



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA
– FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VIVIANE CORDEIRO DA SILVA

A EFETIVIDADE DAS LEIS ANTIRRACISTAS NO BRASIL

BARBACENA
2011

VIVIANE CORDEIRO DA SILVA

A EFETIVIDADE DAS LEIS ANTIRRACISTAS NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Rafael Francisco de Oliveira.

**BARBACENA
2011**

Viviane Cordeiro da Silva

A EFETIVIDADE DAS LEIS ANTIRRACISTAS NO BRASIL

Monografia apresentada à universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Rafael Francisco de Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Me. Vilmara Lúcia Rodrigues Teixeira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Fernando Antônio Mont'Alvão do Prado
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em ___/___/___

AGRADECIMENTO

A Deus pela força espiritual que tem me dado todos os dias;

A todos aqueles que acreditaram no meu potencial;

Ao professor Rafael pela orientação e incentivo.

RESUMO

O Direito combate a discriminação racial para proteger a igualdade. Por isso faz surgir um conjunto de normas que compõem o direito da antidiscriminação racial. O mesmo é composto por duas arenas normativas; leis antirracistas e ações afirmativas. Neste trabalho analisamos a trajetória das principais leis e políticas públicas deste sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Racismo, Leis Antirracistas, Ações Afirmativas, Direito e Políticas Públicas Antidiscriminatórias.

ABSTRACT

The Law fighting racial discrimination to equal protection. For this raises a set of standards that make up the racial anti-discrimination law. The same is composed of two regulatory arenas, anti-racist laws and affirmative action. In this paper we analyze the trajectory of the main laws and public policies of this system.

KEYWORDS: Racism, anti-racist laws, Affirmative Action, Anti-discrimination Law and Public Policy.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	HISTÓRICO.....	08
3	COTAS RACIAIS.....	11
4	LEIS ANTIRRACISTAS E IGUALDADE FORMAL	13
4.1	A formação sócio histórica e o marco legal das leis antirracistas no Brasil	13
4.1.1	A Lei Afonso Arinos	14
4.1.2	A Lei Caó	15
4.1.3	A injúria racial.....	17
4.2	Aplicabilidade das leis antirracistas: igualdade formal X racismo institucional	18
5	ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL	25
6	AS POLÍTICAS PELA EFETIVIDADE DAS LEIS CONTRA O RACISMO INTERNACIONAL.....	26
7	CONCLUSÃO.....	27
	REFERÊNCIA.....	29

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho vem elucidar a problematização das discriminações em virtude de uma pré-compreensão no sentido de que muitos equívocos e incompreensões cercam o tema em mesa, bem como que o mesmo é sobremaneira influente na própria questão de sua efetividade e da legitimidade.

A efetividade, no presente texto deve ser entendida, como sendo os efeitos concretos que se pode racionalmente expectar das ações afirmativas, ainda que sob uma análise teórica do tema. Compreender a eficácia é da máxima importância, haja vista que é através de seu estudo que se pode melhor dividir quais efeitos se podem esperar das políticas em tela e quais efeitos não se mostram plausíveis delas expectar, bem como aferir eventuais efeitos negativos ou indesejáveis.

Essa é a ideia deste estudo e a importância das próprias ações afirmativas; qual seria a contribuição do direito a uma nação que, assumindo-se desigual, deseja a igualdade racial? Muito mais do que simples regras punitivas de natureza penal, o que se busca é um compromisso estatal, uma consciência do racismo existente e um firme posicionamento em combatê-lo, com políticas que visem a incluir e dar visibilidade.

Reafirmar a adoção de políticas afirmativas é fundamental para reparar os prejuízos causados por séculos de escravidão.

O Brasil tornou-se uma das maiores economias mundiais por meio do trabalho de brancos, índios e negros. Por isso, nos negros queremos ver nossa história reconhecida, registrada e respeitada!

2 HISTÓRICO

A luta do povo negro no Brasil teve início no século XVI, quando eram capturados em suas terras na África, e, tal como animais, eram escravizados e trazidos para cá nos navios negreiros. Os negros - a não ser com raríssimas exceções-, não tinham e não têm vez nem voz.

Nossa referência mais pontual nessa batalha que atravessa os séculos, é o grande líder Zumbi dos Palmares que, a partir de 1670, passou a comandar a luta pela liberdade e cidadania do povo negro no Brasil.

Os ideais de Zumbi impulsionaram as vidas de abolicionistas como Joaquim Nabuco, Castro Alves, Rui Barbosa, José do Patrocínio, André Rebouças, Luís Gama, Antônio Bento e de tantos outros, anônimos ou não, brancos e negros, homens e mulheres. Pessoas que se levantaram contra o pensamento escravocrata e racista. Raiz do pensamento que infelizmente ultrapassou os séculos e resiste até hoje. Os abolicionistas queriam mostrar à sociedade da época que os negros eram simplesmente seres humanos e a cor da pele era a única diferença. Queriam mudar a forma de pensar e agir das pessoas queriam justiça. (PAIM, 2006)

Devemos nos lembrar que, em 1845, por ver que o Brasil não cumpria acordos, a Inglaterra decreta o “Bill Aberdeen” - que dava a esse país o direito de aprisionar navios negreiros, inclusive se estivessem em águas brasileiras, e o permitia julgar os seus comandantes. E que, apesar disso os escravocratas não recuaram. Ao contrário, o tráfico e os valores dos escravos aumentaram. (PAIM, 2006).

Foram 17 anos de lutas e perseguições entre a Lei do Ventre Livre e a Abolição. Os escravocratas queriam manter o “status quo”. Enfim, a luta dos abolicionistas é vitoriosa e em 13 de maio de 1888 a Lei Áurea foi assinada pela Princesa Isabel: os negros estavam libertos. É bom lembrar que o Brasil foi o último país a acabar com a escravidão. (PAIM, 2006)

Com a assinatura da Lei Áurea os negros alcançaram a liberdade, mas não obtiveram direitos.

Não foi dado aos negros o direito à terra, à educação e nem sequer ao trabalho remunerado.

