

11

Mandado de criminalização do racismo: acesso à justiça e efetividade da Lei n. 7.716/89 *Warrant of criminalization of racism: effective access to justice and the Law 7716/89*

SILMA MARIA AUGUSTO

Advogada, mestranda em Direito no programa Sistema Constitucional de Garantia de Direito, pela Instituição Toledo de Ensino, em Bauru, São Paulo, e vinculada ao grupo de pesquisa científica Acesso à Justiça e Concretização de Direitos; bolsista do Programa Internacional de Pós-Graduação da Fundação Ford. *E-mail* para correspondência: silmaugusto@hotmail.com

TAÍS NADER MARTA

Advogada, professora, mestranda em Direito no programa Sistema Constitucional de Garantia de Direito, pela Instituição Toledo de Ensino, em Bauru, São Paulo. *E-mail* para correspondência: taismarta@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Para que os negros sejam bem-sucedidos, requer-se deles maiores esforços, no sentido de se superarem os tabus impostos pela sociedade. Por serem tratados de forma excludente, as dificuldades são mais difíceis de ser suplantadas. Mas, com muita dedicação, é possível a estes indivíduos conquistar pouco a pouco seu espaço na sociedade. Nos dias atuais, os negros cada vez mais vêm garantindo seu lugar nos meios de comunicação.

Antes, os afrodescendentes eram vistos como figurantes nas novelas e como substitutos nos jornais. Mas, com o passar do tempo, eles vêm ocupando postos e espaços cada vez mais importantes, como protagonistas em filmes, seriados, novelas, telejornais e na vida em geral. Na política, à semelhança da mídia, observa-se um constante aumento na ocupação de cargos de alto escalão por negros.

O Ministério do Governo Lula, por exemplo, foi composto por três negros, que assumiram três postos importantes. Foram eles: Gilberto Gil, Benedita da Silva e Marina Silva. Joaquim Benedito Barbosa, procurador da República, tornou-se o

primeiro negro integrante do Supremo Tribunal Federal. Isso demonstra o crescimento da valorização da raça negra na sociedade brasileira. Essa situação ainda não é a ideal; contudo, já é considerada um grande avanço, em vista de seu passado tão tenebroso. O importante é que esses paradigmas estão sendo quebrados e, conseqüentemente, observa-se a colocação dos indivíduos da raça negra na condição de verdadeiros cidadãos¹.

A Constituição Federal criminaliza determinados comportamentos, vez que existem direitos básicos e elementares garantidos na Lei Maior do País, dos quais se pode extrair, já no inciso III do artigo 1º, um dos seus fundamentos, que compõe a materialização da dignidade da pessoa humana, constituindo objetivos fundamentais desta nação, segundo o subseqüente artigo 3º da mesma Carta Magna, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); bem como, dentre outros objetivos, a erradicação da pobreza, da marginalização, a redução das desigualdades sociais (inciso III), com a promoção do bem de todos, sem quaisquer atos de discriminação (inciso IV). “Considerando as conseqüências dos atos discriminatórios, depois do direito à vida, nenhum direito é tão fundamental quanto o de não ser discriminado”².

Hodiernamente, a existência em sociedade demanda um emaranhado de normas disciplinadoras que estabeleçam as regras indispensáveis ao convívio entre os indivíduos que a compõem. O conjunto dessas regras, denominado Direito positivo, deve ser obedecido e cumprido por todos os integrantes do grupo social, e prevê as conseqüências e sanções aos que violarem seus preceitos.

Tais preceitos são transgredidos, por exemplo, quando do cometimento de crimes. O crime é um fato tão antigo quanto o homem, e sempre impressionou a humanidade. O Direito Penal deve assegurar garantias penais e processuais, assim como deve velar pelo respeito à dignidade humana.

O mandado de criminalização do racismo é um assunto tratado pela doutrina jurídica contemporânea como um dos mais relevantes de ordem constitucional. Os mandados de criminalização expressos trazem determinações constitucionais de como deverão ser protegidos determinados direitos fundamentais.

O racismo também é tema de relevância universal. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, considerando a pluralidade da discriminação, determina que toda pessoa tem todos os direitos e liberdades garantidos, sem distinção de raça,

¹ BARROS, Lorena Pinheiro. Discriminação racial: obstáculos e conquistas. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 07 de maio de 2009.

² AIEXE, Egídia Maria de Almeida. Uma conversa sobre direitos humanos, visão da justiça e discriminação. In: VIANA, Túlio Márcio & RENAULT, Luiz Otávio (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 329.

cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra índole (conforme o artigo 2º da DUDH).

Não se sabe ao certo se a palavra “racismo” é originada do francês (*racisme*) ou do inglês (*racism*). De qualquer modo, reflete a superioridade de certas raças, atributos, sentimentos, características, trazendo, como consequência, a segregação racial. De acordo com Antônio Sérgio Guimarães, “raça” é conceito relativamente recente. Significou, por muito tempo, “um grupo ou categoria de pessoas conectadas por uma origem comum” (esse foi o sentido empregado na maioria das línguas europeias a partir do início do século XVI). As teorias biológicas sobre as “raças” são ainda mais recentes – por exemplo, as teorias poligenistas (século XIX), nas quais a palavra “raça” passou a ser usada para a designação de espécies de seres humanos distintas, tanto fisicamente quanto em relação à capacidade mental.

Depois da perda de vigência dessas teorias, o vocábulo “raça” adquiriu o significado de subdivisão da espécie humana. No entanto, no pós-guerra referido, o conceito passou a ser recusado pela biologia, e a Unesco reuniu – em três oportunidades – biólogos, geneticistas e cientistas, que resolveram discutir temas relacionados a raças e relações raciais.

Algumas conclusões foram extraídas, dentre elas a de que as diferenças fenotípicas entre indivíduos e grupos humanos, assim como diferenças intelectuais, morais e culturais, não podem ser atribuídas, diretamente, a diferenças biológicas, pois devem ser creditadas a construções socioculturais e a condições ambientais³.

