resulta a interdependência entre a “vontade de Constituição” e a realidade histórica, pois “a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade”, mas no vigor para materializar, a despeito das “reservas provenientes de juízos de conveniência”, sua própria ordem de valores.¹⁸⁷ Ou, nas palavras de HÄBERLE, “a Constituição é o espelho do público e da realidade. Não é, porém, apenas espelho senão, também, fonte luminosa, já que sua função é de direção”.¹⁸⁸ A função de direção do ordenamento constitucional é proporcional à capacidade de conservar ao longo do tempo sua identidade axiológica.

Ressalvado o devido valor histórico, é acertado afirmar que o princípio da máxima efetividade, sob a ótica legislativa, é a aceitação pelo legislador do conteúdo axiológico da Constituição como imperativo inafastável, ou, mais precisamente, é a vinculação da atividade legislativa aos direitos fundamentais. Segundo CANOTILHO, “a problemática dos direitos fundamentais não se sintetiza hoje na fórmula: ‘a lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais’; exige um complemento: a lei como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais”.¹⁸⁹

O princípio da imediata aplicação das normas que consagram direitos fundamentais, que é um princípio metajurídico geral, no Brasil também possui o *status* de princípio jurídico, já que está assentado no parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, diz: “as normas definidoras dos direitos e garantias

¹⁸⁶ HESSE, Konrad. [*Die normative kraft der Verfassung*]. *A força normativa da Constituição*. Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 22-23.

¹⁸⁷ Idem, p. 18-19.

¹⁸⁸ HÄBERLE, Peter *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 149. O método concretista da Constituição aberta.

¹⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 363-364.

fundamentais têm aplicação imediata”, isto é, não necessitam de regulamentação infraconstitucional para a plena geração de seus efeitos. Trata-se de um princípio metajurídico geral porque se constitui em regra que admite exceções. É claro que as exceções, que possuem expressa fundamentação constitucional, ostentam natureza transitória, vez que as normas que consagram direitos fundamentais exigem imediata aplicação.

A não superação legislativa da natureza transitória das exceções caracteriza o que a doutrina denomina de “inconstitucionalidade por omissão”. No entanto, vale ressaltar que o princípio da imediata aplicação das normas que consagram direitos fundamentais, no caso das exceções, impõe a pré-compreensão de tais normas como dotadas de eficácia não só negativa (capacidade de revogar toda e qualquer norma anterior que lhe seja contrária e capacidade de impedir, com o mesmo grau de contrariedade, a promulgação de norma inferior posterior), mas também de significativa eficácia positiva.

PAULO BONAVIDES ensina que, por ser norma cuja matéria já está definida pela Constituição, “sua aplicabilidade pode manifestar-se de maneira direta, posto que incompleta, ficando, por exigência técnica, condicionada a sucessivas normas integrativas”¹⁹⁰. Como a maior parte das exceções normativas ao princípio metajurídico da imediata aplicação diz respeito a direitos fundamentais de prestação, de que é exemplo o direito à assistência à saúde, a pré-compreensão de sua significativa eficácia positiva corresponde à obrigação, inclusive do Poder Judiciário, de aplicar ao caso concreto o “mínimo garantido” da matéria já definida pela ordem constitucional, isto é, o núcleo material elementar da prestação pública. Nesse sentido, a completude da disciplina da matéria é que teria sua aplicabilidade condicionada à regulamentação infraconstitucional, assim como a plenitude de sua eficácia normativa. CANOTILHO sugere que a idéia de disciplina completa melhor se exprime pela idéia de disciplina complementar, pois a matéria sujeita à regulamentação infraconstitucional já encontra “nas normas constitucionais um primeiro grau de concretização jurídica”¹⁹¹.

Dessa forma, o grande desafio lançado aos intérpretes/aplicadores dos direitos fundamentais previstos em normas constitucionais que excepcionam o princípio da imediata aplicação e cujos efeitos plenos ainda estão na dependência

¹⁹⁰ BONAVIDES, p. 225.

¹⁹¹ CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. p. 308.

de regulamentação infraconstitucional não é outro senão definir, no caso concreto, o que materialmente integra o “mínimo garantido” pela Constituição, isto é, qual o preciso alcance do primeiro grau de concretização constitucional.

Quando se fala em aplicação do direito, no caso a aplicação feita pelo Estado-Juiz, surge um delicado problema, qual seja, o confronto entre uma norma geral e abstrata e um fato específico e concreto.

Ao sentenciar, cabe ao juiz de direito adequar uma ou mais normas jurídicas a um ou mais fatos particulares, observando a situação de incidência, interpretando e, posteriormente, aplicando o direito. Diante disso é que surge a questão do silogismo e da subsunção.

Assim sendo, como acentuou FERRARA, a “*actividade judiciária, porém, não se reduz ao trabalho de subsunção dos factos à norma de direito*”¹⁹², e, conclusivamente, pode-se dizer, então, que aplicação do direito não se resume a uma questão de lógica formal.

A perquirição acerca dos fatores da normogênese levou à criação da Teoria Tridimensional do Direito, por MIGUEL REALE¹⁹³. Segundo o autor, as normas jurídicas são produzidas a partir da dinamicidade convergente de três fatores: *fato, valor e norma*. Sinteticamente, as normas respondem á vontade social, delimitando a conduta do cidadão, conforme os ideais de justiça. E, nas palavras de REALE, aplicação do direito é:

antes uma questão complexa na qual fatores lógicos, axiológicos e fáticos se correlacionam, segundo exigência de uma unidade dialética, desenvolvida ao nível da experiência, à luz dos fatos e de sua prova, (...) donde podemos concluir que o ato de subordinação ou subsunção do fato à norma não é um ato reflexo e passivo, mas antes um ato de participação criadora do juiz, com a sua sensibilidade e tato, sua intuição e prudência, operando a norma como substrato condicionador de suas indagações teóricas e técnicas.¹⁹⁴

Trazendo as lições ora apresentadas ao objeto do estudo em apreço, não é demais ressaltar que a subjetividade da aplicação da norma deve obedecer aos limites desejados pelo legislador, mesmo que tais limites não estejam escritos, ou seja, deve-se obedecer à atividade volitiva do legislador.

¹⁹² FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p.186-187.

¹⁹³ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

¹⁹⁴ _____. *Lições preliminares de direito*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 298.

Vale destacar que, por força de dispositivo da lei processual brasileira, no julgamento da lide cabe ao juiz aplicar as normas legais¹⁹⁵, e não sua própria orientação emocional.

Criticando o fenômeno por ele denominado de jurisprudência sentimental, CARLOS MAXIMILIANO aduz que, *verbis*:

em geral, a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender; porém não alterar, corrigir, substituir. Pode melhorar o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém, não – negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece.¹⁹⁶

Complementando o seu arrazoado, o autor afirma:

Cumpra evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto idéias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e pendoros, entusiasmos e preconceitos¹⁹⁷.

No tocante ao tema, REALE assevera:

O primeiro dever do estudioso, ao aplicar o método fenomenológico, é procurar afastar de si todos os preconceitos, todos os prejuízos porventura formados a respeito do mesmo fenômeno, notadamente quanto à sua transcendência, ou realidade fora da consciência (*'epoché' fenomenológica*). Devemos colocar-nos em um estado de disponibilidade perante o objeto, no sentido de procurar captá-lo, na sua pureza, assim como é dado na consciência, sem refrações que resultem de nosso coeficiente pessoal de preferências, para poder descrevê-lo integralmente, com todas as suas qualidades e elementos, recebendo-o 'tal como se oferece originariamente na intuição (*descrição objetiva*)'¹⁹⁸.

No dizer de Ferrara, que dedicou especial deferência ao fenômeno da pré-compreensão:

¹⁹⁵ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 17 jan. 1973. Art. 126 - O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

¹⁹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2.000, p. 79.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 103.

¹⁹⁸ REALE, *Filosofia do Direito*, p. 362.

desviar-se conscientemente da lei, querer reformá-la ou inová-la por pretendidas exigências de interesses, é traiçoar a função do magistrado. O juiz deve ficar pago com a sua nobre missão, e não ir mais longe, passando a usurpar os domínios do legislador. Os dois poderes estão divididos, e assim devem estar.¹⁹⁹

O autor adverte, ainda, que somente com este condicionamento:

se pode alcançar aquela objectiva segurança jurídica que é o bem mais alto da vida moderna, bem que deve preferir-se a uma hipotética protecção de exigências sociais que mudam ao sabor do ponto de vista, ou do carácter, ou das paixões do indivíduo. Esta á força da justiça, a qual não é lícito perder, se não deve vacilar o fundamento do Estado; mas está é também a sua fraqueza, a qual nós devemos pagar, se queremos obter a inestimável vantagem de o povo nutrir confiança em que o direito permaneça direito.²⁰⁰

É, portanto, com base nesses princípios e orientações que os julgadores devem, ou deveriam decidir. Atentando agora para os fatos concretos poderá ser visto no próximo capítulo se esses princípios acima relatados foram ou não seguidos nos acórdãos analisados.