Com a abolição, as oligarquias da época se sentiram ameaçadas, afinal, o

país já era de maioria negra. Porém, uma maioria que compunha as classes mais baixas. Assim, a arma encontrada pelos escravocratas foi fortalecer o racismo. (PAIM, 2006)

De dominados os negros passaram a excluídos. Situação que permanece até os dias de hoje.

Devemos lembrar 13 de maio de 1888 como uma data importante. A batalha dos abolicionistas não foi em vão. A partir da liberdade, pequenas conquistas foram avançando lentamente, passo a passo. Hoje já ultrapassamos mais de um século da Lei Áurea, contudo, infelizmente a batalha entre os que defendem os princípios abolicionistas e os escravocratas perdura. (PAIM, 2006).

Foi por defender o princípio da igualdade que, em 1951, tivemos a aprovação da Lei Afonso Arinos e em 1988, a Constituição declara em seu artigo 5º, inciso XLII, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Em 1989 tivemos a Lei Caó que regulamenta o princípio constitucional para combater o racismo. Em 1997, aprovamos, por unanimidade, a Lei 9.459, de que, entre outras coisas, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, condena o nazismo e considera a injúria também crime inafiançável. (PAIM, 2006).

Todos sabem que a cor não determina a capacidade de um ser humano, ela é apenas uma diferença, assim como o tamanho dos pés, a como a cor dos olhos, como a altura, como a forma dos cabelos.

Temos orgulho de sermos o que somos, mas é vergonhoso vivermos em um mundo onde os negros são tratados como seres inferiores. Lamentamos pelo atraso e pelas marcas que esse tratamento, sinônimo de desumanidade, registram na história da nossa Nação. (PAIM, 2006).

Queremos políticas públicas e privadas que abram espaços para a nossa gente tão sofrida.

Revolta-nos ver que nossos jovens, ainda hoje, figuram nas listas dos assassinados, dos marginalizados. São maioria nas prisões, entre os desempregados e entre aqueles que dependem do salário mínimo. (PAIM, 2006).

A consciência humana já não aceita mais imprimir às desigualdades raciais um tom superficial.

Aprofundar o debate interno dentro de nós mesmos é um passo importante demais, é a consciência de cada um que se expande para o coletivo. E quando isso

é compartilhado, a sociedade também aprofunda o debate e o resultado é o bem do coletivo.

Queremos que o Brasil avance. Tal como aconteceu nos Estados Unidos. Lá em 1964, depois de muitas batalhas lideradas por Martin Luther King, a Suprema Corte reconheceu os Direitos Civis dos Negros Norte-Americanos. Em seguida o Congresso referendou. O Brasil está, no mínimo, meio século atrás dos Estados Unidos em matéria de cidadania para o povo negro.

Queremos reafirmar que a adoção de políticas afirmativas é fundamental para reparar os prejuízos causados por séculos de escravidão. Pedimos a Deus que os dias gloriosos pelos quais tanto sonhamos e lutamos cheguem logo. Dias em que os seres humanos serão respeitados em suas diferenças e onde a plena cidadania seja assegurada a todos. (PAIM, 2006).

Vida longa às ideias de Zumbi dos Palmares e de todos aqueles que tombaram, mas que perpetuaram seus ideais em defesa dos negros, dos brancos, dos índios, das mulheres, das crianças, dos homossexuais, dos idosos e de todos os que são discriminados. Que a força de todos esses grandes guerreiros seja nossa inspiração, nossa fonte de energia para os dias de luta que ainda vamos enfrentar. (PAIM, 2006).

Essa luta é pelo bem de todos, não contra alguém. Acreditamos que a essência de cada um aponta para o fim da discriminação, para o fim de tudo aquilo que fere mortalmente a grandeza de espírito para a qual fomos criados.

Às vezes somos criticados por defendermos os negros, os índios, os idosos, aposentados ou não, as crianças, as mulheres, a livre opção sexual, os sem-teto, os sem-terra, os desempregados, os assalariados, os marginalizados, enfim, aqueles discriminados, sejam brancos, negros, índios ou qualquer outra etnia. Que nos critiquem, pois essa é a crítica da hipocrisia. Crítica daqueles que não querem que a raça humana seja, efetivamente, só uma. Onde todos tenham lugar ao sol, abrigados pela sombra da mãe natureza. Vida longa aos senhores e senhoras, lutadores da liberdade e da igualdade. (PAIM, 2006).

3 COTAS RACIAIS

As cotas raciais constituem simplesmente uma espécie do gênero ações afirmativas. Mesmo restringindo o debate a políticas públicas, configura-se a possibilidade de outros meios de garantir acesso ou privilégio ao emprego e à educação para contingentes raciais historicamente excluídos que não as cotas (não sem questionamentos sobre sua eficácia), como o uso da raça como critério de seleção interna de cargos ou mesmo o acompanhamento privilegiado dessas minorias com incentivos estatais. Exemplos brasileiros próximos são o programa de bolsas de estudo voltado para afrodescendentes interessados na carreira diplomática, desenvolvido pelo Itamaraty, ou mesmo os cursos pré-vestibulares da ONG Educafro.

A pré-história do sistema de cotas é o simples encorajamento estatal para que os indivíduos, em suas funções coletivas, façam escolhas que levem em consideração a raça. Após o relativo fracasso desse intento é que se passa a buscar construir as políticas de cotas rígidas e de metas estatísticas para a presença de negros, principalmente no ensino superior, no mercado de trabalho e na mídia.

Resta deixar evidente que a adoção de uma ação afirmativa, não restringe a adoção de outras, que podem ser complementares. Inclusive, no tocante à políticas de cotas, não existe possibilidade alguma de sucesso de uma educação diversa se são aplicadas de forma isolada, pois assim possibilitam apenas a oportunidade de acesso dos negros aos meios universitários. Uma política de cotas isolada, sem uma análise mais profícua em políticas de afirmação da permanência do negro universitário, é inócua.

