

ANÁLISE DA INEFICÁCIA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NO QUE CONCERNE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS REFERENTES AOS NEGROS

ANALYSIS OF THE INEFFECTIVENESS OF THE BRAZILIAN JUDICIARY WITH REGARD TO THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS RELATED TO BLACKS

Recebido: 25/01/2021

Aceito: 30/11/2021

Jurandir Antônio Sá Barreto Junior

Professor da Universidade do Estado da Bahia (UNEB)

Doutor em Estudos Étnicos e Africanos pela Universidade Federal da Bahia

E-mail: jurandirbarretojr@yahoo.com.br

<https://orcid.org/0000-0001-9783-3794>



RESUMO

Através deste trabalho, pretende-se realizar, por meio de análises histórico-sociológicas, uma reflexão sobre a postura do poder judiciário brasileiro no que diz respeito ao combate à discriminação racial, tomando como parâmetro o dever de proteção aos direitos humanos, sobretudo aos direitos humanos específicos. Partindo desse pressuposto, afirma-se haver fortes indícios que o judiciário brasileiro tem contribuído para mitigar a concretização dos direitos humanos específicos dos negros, tornando-se, por isso, instrumento do racismo estruturado. O desenvolvimento metodológico do trabalho consubstancia-se da seguinte forma: inicialmente, parte-se da reflexão da proteção específica dos direitos humanos sob a perspectiva da discriminação racial no contexto internacional, enxergando a partir disso, a falibilidade protetiva do poder legislativo e judiciário no combate à discriminação racial no Brasil, realçando-se que tal falibilidade e tibieza no trato do racismo encontram-se ancorados em aspectos ideológicos, historicamente enraizados.

Palavras-chave: Direitos Humanos – Direitos Humanos Específicos – Direito Internacional – Ordenamento Jurídico – Poder Judiciário .

ABSTRACT

This work aims to make, through historical – sociological reflections, a reflection on the behavior of the judicial power in Brazil, in what concerns the fight of racial discrimination, taking as a parameter the duties of protection of human rights, especially specific human rights. Nevertheless, it is said that there are many signs the judicial power in Brazil has contributed to mitigate the concretization of specific human rights of black people and, because of so becoming an instrument of structured racism. The methodological development of the work is done as following: first there is the reflection of specific protection of the human rights under the perspective of racial discrimination in the international context, and from then, viewing the protective fallibility of legislative and judicial powers in the fight against racial discrimination in Brazil, highlighting that such fallibility and weakness in the dealing with racism are anchored in ideological aspects that are historically rooted

Keywords: Racism. Necropolitics. Legislations. Public Security. State.

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.



This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

1. Introdução

No Brasil, a condição social do negro está intimamente relacionada à questão da sua inserção no mercado de trabalho. Nesse sentido, o entendimento da situação social no qual se encontra, deve perpassar, necessariamente, pelo conhecimento das causas históricas responsáveis pelo atual estado de marginalização, e que remontam aos fins do século XIX com o processo da abolição da escravatura.

A abolição da escravatura, consubstanciou-se no desfecho de um processo caracterizado pela substituição do trabalho escravo pelo trabalho livre, de forma a excluir deste a participação do negro, contribuindo para a pobreza e desigualdade em que se encontram.

Até a metade do século XIX, a atividade laboral centrava-se na mão de obra escrava. Os nativos constituíam o fundamento da atividade econômica e eram responsáveis pela produção de serviços e bens, pela conservação das vias públicas, trabalho de limpeza, transportes etc. Portanto, foram as mãos negras, as responsáveis pela sustentação econômica do país, desde o início da colonização até meados do século XIX, quando um espectro de novos acontecimentos fará mudar esse quadro. Conforme Theodoro (2008), toda a atividade econômica da capital do país passava, necessariamente pela atividade laboral dos cativos.

Como foi dito, esse quadro irá sofrer alterações a partir da segunda metade do século XIX. As razões que explicam as referidas mudanças resumem-se em: o fim do tráfico negreiro imposto pela Inglaterra, a decadência da economia açucareira e a inserção da mão de obra estrangeira. Tais razões confluirão para a abolição da escravatura, entretanto, conforme ressaltado anteriormente, não necessariamente para o advento da atividade laboral da mão de obra negra.

A referida imposição da proibição do tráfico negreiro por parte da Inglaterra, então potência mundial, estava relacionada ao interesse em fomentar o surgimento de trabalhadores livres que pudessem consumir seus produtos industrializados, o que evidentemente não aconteceria em um mundo povoado por cativos.

Essa exigência, gradualmente, consubstanciou-se num violento golpe para a economia brasileira, majoritariamente agrícola. Concomitantemente, a isso, assomou-se na série de infortúnios pelas quais passou a economia da lavoura tradicional do açúcar, no Nordeste do país, o fato da concorrência da produção antilhana que após um processo de lutas internas de libertação, retomou com sucesso sua produtividade, escoando-a no mercado europeu.

A imposição da proibição do tráfico negreiro resultou numa escassez da mão de obra, e no aumento de preço do escravizado. Ao mesmo tempo em que a economia da lavoura tradicional entra em decadência, a economia cafeeira no centro sul do país (Rio de Janeiro, Vale do Paraíba e Oeste Paulista) sofre ascensão, tornando-se a “mola

propulsora” da nova economia brasileira. Esse tipo de produção encontra, a priori, seu fundamento ainda na mão-de-obra escrava “importada”, em grande parte da decadente região da economia nordestina.

A economia cafeeira encontrava-se num dilema diante da escassez de mão-de-obra escrava, que poderia ser resolvido pela utilização do contingente nacional dos livres e libertos que àquela altura, um pouco antes da abolição, constituíam-se em aproximadamente dez milhões de indivíduos, para apenas 720 mil indivíduos cativos.

Antevendo o fim da escravidão, motivado pela abolição do tráfico, pelas más condições de reprodução dos escravizados, pelas sucessivas leis que tiveram origem nas lutas do movimento abolicionista e pela indignação social, os fazendeiros republicanos do oeste paulista, com suas ideias capitalistas, irão optar pela imigração da mão de obra estrangeira europeia. Tal opção fundamentou-se, também, na insegurança da elite cafeeira no que diz respeito à possibilidade de ter de depender do trabalho dos seus antigos escravos, bem como no preconceito, segundo o qual, os trabalhadores livres e libertos eram avessos às atividades laborais.

Na verdade, a opção realizada pela elite cafeeira, sobre a imigração, está relacionada a influência das teorias raciais desenvolvidas no século XIX, sobretudo o darwinismo social, bem como ao desenvolvimento das forças produtivas e a acumulação do capital.

As teorias raciais produzidas durante o século XIX introduziram-se no contexto brasileiro a partir de 1870 e se tornaram paradigmáticas, enquanto meio de explicação da nossa realidade sociocultural e instrumento de justificação de poder da elite ante a abolição da escravidão. A principal delas, o darwinismo social pretendeu fundamentar-se no pensamento de Charles Darwin.

O darwinismo transcendeu a abordagem da natureza, passando a ser aplicado, de forma enviesada, a várias disciplinas sociais como a antropologia, sociologia, história e economia. Nesse sentido, no âmbito de tais ciências as interpretações de *A Origem das Espécies* se desviaram do perfil esboçado por Darwin quando aplicado ao comportamento das sociedades humanas.

Assim, em oposição à concepção humanista, defendida desde o século XVIII pelo Iluminismo, segundo a qual a Humanidade era unitária possuindo a singular capacidade inerente a todos os homens de sempre se superarem, o *darwinismo social* ou “teoria das raças”, utilizando de maneira caricata os conceitos darwinistas, iria afirmar peremptoriamente o contrário.