4.2 Análise jurisprudencial

A análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, de que trata esta pesquisa se limita uma amostra reduzida apenas à esfera da jurisdição criminal, pois somente no âmbito desse direito é possível discutir as relações apresentadas em torno do crime de racismo.

A busca pelos acórdãos foi efetuada de forma eletrônica (internet) no site do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁰¹ através das palavras-chave “racismo e injúria” conjugadas. O total de acórdãos encontrados é de 61, sendo que desses foram descartados os do ano de 2009 e também os acórdãos cíveis. Entre as ações penais o número total é de 48 acórdãos tomando por base as duas categorias combinadas, racismo e injúria.

Existem listados, quando a busca é realizada utilizando apenas o termo racismo, cerca de 585 acórdãos no Tribunal entre ações cíveis (grande maioria de indenizações por danos morais) e penais de diversos crimes, o que demandaria outro

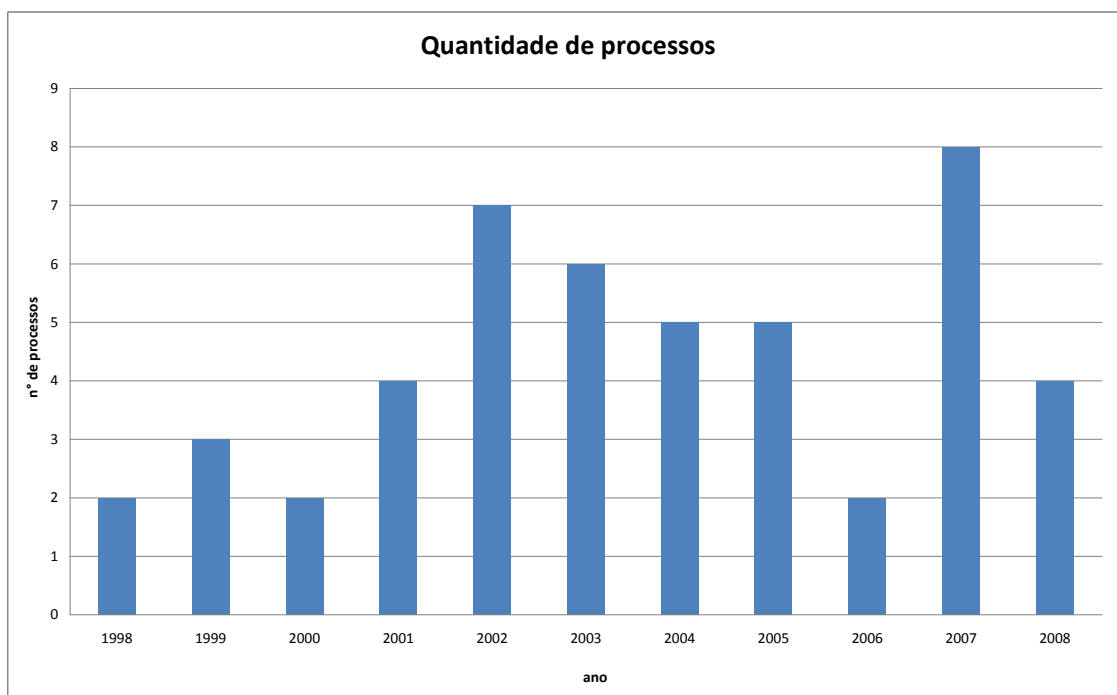
¹⁹⁹ FERRARA *apud* SILVA JR., *op. cit.*

²⁰⁰ *Ibidem.*

²⁰¹ <http://www.tj.sp.gov.br/consulta/Jurisprudencia.aspx>

tipo de análise. Optou-se por utilizar a busca dos termos “racismo e injúria” conjugados para averiguar exatamente a desclassificação de um crime para o outro e também para trabalhar apenas com as ações penais que envolvem o tipo penal do racismo previsto pela lei Lei 7716/89 e o tipo penal da injúria qualificada.

Notou-se, portanto, que os acórdãos começam a aparecer no Tribunal apenas no ano de 1998, sendo o mais antigo com data de julgamento em 17 de fevereiro de 1998. O gráfico abaixo mostra a quantidade de acórdãos julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo durante o período de 1988 até 2008, ressaltando que antes de 1998 não foi encontrado nenhum acórdão, ou seja, há um período de dez anos após a promulgação da constituição até que apareçam decisões definitivas, em grau de recurso versando sobre o crime de racismo, como pode ser visto no gráfico abaixo:



Trata-se de um gráfico sobre a jurisprudência do tribunal, ou seja, são os processos julgados pelos órgãos colegiados em grau de recurso (2ª instância). As decisões proferidas pelas câmaras criminais confirmam ou não as decisões dadas pelo juiz da primeira instância (juiz local que julgou o caso em primeiro grau de jurisdição).

Também foram encontrados 12 (doze) processos cíveis, a grande maioria de danos morais em razão de condenações por injúria racial. Esses últimos não estão representados no gráfico.

Deste total de 48 acórdãos temos:

22 (vinte e dois) processos por injúria racial (art. 140,§3ºCP) e 26 (vinte e seis) processos por racismo, sendo desses 25 (vinte e cinco) enquadrados no art. 20 da Lei 7716/89²⁰² e 1 (um) no art. 14 da Lei 7716/89²⁰³.

Dentre esses acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁰⁴ foram observados muitos casos de desclassificação do crime de racismo previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 para o crime de injúria qualificada previsto no Código Penal, artigo 140, § 3º. Em geral, quando ocorreu essa desclassificação, o processo já tinha mais de seis meses e a propositura da ação penal privada por injúria não foi mais possível em virtude da decadência do direito de ação e conseqüente extinção da punibilidade como descrito anteriormente.

O acórdão referente ao Recurso em Sentido Estrito nº 00405950.3/9-0000-000 do ano de 2006 do Tribunal de Justiça de São Paulo exemplifica essa situação:

Ubirajara Jesus da Silva, alegando ter sido vítima de racismo, requereu a instauração de inquérito policial, para apuração do crime previsto no artigo 9º da Lei nº. 7.716/89, alterada pela Lei nº. 9.459/97. Em síntese, asseverou que *ao se dirigir ao estádio da Portuguesa de Desportos para assistir a um jogo, teve o acesso impedido, sob a premissa de que a Tribuna de Honra do Clube só se destinava às pessoas da raça branca. Após a conclusão do inquérito policial, o Ministério Público, ao formar sua *opinio delicti*, entendeu não caracterizado o crime de racismo, mas sim, o tipo penal do delito de injúria (CP, art. 140, § 3º), para o qual a lei prevê o oferecimento de ação penal privada (queixa-crime), no prazo de 06 (seis) meses²⁰⁵.*

O argumento utilizado para a desclassificação baseia-se na justificativa de que o ofendido era ex-conselheiro do clube e que a tribuna de honra seria destinada apenas aos conselheiros em exercício, dizendo, portanto, que não houve impedimento de acesso em função da raça (o que caracterizaria o crime de racismo), mas sim que houve ofensa racial (injúria). A desclassificação para a injúria

²⁰² Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (*Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97*). Pena: reclusão de um a três anos e multa.

²⁰³ Lei 7716/89 - Art.14. Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social. Pena: reclusão de dois a quatro anos.

²⁰⁴ Anexo I.