A grande discussão dos limites constitucionais das ações afirmativas se estipula em torno da política de cotas. Cabe aqui reafirmar a noção de que a Constituição e o ordenamento jurídico brasileiro não têm problemas com a discriminação desde que seu motivo seja justo, na forma do texto constitucional. E é um motivo bastante justo a promoção da igualdade racial, tendo em vista as discrepâncias de nossa longuíssima escravidão, de nosso racismo arraigado que culminou num deliberado de embranquecimento, como configurado todo este trabalho.

Assim, concordando com tese de que alegar a inconstitucionalidade do

sistema de cotas e aprovar a ideia de usar a raça como critério em programas de metas é incoerente. É nesse ponto que articulamos a possibilidade de ações afirmativas inconstitucionais, as ditas cotas cegas. Tais cotas não recaem num necessário escrutínio dos objetivos da ação afirmativa específica, ignoram a índole compensatória e não possuem um reflexo próximo da exatidão dos índices estatísticos da discriminação racial.

Além de resguardar um equilíbrio com o contingente populacional de minorias, as cotas devem ter como pressuposto uma característica flexível e temporária. Elas são medidas paliativas e ontologicamente vinculadas às estatísticas raciais de instituições e da sociedade como um todo. Por isso, qualquer programa de cotas deve ter uma revisão periódica e uma análise profunda de seus resultados em busca da igualdade racial. Por fim, por mais que seja inserida pela própria universidade, em sua autonomia, por empresas privadas ou mesmo pela iniciativa do poder público, toda ação afirmativa que seja pautada em noção de cotas rígidas deve ser temporária, ter um prévio debate e uma justificativa que salientem a dinâmica do processo em relação à comunidade em que é aplicada, com especial atenção à necessidade de um sistema que se aproxime da paridade estatística em relação a cota destinada a minorias e sua relação com o contingente populacional local.

4 LEIS ANTIRRACISTAS E IGUALDADE FORMAL

O fenômeno da discriminação no Brasil é incompatível com a ideia de descriminalização, porque é tão absolutamente generalizado que a criminalização acaba banalizando-o (SILVA Jr. 2001).

Se quisermos compreender um importante lado do combate ao racismo deveríamos fazer uma análise sobre as leis criadas para reprimi-lo. Elas, geralmente, estabelecem a proibição de discriminações intencionais por motivo de raça, cor, etnia, religião ou origem. Como afirmamos mais acima, os preceitos que proíbem a discriminação direta se desenvolveram primeiro em nosso ordenamento jurídico, geralmente, tratar igualmente significava não permitir privilégios, reivindicando igual proteção entre os cidadãos e impor ao Estado o dever de editar regras gerais impessoais, não individuadas (SILVA Jr., 2002).

No combate à discriminação direta, portanto, a proteção da igualdade formal teve início com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, pois, em seu artigo 113, I proibia a distinções por motivo de raça. A rigor a Constituição de 1891, ao asseverar que todos seriam iguais perante a lei, também ensejava a proibição das discriminações, contudo, essa norma se estabeleceu de modo genérico, não havendo atribuição específica à raça.

Somente com a regulamentação trazida pela já revogada lei Afonso Arinos o Brasil começou a contar com uma legislação antirracista. Uma norma desta natureza tem por objetivo o combate à discriminação intencional ou direta, tipificando condutas reprovadas socialmente a ponto de serem inclusas no estatuto penal brasileiro.

Neste capítulo iremos analisar os impactos e desdobramentos das principais leis antirracistas entre nós, principalmente a forma com a qual o Poder Judiciário veio interpretando tais postulados. Para isto iremos utilizar pesquisas abalizadas feitas para verificar o grau de efetividade destas leis frente a sua aplicação pela justiça. A fim de corroborar esta narrativa também iremos citar alguns casos de racismo divulgados em jornais de grande circulação.

4.1 A formação sócio histórica e o marco legal das leis antirracistas no Brasil

4.1.1 - A lei Afonso Arinos

Ela tem eficácia, mas não tem funcionamento formal, porque é muito raro, raríssimo, que ela provoque um processo que chegue à conclusão judicial. (...) A lei funciona mais um caráter jurídico. Uma vez verificada a infração penal, se a vítima apresenta queixa à polícia, habitualmente a coisa se resolve ali. Normalmente ou o agente, infrator, desfaz a razão da queixa ou se procura outro tipo de acomodação (...). É falso dizer que ela é ineficaz. Mas eu reconheço que ela não tem uma normalidade de aplicação penal (AFONSO ARINOS, apud FULLIN, 2002:22-3).

Como foi dito, a rigor em nossa história republicana, o Direito é tocado pelas relações raciais objetivamente a partir dos anos 50 com a entrada em vigor da lei 1390 de 1951, a famosa lei Afonso Arinos. Essa norma veio regulamentar o postulado no artigo 113, I da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 e durante quase 40 anos, apesar da baixa efetividade, foi tida como o único instrumento sobre o tema no ordenamento jurídico pátrio. Tratava-se de um sistema normativo que visava combater, como contravenção penal o “preconceito de raça ou de cor”.

De autoria do então deputado Afonso Arinos com a participação de seu colega

Gilberto Freire, a lei foi proposta devido à discriminação sofrida pela coreógrafa Katherine Dunham e pela cantora Marian Anderson. Ambas afro-americanas e famosas foram impedidas de ingressar no Hotel Esplanada em São Paulo em 1950. Esse fato gerou um incidente internacional amplamente divulgado nos jornais da época. Tal repercussão abalou a imagem da “democracia racial brasileira”, fortemente ventilada nesse período e, é apontado por pesquisadores como a principal justificativa para a proposta da referida lei no ano seguinte ao incidente. Isso se confirma pela análise das condutas descritas nessa legislação, pois, elas visavam coibir situações como as enfrentadas pelas norte-americanas.

De um modo geral, a lei continha oito artigos e tipificava condutas como a recusa ao atendimento de pessoas negras em hotéis, clubes e lojas, proibia a recusa de negros em empregos públicos, privados e nas escolas. Em que pese ela tenha se tornado famosa e vigorado por mais de três décadas, essa legislação não atingiu seus objetivos, haja vista, os poucos casos de discriminação processados e a

constatação de que nenhuma condenação ocorreu durante sua vigência, fato reconhecido pelo próprio autor da lei como citamos acima.