O darwinismo social sustentava a tese da evolução somente para as raças “puras” de acordo com suas potencialidades. Eminentemente determinista, no que diz respeito a perspectiva da hierarquia das raças, adotava o modelo poligenista, acreditando que as raças humanas constituíam fenômenos finais, resultados imutáveis, restando que todo cruzamento consubstanciava-se num erro, isso porque o ato da miscigenação não

transmitia caracteres adquiridos nem mesmo no processo de evolução social. Diante disso, dever-se-ia louvar os tipos puros não sujeitos a processos de miscigenação, que revelava-se como degeneração racial e social.

O darwinismo social fundamentava a irredutibilidade da unidade humana em três proposições básicas.

A primeira tese afirmava a realidade das raças, estabelecendo que existiria entre as raças humanas a mesma distância encontrada entre o cavalo e o asno, o que pressupunha também uma condenação ao cruzamento racial. A segunda máxima instituía uma continuidade entre caracteres físicos e morais, determinando que a divisão do mundo entre raças corresponderia a uma divisão entre culturas. Um terceiro aspecto desse mesmo pensamento determinista aponta para a preponderância do grupo “racio-cultural” ou étnico no comportamento do sujeito, conformando-se enquanto uma doutrina de psicologia coletiva, hostil à ideia do arbítrio do indivíduo. (SCHWARCZ, 1993, p.58-60)

Na perspectiva do desenvolvimento das forças produtivas e da acumulação do capital, a própria escravidão representava um obstáculo. Para a referida acumulação, era necessário o emprego de uma força de trabalho adaptado às exigências de relações de trabalho mais modernas, dependentes de uma contraprestação salarial, ou seja, incentivados e sujeitados ao regime salarial.

A abolição da escravatura e a consolidação da imigração europeia trouxeram consigo consequências funestas para a condição do homem negro no Brasil, consequências que perpassaram toda nossa história republicana, como a consolidação do racismo fundada no pressuposto da inferioridade biológica e a marginalização do trabalho negro.

O destino dos recém-libertos resultou na marginalização e subocupação do contingente de homens livres no âmbito da economia de subsistência através de pequenos serviços urbanos, ou seja, atividades mal remuneradas, que hoje conhecemos como setor informal; isso fez com que eles vivessem em cortiços, favelas e palafitas – a concentração da miséria nas cidades.

Na região nordestina, caracterizada pelo processo singular de decadência da lavoura tradicional, iniciada a partir do fim do tráfico e da perda do monopólio do comércio açucareiro, a substituição do regime escravocrata iniciara-se a partir da década de 50 – século XIX – sendo os libertos incorporados às antigas propriedades rurais na condição de assalariados, mal remunerados ou ainda na condição de meeiros e parceiros num contexto de fidelidade à elite rural que desembocará no fenômeno do “coronelismo”, dentro de um contexto geral de pobreza regional. De acordo com Furtado (1985, p. 210-211),

No Nordeste, essa forma de organização da economia, após a abolição da escravidão, restringiu o fluxo de renda monetária e, em decorrência, impediu a formação efetiva de um mercado interno. Diferentemente, no caso do Centro-Sul, o fim da escravidão significou o crescimento do fluxo interno de renda monetária e a consolidação do mercado interno, apesar da existência da economia de subsistência em áreas de fronteiras agrícolas.

Em que pese o caráter de dependência do recém-liberto na região nordestina, houve em tal contexto empobrecido uma absorção pelo processo produtivo, devido ao fato da imigração europeia ser pouco numerosa. O mesmo não ocorreu nas regiões mais produtivas do país, onde o imigrante passou a realizar as mais diversas tarefas, até mesmo as mais árduas e de baixa remuneração, praticamente inviabilizando a possibilidade de atividade laboral para os recém-libertos.

Portanto, em que pese as especificidades das regiões do país, o negro recém-liberto teve poucas oportunidades de desenvolver seu potencial produtivo, com uma cidadania digna, realizando atividades que mal supriam sua sobrevivência, e ocupando espaços marginais na sociedade. Tudo isso incrementou o problema da questão urbana, sobre a aglomeração da pobreza que ainda perturba nossa contemporaneidade.

A abolição da escravatura significou para o homem negro, apenas a ascensão à condição de uma igualdade civil e política, ou seja, ao status de cidadania. Isso porque realizada com a ausência de políticas públicas que favorecessem a massa dos recém-libertos, estratégias de inclusão socioeconômicas, como o acesso à terra e à instrução, restando-lhe somente a condição de subalternidade.

O incentivo à terra, medida viável de incorporação socioeconômica, foi vedado aos negros por força da “lei de terras” de 1850, cautelosamente criada pelas elites rurais deste país e “coincidentalmente” promulgada no mesmo ano em que se estabeleceu a lei *Eusébio de Queiroz*, proibindo o tráfico de escravos.

A referida “Lei de Terras” extinguiu o reconhecimento da posse estabelecida pela resolução de 17 de julho de 1822. Tal lei só reconhecia as posses que fossem estabelecidas após 1822 tendo, necessariamente, que ter registro nas paróquias ou em cartórios dos municípios; assim sendo, a grande maioria das posses que não possuíam tais requisitos, foram agregadas às grandes propriedades fundiárias. A referida lei ainda impôs a proibição ao regime das ocupações, e reduziu o acesso à terra exclusivamente para os casos de compra e venda ou transmissão por herança. Contudo, o acesso à terra por muitos brasileiros, livres ou prestes a tal, tornou-se mais difícil, curiosamente antevendo a abolição e a substituição da mão de obra negra pela do imigrante; a vinda dos imigrantes para o Brasil foi incentivada, e facilitada, e foram definidos meios para viabilizar a colonização dos trabalhadores europeus.

Portanto, historicamente, a explicação da condição socioeconômica, na qual se

encontra os afrodescendentes, reside no processo perverso pelo qual foi realizada a abolição, cuja finalidade foi alijar os negros da vida produtiva do país, haja vista que foi realizada sem qualquer mecanismo de proteção aos mesmos, e cuja perda do mercado de trabalho representou a perpetuação de uma condição de miséria e pobreza que se arrasta até os dias atuais.

Conhecendo essa realidade histórica, a Constituição Federal de 1988 apresentou inegáveis avanços no que se refere ao reconhecimento formal das especificidades sociais, religiosas e culturais dos negros, perceptíveis em diversos dispositivos, a começar por Preâmbulo, que define a sociedade brasileira como “fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Destaca-se na Constituição Federal, o art. 3º, que, em seu inciso IV, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Nesse sentido, o Estado passou a reconhecer a insuficiência de uma simples declaração de igualdade. Positivamente também afetou a condição dos negros ao manifestar “o repúdio ao terrorismo e ao racismo”, contido no inciso VIII do art. 4º.

2. A discriminação racial enquanto objeto da proteção específica dos Direitos Humanos

A Constituição Federal de 1988 apresentou inegáveis avanços no que diz respeito ao enfrentamento do racismo no Brasil, refletindo as orientações das normas internacionais no combate à discriminação racial.

Deve-se entender as normas internacionais de combate à discriminação racial, no contexto do sistema especial da proteção dos direitos humanos; esse se distingue do sistema geral de proteção (sujeito abstrato e genérico) pois orienta os sujeitos concretos que se encontram em situação de vulnerabilidade e tem seus direitos humanos limitados.

Portanto, a questão da discriminação racial incide na proteção especial dos direitos humanos e requer um tratamento jurídico especial, razão pela qual o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu na sua Resolução 5/1, que fizesse parte de sua agenda a questão do racismo, da discriminação racial, xenofobia e formas relacionadas de intolerância.

Nesse contexto de proteção especial dos direitos humanos, a Organização das Nações Unidas, tendo como pressuposto o art. 2, inciso I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tem criado dispositivos internacionais contra a discriminação racial¹.