No mesmo sentido, o Professor Hélio Santos fez uma análise do combate às desigualdades raciais no Brasil a partir do questionamento do termo “raça”, que é considerado insignificante pela biologia moderna (quer dizer não se explicam mais as diferenças a partir deste conceito entre a espécie humana), mas, do ponto de vista político e ideológico, tal conceito foi construído no histórico da humanidade⁴, sendo essa construção determinante para alimentar práticas racistas e impedir a igualdade de acesso aos direitos básicos e às oportunidades pelos negros.

É certo que as diferenças não emanam dos atributos da minoria em questão ou de qualquer estilo que os membros pertencentes a essa minoria abracem. As diferenças originam-se do contexto social em que se organizaram. O legislador

³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 309-310.

⁴ Aqui se defende que “o racismo é uma ideia que parte de um pressuposto irracional no qual determinado grupo humano inferioriza outro em função de diferenças físicas ou biológicas”. (Vide SANTOS, Hélio. *Uma avaliação do combate às desigualdades raciais no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 56.)

constituente de 1988 dispensou tratamento direto ao racismo em pelo menos três passagens: artigo 5º, XLII, artigo 3º, IV, e no artigo 4º, VIII, da Constituição Federal⁵. A palavra “preconceito”, por sua vez, possui sua origem do latim *praeconceptu*, significando conceito ou opinião composto(a) previamente e sem profundo conhecimento dos fatos.

Assim sendo, o racismo nada mais é do que uma das espécies de preconceito. Consiste em uma prática (preconceituosa) que objetiva a segregação de indivíduos de um determinado meio social⁶.

A seguir, serão abordados alguns aspectos que motivaram a eleição do mandado de criminalização do racismo no sistema jurídico brasileiro, bem como a efetividade da Lei n. 7.716/89, que regulamentou o crime de racismo.

2. O MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DO RACISMO NA ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nesse tópico, será dada ênfase ao conceito de mandado de criminalização. Em linhas gerais, o mandado de criminalização consiste em um mandamento ou uma ordem da lei superior (Constituição Federal) para que determinados bens e direitos sejam protegidos de violações. O próprio texto constitucional determina a criminalização da conduta violadora desses bens ou direitos mediante a edição de lei ordinária.

A Constituição Federal dispõe de alguns critérios para a eleição de um mandado de criminalização. Após uma breve análise do texto da Carta Magna de 1988, percebe-se que os critérios que norteiam a eleição de um mandado de criminalização estão vinculados à importância desse bem ou direito dentro da ordem constitucional.

Com o propósito de se compreenderem os critérios adotados pela Constituição Federal para eleger um mandado de criminalização, será preciso fazer uma leitura sistêmica dos princípios, “pilares” que norteiam o ordenamento constitucional⁷. Ou seja, buscar no seu contexto o que motivou a valoração de determinado bem ou direito eleito para ser emitida uma ordem de criminalização.

Dentre os mandados expressos de criminalização que são cláusulas pétreas, encontram-se a “discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, pois pessoas que sofrem com o preconceito têm a sua dignidade abalada, e os

⁵ O tratamento constitucional conferido ao tema tem o propósito de determinar o preenchimento do fundamento da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF).

⁶ PACHECO, Celso Antonio. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 311.

⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

princípios fundamentais da proteção da cidadania e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II e III, da Constituição Federal) e dos objetivos fundamentais republicanos (artigo 3º da Constituição Federal) devem ser observados também no Direito Penal.

Alguns crimes ofendem frontalmente a dignidade da pessoa humana, e retirar a proteção penal em face dessas condutas abjetas implicaria diminuir a esfera de proteção, acarretando diminuição de garantias individuais fundamentais⁸. É preciso que se crie, no Brasil, uma maior consciência das discriminações que existem, visto que, normalmente, a sociedade nega a ocorrência de atitudes discriminadoras, atribuindo alguns casos que caem no domínio público a comportamentos isolados, o que nem sempre corresponde à realidade.

O mandado de criminalização expresso no texto constitucional imprime uma ideia imperativa, compulsória e de determinabilidade. Cabe à lei ordinária cuidar da matéria na mesma dimensão que a Constituição Federal propõe. Isso porque existe uma vontade maior e expressa, exigindo que determinada conduta seja criminalizada. Objetivando elucidar o assunto, são apresentados, como exemplo, alguns artigos da Constituição Federal, que determinam a criminalização de algumas condutas. O artigo 5º, inciso XLII, da Magna Carta definiu que a prática de racismo constitui crime inafiançável, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Já o inciso XLIII do mesmo artigo salientou que a lei considera crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitem. Por fim, o inciso XLIV dispôs que constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático.

Observa-se que existe um objetivo maior além do simples mandamento para que lei posterior regulamente tais artigos. A imposição de sanções na órbita penal não fica restrita aos limites do poder coercitivo (de punição na esfera penal) do Estado. Porque a finalidade da proteção constitucional deve ser avaliada dentro de uma perspectiva do Estado democrático de direito, que tem como princípios (pilares), a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos fundamentais.

Especificando o mandado de criminalização do racismo expresso no artigo 5º, inciso XLII, da CF, percebe-se que existe um sistema de normas que norteiam a construção da não discriminação e da vedação do racismo em todo o ordenamento

⁸ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 210.

constitucional⁹. A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLII, passou a considerar a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível. A Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. A Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, alterou o artigo 140 do Código Penal, que trata do crime de injúria. Assim, não se confunde o crime de *injúria racial* (artigo 140, parágrafo 3º, do CP) com o *crime de racismo*, regulado na Lei n. 7.716/97. De acordo com Damásio (1998):

O artigo 2º da Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, acrescentou um tipo qualificado ao delito de injúria, impondo penas de reclusão, de um a três anos, e multa, se cometida mediante “utilização de elementos referentes a raça, cor, religião ou origem”. A alteração legislativa foi motivada pelo fato de que réus acusados da prática de crimes descritos na Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (preconceito de raça ou de cor), geralmente alegavam ter praticado somente injúria, de menor gravidade, sendo beneficiados pela desclassificação. Por isso o legislador resolveu criar uma forma típica qualificada envolvendo valores concernentes a raça, cor etc., agravando a pena. Andou mal mais uma vez. De acordo com a intenção da lei nova, chamar alguém de “negro”, “preto”, “pretão”, “negrão”, “turco”, “africano”, “judeu”, “baiano”, “japa” etc., desde que com vontade de lhe ofender a honra subjetiva relacionada com cor, religião, raça ou etnia, sujeita o autor a uma pena mínima de um ano de reclusão, além de multa¹⁰.