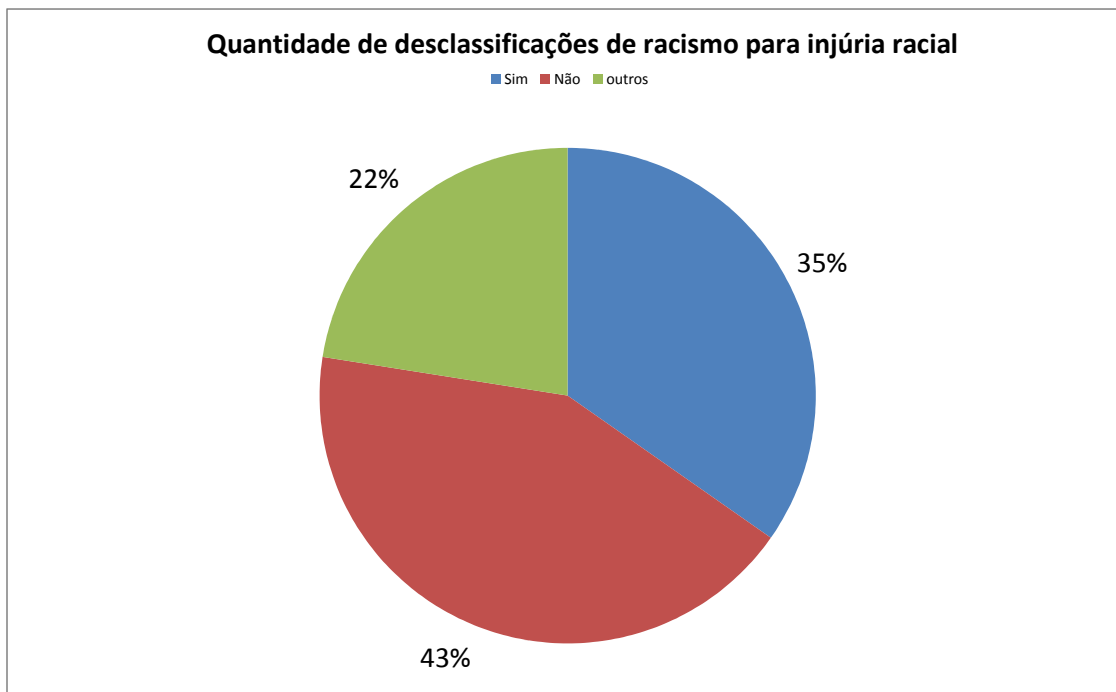
²⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Primeira Câmara A da Seção Criminal. Recurso em Sentido Estrito nº 00405950.3/9-0000-000. Des. Vicente Luiz Adua. São Paulo, 4 de agosto de 2006. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, agosto de 2006.

racial teve como conseqüência a extinção da punibilidade como se pode ver no trecho do acórdão a seguir:

Neste sentido as declarações de Mário Carvalho, segundo o qual, o uso da Tribuna de Honra era reservado apenas aos diretores e conselheiros com mandato em vigor, tradição esta seguida há mais de trinta anos, situação em que não se inseria o recorrente, ex-conselheiro do clube (fls.32/33). De semelhante teor os depoimentos de fls. 34/41, dentre os quais se encontra o testemunho de Benedito Antônio Nascimento, também da raça negra, segundo o qual, nunca sofrerá qualquer tipo de discriminação por parte de Mário Carvalho em razão da cor. Correto, portanto, o entendimento do Juízo a quo, para quem eventuais palavras proferidas pelo investigado, atinentes à raça do recorrente, teriam somente o intuito de ofendê-lo em sua honra subjetiva, conduta prevista no artigo 140, § 3o, do Código Penal que se refere à injúria com utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem. Não tendo sido oferecida queixa-crime no prazo legal, operou-se a decadência, levando à extinção da punibilidade (fls. 158). A apuração do crime de injúria realmente está condicionada à propositura de ação penal privada, no prazo de 06 (seis) meses (CPP, art. 38). Decorrido esse prazo decadência! sem a formal propositura da competente queixa-crime, mister se faz o reconhecimento da causa extintiva de punibilidade, a qual impede o prosseguimento do feito.²⁰⁶

A argumentação em torno do crime de injúria está sempre relacionada à ofensa pessoal por se tratar de crime contra a honra conforme a própria lei o define, enquanto o racismo, conforme os julgadores, não estaria inserido nessa esfera pessoal, subjetiva. Permanece, portanto, a inquietação em relação a quantidade considerável de desclassificações do crime de racismo para a injúria como podemos ver no gráfico a seguir:

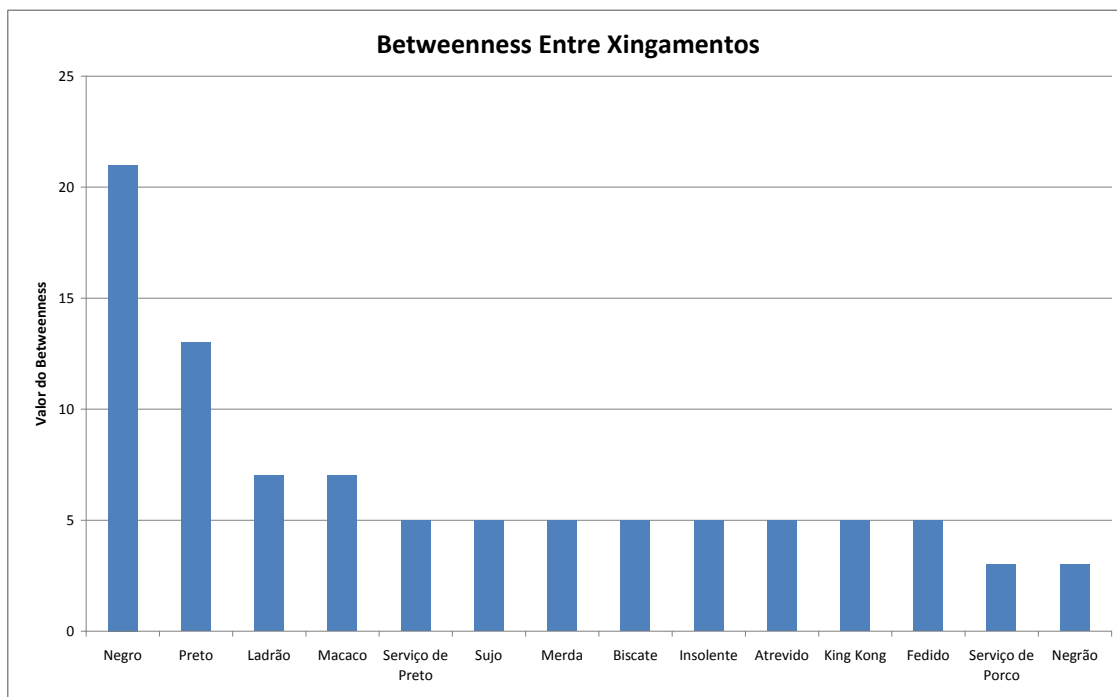
²⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, op. cit.



Observou-se que muitos processos que ingressaram na justiça com uma denúncia de racismo foram desclassificados para a injúria. O “sim” em azul representa os processos desclassificados, ou seja, 35% do total. Em vermelho, o “não” com 43% de processos que não sofreram desclassificação e as demais 22% das ações somam possibilidades de desclassificação que não foram feitas pelos julgadores no acórdão. O fundamento em geral encontrado nas argumentações é o que vincula a desclassificação à ofensa pessoal, sem intenção de discriminar ou de fazer apologia ou incitação ao racismo.

Faz-se mister saber que elementos são utilizados para proferir a injúria e que relação eles podem ter com o sistema classificatório brasileiro. Observou-se que tanto o termo “preto”, quanto o termo “negro” são muito utilizados. Nos processos, o termo mais empregado para ofender é o termo “preto”. A combinação da palavra *preto* com outros termos pejorativos é constante. Foram encontrados ao todo 21 (vinte e um) tipos de xingamentos proferidos contra mulheres e 25 (vinte e cinco) tipos de xingamentos contra homens. Dentre eles estão: “macaca”, “negra safada”, “negra fedorenta”, “preta”, “preto”, “negro sujo”, “marginais”, “macaco” etc.

O gráfico abaixo mostra os xingamentos mais utilizados. Através do método de *Betweenness*²⁰⁷ fez-se uma síntese dos mais empregados, sem diferenciar a questão de gênero, sendo possível determinar a frequência em que aparecem.



Pode-se observar a formação de uma rede de xingamentos em que se destacam os termos “negro” e “preto” associados a quase todos os demais termos ofensivos e também perceber as associações que animalizam, relacionam com a questão de higiene e questão sexual.

O sistema classificatório do Censo (IBGE) utiliza “preto” e “pardo”. As duas terminações associadas (preto + pardo) formam o termo “negro”, politicamente articulado pelo Movimento Negro. No entanto o uso desse termo também é entendido como pejorativo em alguns países, uma vez que um dos primitivos sentidos da palavra “negro” era “escravo”.