¹ Art. 2º, inciso I: “todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra

O primeiro desses dispositivos foi a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (ICERD) em 1965. Tal convenção teve origem a partir da conjuntura histórica do início dos anos 60, com o ressurgimento das atividades nazifascistas na Europa e com o ingresso de países africanos na ONU. Diante disso, reunida no dia 21 de dezembro do referido ano, a Assembleia Geral das Nações Unidas editou a mencionada Convenção, tendo em vista proteger os grupos de pessoas que se encontrem na específica situação de vulnerabilidade da discriminação racial, prevenindo e combatendo as doutrinas e práticas racistas com o objetivo de favorecer o bom entendimento entre as raças e conceber uma comunidade internacional livre de todas as formas de segregação e discriminação².

Destacam-se como os mais relevantes artigos para o tema aqui tratado, os de número 1, 2, 6 e 7. O primeiro artigo, logo no seu *caput*, define o fenômeno social da discriminação racial e no seu inciso IV faz menção direta ao sujeito de direito a quem é direcionado a proteção legal.

Art. 1º, inciso IV- Medidas especiais tomadas com o objetivo precípuo de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos.

O sexto artigo obriga os Estados-partes signatários da Convenção a garantir recursos e proteção eficazes diante dos tribunais para as vítimas de discriminação, conforme observado a seguir:

Artigo 6º - Os Estados-partes assegurarão, a qualquer pessoa que estiver sob sua jurisdição, proteção e recursos eficazes perante os tribunais nacionais e outros órgãos do Estado competentes, contra quaisquer atos de discriminação racial que, contrariamente à presente Convenção, violarem seus direitos individuais e suas liberdades fundamentais, assim como o direito de pedir a esses tribunais uma satisfação ou reparação justa e adequada por qualquer dano de que foi vítima, em decorrência de tal discriminação.

condição.” (sic)

2 Em seu preâmbulo consta que os Estados ali reunidos estão “resolvidos a adotar todas as medidas necessárias para eliminar rapidamente todas as formas e todas as manifestações de discriminação racial, e prevenir e combater as doutrinas e práticas racistas, com o objetivo de favorecer o bom entendimento entre as raças e conceber uma comunidade internacional livre de todas as formas de segregação e discriminação racial.”

Por último, o artigo sete que obriga os estados-partes a tomarem medidas realmente eficazes no combate à discriminação.

Artigo 7º - Os Estados-partes comprometem-se a tomar as medidas imediatas e eficazes, principalmente no campo para lutar contra os preconceitos que levam à discriminação racial e para promover o entendimento, a tolerância e a amizade entre nações e grupos raciais e étnicos, assim como para propagar os propósitos e os princípios da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e da presente Convenção.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial ou CERD (*Committee on the elimination of racial discrimination*), tem sido considerada o mais amplo e eficaz instrumento de combate à discriminação, sobretudo, por força dos três mecanismos de monitoramento (relatórios, comunicações interestatais e comunicações), bem como pela presença do seu Comitê composto por 18 peritos.

Além dos relatórios periódicos a serem encaminhados pelos Estados partes ao comitê, qualquer Estado parte pode denunciar o descumprimento da convenção por um congênera. Nesse caso, se o presidente do comitê julgar necessário, ele pode apontar uma Comissão Conciliatória ad hoc para colaborar na resolução de controvérsias entre Estados partes. A petição individual, por sua vez, é cláusula facultativa e está sujeita ao esgotamento dos meios internos disponíveis para resolução da controvérsia. Pode ser apresentada por indivíduo ou grupo de indivíduos, em que pese a ausência de força jurídica, e tenha relevante poder de influência política, uma vez que os relatórios da CERD são apresentados na AGNU. (GOES,2013 p.16)

Ainda no intuito de enfrentar e erradicar a discriminação racial na contemporaneidade após a referida Convenção, a ONU realizou três conferências mundiais para o combate ao racismo e a discriminação. A primeira delas ocorreu em Genebra-Suíça, em 1978, e se destacou por reiterar que se constituem em violação dos direitos humanos todas as formas de discriminação, tendo por base a teoria da superioridade racial. Além disso, nessa conferência alertou-se sobre a necessidade dos estados membros de formular medidas orientadas para a melhoria das condições de vida das pessoas vítimas das desigualdades econômicas devido à discriminação racial.

A segunda Conferência Mundial, também em Genebra, em 1983, além de reafirmar a necessidade da erradicação da discriminação racial no mundo, pôs em revista o

histórico das ações de combate desenvolvidas na década anterior, especificamente nos anos de 1973 a 1982.

A mais recente Conferência Mundial ocorreu em Durban-África do Sul, em 2001, e foi considerada um marco histórico no combate ao racismo e discriminação racial por diversas razões, entre as quais o aspecto quantitativo: 173 países estiveram presentes, com um número superior a 15 mil participantes. Questões relacionadas à discriminação foram debatidas, de forma geral, como a xenofobia e a homofobia. Também, num olhar histórico retrospectivo, reconheceu a escravidão como uma terrível tragédia humana e a classificou como crime de lesa-humanidade.

Como consequência estratégica da referida conferência, destaca-se seu Plano de Ação, tendo em vista o estabelecimento de medidas concretas para o combate à discriminação racial no mundo.

Em seu Plano de Ação, a III Conferência estabeleceu estratégias para alcançar a igualdade plena e efetiva abrangendo a cooperação internacional e o fortalecimento das nações e de outros mecanismos no combate ao racismo, a discriminação racial, a xenofobia e intolerância correlata e, ainda, apontou para o estabelecimento de recursos e medidas eficazes de reparação, ressarcimento, indenizações e outras medidas em âmbitos nacional, regional e internacional". O documento final consta de 219 tópicos. (...) Destaca-se nele os Estados-partes reconhecem que as desigualdades de condições promovem a discriminação em suas manifestações correlatas. Mais adiante, no tópico 108, reconhece a "necessidade de medidas especiais, ou ações afirmativas para as vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância, como objetivo para promover a integração total destas pessoas na sociedade". Configura-se no tópico 109 da Declaração[8] a importância de se fomentar a cooperação internacional promovendo a luta contra as formas de discriminação de forma efetiva, cumprindo os objetivos da Carta das Nações Unidas e os objetivos estabelecidos pelas Conferências mundiais sobre meio-Ambiente e Desenvolvimento (1992); Direitos Humanos (1993); População e Desenvolvimento (1994); Cúpula Mundial de Desenvolvimento Social (1995); IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995); Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat II) (1996); Cúpula Mundial sobre Alimentação (duas) (1996); "assegurando que estes objetivos beneficiem de forma igualitária para todas as vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata. (MATEUS, 2015, p. 3)

2. O Ordenamento jurídico brasileiro e a questão do racismo

2.1. O combate legal a discriminação na primeira metade do século XX

Para entendermos a falibilidade protetiva do poder judiciário brasileiro, no que diz respeito à proteção dos direitos humanos específicos do negro, faz-se necessário relacioná-la ao contexto da história legislativa republicana de combate à discriminação,

similarmente caracterizada pela ambiguidade e tibieza no enfrentamento da questão racial.

Com a abolição da escravatura e a Proclamação da República, o homem negro ascendeu à condição de cidadão. O primeiro diploma legal que incidiu sobre essa nova condição foi o Código Penal de 1890.

O supracitado código trouxe como inovação a abolição da pena de morte e a instalação do regime penitenciário de caráter correccional, os quais serviram de instrumento eficaz para controlar a massa de homens negros recém libertos, que inspirava medo e grande desconfiança.

