



**UNIVERSIDADE DO LEGISLATIVO BRASILEIRO**

**A QUESTÃO RACIAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

**VERÔNICA DE CARVALHO MAIA BARAVIERA**

**2005**



UNIVERSIDADE DO LEGISLATIVO BRASILEIRO

**VERÔNICA DE CARVALHO MAIA BARAVIERA**

## **A QUESTÃO RACIAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo.

**Orientador: Prof. Alexandre Damasceno**

**Brasília - 2005**

Para Ricardo, pela presença  
nos momentos mais difíceis.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por ter uma vida cercada de oportunidades valiosas de aprendizado e de pessoas fantásticas; aos meus pais por terem me ensinado a estudar sempre mais; a Luciana, Larissa e Lívia por serem o melhor motivo da minha existência; ao Ric... eternamente, por todo o apoio e incentivo.

Ao Professor Edson Cardoso, por acender a chama do movimento da liberdade dentro de mim, ensinando-me a lutar por nossos ideais.

Agradeço, ainda, aos meus colegas de curso e aos professores, pois em muitos momentos difíceis foram a alavanca para que não desistisse.

Ao Professor Alexandre Damasceno agradeço, especialmente, pela revisão e orientação neste artigo, com paciência e carinho extremos.

## Navio Negreiro

*Castro Alves*

Existe um povo que a bandeira empresta  
P'ra cobrir tanta infâmia e cobardia!...  
E deixa-a transformar-se nessa festa  
Em manto impuro de bacante fria!...  
Meu Deus! meu Deus! mas que bandeira é esta,  
Que impudente na gávea tripudia?  
Silêncio. Musa... chora, e chora tanto  
Que o pavilhão se lave no teu pranto!...

Auriverde pendão de minha terra,  
Que a brisa do Brasil beija e balança,  
Estandarte que a luz do sol encerra  
E as promessas divinas da esperança...  
Tu que, da liberdade após a guerra,  
Foste hasteado dos heróis na lança  
Antes te houvessem roto na batalha,  
Que servires a um povo de mortalha!...

Fatalidade atroz que a mente esmaga!  
Extingue nesta hora o brigue imundo  
O trilho que Colombo abriu nas vagas,  
Como um íris no pélagos profundo!  
Mas é infâmia demais! ... Da etérea plaga  
Levantai-vos, heróis do Novo Mundo!  
Andrada! arranca esse pendão dos ares!  
Colombo! fecha a porta dos teus mares!

## **RESUMO**

No presente trabalho faço uma breve análise da evolução do pensamento legislativo, com um recorte na questão racial.

Na Introdução, item 1, resalto o papel da Constituição como norma geradora das outras normas em um sistema jurídico, para definir o estudo a partir da hierarquia das leis, ou seja, primeiro avalia-se a norma superior, para em seguida analisar as que dela emanaram.

No segundo item, faço um estudo das Constituições brasileiras, no que tange a causa racial, separando o Império – durante o qual, por longos anos, a escravidão do negro foi aceita pela sociedade e pelo corpo legislativo – da República, enfatizando, nesta, a Constituição de 1988, pelos avanços trazidos, bem como por ser atual base no nosso ordenamento jurídico.

Após a análise constitucional, no item 3, são observados os aspectos da legislação civil e penal atual, assim como seu histórico.

Embora sempre tenham contido a disposição de que todos são iguais perante a lei, as Constituições brasileiras, durante anos, trouxeram em seu corpo inúmeros aspectos racistas, retrato sempre fiel dos hábitos e costumes dos anos em que vigoraram, reflexo claro da exclusão do negro da elite do país.

O Estatuto da Igualdade Racial, ainda em debate no Congresso, é a mais recente empreitada legislativa, buscando através das ações afirmativas, corrigir as lacunas ainda existentes entre a legislação que já não guarda mais os ranços do preconceitos, e a realidade do negro que ainda se encontra em posição desigual na sociedade.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	1
2. IGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES.....	1
2.1. NO IMPÉRIO .....	1
2.2. NA REPÚBLICA .....	3
2.2.1. CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	5
3. DIREITO CIVIL E DIREITO PENAL .....	11
3.1. LEGISLAÇÃO CIVIL .....	12
3.2. LEGISLAÇÃO PENAL .....	17
4. CONCLUSÃO.....	22
5. REFERÊNCIAS.....	24
ANEXO I.....	25

## **1. Introdução**

Este trabalho tem por objetivo fazer um estudo comparativo da Legislação Brasileira sobre a questão racial ao longo da história, buscando verificar as mudanças ocorridas.