No mesmo sentido é o posicionamento de Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior (2001):

(...) comete o crime do artigo 140, § 3º, do CP, e não o delito do artigo 20 da Lei n. 7.716/89, o agente que utiliza palavras depreciativas referentes a

⁹ O preâmbulo da Constituição Federal consigna o repúdio ao preconceito; o artigo 3º, IV, proíbe o preconceito e qualquer outra forma de discriminação (do qual se pode inferir que preconceito seria espécie do gênero discriminação); o artigo 4º, VIII, assinala a repulsa ao racismo no âmbito das relações internacionais; o artigo 5º, XLI, prescreve que a lei punirá qualquer forma de discriminação atentatória aos direitos e garantias fundamentais; o mesmo artigo 5º, XLII, criminaliza a prática do racismo; o artigo 7º, XXX, proíbe diferença de salários e de critério de admissão por motivo de cor, dentre outras motivações; e, finalmente, o artigo 227, que atribui ao Estado o dever de colocar a criança a salvo de toda forma de discriminação. (SILVA JÚNIOR, Hédio. Do racismo legal ao princípio da ação afirmativa: a lei como obstáculo e como instrumento dos direitos e interesses do povo negro. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio & HUNTLY, Lynn. *Tirando a máscara – ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 359-387.

¹⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 437.

*raça, cor, religião ou origem, com o intuito de ofender a honra subjetiva da vítima*¹¹.

O racismo é uma das formas mais repugnantes de ofensa à dignidade da pessoa humana. Erradicar essa prática consiste num dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil¹² e um dos princípios das relações internacionais do País¹³. Além disso, o crime de racismo é objeto de um mandado constitucional de criminalização¹⁴.

No Brasil, racismo é crime inafiançável e imprescritível, ou seja, é conduta de natureza grave, que não permite ao agressor livrar-se da prisão (em flagrante) mediante pagamento de fiança, nem o Estado perde o direito de punir ou de aplicar a punição com o decorrer do tempo. O fato de ser considerado crime – e sendo um dos poucos de natureza inafiançável e imprescritível – revela grande polêmica com relação a esse mandado de criminalização. A Lei n. 7.716/89¹⁵ descreve mais de dez condutas que resultam de discriminação/preconceito de raça, etnia, cor, religião, procedência.

Segundo Silva Júnior, o mandado de criminalização do racismo na Constituição Federal brasileira adveio da tutela constitucional dos direitos emanados dos tratados internacionais¹⁶. No mesmo sentido, Frederico (2007) assegurou que “nossa Constituição condena, de forma absoluta, qualquer modalidade de preconceito ou discriminação negativa, chegando ao ponto de ter sido inserido em seu texto”¹⁷. A Lei n. 7.716/89 regulamentou o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal e estabeleceu as condutas consideradas crimes de racismo que antes eram **meras contravenções penais**¹⁸.

¹¹ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto & DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2001. p. 305.

¹² Como se pode verificar no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

¹³ Nos termos do artigo 4º, inciso VIII, da Constituição Federal.

¹⁴ Conforme consta do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

¹⁵ Com redação dada pela Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997.

¹⁶ *Ibidem*, p. 378.

¹⁷ Vislumbra-se, de forma cristalina, que a Constituição brasileira condena, de forma absoluta, qualquer modalidade de preconceito ou discriminação negativa, chegando ao ponto de ter sido inserido em seu texto, de maneira expressa, que o racismo constitui crime (e não mera contravenção, como era no ano da promulgação da Carta Magna de 1988. (FREDERICO, Flávio César Gesso. *Racismo: as ações afirmativas e a educação como mecanismo de combate à discriminação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Bauru/SP: ITE, 2007. p. 90.)

¹⁸ A lei em vigor regulamenta o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, criando delitos e criminalizando condutas antes apontadas como meras contravenções penais na Lei Afonso Arinos (Lei n. 1.390, de 03 de julho de 1951, posteriormente modificada pela Lei n. 7.437, de 20 de dezembro de 1985). *Vide* FREDERICO, Flávio César Gesso. *Racismo: as ações afirmativas e a educação como mecanismo de combate à discriminação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Bauru/SP: ITE, 2007. p. 90.

Por intermédio de uma leitura sistêmica dos princípios constitucionais, nota-se que a concepção de criminalizar o racismo busca solucionar conflitos sociais e garantir a diversidade entre grupos pertencentes à mesma sociedade. No entanto, não se pode crer que a simples tipificação do crime de racismo será instrumento suficiente no combate a tal prática.

De acordo com estudiosos da ciência criminal, o Direito Penal moderno acaba por gerar expectativa de algo “novo”¹⁹. Mas nem sempre essas expectativas são correspondidas no mundo real. Se os instrumentos jurídicos não forem efetivos na coibição desse tipo de crime, poderá ser suscitado efeito contrário, gerando ainda mais intolerância. No entanto, do ponto de vista social, a criminalização do racismo precisa ser compreendida não apenas como instrumento de proteção individual, mas também como medida coletiva que tutela determinados grupos-alvo de tais práticas²⁰, sendo que o racismo e a discriminação racial são causas reais de desigualdades e impedimento de acesso a bens e direitos de forma igualitária.

Merece destaque o artigo do sociólogo Nelson do Valle Silva (2000) sobre a extensão e a natureza das desigualdades raciais no Brasil. Ele trouxe à baila que as marcadas desigualdades sociais no território brasileiro estão associadas à cor do indivíduo. Comentou, ainda, que a pesquisa sociológica que trata dessas desigualdades há décadas vem demonstrando estes dados, por isso não se pode acreditar que a gritante desigualdade se explique tão-somente por outras diferenças, como as de origem social, localização geográfica etc.²¹.