STUART HALL (*apud* PRAXEDES, 2004) situa a palavra “negro” com base em suas formações e experiência na colonização inglesa e caribenha e comparando-o à linguagem de forma que não há correspondência exata para o

²⁰⁷ Betweenness é uma medida da centralidade de um nó em uma rede, e é normalmente calculada como a fração de caminhos mais curtos entre pares de nós que passam através do nó de interesse. Betweenness é, em certo sentido, uma medida de influência que um nó tem sobre a disseminação de informações através da rede. Disponível em: <<http://arxiv.org/abs/cond-mat/0309045>>. Acesso em: 15 nov 2009.

termo na América (ou Brasil)²⁰⁸. Para o autor, a cor de um ser humano é presumida, entendendo cor como uma categoria classificatória criada culturalmente. Neste sentido se evidencia a dificuldade para definir o termo negro, como se fosse uma cor que se tem ou não tem. Sendo assim, a atribuição ou a auto-atribuição de cor seria a tentativa de situar um sujeito em um contexto social utilizando uma presumida aparência para posicionar esse sujeito nas relações de poder como dominante ou subalterno, igual ou diferente.

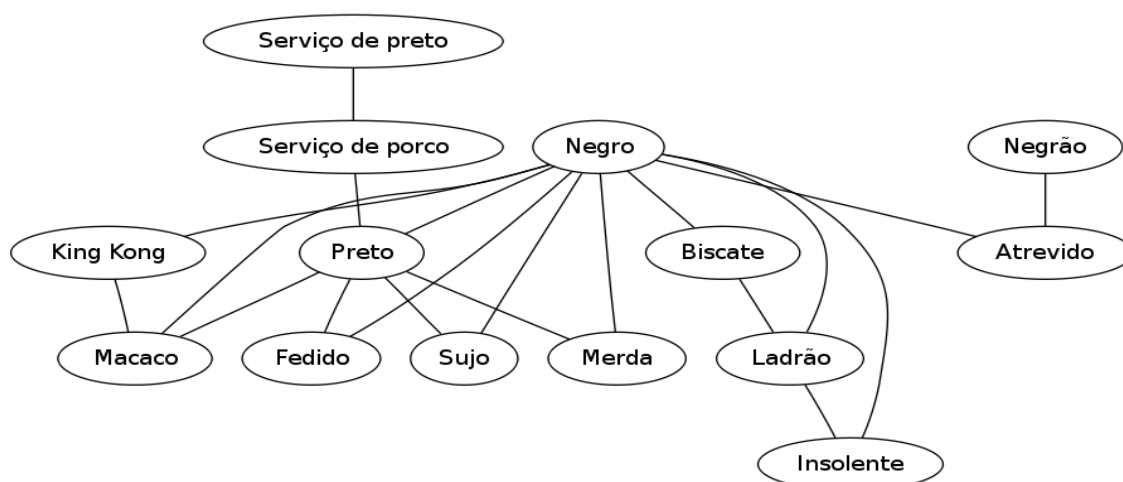


Figura 2.3: Gráfico de relacionamento entre xingamentos

A figura acima demonstra como uma rede de xingamentos é formada em torno da palavra “negro” e como as atribuições relacionadas a este termo colocam o sujeito em uma posição subalternizada, animalizada e sempre relacionada a valores considerados socialmente como ruins, o que reforça a idéia de sub-valorização, de inferioridade daquele (a) pertencente à essa categoria (negro). Dito de outra forma, a rede de termos ligados ao termo “negro” situam o sujeito em um contexto social subalterno.

Os termos utilizados nas ofensas configuram ou confirmam a injúria racial e por vezes demonstram a intenção de discriminar ou de incitar ao racismo, é caracterização do outro com ser inferior, subalterno e por vezes sub-humano. Veja no anexo II e III a lista completa das expressões encontradas nos acórdãos em análise.

²⁰⁸ HALL, Stuart *apud* PRAXEDES, Rosângela Rosa. Pensando raça e cor com Stuart Hall: algumas reflexões a partir do significado de negro. *In:* Revista Espaço Acadêmico. Nº 36, maio 2004. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br>>. Acesso em: 6 maio 2010.

Capítulo 5 – Conclusões

5.1 Considerações sobre a Democracia Racial

Durante um longo período as relações raciais no país foram sustentadas pela idéia/ideologia da democracia racial, como destaca VAN DIJK:

acalentamos o mito (ou a ideologia) de que as relações raciais no país são cordiais ou democráticas ao mesmo tempo em que vivemos com intensa dominação branca sobre outros segmentos étnico-raciais no acesso a bens materiais e simbólicos.²⁰⁹

Esse mito foi sustentado por muito tempo como uma ideologia oficial tanto dentro como também fora do país. Segundo SILVA , “*a imagem de um Brasil sem conflitos raciais no exterior era uma tônica do próprio Império e os reflexos dessa política se faziam notar na metade do séc XIX*”²¹⁰.

A idéia de que em função da miscigenação o Brasil estaria imune ao racismo foi uma tônica durante os anos de 1930 a 1950. (...) a democracia racial embaçava, na realidade, as hierarquizações e os processos de navegações sociais advindos do *status* de cor, calcado como estava no branqueamento como condição de ascensão social.²¹¹

Entretanto, é preciso refletir sobre o impacto desse ideário nas relações sociais atuais. Segundo VAN DIJK, a mídia, principalmente impressa, participou ativamente “*da sustentação e produção do racismo social e simbólico da sociedade brasileira*”²¹².

a discussão sobre desigualdades raciais nas décadas de 1980 e 1990, as manifestações do movimento negro, as pesquisas sobre desigualdades estruturais, as críticas ao mito da democracia racial e o funcionamento de órgãos de combate à discriminação ligados às diversas esferas do governo parecem ter repercutido de forma mitigada e selecionada no discurso midiático brasileiro, que sustenta e reproduz a dimensão simbólica do racismo à brasileira. (Silva e Rosemberg, 2008:112)

²⁰⁹ VAN DIJK, *op. cit.*, p. 73.

²¹⁰ SILVA JR., *op. cit.*, p. 53.

²¹¹ *Idem*, p. 55.

²¹² VAN DIJK, *op. cit.*, p. 74.

MOYA, em pesquisa sobre material midiático impresso (jornais e revistas de grande circulação no país) demonstra a participação da mídia nesse processo de sustentação e produção do racismo:

Os editoriais relatados demonstram que a revista Istoé reconhece que o racismo contra os negros existe no Brasil e que as afirmações decorrentes do ideário da democracia racial ocultaram-no por décadas. Entretanto percebe-se que a mestiçagem ainda é um valor muito caro e continua sendo respaldo para a exaltação de uma convivência racial não segregada oficialmente, principalmente, quando esta é colocada em contraste com a experiência norte-americana.²¹³

(...)

Este restabelecimento da supervalorização da mestiçagem brasileira pode ter encontrado brechas na própria luta do desmascaramento do ideário da democracia racial para se re-alocar como um discurso hegemônico, pois os ataques a este ideário tinham como intuito principal e último o reconhecimento da vigência do racismo nas relações sociais brasileiras, colocando a concepção da mestiçagem em um plano instrumental analítico, o que a preveniu de uma crítica construtivista mais incisiva que a demonstrasse como o cerne duro, fundamental e reproduzidor do dispositivo simbólico que gerencia o racismo no país.²¹⁴

O imaginário/simbólico sobre a mestiçagem permanece arraigado, conforme já visto nos capítulos anteriores. No processo, nº 064.978-0/0-00, um outro exemplo do ano de 2000, observa-se no bojo da argumentação de voto de um dos julgadores, o Desembargador Fortes Barbosa a seguinte declaração:

Note-se mais, a querelada fez prova em anexo de *que tem uma filha adotiva negra, de que sua principal testemunha de defesa, **Dona Arminda, é mulata e, portanto, não poderia ser racista*** e tais afirmações estão provadas até mesmo por fotografias. (DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO, Representação nº 64.978-0/0-00, Voto nº 14737).²¹⁵

Para STUART HALL, a correspondência entre codificação/decodificação de uma mensagem não é natural, mas construída em dois momentos determinados, sendo que o primeiro momento não pode garantir de forma simples quais os códigos serão decodificados no momento seguinte, ou seja, para o autor:

um dos momentos políticos mais significativos é aquele em que os acontecimentos que são normalmente significados e decodificados de

²¹³ MOYA, *op. cit.*, p. 57.

²¹⁴ *Idem*, p. 128.

²¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão Especial. Representação nº 64.978-0/0-00. Des. Fortes Barbosa. São Paulo, 4 de outubro de 2000. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, outubro de 2000.

maneira negociada começam a ter uma leitura contestatória. Aqui se trava a “política da significação” – a luta no discurso.²¹⁶

Fato é que as desigualdades brasileiras estão, há mais de cinco décadas, fundamentalmente associadas a categoria “raça”. Na década de 1990 os negros não atingiram mais de 70% da média de anos de estudos dos brancos, que em 1999 correspondia a sete anos. Esta realidade confronta o ideário nacional da inexistência do racismo e de suas práticas no Brasil, baseado em suas relações cordialmente mestiças e não-racializadas que configurariam uma “democracia racial”. Conforme SILVÉRIO²¹⁷: “No Brasil, no entanto, existiu e existe uma tentativa de negar a importância da raça como fator gerador de desigualdades sociais por uma parcela significativa dos setores dominantes” (p.223). O mesmo autor adverte que:

Retomando o pressuposto que toda desigualdade se estrutura a partir de um juízo de superioridade, aparentemente os negros, desde que foram trazidos para terras brasileiras, estiveram submetidos a todo tipo de juízos, normalmente negativos e pejorativos, sobre sua condição de diferente no plano sociocultural. Assim, o modo como as diferenças naturais e culturais são construídas socialmente, na forma de desigualdades sociais, torna-se um problema científico e político nas sociedades contemporâneas multirraciais.²¹⁸

Tal ideário nacional de existência de uma “democracia racial” no país foi respaldado por uma completa ausência de políticas do governo brasileiro que visassem o combate ao racismo e suas práticas e também a promoção da igualdade racial. Essa ausência de medidas governamentais vinha desde a época da escravidão e da abolição proclamada sem nenhuma medida compensatória para os negros recém- libertos.

Para Andrews e Hachard, a escravidão é somente uma das diversas variáveis explicativas a serem consideradas para determinar porque, em 1889, ou seja, apenas um ano depois da Abolição – os trabalhadores afro-brasileiros foram afastados da competição “objetiva” de mercado em São Paulo. Na avaliação desses autores, na imigração de europeus meridionais e no tratamento diferencial concedido aos novos imigrantes, em detrimento dos afro-brasileiros, encontram-se um grau de dirigismo e intervenção estatal incomuns.²¹⁹

²¹⁶ HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. (org. Liv Sovik) Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 380.

²¹⁷ SILVÉRIO, Valter Roberto. Ação afirmativa e o combate ao racismo institucional no Brasil. *Cadernos de Pesquisa*, n117, p. 219-243, Nov 2002.

²¹⁸ Idem, p. 223.

²¹⁹ ANDREWS, 1998, p. 93-147; HANCHARD, 2001, p. 29-59, apud SILVÉRIO, 2002.

Dito de outra forma, o Estado “*configurou sociorracionalmente a força de trabalho*”²²⁰ estando ausente de qualquer política pública voltada para que população ex-escrava se integrasse ao trabalho livre, daí poder afirmar que “*a presença do Estado foi decisiva na configuração de uma sociedade livre que se funda com profunda exclusão de alguns de seus segmentos, em especial a população negra.*”

Florestan Fernandes, em entrevista em 1960 já afirmava:

Foi preciso quase três quartos de século para que o negro e o mulato encontrassem em São Paulo perspectivas comparáveis àquelas com que se defrontaram o imigrante e seus descendentes.²²¹

Guimarães, apud Silvério (2002), observa que nos anos de 1960, em relação às relações raciais houve uma mudança na maneira de análise das desigualdades raciais, passando do plano individual, fundamentada pelo preconceito configurando uma análise que propunha uma leitura mais ampla que abarcava o dirigismo estatal e a maneira como institucionalmente se configuram as relações raciais, ou, seja, a análise do racismo institucional:

... a ciência social começa a abandonar os esquemas interpretativos que tomam as desigualdades raciais como produtos de ações (discriminações) inspiradas por atitudes (preconceitos) individuais para fixar-se no esquema interpretativo que ficou conhecido como racismo institucional, ou seja, na proposição de que há mecanismos de discriminação inscritos na operação do sistema social e que funcionam, até certo ponto, à revelia do indivíduo.²²²

Pode-se dizer, portanto que, tem-se no século XIX e início do séc. XX houve um histórico de racismo institucional com uma sustentação do mito da democracia racial, seguido de uma desconstrução desse mito com base do discurso da mestiçagem.

No entanto, no debate mais atual percebe-se a disseminação do discurso sobre a mestiçagem com uma roupagem diferenciada. Na mídia impressa MOYA observou dois momentos significativos onde o discurso sobre a mestiçagem, ora como vetor que dificultava a viabilidade da prática das cotas e em um momento seguinte como culpada por “institucionalizar o racismo”:

²²⁰ Silvério, 2002, p. 223.

²²¹ FERNANDES, Florestan. Revista da USP, p. 175.

²²² GUIMARÃES, apud SILVÉRIO, 2002, p. 230.

(...)Evidencia-se, portanto, uma guinada no discurso em tomo da mestiçagem. No primeiro momento, em 2001, a mestiçagem era considerada um vetor que dificultava a viabilidade prática das cotas; agora, em 2006, é defendida como a essência da nacionalidade brasileira, essência esta vocacionada a conter o racismo que existiria em nossas relações privadas, ou seja, um racismo não institucionalizado, menos agressivo e segregado que outras experiências mundiais.

(...) Portanto, as políticas afirmativas que requerem uma identificação racial são agora culpabilizadas por estarem institucionalizando o racismo, ao mesmo tempo, que estariam dissolvendo a miríade de cores composta pela mestiçagem que definiria a nossa brasilidade. Ou seja, as próprias políticas anti-racistas afirmativas são culpabilizadas de inserirem o "verdadeiro racismo" no país, como se este aqui não vigorasse, tendo a mestiçagem como álibi de sua inexistência²²³.

Entendendo esse contexto de discussão sobre o racismo no país, fez-se necessário pensar em que medida os processos analisados nesta pesquisa apontavam ou não para a reafirmação do mito da democracia racial?

Essa questão não poderia ser respondida sem retomar o debate abordado por Florestan Fernandes, por volta dos anos de 1960 que retoma a questão dos tipos de preconceito no Brasil:

Estabelecido que existe preconceito racial no Brasil, o professor Florestan Fernandes esclareceu: "de fato, existem várias formas socioculturais de preconceito racial. O que há de mal conosco consiste no fatode que tomamos como paralelo o tipo de preconceito racial explícito, aberto e sistemático posto em prática nos Estados Unidos. Todavia, os especialistas evidenciaram que existem vários tipos de preconceito, e pelo menos um sociólogo brasileiro, o prof Aracy Nogueira, preocupou-se em caracterizar as diferenças existentes entre o preconceito racial sistemático, que ocorre nos Estados Unidos e o preconceito dissimulado e assistemático, do tipo que se manifesta no Brasil. Já tentei, de minha parte, compreender geneticamente o nosso modo de ser. Segundo penso, o catolicismo criou um drama moral para os antigos senhores de escravos, pois a escravidão colidia com os "mores" cristãos. Surgiu daí a tendência a disfarçar a inobservância dos "mores", pela recusa sistemática do reconhecimento da existência de um preconceito que legitimava a própria escravidão.²²⁴

Os acórdão analisados do Tribunal de Justiça de São Paulo demonstram, ainda hoje, as mesmas características apontadas por Florestan Fernandes em 1960, quais sejam, o preconceito dissimulado e assistemático, encoberto pelo ideário de inexistência de preconceito.

²²³ MOYA, op, cit, p. 117 e 118.

²²⁴ Florestan Fernandes, Revista da USP. Racismo I, p. 173.

O acórdão de número 476.315-3/6-00 de 2005 TJSP/Habeas Corpus julgado pela 5ª Câmara de Direito Criminal exemplifica bem essa perspectiva do racismo dissimulado. Trata-se de uma acusação de crime de racismo (art.20, 7.716/89) onde em uma monografia escolar o autor trata de conteúdo racista como demonstra o relator do processo:

O trabalho assevera que o índio e o negro são raças de (...) espírito indolente" (páginas 7 e 8 do trabalho, fls. 25 e 26 dos autos), diz que há raças que "(...) afundam (...) " o nosso país e cita exemplos vários de corrupção - leia-se: ausência de caráter, ética, integridade, ausência de valores morais; - de pessoas com ascendência árabe (página 20 do trabalho, fls. 38 dos autos). Não se trata de uma expressão infeliz, uma palavra mal colocada, ou um simples equívoco no emprego de algumas palavras. O réu sustenta uma "tese" que, em última análise, pode assim ser sintetizada: é a defesa da eugenial. A mistura de raças, segundo o réu, dilacera os valores morais. Sem a formação "pura" de um europeu, isto é, com os relacionamentos inter-raciais, e mesmo sem se chegar a tanto, apenas com raças como os negros e os índios, não há um povo educado, ético, honesto e inteligente. Só faltou, em remate ao trabalho, sugerir alguma espécie de dizimação dessa nefasta raça miscigenada que povoa o país".