Na verdade, a abolição, da forma como foi realizada, sem uma devida política pública de absorção do trabalho e sem doação de terras, criou um contingente populacional à margem da sociedade, o qual engrossou as periferias dos centros urbanos e que, sem dúvida, passou a ameaçar a República recém fundada, caracterizada basicamente pela não alteração do complexo sistema de relações raciais, cujo topo da pirâmide era ocupado exclusivamente por brancos.

Neste sentido, o código criminal surgiu enquanto forma de reprimir a potencial ameaça dos recém libertados, potenciais delinquentes, e garantir o status quo da hierarquia social. É nessa perspectiva que se entende os seguintes artigos: art. 27, § 1º: Fixava a responsabilidade penal em nove anos; art. 402: Punia o crime de capoeiragem; art. 158: Punia o crime de curandeirismo; art. 157: Punia o crime de espiritismo; art. 391: Punia o crime de mendicância; art. 399: Punia o crime de vadiagem.

As criminalizações do curandeirismo, do espiritismo e da capoeira consagram-se, enquanto forma de dominação cultural, a partir dos valores europeus sobre a cultura religiosa de matriz africana.

No que diz respeito à responsabilidade penal aos nove anos de idade, a criminalização da mendicância e da vadiagem, fica claro que o propósito inicial foi o de reprimir a camada social negra que, por não ter acesso a uma vida digna, caracterizava-se, como dito, enquanto potencial inimigo da ordem.

A primeira Constituição Republicana de 1891 não fez referência à questão racial em razão do desejo da elite de apagar a memória coletiva da escravidão, não precisando, assim, ter que preocupar-se com a situação dos negros recém-libertos. Nesse sentido, justifica-se o fato de meses antes da promulgação da mesma, ter Rui Barbosa mandado queimar os documentos oficiais referentes à escravidão, com a finalidade de apagar todos os vestígios da escravidão e do tráfico. Ainda que o fato da abolição da escravidão, ocorrida no Brasil, não fosse antecedido de um conflito como se deu nos Estados Unidos, ao menos ela ocorreu em sintonia com a Proclamação da República, uma vez que parte significativa das elites a percebia como um passo fundamental na construção de um Brasil moderno. Contudo, tal elite abortou a oportunidade da abolição que deveria ter sido uma total ruptura com o passado, e ao mesmo tempo uma reavaliação do status

quo dos negros. A postura oficial do governo brasileiro de não racialismo não impediu, contudo, que a primeira lei republicana sobre imigração, editada em 1904, proibisse a entrada no Brasil de “indígenas da África e da Ásia”, forma utilizada para não utilizar “negros” e “amarelos”. Ainda que a restrição aos “indígenas da Ásia” fosse levantada pouco tempo depois, manteve-se a proibição ao ingresso de negros, dando margem ao aprofundamento do preconceito racial.

Por conseguinte, como foi dito, mesmo sem fazer menção à raça, à primeira constituição republicana, que teoricamente ampliou os direitos civis e políticos dos brasileiros, acabou impedindo o direito da população negra de votar, uma vez que exigia como pré-requisito a condição da alfabetização, o que então era impossível para a camada social recém egressa da escravidão.

A segunda Constituição republicana, publicada em 1934, assemelhava-se à de 1891 no que diz respeito ao estabelecimento de uma república federativa, contudo, apresentava vários aspectos novos, reflexo das mudanças ocorridas no país. Tomou como modelo inspirador a Constituição de Weimar, da república alemã, que existia desde antes da ascensão do nazismo. Inovou criando títulos inexistentes na Constituição anterior, os quais tratavam da ordem econômica e social, da família, educação e cultura, e da segurança nacional.

Contudo, no que diz respeito à questão racial, a Constituição de 1934 representou, na esfera do direito brasileiro, a mais nítida expressão da teoria do branqueamento, sendo a mais abertamente racista na história nacional. Logo, revelou-se como um documento contraditório, pois apresentava, no seu artigo 113, cláusula de igual proteção a todos os indivíduos: “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo, de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.”. Por esse dispositivo, reconhecia-se a existência de obstáculos à ascensão social das pessoas afrodescendentes.

Todavia, contraditoriamente, preceitua o artigo 138 ser “dever da união, dos estados e das municipalidades implementar em suas respectivas leis a promoção da educação eugênica”. Irrompia, então, a teoria do branqueamento transformada agora em política pública, uma vez que a eugenia, entre outras coisas, implicava a busca da homogeneidade racial, tanto por meio do controle, quanto pela pura e simples eliminação dos tipos humanos considerados “degenerados” ou “inferiores”. É significativo o fato de terem participado do I Congresso Brasileiro de Eugenia, realizado em 1929 na cidade do Rio de Janeiro, figuras de destaque na Assembleia Constituinte, como Levi Carneiro, um dos principais redatores da Constituição, e Miguel Couto, um dos principais defensores da cláusula eugênica. A despeito da suposta pretensão de igualdade racial, o preconceito racial estava presente nas mentes das elites que aquiesceram em escrever um artigo que incorporou as ideias do movimento eugênico brasileiro, conferindo legitimidade constitucional a uma teoria abertamente racista dos tempos modernos.

Ainda nesse texto constitucional, encontra-se no artigo 126, que trata da política de imigração, a expressão mais pura da teoria do branqueamento.

A entrada de imigrantes no território nacional será sujeita às restrições necessárias para garantir a integração étnica e a capacidade física e jurídica do imigrante; o ingresso de imigrantes de qualquer país não pode, contudo, exceder uma taxa anual de dois por cento do total de indivíduos daquela nacionalidade residentes no Brasil durante os cinquenta anos precedentes³.

Uma vez mais, revelava-se a maneira habilmente ambígua das elites brasileiras de enfrentarem a questão racial, pois como não tinha havido ingresso significativo de africanos, pelo menos nos últimos 50 anos, estes não teriam condições de pleitear a entrada no Brasil na condição de imigrantes, ou se assim o desejassem, a quantidade do contingente a ingressar seria mínima. Tomados em conjunto, os artigos 113, 126 e 138, referentes à questão racial, esboçavam uma mensagem sutil enviada à população em geral; ainda que a igualdade tenha sido aceita formalmente como ideal, a contingência das políticas públicas conduziria à continuada subordinação dos negros, até que estes também se tornassem brancos. A referida mensagem permaneceu inalterada, ainda que se mudassem as palavras, nas subseqüentes Constituições.

2.2. A Lei Afonso Arinos

Para melhor compreensão lei Afonso Arinos, faz-se necessário contextualizá-la na conjuntura política que lhe possibilitou o surgimento, ou seja, a Constituição Federal de 1946 e o novo governo Vargas, de 1951, ambos representantes de uma nova proposta democrática.

A constituição de 1946 surgiu depois de afastados o Estado Novo e a sua constituição de 1937, marcada pelo autoritarismo corporativista e influenciada pelo, então em voga, fascismo.

A constituição de 1937 restabeleceu a democracia formal representativa, a independência dos poderes, a relativa autonomia das unidades que compõem a federação, bem como a garantia dos direitos civis fundamentais. Por representar, estrategicamente, a polarização das principais forças políticas da época, consubstanciou-se num arranjo burguês nacionalista entre os grupos liberais reformistas e as forças conservadoras.

³ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. De 16 de julho de 1934 in Constituição do Brasil. Rio de Janeiro. Editora Aurora 1º volume, p. 489.

Ascendendo ao poder em 1950, o novo governo Vargas, também dentro desse espírito, esforçou-se para apresentar-se de maneira democrática, fazendo convergir à sua liderança, políticos de setores conservadores e liberais reformistas. Vargas, que iniciou seu governo tentando desempenhar o papel de árbitro diante das diferentes forças sociais, desejou alargar as conquistas dos trabalhadores e promover a industrialização, bem como estreitar os laços com a população, reconhecendo-lhes os direitos. Portanto, é nesse clima de “sensibilidade” para as questões sociais, que surgiu a Lei Afonso Arinos.