¹⁹ Em resumo, a “dialética da modernidade” leva a que o Direito Penal se desenvolva como um instrumento de solução dos conflitos sociais, o que, de acordo com a percepção pública, não se distingue mais, por um lado, pela sua utilidade e, por outro, pela sua gravidade, dos outros instrumentos de solução dos conflitos; o Direito Penal, apesar dos seus instrumentos rigorosos, torna-se um *soft law*, um meio de manobra (*Steurung*) social. As expectativas de solução dos problemas, que se dirigem ao Direito Penal, explodem; é visto, deste modo, que o Direito Penal torna-se, quanto às expectativas, algo “novo”. (HASSEMER, Winfried. Característica e crises do moderno Direito Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, 2003, p. 149.)

²⁰ “No Brasil, a tendência de se aplicar o Direito por meio de iniciativas de caráter meramente individual ainda é prevalecente. O Estado brasileiro raras vezes chama para si a responsabilidade de fazer com que as leis e os princípios jurídicos não sejam meras proclamações destituídas de consequência na vida real. Mas há sinais de mudança.” (GOMES, Joaquim B. Barbosa. O uso da lei no combate ao racismo: direitos difusos e as ações civis públicas. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio & HUNTLY, Lynn. *Tirando a máscara – ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 390.)

²¹ “Um dos aspectos que recentemente têm vindo a público de modo crescente são as marcadas diferenças que estão associadas à cor do indivíduo. Na verdade, a pesquisa sociológica que trata desta dimensão das desigualdades no Brasil já tem uma história que se estende por algumas décadas. Os resultados são bastante estáveis, invariavelmente apontando para o fato de que não apenas as diferenças de renda associadas à cor dos indivíduos são gritantes, como não podem ser totalmente explicadas por outras diferenças, tais como as de origem social, localização geográfica ou educação.”

O referido sociólogo afirmou que, quando se refere à mobilidade social, o argumento de muitos é que as bases das desigualdades estão relacionadas à pobreza vivenciada pela grande maioria das pessoas negras, oriundas de famílias que, no passado, também eram pobres²².

Também o cientista social Boaventura de Sousa Santos (2006) defendeu a construção sociopolítica do conceito de raça. O referido autor admitiu que, ideologicamente, argumenta-se que a pobreza constitui-se na grande causa das desigualdades. Embora essa afirmativa não traduza a realidade, tornou-se o argumento fundamental para diluir a desigualdade racial na desigualdade social²³. Nessa linha de pensamento, as professoras Edite Piza e Fúlvia Rosemberg (2007) afirmaram que a ausência de dados que considere aspectos como a cor da pele, raça ou etnia dificulta uma análise real das relações raciais no Brasil.

O mito (alimentado pela ideologia da democracia racial) de que o dinheiro embranquece e de que, no Brasil, o espectro de cores corresponde a uma cor puramente social aparece com frequência em estudos comparativos (cf. DAVIS, 1992). Considerando sempre uma perspectiva unilateral – a da população negra brasileira, estudos estrangeiros e mesmo brasileiros deixam de notar que, no processo brasileiro de construção de identidade, a população de brancos (ou dos que assim se consideram) não coloca como dado importante de identidade sua cor, raça ou etnia, como ocorre, por exemplo, na sociedade americana²⁴.

(SILVA, Nelson do Valle. Extensão e natureza das desigualdades raciais no Brasil. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio & HUNTLY, Lynn. *Tirando a máscara – ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 34.)

²² *Ibidem*, p. 37.

²³ “Só quem pertence à raça dominante tem o direito (e a arrogância) de dizer que a raça não existe ou que a identidade étnica é uma invenção. Uma democracia hipócrita não chega sequer a ter o mérito da hipocrisia democratizada. O máximo de consciência possível desta democracia hipócrita é diluir a discriminação racial na discriminação social. Admite que os negros e os indígenas são discriminados porque são pobres para não ter de admitir que eles são pobres porque são negros e indígenas. É, pois, uma democracia de muito baixa intensidade.” SANTOS, Boaventura de Sousa. As dores do pós-colonialismo. *Folha de S. Paulo*, 11 de agosto de 2006.

²⁴ “A cor brasileira e a democracia racial brasileira têm sido objeto de estudos sistemáticos de pesquisadores estrangeiros que apontam ora a variação na nomeação da cor (PIERSON, 1951 e 1967; WAGLEY, 1952; HARRIS, 1964), ora as estratégias sociais e raciais de encobrimento do racismo (através de processos falhos ou inexistentes de coleta da cor pelos censos), ao mesmo tempo em que registram uma aparente tolerância racial no processo de miscigenação, em face dos padrões birraciais europeu e americano (SKIDMORE, 1991); ora reproduzem, sem contestar, as crenças nas relações fluidas, e ainda muito pouco conhecidas, entre linhas de cor e classe social. O mito (alimentado pela ideologia da democracia racial) de que o dinheiro embranquece e de que, no Brasil, o espectro de cores corresponde a uma cor puramente social aparece com frequência em estudos comparativos (cf. DAVIS, 1992).” (PIZA, Edite & ROSEMBERG, Fúlvia. A cor nos censos brasileiros. In: CARONE, Iray & BENTO, Maria Aparecida Silva (Orgs.) *Psicologia social do racismo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 91-120.)

Compartilhou desse entendimento a Professora Nilma Lino Gomes (2003) ao advertir que a discriminação não é apenas social, mas tem natureza dúplice.

É preciso assumir que, em nosso país, o negro não é discriminado só porque ele é pobre. Ele é discriminado porque é negro e, também, porque é pobre. E isso faz muita diferença. Quer sejamos ricos ou pobres, nós, negros brasileiros, sofremos racismo²⁵.

Portanto, não basta apenas constar no texto constitucional a desigualdade e o racismo tão-somente como comportamentos antijurídicos²⁶. A simples positivação do crime de racismo pouco adianta se não vier acompanhada de ações no sentido de criar medidas para alterar a realidade fática.

O fato de o Brasil não adotar nenhuma medida concreta, após o Decreto abolicionista n. 3.353, de 13 de maio de 1888, para a transformação de ex-escravos em cidadãos sujeitos de direitos, contribuiu muito para gerar o atual quadro de desigualdade social, política e econômica de grande parte das pessoas oriundas do processo escravista colonial²⁷.