Porém o voto de um dos julgadores assevera a tentativa de amenizar o ocorrido e de sustentar que sendo o paciente do habeas corpus oriental este não poderia ser racista.

argumenta: Alega-se que falta justa causa para a instauração do procedimento inquisitorial, pois os fatos investigados são atípicos, além do que o paciente não obrou dolosamente, pois, possuindo ascendência oriental, é incabível supor que faria proposições racistas em monografia escolar.²²⁵

Dito em outras palavras pode-se afirmar que os acórdãos analisados nesta pesquisa demonstram um decisões judiciais ainda repletas de conservadorismo e ainda arraigadas ao mito de um país sem conflitos raciais, embora as estatísticas demonstrem o contrário. Observou-se decisões que utilizam como argumento que *"alguém não poderia ser racista já que tem um parente negro"*, contrariando todos os princípios de norteiam uma boa argumentação para fundamentar uma sentença.

Inibir a prática do racismo de uma forma exemplar, intenção esta firmada na constituição de 1988 esbarra ainda em questões de ponderação de princípios

²²⁵ Acórdão nº 476.315-3/6-00 de 2005 - TJSP/Habeas Corpus julgado pela 5ª Câmara de Direito Criminal

jurídicos uma vez a prática do racismo é crime inafiançável e imprescritível ao passo que outros crimes contra a vida, por exemplo, não gozam dessas duas características.

Ao evitar a aplicação dessas duas características de inafiançabilidade e imprescritibilidade busca-se de forma inadequada, pois nem sempre trata-se apenas de ofensa racial, mas por vezes há impedimento de acesso, há incitação ao racismo, entre outras situações, que são subjugadas e tenta-se como subterfúgio enquadrar tudo na lei da injúria racial, forma mais branda de se punibilizar o agente.

Por outro lado, é evidente que a redemocratização trouxe grandes avanços no que diz respeito ao ser negro no país. Conforme visto nos capítulos iniciais dessa dissertação a legislação avançou, o Movimento Negro se articulou, a luta contra o preconceito e discriminação ganhou força de forma que hoje o foco está no direito à alteridade e por igualdade de oportunidades.

As ações afirmativas tão debatidas obtiveram o apoio estatal com iniciativas dos dois últimos governos, o do presidente Fernando Henrique Cardoso e o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva²²⁶. Em 2009 já existiam cerca de 80

²²⁶ Veja mais em Nilma Lino Gomes no texto “Caminhos Convergentes”:

“Ao constatar que as políticas públicas em educação de caráter universalista, instituídas pós-ditadura militar, não atendiam, de fato, a grande massa da população negra e não se comprometiam com o combate ao racismo, o discurso e as reivindicações do movimento negro começam a mudar.” É nesse momento que as ações afirmativas, com forte inspiração nas lutas dos negros norte-americanos, passam a se configurar como uma possibilidade e uma demanda política reais, transformando-se no final dos anos 90 e no século seguinte em intervenções concretas.

Algumas respostas do governo federal a essa nova forma de mobilização se fizeram notar. No governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso foi criado o Grupo de Trabalho Interministerial para Valorização da População Negra, em 27 de fevereiro de 1996. Também foram elaborados os PCN - Parâmetros Curriculares Nacionais - um projeto desenvolvido pelo MEC durante os anos de 1995 e 1996 e que culminou com a sua aprovação pelo Conselho Nacional de Educação. Dentre os temas transversais dos PCN encontra-se a Pluralidade Cultural, na qual as questões da diversidade foram contempladas ainda dentro de uma perspectiva universalista de educação.

No início dos anos 2000 esse quadro sofre mudanças significativas. As políticas de ação afirmativa passam a fazer parte do compromisso assumido internacionalmente pelo Estado brasileiro. Um dos motivos dessa inflexão deve-se ao processo de mobilização e aos resultados da 3ª Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU) de 31 de agosto a 08 de setembro de 2001, na cidade de Durban, África do Sul.

A partir de 2003, com o governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o compromisso assumido em Durban se desdobra em políticas mais concretas. Destaca-se a criação da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir), em 2003. No Ministério da Educação é criada a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (Secad), em 2004.” (GOMES, Nilma Lino. *Caminhos convergentes: estado e sociedade na superação das desigualdades raciais no Brasil*. (ORG) MARILENE DE PAULA, ROSANA HERINGER. Limites e possibilidades da implementação da lei 10.639/03 no contexto das políticas públicas em educação: li HEINRICH BOLL STIFTUNG, 2009, p. 9-11).

universidades que adotaram algum tipo de programa de ações afirmativas com critérios raciais.

No judiciário o impacto da criminalização se dá através da quantidade crescente de ações propostas e de certa conscientização dos sujeitos sobre seus direitos e sobre as conseqüências das praticas racistas. No entanto, embora o número de ações seja crescente as decisões prolatadas em conseqüência delas ainda parecem um tanto quanto tímidas, de modo que não acompanham nem a demanda social por justiça nem pelo respeito à diferença.

A legislação anti-racista protege, inibe a ação discriminatória de forma evidente, mas por ser tão rígida também gera uma certa resistência em sua aplicação o que na prática acaba por continuar negando a existência de conflitos. Em geral o racismo no país continua a ser o “cordial” o racismo das relações indiretas, da interdição sem dizer a razão, do não dito.

Os processos analisados nesta pesquisa são parte de um todo que ainda carece de investigação. A demanda analítica apontada aqui não pode comprovar as intenções investigativas inicialmente propostas no projeto de pesquisa apresentado em 2008 ao Programa de pós-graduação em Sociologia da UFSCAR.

Há indícios de que os avanços sociais e o impacto da criminalização do racismo caminham para a confirmação da erosão do mito da democracia racial, ao passo que as desclassificações de racismo para injúria e também as decisões sobre a injúria racial apontam para algumas persistências desse mito. As desclassificações indicam insistência no racismo cordial, na tolerância do brasileiro à “piadinhas e brincadeiras jocosas sobre negros e em uma insistência nas teorias sobre a mestiçagem que desarticulam o movimento negro e não reconhecem o direito à diferença.

Quando se trata da questão racial, o fenômeno da pré-compreensão discutido teoricamente em capítulos anteriores se apresenta na prática, no cotidiano. Ou seja, a pré-compreensão quando se trata da questão racial está arraigada em nas instituições e os acórdãos analisados demonstram esse evento - o racismo institucional.

Os dados aqui contemplados não são suficientes para confirmar esses apontamentos. Para tanto seria necessário analisar os acórdãos de outros tribunais em diferentes Estados traçando uma análise comparativa dessas decisões, bem como, trabalhar com os processos em diferentes instâncias chegando até o Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, para um trabalho de mestrado, seria algo impossível, dadas as condições de tempo de pesquisa necessários para tanto.

Buscou-se, principalmente, com base na pesquisa sobre a legislação racial e com base na pesquisa nos acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, demonstrar que a sociedade mudou, no entanto a representação social mudou num ritmo menor e menos acentuado. O discurso da democracia racial perpassa o imaginário, de modo que teóricos e sociedade reproduzem esse mesmo discurso com roupagens diferentes.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885. Regula a extinção gradual do elemento servil. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.
- GUIMARÃES, Antonio Sergio. A. O insulto racial: as ofensas verbais registradas em queixas de discriminação. *Estud. afro-asiát.*, Rio de Janeiro, n. 38, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-546X2000000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 03 Out 2007.
- APPIAH, Kwane Antony. *Na casa de meu pai: a África na filosofia da cultura*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- APPIAH, Kwane Antony. *Na casa de meu pai: a África na filosofia da cultura*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- BARBOSA, Edno Luciano. *Da Ação Penal*, p. 3. Disponível em:<http://www.cesuc.br/revistaed-2DA_ACAO_PENAL.pdf> Acesso em: 24 Out 2007.
- BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Editora UFMG, 2007.
- BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Editora UFMG, 2007.
- BASTIDE, Roger e FERNANDES, Florestan. *Branco e negro em São Paulo*. 4. ed. São Paulo: Gaia, 2008, p. 154.
- BATISTELLA, Fernanda Lima. AMICUS CURIAE no direito brasileiro. In: http://www.almeidalaw.com.br/news/noticia.php?noticia_id=124. Acesso em set , 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BONAVIDES, p. 225.
- BRASIL, 1988: Constituição Da República Federativa Do Brasil. 12. ed. , rev. , atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824. *Registrada na Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil* a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiais aos 8 dias do mez de Abril de 1824. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.
- BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891. *Diário Oficial [da República dos Estados Unidos do Brasil]*, Rio de Janeiro, 20 fev. 1891.
- BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934. *Diário Oficial [da República dos Estados Unidos do Brasil]*, Rio de Janeiro, 20 jul. 1934.
- BRASIL. Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 10 de dezembro de 1937. *Diário Oficial [da República dos Estados Unidos do Brasil]*, Rio de Janeiro, 20 dez. 1937.
- BRASIL. Constituição (1946). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946. *Diário Oficial [da República dos Estados Unidos do Brasil]*, Rio de Janeiro, 25 set. 1946.
- BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 20 out. 1967.