Afonso Arinos foi professor de História do Brasil do Instituto Rio Branco-Brasília, deputado federal por Minas Gerais e líder da União Democrática. Criou a lei de combate à discriminação racial, que leva o seu nome, em razão, basicamente, de incidentes envolvendo a questão do preconceito racial que tiveram repercussão nacional e internacional, como o que ocorreu em 1950, envolvendo a coreógrafa Katherine Dunhan e a cantora Marian Anderson, ambas afro-americanas e muito famosas, discriminadas no Hotel Esplanada, em São Paulo.

A Lei 1390, primeira peça de legislação voltada ao enfrentamento do problema da discriminação no Brasil, sendo também, por 40 anos, a única, foi sancionada pelo presidente Getúlio Dorneles Vargas, no dia 3 de julho de 1951, ficando conhecida como “Lei Afonso Arinos”, em homenagem ao deputado que a elaborou, juntamente com ninguém menos que seu então colega Gilberto Freyre que, significativamente, define a discriminação resultante de “preconceito de raça ou de cor”, não como crime, mas contravenção penal.

Um aspecto imediatamente perceptível refere-se à necessidade de caracterizar esse delito enquanto decorrente de “preconceito de raça ou de cor”. Por tratar-se de motivações subjetivas, tornava difícil prová-las, principalmente pelo fato de ser um tipo de infração na qual o acusado tinha posição social superior à da vítima. Numa sociedade acostumada a negar, ou pelo menos minimizar, a existência desse mesmo preconceito, tornava-se, como foi dito, difícil apresentar a queixa. Nesse sentido, as provas de racismo a princípio só poderiam vir pela imprensa, mediante algum incidente particularmente escandaloso. Contudo, o racismo virulento associado ao ideal de branqueamento, paradoxalmente, tinha livre curso na imprensa brasileira.

Vários autores analisaram o impacto da Lei Afonso Arinos, quanto a sua eficácia em coibir a prática da discriminação racial. Os resultados foram todos desanimadores, apontando-se as razões pelas quais a lei não funcionou. As mais evidentes são aquelas que citamos anteriormente, sintetizadas na impossibilidade de punir atos motivados por racismo ou preconceito racial. Como provar a motivação de alguém? Mas a lei incorria também no equívoco da tipificação, ao listar exaustivamente as situações em que o delito poderia ocorrer. Assim procedendo, acabou por deixar de fora inúmeras outras possibilidades de discriminação numa sociedade complexa e dinâmica como já era o Brasil da metade do século XX. Assim, por quase 40 anos, a legislação brasileira contra a

discriminação racial limitou-se a cumprir um papel meramente formal.

A Lei Afonso Arinos acabou contribuindo, na prática, para que os racistas brancos adotassem métodos mais sofisticados de discriminação, dando início a novas estratégias: “Agora a escola não terá vaga, o hotel estará completo, e todas as mesas do restaurante, ainda que este esteja vazio, estarão reservadas”. Expressões como “só para brancos” ou “não se aceitam pessoas de cor” acabaram substituídas, nos anúncios de emprego e aluguel, pela exigência menos explícita, mas não menos efetiva em termos da mensagem que veicula de “boa aparência”. Essa fórmula tem ainda a vantagem de, em função de sua quase total subjetividade, servir perfeitamente bem aos propósitos do discriminador, já que praticamente o exime de qualquer outra explicação (MEDEIROS, 2004, p. 116).

2.3. A Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 consubstanciou-se no desfecho definitivo do processo de transição para o regime democrático e o afastamento do regime militar. Precedida de ampla discussão, envolvendo parcelas significativas da população e das diversas representações sociais, a Carta Magna foi promulgada em 05 de outubro de 1988 sob um clima de grande expectativas e esperanças.

O texto da nova constituição refletiu as pressões dos diferentes grupos sociais, como sindicalistas, militares, grandes empresas etc. Tais grupos procuraram acrescentar ao texto, normas que atendessem seus interesses, como a garantia de seu cumprimento, tornando-o analítico, demasiadamente minucioso e detalhista.

Do ponto de vista que se interessa aqui, como já mencionado, ela apresentou inegáveis avanços no que se refere ao reconhecimento formal das especificidades sociais, religiosas e culturais dos negros, perceptíveis em diversos dispositivos, a começar pelo preâmbulo, que define a sociedade brasileira como “fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Destaca-se, ainda, o art. 3º, que, em seu inciso IV, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Nesse sentido, o Estado passou a reconhecer a insuficiência de uma simples declaração de igualdade. Afetou, também, positivamente a condição dos negros ao manifestar “o repúdio ao terrorismo e ao racismo”, contido no inciso VIII do art. 4º.

A nova Carta Magna, com a criação do instrumento de cotas e com a consagração de instrumento de combate à discriminação, abriu possibilidades para o surgimento da política de ação afirmativa, consubstancializada na adoção de cotas para negros nos diversos espaços do poder. Ação afirmativa consiste na promoção da igualdade surgida do reconhecimento da desigualdade histórica vivida pelas pessoas negras, através de

medidas positivas institucionais, para uma maior inserção nos espaços de produção econômica-cultural de nossa sociedade. Contudo, tem sido adiada até aqui pela constante oposição dos setores mais conservadores.

A ação afirmativa está intimamente relacionada ao princípio da igualdade material, que vem sendo reconhecida como um contrapeso à insuficiência da igualdade meramente processual (process-regarding equality).

Nesse sentido, diante desta insuficiência percebe-se, nos países que tomam a dignidade humana como fundamento republicano, como o Brasil (CF art.1º, III), um encaminhamento preferencial para a realização de uma “igualdade de resultados” ou “igualdade material”. Tal postura, sem dúvida, resultou da observação, segundo a qual fundamentar toda e qualquer política governamental de combate à desigualdade social apenas na garantia de que todos terão acesso aos mesmos “instrumentos” de combate à referida desigualdade, corresponde na prática, a assegurar a perpetuação dela.

Portanto, dentro do contexto do atual princípio da igualdade material, a Constituição Federal poderia adotar a política de cotas para negros, haja vista que a mesma Constituição já possui vários dispositivos que revelam o repúdio do constituinte pela igualdade “processual” e sua opção pela concepção da igualdade dita “material” ou “de resultados”.

Diante do exposto, acredita-se que a Constituição Federal de 1988, em que pese seus avanços, ainda se tem mostrado tímida em aprofundar radicalmente o combate à discriminação, por força da secular tradição do não enfrentamento ontológico da questão racial, como as que lhe antecederam.

Nesse sentido, num esforço de síntese, afirma-se que o direito republicano como um todo pretensamente fundamentado no liberalismo iluminista e na ideia de constitucionalismo, não realizou o ideal de cidadania, porque, paradoxalmente e propositadamente, constituiu-se num instrumento de controle social eficaz utilizado pela elite nacional a fim de reforçar a marginalização da raça e etnia negras.

3. O Poder Judiciário brasileiro enquanto obstáculo à proteção dos direitos específicos atinentes à questão racial

Mesmo com o avanço do poder legislativo constitucional, no que diz respeito ao combate da discriminação racial, percebe-se que o poder judiciário tem se movimentado muito lentamente nesse sentido, em razão da duradoura influência da teoria da democracia racial, da morosidade dos julgamentos dos crimes de racismo e da falta de aplicação das normas internacionais de direitos humanos no tocante ao racismo.

No Brasil, o adiamento de políticas específicas no enfrentamento da questão racial tem origem na institucionalização da teoria da democracia racial defendida por

Gilberto Freyre, nos anos 30 do século XX, e que teve ampla aceitação até porque, naquele contexto, houve o desaparecimento progressivo do discurso racista enquanto interpretação do desenvolvimento da nação.