Sem dúvida que a criminalização do racismo tornou-se avanço importante na evolução das leis dessa natureza no Direito brasileiro. Mas é preciso que a evolução saia da dimensão simbólica e represente mudança no cotidiano das pessoas que são vítimas de tais crimes.

Após uma breve leitura das Constituições brasileiras, verifica-se que, de certa forma, todas consignaram o princípio da igualdade. Mas foi a Constituição Federal de 1988 que declarou um projeto de igualdade político-jurídico. Porque traz no seu texto princípios como a não-discriminação, a dignidade da pessoa humana e a promoção da justiça social, dentre outros²⁸.

²⁵ “É preciso assumir que, em nosso país, o negro não é discriminado só porque ele é pobre. Ele é discriminado porque é negro e, também, porque é pobre. E isso faz muita diferença. Quer sejamos ricos ou pobres, nós, negros brasileiros, sofremos racismo. É claro que a classe social, a renda e o grau de instrução, em algumas situações, atenuam esse racismo, mas não fazem com que ele desapareça. É o que comprovam os dados censitários, as pesquisas do Ipea e as pesquisas realizadas nas universidades. Vivemos, porém, um racismo que se esconde e, ao mesmo tempo, se manifesta envolto no mito da democracia racial, que apela para a existência de uma harmonia racial.” (GOMES, Nilma Lino. Cotas étnicas e democratização da universidade pública. *Revista Presença Pedagógica*, Dimensão, v. 9, n. 53, setembro/outubro de 2003.)

²⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Direito Administrativo aplicado*, Curitiba, julho/setembro de 1996, p. 649-651.

²⁷ SANTOS, Hélio. Uma avaliação do combate às desigualdades raciais no Brasil. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio & HUNTLY, Lynn. *Tirando a máscara – ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 57-58.

²⁸ SILVA JÚNIOR, Hédio. Do racismo legal ao princípio da ação afirmativa: a lei como obstáculo e como instrumento dos direitos e interesses do povo negro. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio & HUNTLY, Lynn. *Tirando a máscara – ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 359-387.

É importante destacar que a criminalização do racismo foi um processo construído. Iniciou-se desde a resistência dos ex-escravos contra o sistema de escravidão. Os quilombos foram exemplos de resistência contra o tratamento desumano. E o movimento negro brasileiro contemporâneo continuou a desempenhar um papel importante na conscientização da sociedade para que o Estado positivasse normas coibindo práticas racistas, além de exigir políticas públicas efetivas para construir a igualdade racial político-jurídica no País²⁹.

3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade (ou da isonomia) é um dos pilares estruturais da Constituição brasileira. De acordo com Canotilho (1993), “a fórmula ‘o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente’ não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade. Essa igualdade material seria atingida com uma política de justiça social e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais³⁰”.

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade do tratamento em função dela conferida³¹.

O Estado social deve produzir igualdade fática, razão pela qual é obrigado a prestações positivas se for o caso, além de encontrar meios, quando necessário, para efetivação de comandos normativos de isonomia. “A igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável. Em última análise, o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica para a liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática”³².

É incontroverso que a lei não deve ser fonte de privilégios ou de perseguições, e sim uma ferramenta capaz de regular a sociedade que necessita de equidade entre os cidadãos, mas é necessário que se busque “propiciar uma maior abertura com relação à discussão afeta a necessidade de efetivação da proteção constitucional destinada a todos os cidadãos, de maneira indistinta e não discriminatória, tendo em

²⁹ NASCIMENTO, Abdias do & NASCIMENTO, Elisa Larkin. Reflexões sobre o movimento negro no Brasil, 1938-1997. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio & HUNTLY, Lynn. *Tirando a máscara – ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 203-235.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 565.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 17.

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 343.

vista que, inegavelmente, diversos segmentos sociais não desfrutam, ainda, de tais benesses e conquistas”³³.

Na contemporaneidade, a igualdade deixa de ser defendida somente na concepção formal. A busca pela concretização dos direitos, principalmente aqueles direitos sociais fundamentais, tais como a vida, a saúde e a educação, dentre outros, faz com que a igualdade tão-somente no plano formal ceda lugar à igualdade substancial. Isso porque a igualdade real constitui-se em pressuposto da democracia, e enseja ser compreendida não como princípio, e sim como valor que norteia o Estado democrático³⁴.

4. O ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE DA LEI N. 7.716/89

Para que ocorra justiça, é necessário que existam leis já que, por natureza, os indivíduos são diferentes³⁵. “Somos criaturas em busca de sentido”³⁶. Que sentido seria esse e o que fazer quando as coisas parecem perder o sentido? Parece que a justiça vem se mantendo indiferente diante das diferenças e, ao não situar-se coibindo o preconceito e ao não auxiliar minorias que estão em busca pelo viver digno, já está, lamentavelmente, cometendo injustiças.

O referido tema foi amplamente debatido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 82.424/RS, concluído em setembro de 2003. Nesse caso, a condenação pelo crime de racismo se deu, pois o editor Sigfried Ellwange publicou livros que fazem, segundo a decisão, “apologias discriminatórias contra judeus”.

O Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais manteve a condenação de primeiro grau de jurisdição de um colunista de pequeno jornal da Comarca de Ponte Nova, o qual foi dado como incurso no tipo do artigo 20, parágrafo 2º, da Lei n. 7.716/89. No caso em tela, o autor do delito publicou matéria contra uma professora negra, sindicalista local, por ter aforado ação trabalhista em face de uma escola superior daquele município, e terminou seu artigo dizendo: “A história da

³³ BAHIA, Claudio José Amaral. Da necessidade da efetivação da proteção constitucional à homossexualidade. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Bauru: ITE, 2002. p. 150.

³⁴ “Igualdade e liberdade também não são princípios, mas valores democráticos, no sentido de que a democracia constitui instrumento de sua realização no plano prático. A igualdade é o valor fundante da democracia, não a igualdade formal, mas a substancial.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.)