Vários estudos apontaram, por razões diversas, a falta de efetividade da lei Afonso Arinos. As causas para esse fracasso são resumidas da seguinte forma: a dinâmica das condutas tipificadas na lei era de difícil provação por conta, sobretudo, de o autor, geralmente, ter posição social superior a da vítima; a lei tipificava poucas condutas (não contemplando inúmeras situações de discriminação); o fato de ser tipificada como contravenção penal - vale dizer, infração de menor gravidade com penas muito brandas para esse tipo de conduta - e os entraves que as autoridades judiciais criavam para o processamento dos feitos (que não raramente tentavam fazer da vítima o autor da discriminação).

Esses fatores acabam por promover uma desmotivação das vítimas de racismo que assim não levam muitos casos às autoridades. Isto também é apontado por alguns pesquisadores como justificativa para a não efetividade da referida lei.

Silva (1994) aponta que a lei teve como pontos positivos o fato de, pioneiramente, descrever condutas racistas e também contribuir para reduzir discriminações raciais explícitas. Por outro lado, esse mesmo autor revela que após lei, a discriminação fora escamoteada por práticas como a exigência de boa aparência (no lugar dos anúncios discriminatórios) e da inexistência de vagas em escolas, restaurantes, hotéis, etc., (para não se dizer que o ingresso de negros era proibido). Somem-se a isto as reprovações em exames psicotécnicos e entrevistas que passaram a ser usadas como justificativa para a não contratação de afro-brasileiros no mercado de trabalho.

Merece uma análise mais acurada a atuação das autoridades judiciais para a não concretude desta lei. Tal constatação, presente nos estudos sobre o tema, nos revela a existência da prática do que se convencionou chamar de “racismo institucional”, sobre esse assunto falaremos mais adiante, por ora registre-se que a postura das autoridades judiciárias se estabeleceu desde o início como um dos grandes entraves para a efetividade do combate ao racismo no Brasil.

4.1.2 A Lei Caó

A Constituição de 1988, ao estabelecer o racismo como crime, revogou a lei Afonso Arinos e com o objetivo de regulamentar o artigo 5º, inciso XLII44 da Lei Maior foi criada a lei 7716/89, a chamada lei Caó (em homenagem ao seu autor, o deputado constituinte Carlos Alberto de Oliveira do Rio de Janeiro⁴⁵) que ampliou o número de condutas consideradas racistas. Na mesma linha da lei anterior, esse diploma legal também busca coibir condutas racistas do tipo: proibir pessoas negras de acessarem o mercado de trabalho, serem atendidas em estabelecimentos comerciais, serem matriculadas em estabelecimentos de ensino, dentre outras.

A lei avançou na técnica legislativa e usando expressões mais abrangentes possibilitou que vários casos, antes não reprimidos, já que esbarravam no princípio da reserva legal, fossem considerados como crime.

No ano de 1997 a lei recebeu uma alteração que possibilitou punir a prática, a indução e a incitação de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, além de tipificar as condutas nazistas.

Em que pese alguns avanços sejam reconhecidos, os pesquisadores não poupam críticas à referida lei. Para uns, ela, na mesma forma da lei Afonso Arinos, seria apenas simbólica e funcionaria como um sinalizador para que as pessoas tomassem precauções quando praticassem discriminação (SILVA, 1994). Para outros, o fato da Constituição ter estabelecido o racismo como crime inafiançável e imprescritível, torna a pena desproporcional se comparada a condutas mais graves, como o homicídio culposo (DELMANTO, 2002).

Alguns estudos que encontramos sobre a lei Caó apontam que ela, na mesma linha de sua antecessora, padece de falta de efetividade⁵¹. São poucos processos e condenações frente ao grande número de casos divulgados pela mídia. Analisando os processos judiciais, autores apontam situações inacreditáveis que revelam grande esforço das autoridades do sistema judicial para que o crime de racismo não fosse configurado.

A lei descreve condutas que se coadunam com a discriminação direta de modo explícito. Para haver tal tipificação o agente deveria assumir uma postura francamente discriminatória, fato difícil de ser comprovado. As literaturas da sociologia, antropologia e até mesmo do direito geralmente descrevem a discriminação existente no Brasil com sendo velada e não explícita. Esse caráter sociológico, por si só, já comprometeria a efetividade dessa legislação.

Como se dava com a legislação anterior, outro fator apontado para não

efetividade da lei é a postura negligente dos operadores do direito em relação ao devido processamento dos casos de racismo levados à justiça. Vale dizer, os casos de racismo explícito ocorrem em menor número e são de difícil comprovação, mas dentro deste universo, que não é insignificante, os operadores do direito, de um modo geral - influenciados pela “democracia racial” - tendem a considerar a prática de discriminação algo “desimportante”. Dessa forma, eles entendem ser a penalidade dessa infração excessiva, desproporcional, e por conta disso, desqualificam o motivo racial das condutas, não aplicando a lei antirracista (MEDEIROS, 2003).

As pesquisas dos autores citados parecem revelar certo racismo institucional do Poder Judiciário nos processos relativos à lei Caó como um importante entrave à aplicação da mesma, ou seja, é fato que a desídia das autoridades judiciais na aplicação dos princípios e regras anti-discriminatórias tornou-se também uma barreira para a efetividade das leis antirracistas no Brasil. Investigaremos com mais profundidade adiante, por aqui devemos ressaltar que existem casos de condutas explícitas que poderiam ser interpretadas como racistas, porém percebe-se uma grande negligência das autoridades judiciárias relutando em aplicar a lei conforme a vontade do constituinte.

A referida lei veio sofrendo alterações que incluíram outros grupos como passíveis vítimas de discriminação. Os projetos de lei federal sobre discriminação, conforme vêm sendo aprovados, estão transformando a Lei Caó - que tradicionalmente tratava somente da discriminação em relação às pessoas negras - num verdadeiro e amplo estatuto contra a discriminação.