Se anteriormente a mestiçagem era vista como um mal necessário e o negro como elemento inferior a ser absorvido, a partir dos anos 30 surgirá um discurso antirracista embasado na dimensão positiva da mestiçagem e na afirmação da unidade do povo brasileiro, em que pese sua diversidade racial, posto que convive harmonicamente. Tal discurso evitou os conflitos raciais encontrados em outros países, como os Estados Unidos.

A teoria da democracia racial por sua dimensão cultural passou a substituir as teorias deterministas do período anterior, que explicavam as desigualdades entre os grupos raciais exclusivamente pelo aspecto biológico, justificando, a partir disso, o atraso nacional e a inviabilidade de nossas instituições democráticas. No contexto dos anos 30, para as elites, a questão racial parecia encaminhar-se para uma solução, e acreditava-se que pelo processo de miscigenação, o negro tenderia a desaparecer dentro de algumas décadas; por outro lado também, neste período, por força da revolução de 1930 engendrada por Getúlio Vargas e as elites marginalizadas pela política do “café com leite”, pretendia-se consolidar uma nação moderna e, sem lutas e conflitos internos.

Embora não tenha cunhado especificamente o termo “democracia racial”, essa ideia perpassa o teor da obra de Gilberto Freyre. Nela, segundo o autor dessa teoria, diferentemente de outros países, nosso passado escravista foi benevolente, representando uma visão otimista da mestiçagem e tolerância racial que caracteriza a paz social e a boa convivência própria da nação brasileira, alicerçada por uma unidade na diversidade racial.

A difusão do mito da democracia racial, concomitantemente à ascensão da ideia do Estado Moderno e unificado, fez desaparecer, progressivamente, o discurso racista do debate sobre a questão racial, sendo que a ideia de raça passa a dar lugar, tanto no âmbito da política oficial quanto nas ciências sociais, à ideia de cultura. Nesse sentido, o antigo ideal de branqueamento, enquanto projeto nacional, cede espaço à construção ideativa do povo brasileiro consubstanciado numa só cultura, una e indivisível fundida, e integrada na nação. Tal ideologia torna-se difundida mesmo entre a população, que enxergará a convivência racial de maneira democrática, diferente do racismo virulento norte-americano.

A democracia racial passou de mito a dogma no período dos governos militares. Em 1970, o Ministro das Relações Exteriores declara que “não há discriminação racial no Brasil, não há necessidade de tomar quaisquer medidas esporádicas de natureza legislativa, judicial ou administrativa para assegurar a igualdade de raças no Brasil” (apud TELLES, 2003, p. 58). De fato, a questão racial desaparece do debate público nacional. É somente com o processo de redemocratização do país

que o tema das desigualdades raciais retorna à cena, mas largamente diluído no debate sobre justiça social. Apoiada na interpretação do desenvolvimento como a questão nacional maior, a temática da desigualdade se identifica quase que exclusivamente com a da distribuição de renda (JACCOUD, 2008, p. 56).

A teoria do mito da democracia racial, difundida tanto na política oficial quanto no discurso popular consagrou-se como suporte ideológico responsável pelo aprofundamento das desigualdades raciais que ainda caracterizam o país e que contribuiu para a marginalização dos negros. A crença numa democracia racial revela-se contraditória frente à desigualdade da condição do homem negro, haja vista que na realidade existencial social, tanto os preconceitos raciais quanto os estereótipos continuam atuantes, mediando o processo de competição e servindo de instrumento bloqueador ao acesso das oportunidades, restringindo a mobilidade integracional e a ocupação dos espaços sociais aos negros.

Como mostrou Hasenbalg, em seu estudo pioneiro de 1979, o racismo opera um mecanismo de desqualificação dos não-brancos na competição pelas posições mais almejadas. Ao mesmo tempo, os processos de recrutamento para posições mais valorizadas no mercado de trabalho e nos espaços sociais operam com características dos candidatos que reforçam e legitimam a divisão hierárquica do trabalho, a imagem da empresa e do próprio posto de trabalho. “A raça é assim mantida como símbolo de posição subalterna na divisão hierárquica do trabalho e continua a fornecer a lógica para confinar os membros do grupo racial subordinados àquilo que o código racial das sociedades define como ‘seus lugares apropriados’” (JACCOUD, 2008, p. 56-57).

O processo de desmistificação da teoria da democracia racial ganhou força no final dos anos 70, a partir das reivindicações do movimento negro e das reflexões de pesquisadores sociais, como Hasenbalg (1979), voltados para a questão da mobilidade e desigualdade social. Uma das perspectivas apontadas pelo Movimento Negro reside na condição da desigualdade social da renda relativa dos negros no Brasil. Constatou-se que os negros (pretos e pardos) tem, no que diz respeito à renda domiciliar per capita, menor que a metade da renda per capita dos brancos, resultado do histórico de discriminações pela qual vem passando na história republicana e não como faz crer o senso comum, a ausência de esforço ou mérito.

Contudo, mesmo com o referido processo de desmistificação, ainda impera no imaginário do povo brasileiro, a crença segundo a qual somos uma democracia racial, da qual comunga o poder judiciário, tornando inócua aplicação de novas leis, como a 7.716/89 e 9.459/97 criadas com a proposta explícita de combater o racismo.

Além de ser normatizado pela Constituição Federal, o crime de racismo passou a ser também tutelado pela Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989, e pela Lei nº 9.459 de 13 de maio de 1997 que alterou os artigos 1º e 20º da anterior, acrescentando ainda um parágrafo ao artigo 140 do Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 que se constitui no Código Penal. Os referidos diplomas legais consubstanciam-se enquanto resultado das lutas do movimento negro, representando ao mesmo tempo um avanço na mentalidade do legislador nacional no que diz respeito aos crimes de racismo.

Contudo, se as referidas leis representaram um avanço na mentalidade do legislador nacional, o mesmo não se pode dizer da mentalidade do Poder Judiciário no trato das questões raciais, haja vista que interpreta tais dispositivos legais de maneira enviesada, influenciado, acreditamos, por um preconceito enraizado e pelo mito da democracia racial, de tal forma que, não tem contemplado o pleito das vítimas de racismo.

Nessa perspectiva, os juízes, nos casos concretos que lhes chegam, preferem interpretar ofensas verbais racistas, como a sofrida por uma mulher negra em São Paulo em 27 de novembro de 1989, chamada de “macaca” e “negra”, como delito contra a honra, injúria simples, amenizando, com isso, o potencial ofensivo do autor, contribuindo para o relaxamento da prisão em flagrante (GUIMARÃES, 2004).

A interpretação judicial, prefere não enxergar o disposto no art. 20 da Lei nº 9.459, tipificando-o sistematicamente como de ação penal privada, tratando-o como crime contra a honra, perseguível mediante queixa-crime, tornando ineficaz o objetivo do legislador de combater os crimes raciais, os quais são sancionados com a pena de reclusão.

Os juízes preferem entender o ato de racismo de uma maneira puramente técnica, quando consubstanciado na segregação e exclusão violentamente nítida. Assim, nesse tipo de interpretação, para se enquadrar o ofensor por crime de racismo, teria de haver de maneira explícita a discriminação segregacionista.