³⁵ MÉNDEZ, Emilio García. Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: reflexões para uma nova agenda. In: SUR – *Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 1, n. 1, 1º semestre de 2004, p. 7.

³⁶ Asseverou Karen Armstrong (*apud* PEDROSA. Ronaldo Leite. *Direito em História*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 102).

Faculdade nos ensina que o teor da melanina na pele não indica o bom ou o mau caráter das pessoas, mas aí que saudades do açoite e do pelourinho”.

Dentre outros argumentos, a sua defesa pediu a desclassificação para crime contra a honra, injúria, destacando, até, o fato de ter o réu exaltado um outro negro, na mesma publicação, chamando-o de “sábio” (para tentar demonstrar que não era preconceituoso, tendo também levado testemunhas no curso da instrução processual para dizer que mantinha bom convívio com a comunidade negra). Decidiu por unanimidade a 2ª Câmara Criminal, contudo, em seu desfavor:

Em bom português, o réu expressiu que as pessoas, não importando a cor, podem ter bom e mau caráter – até aí tudo bem. Em seguida, expôs seu saudosismo aos antigos e deploráveis métodos de castigo aos negros do Brasil Colonial e Monárquico. Ora, em assim fazendo, expressou que algumas pessoas de raça negra, que tenham, ao seu entendimento, mau caráter, merecem dito tratamento, entre elas a Sra. E. M. (...).

Consta da ementa:

O crime de preconceito racial não se confunde com o crime de injúria, na medida em que este protege a honra subjetiva da pessoa, que é o sentimento próprio sobre os atributos físicos, morais e intelectuais de cada pessoa, e aquele é manifestação de um sentimento em relação a uma raça³⁷.

Também foi mantida a condenação de um radialista que, em programa transmitido na Comarca de São Carlos, interior de São Paulo, no dia 9 de abril de 1991, narrou um furto, acrescentando, quanto à autoria: “Só podia ser preto (...)”. Em seguida, afirmou serem três os ladrões, dois brancos e um negro, mas completou: “cana neles, principalmente no preto”³⁸.

Também merece destaque o processo autuado sob o n. 193/98, da 2ª Vara do Foro Distrital de Valinhos, Comarca de Campinas/SP. No caso em tela, um funcionário público foi condenado como incurso no artigo 20, *caput*, da Lei n. 7.716/89, porque afirmou de modo explícito não gostar de uma colega de trabalho em virtude de ser ela negra, tendo antes, constantemente, se referido a seu labor como “serviço de preto”, “caca de negro” e “coisa de negro”, dentre outras expressões.

No entanto, apesar do rigor das leis contra o racismo, essas normas não têm sido eficazes para condenar a prática na Justiça. A conclusão é de uma pesquisa feita

³⁷ ApelCrim n. 133.955/5, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. Herculano Rodrigues, *Jurisprudência Mineira*, v. 146, p. 382-389.

³⁸ ApelCrim n. 153.122.3/0, 5ª Câmara Criminal de Férias de julho de 1995, rel. Des. Celso Limongi.

pelo Núcleo de Direito da Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap) e pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP) no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Esse levantamento filtrou 26 processos de um total de 226 ações judiciais sobre racismo em tramitação de 1988 a 2005 no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Dessas, apenas dez tiveram decisões de mérito que trataram da questão do racismo – sendo que, em seis delas, os acusados foram absolvidos e, em outras quatro, foram condenados. Ainda assim, as condenações foram dadas por crime de injúria racial, e não por crime de racismo.

Segundo Marta Machado, professora de Direito da Fundação Getúlio Vargas e uma das coordenadoras do projeto, essa alteração na tipificação do crime se dá porque a maioria das condutas de discriminação analisada envolvia insultos como xingamentos. Embora tanto a pena por injúria quanto a por racismo seja de um a três anos de prisão, a escolha da Justiça por tipificar os casos como injúria acaba trazendo maior dificuldade no andamento da ação. Isso porque, ao alterar a infração de crime de discriminação, previsto na Lei n. 7.716, de 1989, para crime de injúria racial, previsto no parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, o processo deixa de ser uma ação pública, movida pelo Ministério Público, e passa a ser uma ação individual, que deve ser movida pela própria parte ofendida.

Além disso, a ação passa a ter um prazo de seis meses desde o fato ocorrido para ser impetrada na Justiça, sob pena de prescrição. Já no caso de discriminação racial, o crime tem caráter imprescritível. Por conta do reduzido prazo de prescrição do crime de injúria, das 16 ações restantes selecionadas pelos pesquisadores e que não tiveram decisões de mérito – em que o TJSP analisou apenas se elas deveriam ou não ter seguimento na primeira instância – sete delas foram extintas. Uma por falta de provas e outras seis por conta de terem ultrapassado o prazo de seis meses. Outras três ações tratavam apenas de questões processuais e em seis o TJSP decidiu pelo seguimento na primeira instância³⁹.

Estudo similar foi desenvolvido pela filósofa Sueli Carneiro (2000), que coordenou a ONG⁴⁰ Geledés – Instituto da Mulher Negra, em São Paulo, o qual dispõe de um núcleo de atendimento jurídico às vítimas de crimes de racismo. No artigo “As estratégias legais para promover a justiça social”⁴¹, fez levante sobre a

³⁹ AGUIAR, Adriana. Pesquisa demonstra que crime de racismo tem poucas condenações. In: *Valor Econômico*, 8 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/setembro-1/pesquisa-demonstra-que-crime-de-racismo-tem-poucas-condenacoes>>.

⁴⁰ Organização não governamental.

⁴¹ “O Geledés – Instituto da Mulher Negra identificou nestas conquistas legais a possibilidade de enfrentamento do problema racial do ponto de vista jurídico e para tanto estruturou um serviço pioneiro de assistência legal para vítimas de discriminação racial, popularmente conhecido como

efetividade de alguns instrumentos de combate às práticas do racismo e de outras modalidades de discriminação. Além disso, mencionou que a Lei n. 1.390, de 03/07/1951 – Lei Afonso Arinos – foi a única lei existente no ordenamento jurídico brasileiro até 1988, e tratava o racismo como contravenção penal, sendo a multa aplicada para reparar o dano equivalente hoje a nada mais que R\$0,50.