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 8 out. 1988.
- BRASIL. Decreto nº 2.820, de 22 de março de 1879. Regulamenta os contratos de agricultura, de trabalhadores libertos nacionais e estrangeiros. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.
- BRASIL. Decreto nº 3725-A, de 6 de novembro de 1866. Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos neste Império. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.
- BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, *op. cit.*
- BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, *op. cit.*
- BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. *Diário Oficial [da República dos Estados Unidos do Brasil]*, Rio de Janeiro, 12 out. 1890. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, *op.cit.*
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Rio de Janeiro, 10 dez. 1940. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.
- BRASIL. Decreto-lei nº 7.967, de 18 de setembro de 1945. Dispõe sobre a Imigração e Colonização, e dá outras providências. *Diário Oficial [da República dos Estados Unidos do Brasil]*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1945.
- BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Código Criminal do Império do Brazil. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça aos 8 dias do mez de Janeiro de 1831*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.
- BRASIL. Lei de 7 de novembro de 1831. Declara livres todos os escravos vindos de fora do Império, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.
- BRASIL. Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de côr. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Rio de Janeiro, 10 julho de 1951. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.
- BRASIL. Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 10 de janeiro de 2003. Disponível em: <<http://www.portaldainigualdade.gov.br/sobre/>>. Acesso em: 12 maio 2010.
- BRASIL. Lei nº 12.033, de 29 de setembro de 2009. Altera a redação do parágrafo único do art. 145 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, tornando pública condicionada a ação penal em razão da injúria que especifica. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 30 de setembro de 2009.
- BRASIL. Lei nº 12.033, *op. cit.*
- BRASIL. Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, *op. cit.*

- BRASIL. Lei nº 2040, 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 daqueles filhos menores e sobre a libertação anual de escravos. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.
- BRASIL. Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.
- BRASIL. Lei nº 4, de 10 de junho de 1835. Determina as penas com que devem ser punidos os escravos, que matarem, ferirem ou cometerem outra qualquer offensa physica contra seus senhores, etc.; e estabelece regras para o processo. *Registrada nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça a fl. 142 v. do Liv. 1º de Leis aos quinze dias do mez de Junho de 1835*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.
- BRASIL. Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 10 de março de 1967.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 17 jan. 1973.
- BRASIL. Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850. Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos neste Império. *Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*. Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br>> Acesso em 15 abr. 2010.
- BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, *op. cit.*
- BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 6 de janeiro de 1989.
- BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Rio de Janeiro, 23 de dezembro de 1985. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>>. Acesso em: 01 jun 2010.
- BRASIL. Lei nº 9.459 de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 14 de maio de 1997.
- BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 225, de 11 de agosto de 2004. Altera o parágrafo único do art. 145 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para declarar que no crime de injúria qualificada pela utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (art. 140, § 3º, do Código Penal), procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/paulopaim/pages/projetos/projetos2004.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2010.
- BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 6.418, de 2005. Define os crimes resultantes de

- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão Especial. Representação nº 64.978-0/0-00. Des. Fortes Barbosa. São Paulo, 4 de outubro de 2000. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, outubro de 2000.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Primeira Câmara A da Seção Criminal. Recurso em Sentido Estrito nº 00405950.3/9-0000-000. Des. Vicente Luiz Adua. São Paulo, 4 de agosto de 2006. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, agosto de 2006.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Agência Câmara de Notícias. *Debatedores: Constituição de 1988 ainda desafia sociedade*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/agencia/imprimir.asp?pk=123384>>. Acesso em: 2 maio 2010.
- CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. p. 308.
- CANOTILHO, FERRARA e HESSE *apud* SILVA JR., *op. cit.*
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 363-364.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1998, p. 1096-1101.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1993, p. 208.
- CAPEZ, *Curso de Direito Penal*, p. 145.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. V. 2. 9 ed. 2009.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. 2 - 9ª Ed.* 2009
- COSTA PINTO, Luiz de Aguiar. *O Negro no Rio de Janeiro: Relações de Raças numa Sociedade em Mudança*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1953.
- COSTA, Sergio. *A construção sociológica de raça no Brasil*. Estudos Afro-asiáticos.V.24 n.1 Rio de Janeiro, 2002.
- DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, 24 de agosto de 1950, p. 5740, *apud* SILVEIRA.
- DORNELLES, J. R. *O que é crime?* São Paulo: Brasiliense, 1988.
- FERNANDES, Florestan & BASTIDE, Roger. *Branco e negro em São Paulo: ensaio sociológico sobre aspectos da formação, manifestações atuais e efeitos do preconceito de cor na sociedade paulistana*. São Paulo: Cia das Letras Nacional, 1959. FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. São Paulo: Ática, 1978 [1965]. 2 volumes.
- FERNANDES, Florestan & BASTIDE, Roger. *Relações Raciais entre Negros e Brancos em São Paulo*, São Paulo, Anhembi, 1955.
- FERNANDES, Florestan. O debate constitucional das ações afirmativas. In: Santos, Renato Emerson e Lobato, Fátima (orgs.). *Ações Afirmativas: políticas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p.186-187.
- GOMES, Joaquim Barbosa B. *Ação afirmativa e principio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal: dos crimes contra pessoa*. Coleção sinopses jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 8, p. 86..
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, pp. 30-31.
- GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. *Depois da democracia racial*. São Paulo: Tempo Social, v. 18, nº 2, nov. 2006, p. 270.

- GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. *Racismo e Anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2005 [1999], p.30-31.
- GUIMARÃES, Antonio Sergio. A . *Preconceito e discriminação: queixas de ofensas e tratamento desigual dos negros no Brasil*. São Paulo:Ed.34, 2004[1998].
- GUIMARÃES, Antonio Sergio. A. *Classes, Raças e Democracia*. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2002.
- GUIMARÃES, Antonio Sergio. A. *Como trabalhar com “raça” em sociologia*. Educação e Pesquisa, V.29, N.1, São Paulo, jan/jun.2003.
- GUIMARÃES, Antonio Sergio. A. *Depois da democracia racial*. São Paulo: Tempo Social, v.18, nº2, nov.2006.
- GUIMARÃES, Antonio Sergio. A. *Racismo e Anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2005 [1999].
- HÄBERLE, Peter *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 149. O método concretista da Constituição aberta.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Vol. I, Trad. Flávio Bene Siebeneichler. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro. p. 315, 1997.
- HALL, Stuart *apud* PRAXEDES, Rosângela Rosa. Pensando raça e cor com Stuart Hall: algumas reflexões a partir do significado de negro. *In*: Revista Espaço Acadêmico. Nº 36, maio 2004. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br>. Acesso em: 6 maio 2010.
- HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. (org. Liv Sovik) Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 380.
- HASENBALG, Carlos Alfredo. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: evoluções das condições de vida na década de 90*. Rio de Janeiro, INSTITUTO DE PESQUISA ECONOMICA APLICADA, Texto para discussão, nº 807, 2001.
- HERINGER, Rosana. *Políticas de Promoção da Igualdade Racial no Brasil: Um balanço do período 2001-2004*. Artigo elaborado para o I WorkShop da Rede de Estudos de Ação Afirmativa. Rio de Janeiro, 2005.
- HESSE, Konrad. [*Die normative kraft der Verfassung*]. *A força normativa da Constituição*. Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 22-23.
- JACCOUD, Luciana, BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades Raciais no Brasil. Um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 197.
- LAMOUNIER, Maria Lúcia. *Da escravidão ao trabalho livre: a lei de locação de serviços de 1879*. Campinas, SP: Papirus, 1988, 176 p.
- MAGGIE, Yvonne. *Universalism, particularism and the search for new ways to diminish exclusion and inequality*. Pré- Vestibulares para Negros e Carentes. Chicago: 98th Annual Meeting of the American Anthropological Association, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2.000, p. 79.
- MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. *Entre a mão e os anéis*. A lei dos sexagenários e os caminhos da abolição no Brasil. Campinas: Unicamp, 1999, p. 37.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. V. 1, Atlas: São Paulo, 17 ed., 2001, p. 120.