Tal interpretação mais uma vez prejudica a vítima de racismo, uma vez que a discriminação é exercida de modo sutil, conforme Antônio Guimarães (2004, p. 36):

O que chama a atenção na Lei 7.716 e na sua interpretação, tal como feita pelos juízes de Direito em suas sentenças, é que o ato de racismo era conceituado como limitando-se a um ato de segregação e de exclusão. Os comportamentos criminalizados são desta natureza, por isto mesmo os verbos utilizados na redação da Lei são todos referentes à exclusão, tais como impedir obstar, negar etc., referindo-se seja ao acesso a serviços públicos ou residências, seja ao atendimento em estabelecimentos, seja ao convívio familiar. Ora, o problema consiste exatamente no fato de que tais formas de discriminação segregacionista são residuais no mundo atual e, quando exercitadas, o são de modo sutil. Disfarçando-se o motivo racial sob alguma transnomação ou tropo, tais como aparência física (boa aparência), uso ocupacional (elevadores de serviço) ou título de propriedade (locais exclusivos para sócios ou proprietários) e escondendo-se sob motivação técnica ou mesmo cultural (mérito escolar, preferência de

clientela, qualificações técnicas etc.).

Desta forma, desconhecendo ou fingindo desconhecer os mecanismos sutis e velados de discriminação racial, ao darem sentenças fundamentadas na interpretação literal da lei que põem realce aos verbos “excluir”, “negar”, “impedir”, os juízes denegam o pedido da vítima com a alegação de não haver bases concretas e indícios suficientes para a punição do autor.

Tais interpretações, seja tipificando a ofensa verbal como crime contra a honra, ou somente enxergando a segregação racial de maneira explícita, cada vez mais rara em nossa sociedade, contribuem para o aprofundamento das ideias racistas, para a impunidade de tal crime, bem como para desmotivação do combate ao racismo pelo viés do judiciário.

Nesse mesmo sentido, diante do preceito constitucional que afirma ser crime inafiançável a prática do racismo sujeito à reclusão, também tem o judiciário sutilmente desprezado a finalidade do legislador de combater o racismo.

Os juízes consideram excessivo o rigor da lei Constitucional, alegando ser desproporcional a quantidade da pena aplicada, argumentando que se alguém comete assassinato, tem direito a fiança e o crime pode até prescrever dentro de certo tempo, contudo tais direitos são negados ao autor do crime de racismo, restando que o entendimento judicial considera, por exemplo, o obstáculo ao acesso de alguém a uma boate ou restaurante em função da cor, menos danoso para a sociedade que o homicídio, razão pela qual preferem amenizar a punibilidade do infrator tipificando-a de maneira mais branda.

Diante do exposto, acredita-se que a constância de sentenças absolutórias, no que diz respeito aos crimes de discriminação, consubstanciam-se no fenômeno da discriminação indireta e na perpetuação do preconceito. Tais sentenças, motivadas por uma parca compreensão dos conflitos interétnicos vigentes no Brasil, enfraquece o princípio da igualdade, consolidando e favorecendo os privilégios dos grupos étnicos dominantes, que enxergam a realidade a partir da perspectiva dos seus valores, mesmo nas decisões aparentemente neutras, resultando num impacto negativo para os afrodescendentes.

Este privilégio racial faz com que a cosmovisão e as perspectivas próprias de certo grupo sejam concebidas como “neutros do ponto de vista racial”, constitutivos da “normalidade social”, consideradas “natural”: a branquidade é efetivamente suprimida, desassociada do âmbito racial. Neste contexto, as escolhas e comportamentos com conteúdo racial branco são valorizados e recebem aprovação social, por enquadrados dentro da referida normalidade, ao passo que as demais são desvalorizadas e objeto de suspeição, necessitando

justificar-se continuamente. Esta dinâmica tem suas raízes em ideologias abertamente racistas, bem como informa uma abordagem completamente cega para as questões raciais no direito da antidiscriminação. Um dos efeitos nefastos da desconsideração da teoria institucional da discriminação e do esvaziamento do disparate impact é o enfraquecimento do princípio da igualdade, cujo caráter restrito e limitado acaba por legitimar todo racismo que ultrapassa a discriminação intencional (Raupp, 2008, p. 138).

Além da referida interpretação judicial enviesada, outros dois problemas contribuem enquanto obstáculos à concretização da realização dos direitos humanos específicos dos negros quais sejam, a morosidade da justiça no julgamento de crimes de discriminação racial e a inaplicabilidade das normas de direitos humanos referentes ao combate do racismo.

No que diz respeito à morosidade, pode-se tomar como exemplo a Bahia, que tem 222 processos em tramitação no 1º e 2º no Tribunal de Justiça (TJ-BA) pelo crime de racismo, sendo que apenas sete foram julgados, em sete anos.

O levantamento, feito a pedido do CORREIO, computa todos os processos desde 2011, quando foi criado o Esaj, serviço de consulta digital a processos do TJ-Ba. Isso significa dizer que pouco mais de 3% do total de processos teve alguma sentença ou, ainda, que praticamente uma sentença foi proferida por ano, desde então. Não estão incluídos os processos por injúria racial, que tramitam nos Juizados Especiais⁴.

Explicando a referida morosidade, a Promotora Lívia Sant' Anna Vaz, Coordenadora do Grupo Especial de Proteção dos Direitos Humanos e Combate à Discriminação (Gedhdis), do Ministério Público do Estado da Bahia, afirma que a causa da mesma consubstancia-se na ausência de prioridade no julgamento de crimes de racismo

O que a gente pode dizer é que não é uma prioridade (julgar esses casos). Não foi à toa que o Brasil foi condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2006. Nessa decisão, a comissão considera que o sistema de justiça brasileiro reproduz também o racismo: é o racismo institucional, ao não julgar, de forma adequada, os crimes de racismo⁵.

4 <http://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/um-por-ano-de-2011-para-ca- apenas-sete-processos-por-racismo-foram-julgados/>

5 Ibid

Tão prejudicial quanto a referida morosidade no julgamento dos processos de crimes de racismo é a inaplicabilidade das normas de direitos humanos, particularmente aquelas que protegem os direitos socioeconômicos, nas quais estão inseridas as normas de combate à discriminação racial.

Tomando por base a pesquisa realizada por José Ricardo Cunha⁶, sobre a extensão da justiciabilidade dos direitos humanos em adjudicação por juízes de tribunais de julgamento da Comarca da cidade do Rio de Janeiro, tem-se as seguintes constatações: quatro em cada dez juízes não tiveram instrução formal no exame sistemático de questões fundamentais de direitos humanos; 86% do total dos entrevistados se descreveram como brancos, resultado que confirma a existência de uma exclusão da população negra ou mulata da profissão de juiz; Apenas 6% dos entrevistados disseram ter se envolvidos na área de direitos humanos, o que ajuda a entender a causa de infrequência dos instrumentos de direitos humanos

Uma análise desses dados nos ajuda a entender, pelo menos preliminarmente, por que as decisões desses juízes são tão frequentes sobre os instrumentos de direitos humanos dos sistemas da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA). Com o assunto tão negligenciado pelos juízes, a aplicação das normas de direitos humanos é dificultada.⁷

Esse quadro sugere uma falta de intimidade com o conceito geral de direitos humanos e as normas desses direitos responsáveis pelo não reconhecimento da inaplicabilidade delas nas sentenças exaradas pelos juízes.

4. Conclusão

Pode-se constatar ter havido um avanço na política de combate à discriminação racial no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 e das leis infraconstitucionais, tendo o estado brasileiro superado a fase das simples declarações de igualdade e se encaminhando para a concretização de medidas mais eficazes. No campo do direito internacional, em 1995, o Brasil elaborou e entregou relatórios ao Comitê da CERD, nos quais assumiu haver, no país, a desigualdade racial, se propondo a elaborar políticas para combater a discriminação. Em 2002, aderiu a cláusula facultativa apresentada pela

6 A pesquisa norteou-se na premissa segundo a qual o tipo da vara, ou tribunal de 1ª instância, a cor do juiz e a quantidade de conhecimento que ele tem sobre os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos da OEA e da ONU são variáveis fundamentais para determinar como juízes aplicam os instrumentos internacionais de direitos humanos como base para suas sentenças.