4.1.3 A injúria racial

Para ajudar a dar mais concretude na luta contra o racismo foi criada a lei 9459/1997 que promoveu uma alteração na legislação criminal acrescentando o parágrafo §3º ao artigo 140 do Código Penal criando a figura típica da injúria racial.

Esse tipo de injúria tem a pena qualificada e vem, para parte da doutrina, tendo efeitos mais positivos do que as leis anteriores, haja vista o grande número de casos processados na justiça. Essa norma, por um lado, tem se mostrado mais

eficaz no combate à discriminação por conta do impacto negativo conferido à imagem dos agentes na mídia. Por outro lado, os estudos já citados apontam que essa legislação passou a ser usada pelos profissionais do direito de forma intensa, na prática, para substituir a lei Caó.

Após a implementação da injúria racial (estabelece pena mais severa do que a injúria, contudo, a penalidade é menor do que a do crime de racismo) ampliou o número de casos de discriminação racial no judiciário. Segundo os pesquisadores citados, isso ocorreu também porque várias condutas racistas passaram a ser tipificadas como injúria racial. Significa dizer: em muitas situações, as vítimas sofreram racismo direto – previsto na lei Caó - mas essa conduta é desclassificada para uma capitulação em injúria racial, possibilitando ao infrator o direito à fiança, a responder ao processo em liberdade ou mesmo à suspensão condicional do processo nos termos da lei 9099/95.

4.2 Aplicabilidade das leis antirracistas: igualdade formal x racismo institucional

Minhas conclusões mais gerais são duas. Primeira, que a discriminação racial no Brasil anda de mãos dadas com o abuso da autoridade e com a arbitrariedade dos agentes sociais. (GUIMARÃES, 1999:92).

Guimarães (1999) fez uma análise sociológica sobre o processamento de vários casos de discriminação racial. A pesquisa examinou 31 boletins de ocorrência em Salvador, 275 queixas na Delegacia de Crimes Raciais de São Paulo e também 547 matérias de jornais relativas a 201 casos de discriminação racial que vitimaram 296 pessoas negras.

Para além de confirmar as constatações já referidas sobre as legislações antirracistas, o autor ressalta ainda que, ao criminalizar de discriminação explícita, a legislação deixa de levar em conta o fato da discriminação no Brasil também ocorre por práticas mais veladas, muitas vezes de difícil comprovação. Por outro lado, ele também assevera que, em muitos casos, as autoridades acabam tipificando como injúria racial, condutas que flagrantemente deveriam ensejar sanção mais grave, prevista na lei 7716/89.

Outra pesquisa realizada na Universidade Federal do Pernambuco quantificou o número de ocorrências de discriminação racial registradas nas delegacias da região metropolitana no Recife e constatou que, nos últimos sete anos, dos 160 casos de racismo registrados nas delegacias, apenas 3% foram julgados por esse mérito. Mais de 80% sequer se transformaram em inquérito policial. Para Sales Jr. (2006:229) autor da pesquisa, “existe uma hegemonia branca no sistema jurídico nacional que reproduz práticas e valores que mantêm a hierarquia racial da época da escravidão. Ele aponta a existência de padrões de decisão (nos processos judiciais) que ampliam a incriminação e punição quando os réus são negros, ao mesmo tempo em que facilitam a impunidade para réus brancos. Dessa forma, nos casos de discriminação racial há uma forte tendência para a não punição”.

Ainda segundo o pesquisador “o racismo é encarado como problema de expressão verbal ou um simples mal-entendido entre alguém que ofende e alguém que se ofende”.

A pesquisa, na mesma linha dos demais estudos, aponta que a maior parte dos casos de racismo recebe classificação como injúria qualificada por motivo de raça. Isso ocorre, segundo ele, porque a única forma de comprovar o conteúdo racista da conduta é se ocorre uma expressão verbal que designe tal situação e, se ocorre tal expressão, ainda que a conduta seja prevista na lei Caó, o caso é tipificado como crime de injúria qualificada e não como racismo. Por isso as denúncias são mais enquadradas no tipo penal da injúria qualificada, não do crime de racismo.

Em entrevista concedida ao Jornal Folha de São Paulo, Silva Jr. informa ter localizado 200 processos de racismo em curso em 24 capitais do Brasil, contudo alerta que:

As ações civis de natureza indenizatória têm apresentado mais possibilidade de êxito, talvez pela resistência dos operadores do direito, que entendem que a pena de prisão seria muito vigorosa para um fato que julgam de menor importância. De 250 ocorrências de racismo na Delegacia de Crimes Raciais de São Paulo, nenhuma resultou em condenação. Na área criminal, a jurisprudência que tem sido firmada é desfavorável à punição dos acusados. Hoje, tenho dúvidas se estávamos corretos em exigir a criminalização do racismo na Constituição. O fenômeno da discriminação no Brasil é incompatível com a ideia de criminalização, porque é tão absolutamente generalizado que a criminalização acaba

banalizando-o. Você tem um crime imprescritível, afiançável, punido com pena de reclusão, e um cotidiano que gera um descrédito na sociedade e nas vítimas em relação à aplicabilidade dessa lei. (SILVA Jr. 2001:03).

Esse autor ainda revela que nos processos-crime de racismo, a Justiça Criminal dos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Bahia, registrava, em 1997, apenas 09 casos de condenação (desde julho de 1951, data da promulgação da Lei Afonso Arinos).

Piovesan e Guimarães (1998) atestam que a inefetividade da legislação antirracista reflete as resistências do próprio Poder Judiciário em implementá-la, por razões de natureza ideológica (já que muitos ainda têm a falsa crença no mito da democracia racial brasileira) e, por vezes, pelo fato de ignorarem a existência do aparato normativo de combate à discriminação racial.

O que se observa, ao longo de nossa história republicana, é o aparelho repressor do Estado com algumas disfunções críticas inibidoras da materialização da vontade constitucional (para quem a prática de racismo se constitui em atitude tão reprovável a ponto de ser tipificada como imprescritível e inafiançável). Os estudos citados apontam muitos interpretes do direito sendo “sabotadores” da concretude das leis antirracistas porque, muitas vezes, conferem ao fato mais grave (racismo) uma tipificação menos gravosa (injúria racial).