- MIRABETE, Julio Fabrini. *Código Penal Interpretado*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 797.
- MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.mndh.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1686&Itemid=45>. Acesso em: 2 maio 2010. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp/>. Acesso em: 2 maio 2010.
- MOYA, Thais Santos. *Ação afirmativa e raça no Brasil: uma análise de enquadramento midiático do debate político contemporâneo sobre a definição simbólica do estado nacional*. 2009. 186f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal de São Carlos, UFSCar, SP, p. 47.
- MUNANGA, Kabengele (org.). *O anti-racismo no Brasil*. Estratégias e políticas de combate à discriminação racial. São Paulo: Edusp, 1996, p. 85.
- MUNANGA, Kabengele. *O anti-racismo no Brasil*. in: MUNANGA, K (org.) Estratégias e políticas de combate à discriminação racial. São Paulo: Edusp, 1996.
- MUNANGA, Kabengele. *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*. In: BRANDÃO, André Augusto P. (Org.). Cadernos PENESB, n. 05, Niterói, RJ: EdUFF, 2004.
- MUNANGA, Kabengele. *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*. In: BRANDÃO, André Augusto P. (Org.). Cadernos PENESB, n. 05, Niterói, RJ: EdUFF, 2004, p. 22.
- NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.
- GOMES, Nilma Lino. *Caminhos convergentes: estado e sociedade na superação das desigualdades raciais no Brasil*. (ORG) MARILENE DE PAULA, ROSANA HERINGER. Limites e possibilidades da implementação da lei 10.639/03 no contexto das políticas públicas em educação: li HEINRICH BOLL STIFTUNG, 2009.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SILVA, Virgínia Ferreira da. Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação. In: *Sociologias*, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005. pp. 244-259.
- ORTIZ, Renato. *Cultura Brasileira e Identidade Nacional*. in: Memória coletiva e sincretismo científico: As teorias raciais do século XIX, cap. 1, São Paulo: Brasiliense, 2003.
- PIOVESAN, Flávia & GUIMARÃES, Luis Carlos Rocha. *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. in *Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, p. 368, 1998.
- Projeto de Lei do Senado nº 650, de 1999. Aguardando decisão da Câmara dos Deputados, desde 9 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes/>>. Acesso em: 2 maio 2010.¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp/>. Acesso em: 2 maio 2010.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- Relatório do comitê Nacional I - II Conferência Mundial das Nações Unidas contra o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata pra a preparação da participação brasileira na III CONFERÊNCIA MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O RACISMO, DISCRIMINAÇÃO RACIAL, XENOFOBIA E INTOLERÂNCIA CORRELATA (Durban, 31 de agosto a 7 de setembro de 2001). Brasília, agosto de 2001. Disponível em

- <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/discrim/relatorio.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2010.
- SALES JÚNIOR, R. L. *Raça e justiça: O mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça*. 2006. 466f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, Recife.
- SCHWARCZ, Lilia Mortz. *Questão Racial e Etnicidade*. in: MICELI, Sérgio (Org.). *O que ler nas Ciências Sociais Brasileiras (1970 – 1995)*. *Antropologia*. Vol. II, Sumaré e ANPOCS, São Paulo, p. 267-326, 1999.
- SCHWARCZ, Lilia Mortz. *Questão Racial e Etnicidade*. in: MICELI, Sérgio (Org.). *O que ler nas Ciências Sociais Brasileiras (1970 – 1995)*. *Antropologia*. Vol. II, Sumaré e ANPOCS, São Paulo, p. 267-326, 1999; e ORTIZ, Renato. *Cultura Brasileira e Identidade Nacional*. in: Memória coletiva e sincretismo científico: As teorias raciais do século XIX, cap. 1, São Paulo: Brasiliense, 2003.
- SILVA JÚNIOR, Hédio *apud* SALES JÚNIOR, *in Reflexões sobre a Aplicabilidade da Legislação Anti-Racismo*. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0080.pdf> . Acesso em: 24 out. 2007, p. 2.
- SILVA JÚNIOR, Hédio. *Reflexões sobre a Aplicabilidade da Legislação Anti-Racismo*. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0080.pdf> . Acesso em: 24 Out 2007.
- SILVA, Marieta Borges Lins e. Capoeiras e capoeiristas (2). *Jornal do Comércio*, nov. 2006. Disponível em < http://www.capoeira-infos.org/ressources/presse/capoeira_capoeirista.html>. Acesso em 10 maio 2010.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias do STF. *STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291&caixaBusca=N>>. Acesso em: 2 maio 2010.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias do STF. *STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus*. *Op. cit.*
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias do STF. *STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus*. *Op. cit.*
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias do STF. Voto do Ministro Maurício Correa. *STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus*. *Op. cit.* Voto do Ministro Maurício Correa.
- VALLE E SILVA, Nelson do. *O preço da cor*. diferenciais raciais na distribuição de renda no Brasil. *Pesquisa e planejamento econômico* 10, n.1, 1980.
- VAN DIJK, Teun Adrianus. (Org.). *Racismo e discurso na América Latina*. São Paulo: Contexto, 2008, p. 75.
- VIEIRA *apud* GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *A intervenção penal para a proteção dos direitos e liberdade fundamentais: linhas de acerto e desacerto da experiência brasileira*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2955>>. Acesso em 06 de abril de 2008.
- VIEIRA, Moisés Moreira. *Os crimes de racismo em face do conceito sociológico de raça*. Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/moisés_moreira_viera.pdf>. Acesso em: 4 maio 2010.

Anexo I
Acórdãos tabulados

Anexo II

Expressões utilizadas para ofender

serviço de preto" serviço de porco"
"é por causa da cor"
"temos que matar esses negros"
"é assim mesmo, preto quando não caga na entrada, caga na saída"
"preto sujo escondido atrás de uma farda de merda"
"somente branco deveria poder entrar para a polícia militar"
não sou da laia, não sou da raça de domingues
"preto, polícia e biscate só dão trabalho"
"como diz o ditado polícia, preto, puta e pobre é uma merda"
"negrão cor de merda"
"preta e preta não colocar a mão em mim"
esta negra gostosa daria um bom dinheiro na zona"
sua cor e presença me incomodam
you entra nos locais sorrateiramente, como uma ladra
you é insolente, atrevida.
devido a sua cor negra
"eu não queo ser atendida por you, pois you é
lha a sua cor, só poderia ser preto, you tem atitudes de King Kong e de macaco"
"fala baixo como gente seu preto"
"bruxa e negra vagabunda"
O trabalho assevera que o índio e o negro são raças de (...) espírito indoíente"
há raças que "(...) afundam (...) o nosso país
"Sem a formação "pura" de um europeu, isto é, com os relacionamentos inter-raciais, e mesmo sem se chegar a tanto, apenas com raças como os negros e os índios, não há um povo educado, ético, honesto e inteligente"
"A mistura de raças, segundo o réu, dilacera os valores morais"
que não gostava de negro e que negro deveria morrer
"a querelada não gosta de negros e, além de a chamar de negra, a chama de fedida e diz que ela nunca irá se casar e falando que irá acabar com a vida da querelante. (...) a querelada está induzindo as demais colegas a fazerem o mesmo com ela, sugerindo que elas não se sentem em bancos utilizados pela querelante para não pegar podridão"
serviço de porco ou serviço de preto
"macaca de tailleur metida a besta"
"teve acesso obstado à tribuna de honra do clube sob a premissa de que a tribuna de honra do clube só se destinava às pessoas de raça branca"
esse neguinho não namora minha filha
com essa gente
essa rapaz não é pra you
"tinha que ser preto"

Anexo III

Tabela de xingamentos

xingamentos para mulheres	quantidade em que aparecem		xingamentos para homens	quantidade em que aparecem
macaca	3		preto	7
negra safada	1		negro sujo	1
negra folgada	1		marginais	1
piranha	1		macaco	9
vagabunda	4		preto sujo	1
negrinha da favela	1		cor nojenta	1
ladra	1		preto nojento	1
negra nojenta	1		azulão	1
negra fedorenta	3		cor de merda	1
piranha	1		negrão	1
preta	2		vagabundo	1
biscate	2		urubu de gaiola	1
filha da puta	1		nego	1
negra sem vergonha	1		crioulo	2
negra fedida	2		King Kong	1
bruxa	1		filho da puta	1
negra vagabunda	1		"negro sapo"	1
negra	1		preto fedido	1
negrinha	1		preto de merda	1
negra preta	1		nojento sujo	1
			macaco fedorento	1
			hipócrita	1
			sub-raça	1
			negrinho	1