A autora citada advertiu que, mesmo com a abertura da nova Carta da República para editar normas, como a Lei n. 7.716/89, que coíbam o racismo e as desigualdades, isso não foi suficiente no plano da concretização porque existe no âmbito jurídico enorme dificuldade na configuração (tipificação) do crime de racismo e, conseqüentemente, na aplicação da sanção cabível.

De acordo com a referida filósofa, nos 40 anos de vigência da Lei Afonso Arinos, “raríssimas vezes algum caso de discriminação racial foi objeto de ação penal e deles só nos foi possível encontrar dois casos nos arquivos pesquisados”⁴². A conduta racista era tratada pelo Judiciário como **ações isoladas**, sem o vislumbre da dimensão coletiva de tal violação, e isso se deve ao fato da sutileza da dita democracia racial⁴³. O racismo e a discriminação, em suma, são considerados alguns dos malefícios que alimentam as desigualdades raciais e sociais no Brasil.

É importante destacar aqui a insuficiência dos mecanismos e instrumentos jurídicos de combate. Houve, por um lado, a positivação do direito à não discriminação (direito material) e, por outro, a ausência de mecanismos processuais eficazes para se tornar esse direito real. Nesse contexto, discutiu-se a necessidade de o direito à tutela processual ser interpretado numa relação sistêmica e de integração com o direito material para que possa de fato garantir o acesso à Justiça de forma plena. Os séculos XVIII e XIX foram marcados por uma ideologia do Estado liberal e não se tinha acesso à Justiça de forma satisfatória porque os direitos eram assegurados somente no plano formal.

O acesso à Justiça, assim como os demais direitos individuais formalmente assegurados, somente poderia ser obtido por aqueles cidadãos que tivessem condições materiais de fazê-lo. Aqueles que fossem privados de recursos materiais eram deixados à sua própria sorte, já que, formalmente, tinham as mesmas possibilidades de recorrer à Justiça. O acesso à Justiça, assim como a igualdade, eram apenas formais e não efetivos⁴⁴.

SOS Racismo.” *Vide* CARNEIRO, Sueli. Estratégias legais para promover a justiça social. *In*: GUIMARÃES, Antônio Sérgio & HUNTLY, Lynn. *Tirando a máscara – ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 311.

⁴² *Ibidem*, p. 311-323.

⁴³ *Ibidem*, p. 311-323.

⁴⁴ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 75.

Após as revoluções burguesas, houve o processo de democratização do Estado e, com isso, “o processo passa a ser tido como um instrumento posto ao cidadão com *status* de garantia constitucional. Em uma sociedade democrática, o processo é visto como um dos modos de atuação política”⁴⁵. Nesse sentido, a tutela processual deixa de ser meramente formal, sem significado, para tornar-se um instrumento de democracia participativa, de forma que o acesso à Justiça deve implicar não somente o acesso ao Poder Judiciário, mas, principalmente, a busca de uma **ordem jurídica justa**⁴⁶. Para se ter uma ordem jurídica justa, faz-se necessário um sistema processual apto a realizar o direito material, bem como uma atuação efetiva do Estado.

Em um Estado Democrático de Direito o acesso à Justiça deve ser entendido como a possibilidade posta ao cidadão de obter uma prestação jurisdicional do Estado, sempre que houver essa necessidade para a preservação do seu direito. Essa prestação jurisdicional deve ser realizada de modo imparcial, rápido, eficiente e eficaz⁴⁷.

Todo ser humano tem o direito de ser respeitado, independentemente das diferenças físicas, culturais, psíquicas, filosóficas etc., o que se constitui num direito de personalidade resguardado pela Carta Constitucional. Sobre o tema, Szaniawski (1995) afirmou:

Vimos que a personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens. Os bens do homem são protegidos tanto pelos efeitos reflexos do direito objetivo como pelo direito subjetivo, sendo sua natureza diversa. Os bens que aqui nos interessam são aqueles inerentes à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo são denominados [*sic*] direitos de personalidade⁴⁸.

O racismo e a discriminação podem causar sérias sequelas de foro íntimo. Atingem a personalidade da pessoa e fazem emergir barreiras sociais, econômicas, políticas. Maria Aparecida Silva Bento (2007) afirmou: “pelos processos psicossociais de exclusão moral, os que estão fora do nosso universo moral são julgados com mais dureza e suas falhas justificam o utilitarismo, a exploração, o descaso, a

⁴⁵ *Ibidem*, p. 76-77.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 76-77.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 78.

⁴⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1995. p. 35.

desumanidade com que são tratados”⁴⁹. Viés importante de outra área do conhecimento – a psicologia – porque mostra a face perversa do racismo e da discriminação que lesa a autoestima da pessoa.

A partir dessa visão da psicologia social, percebe-se que, além do dano causado individualmente, as dimensões do racismo no tecido social se tornam mais graves ainda porque permeiam todo um grupo ou segmento. Ou seja, se uma pessoa é discriminada por ser deficiente física ou mental, é afetada diretamente, e as demais pessoas com deficiência serão indiretamente afetadas. O mesmo acontece quando existe discriminação por motivos raciais.

Assim sendo, o racismo e a discriminação perpassam as esferas da personalidade do indivíduo e atingem dimensões maiores, causando desigualdades e prejuízos sociais de grandes proporções, tanto no campo das relações humanas quanto no que tange ao acesso igualitário aos direitos e oportunidades. Isso porque o racismo gera a exploração, o sentimento de inferioridade que impede o sujeito de desenvolver com plenitude suas potencialidades enquanto ser humano.

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se num dos vetores que justifica a não discriminação e também a discriminação (positiva), sendo que a discriminação negativa implica um comportamento antijurídico passível de sanção pelo ordenamento jurídico, enquanto a discriminação positiva resulta da vontade constitucional de assegurar medidas efetivas para garantir a igualdade real de segmentos considerados em desvantagem por causa de tais práticas. Ambos os princípios (não discriminação e discriminação positiva) coexistem e são complementares de acordo com o sistema constitucional⁵⁰.