Como exemplo, do que está sendo afirmado podemos citar o caso de um cidadão negro que é impedido de entrar num clube. Indignado com o fato, ele reclama e se envolve numa discussão com a pessoa que proibiu a sua entrada. No furor do bate-boca, o infrator acaba por proferir uma injúria racial contra a vítima. Levado o caso à delegacia, a conduta racista (de impedir a entrada de um negro no clube) desaparece e só o que se evidencia no boletim de ocorrência, ou no processo judicial é a injúria racial. Tal situação revela uma distorção no modo de adequar o fato à norma. No caso, o desenvolvimento das investigações deveria apontar a ocorrência de duas condutas autônomas (racismo e injúria racial) ou somente o crime de racismo, aplicando-se o princípio da consunção.

No entanto, a postura da autoridade policial, do promotor, dos juízes, muitas vezes é tecnicamente imperfeita, pois, contraria as regras de interpretação da norma penal.

Buscamos assentar até aqui que historicamente existem algumas

imperfeições no modo de interpretar e aplicar às leis contra as condutas racistas no Brasil. Tal fato poderia revelar que em alguns casos a lei não é devidamente aplicada por conta de certo racismo institucional do Poder Judiciário. Esse fato também é impeditivo para a efetividade do combate à discriminação racial.

A partir de agora poderemos discorrer melhor sobre o racismo institucional junto ao Judiciário, esse fenômeno sócio jurídico que permite não dar a devida aplicação às leis antirracistas. Vamos apontar seus efeitos e analisar as políticas públicas que vêm contribuindo para a sua redução.

Como já assentado no primeiro capítulo, o racismo institucional tem a ver com a influência que determinado comportamento social equivocado promove na atuação dos profissionais em determinado ambiente organizacional. Certos profissionais ao atuarem em suas funções acabam também por reproduzir condutas reprováveis, eis que eivadas de vícios preconcebidos ou discriminatórios. Assim ocorre a perpetuação de situações de injustiças cristalizadas historicamente e de difícil transformação.

O Racismo tem forte conteúdo ideológico repercutindo nos pensamentos e ações.

Como afirma Jurema Werneck (2002:18) “Não é difícil reconhecer que sua vigência (racismo institucional) influencie as relações entre todos os grupos a ele exposto, em especial nas relações entre os racialmente dominantes (os brancos) e os racialmente inferiorizados (negros e indígenas)”.

Esse comportamento pode ser explicado pela forte influência da “democracia racial” no “modus operandi” dos profissionais jurídicos. O aplicador do direito não atua em conformidade com o ordenamento, pois, parte do princípio de que a discriminação racial não é algo tão relevante, ou que o racismo não deveria ensejar penalidade tão rigorosa, tendendo nesse momento buscar “desracializar” o real motivo da conduta criminosa. Isto pode significar que atos condenáveis passem a ser “tolerados” e as ações antirracistas, nesse sentido, perdem força na medida em que as autoridades partem do pressuposto da ausência de motivação racial nas condutas criminosas.

Atentemos para o fato de que tal fenômeno vem sendo denunciado por alguns intelectuais que mesmo não sendo da área jurídica descrevem de forma feliz os problemas ensejados por ele:

Mas para os juizes do direito, em geral, a transgressão desta etiqueta social é vista não com o que realmente é, ou seja, indício da motivação racial da discriminação perpetrada, mas como crime contra a honra (calúnia ou difamação). Esta interpretação é extremamente perversa não só porque desqualifica a motivação racial de um ato que atenta contra liberdades fundamentais do cidadão (prisão, constrangimento ilegal ou lesão corporal), mas também porque enfraquece a possibilidade mesma de tipificação do incidente como crime contra a honra, pois, afinal, pode-se sempre alegar, como se tem feito repetidamente, que a designação racial de uma pessoa pela cor é apenas uma classificação objetiva de cor da pele (e não racial) ou uma forma corrente de tratamento. A crença dos juizes na democracia racial brasileira é às vezes explicitada em sentenças, geralmente num estilo romanesco de subliteratura (...) (GUIMARÃES 1999:38).

Do mesmo entendimento não se aparta Carneiro apud Monteiro (2000) afirmando: “no plano da aplicação concreta da legislação conquistada pelos movimentos negros, percebe-se que estas conquistas estariam destinadas ao rol das leis que não pegam”.

Ainda para esta pesquisadora, houve um forte processo de mobilização social durante a elaboração da Constituição de 1988. As reivindicações desencadearam conquistas importantes no plano político para os movimentos sociais, contudo, no aspecto do cotidiano a força do racismo, através do mito da democracia racial, acabaria por fazer o Judiciário limitar o problema racismo.

Com efeito, no Poder Judiciário o racismo institucional pode ser conceituado como a tolerância ou omissão das autoridades judiciais em relação às condutas discriminatórias, pois isto acarreta no mau processamento dos feitos de racismo. De modo mais analítico, poderíamos dizer que esse tipo de postura encontra sintonia com a conduta descrita no artigo 319 do Código Penal, qual seja a do crime de prevaricação.

O fato revelador é que quando o interprete diante de uma conduta racista deixa de aplicar a Constituição e Lei Caó, ele deixa de praticar dever de ofício para satisfazer sentimento pessoal, devendo estar incerto nos ditames do referido artigo. A “satisfação ao sentimento pessoal”, da qual fala a lei, pode ser entendida aqui como a “desracialização” do motivo norteador da conduta racista, para dar conformidade ao que ele, aplicador da lei, influenciado pela “democracia racial”, não entende ser racismo.

Por outro lado, ironicamente, observamos que se estaria, dessa forma,

diante de uma “interpretação eufêmica da norma constitucional”. Dos vários métodos de interpretação constitucional possíveis, a democracia racial brasileira criou o método “eufêmico”, ou interpretação eufêmica revelando-se empiricamente nefasta, pois, produz um “modus operandi” jurídico que acaba por retirar do referido diploma legal a sua completude.