7 http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452005000200009

CERD, consistente no direito de petição condicionada ao reconhecimento do estado-parte da competência do Comitê para receber e examinar comunicações das vítimas de violações.

No contexto internacional, o combate à discriminação racial tem obtido perceptível avanço histórico, sobretudo, a partir da década de 1960, quando a ONU tencionando combater as diversas manifestações racistas e de discriminação racial que estavam ocorrendo em diferentes partes do mundo, editou a Resolução n. 1.904. Tal resolução aprovou a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de discriminação racial.

Para que a Declaração não ficasse apenas no nível da intenção de vontade, mas tivesse um caráter eficaz, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial no ano de 1965, bem como criou, em 1970, o Comitê de Eliminação da Discriminação Racial, enquanto mecanismo de concretização da convenção.

No plano processual, também a CERD se apresenta como importante instrumento internacional de combate as violações de direitos humanos, proporcionando em seu artigo 14 o recebimento e exame de comunicações de indivíduos ou grupos de indivíduos vítimas das violações dos direitos previstos na Convenção.

Além da CERD, com vistas a erradicação do preconceito e da discriminação racial no mundo, a ONU desenvolveu, de 1973 a 2003, três décadas de combate ao racismo, realizando uma conferência mundial em cada uma delas, sendo a mais importante a última realizada em Durban em 2001.

Portanto, é inquestionável os avanços ao combate internacional à discriminação, sobretudo, a partir da criação da CERD que apontou falhas dos estados na implementação de suas obrigações no combate à discriminação no plano legislativo obrigando-lhes também a enviar-lhe relatórios periodicamente. Pode-se atribuir a CERD também a eliminação do apartheid na África do Sul.

Em que pese tudo isso, no Brasil persistem os indicadores das desigualdades sociais em relação aos negros, já comentadas neste artigo, sobretudo, em relação a ausência nos espaços de poder. Além disso, corroborando para esse *status quo*, tem-se a mentalidade do poder judiciário no trato das questões raciais, com sua interpretação enviesada e influenciada pela teoria da democracia racial, não ajuda a combater a discriminação, mas realiza o fenômeno da discriminação indireta.

Pode-se afirmar, no que diz respeito à realidade brasileira, que existe uma certa ineficácia dos mecanismos internacionais no sentido de erradicar estruturalmente a discriminação, haja vista que não existe no âmbito do poder judiciário nacional, uma integração vertical entre os níveis de combate jurídico, o doméstico e o internacional global (CERD).

“O problema a ser debatido reside na natureza desse” paralelismo entrelaçado” no que diz respeito ao problema jurídico que se apresenta para o lesado da discriminação racial. Em relação ao nível doméstico (...) certa cautela na aplicação do arcabouço jurídico interno a denúncias da discriminação racial, mas também a quase total falta de consciência a respeito dos institutos jurídicos internacionais aplicáveis a essa temática. Este fato é corroborado em estudo sobre o judiciário carioca organizado por José Ricardo Cunha, que mostra a falta de conhecimento, ou até certo desprezo por parte dos operadores do Direito, da esfera jurídica internacional” (HOFFMANN 2008, p.106)⁸.

Contudo, o descompasso do judiciário brasileiro em relação aos mecanismos internacionais materializa-se, também, como foi dito, na morosidade dos julgamentos dos processos do crime de racismo, bem como no aumento do número de acusados de racismo serem considerados inocentes.

O levantamento, realizado em tribunais de segunda instância de todo o país, revela que a quantidade de casos de discriminação julgados cresceu nos últimos anos, porém, a número de acusados considerados inocentes também aumentou. Entre 2005 e 2006, foram julgadas 84 ações, das quais 52,4% foram vencidas pelos réus. Nos dois anos seguintes, os réus venceram em 66,9% dos 148 processos por racismo ou injúria racial⁹.

Em síntese, uma confluência de fatores tais como a ideologia da democracia racial, a morosidade da justiça, a falta de consciência a respeito dos institutos jurídicos internacionais aplicáveis à temática do racismo, o aumento das sentenças favoráveis aos réus tem contribuído conjuntamente para mitigar a concretização dos direitos humanos específicos dos negros, tornando o Poder Judiciário brasileiro um dos maiores instrumentos do racismo estruturado na nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, R. A. R. Direito, Poder e Opressão. São Paulo: Alta-Omega, 1990.

ANDRADE, Ledio R. de. Juiz Alternativo e Poder Judiciário. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

BRAGA, Júlio. Na Gamela do Feitiço: repressão e resistência nos candomblés da Bahia.

⁸ Ibid.

⁹ <http://w.ibccrim.org.br/noticia/13821-Numero-de-processos-por-discriminacao-racial-aumenta>

Salvador, EDUFBA, 1995.

BRUM, Nilo B. de. Requisitos Retóricos da Sentença Penal. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980.

CENEVIVA, Walter. Preconceito e discriminação. Folha de S. Paulo, de 31- 5-1997. C. 2, p. 2.

COSTA, Alexandre A. Introdução ao Direito. Uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

EUZET, Christophe. Relations Internationales. Paris; Ellipses Édition Marketing S.A, 2014

FERNADES, Newton e FERNANDES, Valter. Criminologia Integrada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. apud SILVA JR., Hédio, Direito Penal e Igualdade Étnico e Racial. In Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial. São Paulo: Lúmen Júris Editora, 2008.

GOMES. Fernanda L. e SILVA. Tatiana D. O Regime internacional de combate ao racismo e à discriminação racial. http://www.portaldaigualdade.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/pub-aco-es-afirmativas/livro_igualdade_racialbrasil01-tamanho-reduzido.pdf acessado em 22.11.2015 18:33

GUERRA, Sidney. Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo; Editora Saraiva, 2011

GUIMARÃES, Antônio S. A. Preconceito e Discriminação. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2004.

HOFFMANN, Florian. Interseccionalidade Sistêmica? Breves Comentários sobre a luta contra a discriminação racial no âmbito internacional. In: Paiva, Angela Randolpho (org). Notícias e reflexões sobre discriminação racial. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: 2008

JACCOUD, Luciana. Racismo e República: O debate sobre o branqueamento e a discriminação racial no Brasil. In as Políticas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição. IPEA, novembro de 2008.

LYRA, Roberto e ARAÚJO JR João M. de. Criminologia. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.130 apud SILVA JR., Hédio, Direito Penal e Igualdade Étnico e Racial. In Ordem Jurídica.

MARTINS, José R. S. O Dogma da neutralidade Judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

MATEUS. Elizabeth do N. A Proteção internacional contra a discriminação racial. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8856 acessado em 22.11.2015 18:22

MEDEIROS, Carlos A. Na Lei e na Raça. Legislação e Relações Raciais, Brasil-Estados Unidos. Rio de Janeiro: DPeA, 2004.

NASCIMENTO, Abdias do. Reflexões sobre o movimento negro no Brasil. Thoth - Pensamento dos Povos africanos e afrodescendentes, n.3, set/dez. 1997.

OSÓRIO. Luiz F. B. Direitos humanos, direito internacional e relações internacionais: uma reflexão crítica da teoria e aplicação no contexto contemporâneo internacional. http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13710 acessado em 22.11.2015 18:16

RIOS, Roger R. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SANTOS, Boaventura de S. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Christiano J. Crimes de preconceito e de discriminação. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO, Mario. A formação do Mercado de trabalho e a questão racial no Brasil. In As Políticas Públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição. IPEA, novembro de 2008, p. 39-40.

TRINDADE, Caçado. Le Droit International Pour la Personne Humaine. Paris, Pedone, 2012

TRINDADE, Caçado. O Direito Internacional em um mundo em transformação. São Paulo; Renovar, 2002

WOLKEMER, Antonio C. História do Direito no Brasil. Rio de Janeiro. Forense, 2007.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>