É importante assinalar que a legislação brasileira sobre o racismo e a discriminação ainda não representa de forma suficiente o mandado de criminalização expresso no texto da Lei Superior. Embora a Lei n. 7.716/89 defina as condutas consideradas como racismo de forma objetiva e taxativa, trazendo como núcleos os verbos impedir, obstar, recusar, negar etc., existe dificuldade imensa no enquadramento de uma conduta que implique um crime de racismo.

⁴⁹ BENTO, Maria APARECIDA Silva. Branqueamento e branquitude no Brasil. In: CARONE, Iray & BENTO, Maria Aparecida Silva (Orgs.). Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. p. 30.

⁵⁰ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 49-53.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode negar que, na atualidade – e principalmente em países que enfrentam grandes e graves problemas sociais, como no caso brasileiro –, o papel do Estado não poderá ser relegado ao de mero espectador dos acontecimentos, fiando-se, para isso, meramente na concessão, aos seus cidadãos, da chamada igualdade formal, ou seja, na premissa de que, do ponto de vista abstrato, genérico e frio dos textos normativos existentes, todos são iguais, sem qualquer espécie de distinção ou discriminação.

Sérgio Buarque de Holanda (2002), ao analisar as perspectivas para o Estado brasileiro, disse que o espírito não é força normativa, salvo onde possa servir à vida social e onde lhe corresponda⁵¹. De qualquer maneira, com lei específica para punir atos discriminatórios ou necessitando valer-se desse espírito social para dar “força normativa” a situações, é certo que existe uma “Constituição cidadã” que garante a todos instrumentos para lutar e “sempre e sempre devemos buscar nos princípios constitucionais a motivação e a valoração para as nossas decisões”⁵².

As análises dos fatos relacionados ao racismo permitem concluir que a sociedade apresenta um forte comportamento discriminatório, que dificulta a ascensão social das pessoas. Por essa razão, a ordem constitucional de criminalização do racismo exige do Estado brasileiro uma postura ativa no âmbito da criação do aporte instrumental de acesso à Justiça tanto processual quanto material, e também nas esferas extrajudiciais, tais como delegacias de polícia judiciária, policiais militares e órgãos administrativos responsáveis de alguma forma pela apuração desses delitos.

O mandado de criminalização do racismo expresso no texto constitucional ainda não foi cumprido de forma satisfatória porque a lei que regulamenta tal crime carece de mecanismos eficientes para assegurar sua efetividade.

É preciso buscar “utopias concretas” e modificar ideias preconceituosas, não aceitando atitudes discriminatórias que estão arraigadas na sociedade brasileira, pois “o direito contemporâneo não reconhece e garante apenas o direito à vida (ou direito à existência), mas a vida digna (ou a existência digna). Daí a ênfase dada a este princípio no Direito contemporâneo. Nem por isso é ele menos projetado de dúvidas, que se mostram, às vezes, em dilemas de gravidades inconsistentes”⁵³. Porém, as mudanças necessárias não acontecem só porque se acredita que é possível um mundo melhor. Essas mudanças hão de verificar-se como resultado das leis de movimento das sociedades humanas.

⁵¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 188.

² ARAUJO, Luiz Alberto David. *Defesa das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 219.

³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 25.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Adriana. Pesquisa demonstra que crime de racismo tem poucas condenações. *In: Valor Econômico*, 8 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/setembro-1/pesquisa-demonstra-que-crime-de-racismo-tem-poucas-condenacoes>>.
- AIEXE, Egídia Maria de Almeida. Uma conversa sobre direitos humanos, visão da justiça e discriminação. *In: VIANA, Túlio Márcio & RENAULT, Luiz Otávio (Coord.). Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *Defesa das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BAHIA, Claudio José Amaral. 2002. *Da necessidade da efetivação da proteção constitucional à homossexualidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Bauru: ITE.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROS, Lorena Pinheiro. Discriminação racial: obstáculos e conquistas. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 07 de maio de 2009.
- BENTO, Maria Aparecida Silva. Branqueamento e branquitude no Brasil. *In: CARONE, Iray & BENTO, Maria Aparecida Silva (Orgs.). Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARNEIRO, Sueli. Estratégias legais para promover a justiça social. *In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio & HUNTLY, Lynn. Tirando a máscara – ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto & DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2001.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FREDERICO, Flávio César Gesso. 2007. *Racismo: as ações afirmativas e a educação como mecanismo de combate à discriminação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Bauru/SP: ITE.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O uso da lei no combate ao racismo: direitos difusos e as ações civis públicas. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio & HUNTLY, Lynn. *Tirando a máscara – ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GOMES, Nilma Lino. Cotas étnicas e democratização da universidade pública. *Revista Presença Pedagógica*, Dimensão, v. 9, n. 53, setembro/outubro de 2003.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 18, fevereiro/março de 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MÉNDEZ, Emilio García. Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: reflexões para uma nova agenda. In: SUR – *Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 1, n. 1, 1^o semestre de 2004.

NASCIMENTO, Abdias do & NASCIMENTO, Elisa Larkin. Reflexões sobre o movimento negro no Brasil, 1938-1997. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio & HUNTLY, Lynn. *Tirando a máscara – ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Lisboa: Caminho Nosso Mundo, 2003.

PACHECO, Celso Antonio. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIZA, Edith & ROSEMBERG, Fúlvia. A cor nos censos brasileiros. In: CARONE, Iray & BENTO, Maria Aparecida Silva (Orgs.). *Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, ano 3, n. 10, julho/setembro de 1996.

- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *As dores do pós-colonialismo*. In: *Folha de S. Paulo*, 11 de agosto de 2006.
- SANTOS, Hélio. Uma avaliação do combate às desigualdades raciais no Brasil. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio & HUNTLY, Lynn. *Tirando a máscara – ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- SILVA JUNIOR, Hédio. Do racismo legal ao princípio da ação afirmativa: a lei como obstáculo e como instrumento dos direitos e interesses do povo negro. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio & HUNTLY, Lynn. *Tirando a máscara – ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- SILVA, Nelson do Valle. Extensão e natureza das desigualdades raciais no Brasil. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio & HUNTLY, Lynn. *Tirando a máscara – ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.