Por esse neologismo (interpretação eufêmica) conceituamos essa funesta maneira de interpretar as normas jurídicas de combate ao racismo. Essa interpretação retira da lei e da própria Constituição a potência reprovadora dada pelo constituinte à discriminação racial no Brasil.

Tome-se como exemplo o que ocorreu no famoso caso “Simone Diniz”. O caso de Simone é emblemático para confirmar a narrativa que aqui está sendo exposta. Uma pessoa negra é discriminada (tem seus direitos fundamentais violados) busca o aparelho Judicial que é composto por um delegado que não autua corretamente o inquérito, um promotor que não promove a ação penal e opina pelo arquivamento do feito – por entender não ter havido crime de racismo. Some-se ainda a sentença do magistrado que, arquivando o caso flagrante de racismo, deixa de dar efetividade aos mandamentos da Constituição. Não se poder esquecer que todos esses profissionais ousaram interpretar a constituição e a lei antirracista retirando de ambas a sua força reprovadora contra o racismo. Dessa forma, na prática utilizaram o método interpretativo que nós já designamos como “interpretação eufêmica”. O caso Simone Diniz foi levado, por uma entidade do Movimento Negro, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, por meio de relatório, considerou o Estado Brasileiro responsável pela prática de racismo institucional fazendo uma serie de recomendações.

Não se está dizendo aqui que todas as condutas sejam necessariamente racistas e todos os profissionais do direito cometem prevaricação ao não tipificarem tais situações em acordo com a lei Caó. Os estudos citados nos mostram que na maioria dos casos ocorre o crime de injúria racial e assim é corretamente tipificado. Até porque, muitas vezes, a complexidade fática só permite a comprovação de tal conduta injuriosa. Neste caso, a própria tradição “garantista” na forma de interpretar as normas penais no Brasil justifica a tipificação da maioria dos casos como injúria racial.

Por certo, o fenômeno que estamos identificando aqui é de outra natureza. Pelos estudos citados vemos muitos casos de racismo chegarem a ser processados

no Judiciário como injúria racial, ou mesmo não serem processados (como no Caso Simone Diniz) porque os profissionais do direito - em desacordo com a Constituição e com os artigos da Lei Caó - preferem desconsiderar a intencionalidade racista na conduta. Ora, as condutas racistas existem, tanto é que foi feita uma lei prevendo tais situações. Se não fosse assim, não precisava da legislação para coibir o que não existe. E essa proibição não pode ser apenas simbólica vale dizer, de crime simbólico de racismo. O problema é que quando o racismo ocorre, em boa parte das vezes ele não é tipificado, é como se não existisse.

Essa forma de mutilar a legislação antirracista denominamos de interpretação eufêmica que revela certo racismo institucional entre os operadores do direito.

Assentada essa premissa sobre o papel do Poder Judiciário na perpetuação e cristalização da discriminação racial, resta-nos ainda, neste capítulo, fazer alguns apontamentos sobre o principal impacto do racismo institucional no âmbito jurídico, vale dizer, o descaso para com a violação dos direitos fundamentais.

5 ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL

Lei n 12.288 de 20 de julho de 2010

Institui o Estatuto da Igualdade Racial; que altera as Leis n 7.716 de 5 de janeiro de 1989, 9.029 de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985 e 10.778 de 24 de novembro de 2003.

O Estatuto da Igualdade Racial é uma lei que pretende construir dar o passo inicial nessa grande avenida imprescindível de ser percorrida pela nação, que é a promoção da igualdade racial.

Esse estatuto é um documento muito moderno que trás ao meio jurídico o instituto das ações afirmativas que irão permitir um avanço substantivo para promoção da igualdade racial.

Conforme afirma o Ministro Elói Ferreira de Araújo:

O Estatuto introduz no meio jurídico brasileiro as possibilidades para a promoção da igualdade racial no mundo do empreendimento, no mundo das comunicações e da utilização dos meios de comunicação, para a juventude e para a população negra como um todo. Ele cria as condições para a promoção da igualdade.

6 AS POLITICAS PELA EFETIVIDADE DAS LEIS CONTRA O RACISMO INTENCIONAL

Toda norma jurídica possui, em maior ou menor grau, alguma eficácia, contudo é preciso saber se os efeitos potenciais da mesma realmente se produzem, já se e a verificação do cumprimento ou não de sua função não pode ser estranha ao seu objeto de interesse de estudo (BARROSO, 2008).

Nessa linha, entre a vontade de uma lei (principalmente, a que se engendra uma transformação social colocando-se diametralmente oposta ao senso comum, ou “hábitos”, estabelecido aqui como democracia racial) e a realidade que ela visa modificar, existe um abismo de inúmeras situações, sociais, culturais, históricas, etc.; cristalizadas injustamente e de difícil transformação.

Dessa forma, para que seja possível investigar a efetividade almejada por legislações dessa envergadura deve-se analisar, sobretudo a concretude das políticas públicas criadas para tal finalidade. Vale dizer, cabe investigar quais medidas visam dar efetividade à vontade constituinte (combate ao racismo e a proteção dos direitos fundamentais) relativa a dignidade da pessoa humana.

Devemos, contudo, atentar para o fato de que o racismo deve ser combatido por todos especificamente pelas autoridades judiciais de órgãos especiais ou não. Desse modo, embora enfoquemos aqui a efetividade do combate ao racismo levando em consideração a atuação de certos organismos especiais como, por exemplo, delegacias de combate ao racismo, não significa dizer que a repressão a esse crime seja atribuição exclusiva dessa instituição. O objetivo, por agora é aferir os esforços dessas entidades e dar mais objetividade ao estudo com vistas a compreender melhor como se desenvolvem as políticas públicas de combate à discriminação racial, haja vista essas instituições especializadas-pelo histórico que têm, estarem em maior sintonia com o universo de atuação antirracista.

7 CONCLUSÃO

Ao longo dessa pesquisa descrevemos a trajetória do direito que combate a discriminação racial no Brasil, mais especificamente, investigamos sua formação sócio histórica, marco legal e a forma com a qual o Poder Judiciário aplica tais normas.

As lutas de ativistas e acadêmicos para a efetivação da igualdade entre negros e brancos promoveu um sistema de normas que chamamos direito da antidiscriminação racial. Ele possui duas arenas: uma na qual existem normas de combate à discriminação direta, ou racismo em sentido estrito (leis antirracistas) e outra onde proliferam normas contra a discriminação indireta ou racismo institucional (ações afirmativas).

Ao analisarmos a relação do Poder Judiciário com o direito da antidiscriminação, constatamos que esse Poder (por influência da democracia racial, através do que chamamos racismo institucional), tradicionalmente, nega a concretude das normas contra a discriminação direta. O traquejo dos juristas, de um modo geral e da Justiça de um modo especial, com as relações raciais - da explicação mais simplista até a mais sofisticada - sempre foi severamente criticado por pesquisadores e ativistas que ao seu modo, após analisarem os processos de racismo, sustentam em síntese: o Judiciário é composto por brancos; o Judiciário, como a maioria dos organismos, possui racismo institucional, os juízes não aplicam as leis-antirracistas; a Justiça não condena ninguém por racismo; a judicatura é influenciada pela democracia racial, etc., etc.

Apesar disto, estamos observando a Justiça se tornar o fator fundamental para a validade das normas contra a discriminação indireta, pois, os juízes estão num processo legitimador da constitucionalidade de diversos programas de ação afirmativa pelo Brasil.

Assim, nos parece que o Poder Judiciário, de um modo geral, possui duas formas de se relacionar com as normas do direito da antidiscriminação racial: uma em que nega a devida concretude no combate ao racismo e outra em que legitima as políticas afirmativas.

Mais do que notar essa contradição, o produto do nosso trabalho nos instiga a indagar, agora, a razão de tal fenômeno. O leitor atento poderia dizer que o

Judiciário dos casos de racismo é um e o das políticas de cotas é outro. Contudo, pensamos não ser esta a justificativa. Constatamos que tradicionalmente os juízes recebem todos os influxos e contradições advindos do debate público carregado dos ideais de democracia racial.

Assim, resistência ou no mínimo incômodo sempre permearam o meio jurídico quando tinha de lidar com o tema. Vimos isto tanto nos casos de racismo quanto nas primeiras sentenças contra o sistema de cotas. Tal fato demonstra tratar-se do mesmo Judiciário.

Na realidade a falta de concretude das leis antirracistas e a desenvolvimento das políticas afirmativas estão associadas, sobretudo, à maneira com a qual os dois fenômenos (discriminação direta e indireta) se relacionam e se desenvolvem na Justiça.

De um modo geral, as leis que combatem a discriminação direta relacionam-se a casos individuais, geralmente expostos a um baixo controle social e também não há, entre os magistrados, uma capilaridade dos argumentos jurídicos que fundamentem a devida aplicação das leis antirracistas. Quanto às normas contra a discriminação indireta, elas relacionam-se a uma dimensão coletiva do racismo, geralmente estão sujeitas a amplo controle social e já existe uma difusão significativa de bons argumentos favoráveis às ações afirmativas entre os juristas.

Acreditamos serem estas as razões mais fortes para explicar a dúbia relação que o Judiciário possui com o direito da antidiscriminação racial. Vale dizer: O judiciário não funciona bem para combater a discriminação direta (através das leis antirracistas), mas está funcionando para manter a validade das ações afirmativas. Ressaltamos por derradeiro que tanto as referidas leis quando as ações afirmativas são normas do direito contra a discriminação.

Poderíamos seguir desenvolvendo o estudo sobre a importância do Poder Judiciário para a profusão das normas antidiscriminação, contudo, acreditamos ter exaurido o objeto desta pesquisa com o exposto até aqui. Analisamos a evolução do direito antidiscriminação racial: seu histórico, marco legal e a forma com a qual o Judiciário vem aplicando este direito. O tema é instigante e as conclusões a que chegamos remetem a novas análises, mas isto, por certo, é assunto para outra pesquisa.

REFERÊNCIA

BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça Distributiva**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem lures. 2000.

CRUZ, Levy. **Democracia Racial**. 2002. Disponível em: <<http://www.fundaj.gov.br/tpd/128.html>>. Acesso em: 18 set. 2011.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar . 2002.

FULLIN, Carmen Silva. Direito e Racismo: Observações Sobre o Alcance da Legislação Penal Antidiscriminatória no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. V.6. Nov. 2000.

GUIMARÃES, Antônio Sergio Alfredo. **Preconceito de Cor e Racismo no Brasil**. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=50034-77012004000100001&script=sci_arttext>. Acesso em: 18 set. 2011.

JENSEN, Gesiela. **Política de Cotas Raciais em Universidades Brasileiras**. Curitiba: Juruá. 2010.

MEDEIROS, Carlos Alberto. **Na lei e na raça**. Rio de Janeiro: Coleção Políticas e Cor. 2003.

OIIVEIRA, Juarez. **Direito de Igualdade Racial: Aspectos Constitucionais, Civis e Penais: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo. 2001.

PAIN, Paulo. **Estatuto da Igualdade Racial**. 2006. Disponível em: <http://www.cedine.rj.gov.br/legisla/federais/Estatuto_da_Igualdade_Racial_Novo.pdf>. Acesso em: 20 set. 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Igualdade Étnico-Racial. **Ordem jurídica e Igualdade Étnico Racial**. Brasília: SEPPIR. 2006.

SANTOS, João Paulo de Faria. **Ações Afirmativas e Igualdade Racial**. São Paulo: Edições Loyola. 2005.

SILVA JÚNIOR, Hédio. **Antirracismo: Coletânea de Leis Brasileiras (federais, estaduais e municipais)**. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998.

SILVA, Jorge da. **Direitos Civis e Relações Raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Luam. 1994.

TEIXEIRA, Ilidio. **Racismo no Brasil**. 2006. Disponível em: <<http://www.spiner.com.br/modules.php?name>>. Acesso em: 19 set. 2011.