Para o desenvolvimento da pesquisa foram utilizados diversos textos da literatura específica existente, as leis relacionadas a cada etapa e a Constituição Federal; busco expor de maneira clara o tema abordado, conciliando os vários enfoques e proporcionando um panorama geral assunto.

A Constituição é a Lei Maior, à qual todas as demais se subordinam, devendo respeito e coerência, sob pena de não fazerem parte do mundo jurídico. Alexandre de Moraes define Constituição da seguinte forma:

Constituição, *lato sensu*, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente, porém, *Constituição* deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas (MORAES, 2003, p. 36).

A Constituição é o ponto primário a ser visto, pois deve representar a vontade do povo, sendo as demais normas derivações e detalhamentos do que a Carta Maior preconiza. A liberdade do legislador ordinário para criar está limitada pelo que a Carta maior preconiza. Mas mesmo quando a Constituição padece de ausência de legitimidade, como as diversas Constituições outorgadas na História do Brasil, o texto imposto é respeitado pelo legislador inferior.

Assim, para a observação da questão racial no Brasil, é importante iniciar pela Constituição, para posteriormente chegar às normas que a esmiúçam e tentam expressar concretamente seu conteúdo.

## **2. Igualdade e discriminação nas Constituições**

### **2.1. No Império**

Menos de dois anos após a independência, no dia 25 de março de 1824 foi outorgada a primeira Constituição brasileira, em cujo texto já se proclamava a igualdade perante a lei, característica, aliás, de todas as constituições pátrias:

Art. 179 ...



XIII – A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

Contudo, tal princípio solenemente ignorava o regime escravocrata vigente, no qual os negros, oriundos do Continente Africano, eram destituídos de sua humanidade. Trata-se de um invulgar poder conferido ao direito, o de, a partir de palavras, definir coisas, pessoas e situações, ignorando sua natureza. Para entender a situação do escravo, imprescindível entender a diferença entre coisa e pessoa física ou natural.

CONCEITO JURÍDICO DE COISA (“RES”) – Em acepção vulgar, a palavra coisa tem sentido muito amplo: ela abrange tudo o que existe na natureza, ou que a inteligência do homem é capaz de conceber.

Em sentido jurídico, no entanto, coisa é empregada em acepção mais restrita: é aquilo que pode ser objeto de direito subjetivo patrimonial. Consequentemente, tudo o que é suscetível de apropriação pelas pessoas, desde que seja uma entidade econômica autônoma, é juridicamente uma coisa (JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, 1995, p. 139).

O conceito de coisa é eminentemente patrimonial e refere-se à possibilidade de apropriação de algo, a *coisa*. Quanto à pessoa física ou natural, assim ensina o eminente jurista, já mencionando peculiaridades da escravidão, no caso a romana:

CONCEITO DE PERSONALIDADE E CAPACIDADE JURÍDICAS – A ordem jurídica romana não reconhecia a todo e qualquer homem a qualidade de sujeito de direitos. Assim, o escravo não a possuía, uma vez que era considerado *coisa* (*res*), isto é, objeto de direitos. Para que o homem fosse titular de direitos (pessoa física ou natural), era necessário que se lhe atribuísse *personalidade jurídica*.

Personalidade jurídica é a aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações. Em geral, os autores consideram sinônimas as expressões *personalidade jurídica e capacidade jurídica*. Parece-nos, entretanto, que é mister distingui-las. Com efeito, enquanto *personalidade jurídica* é conceito absoluto (ela existe, ou não existe), *capacidade jurídica* é conceito relativo (pode ter-se mais capacidade jurídica, ou menos). A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade (p. 97).

O negro situava-se em região limítrofe entre coisa e pessoa, mas na pior das situações, pois seu interesse era o último que prevalecia, ou seja, conforme o interesse dos senhores, o negro adquiria e perdia sua precária personalidade. Para efeitos penais, na condição de autor de delito, o negro era responsável - característica inerente à personalidade jurídica, sofrendo as penalidades legais. Quando assumia a condição e vítima, o negro voltava a ser mera coisa.

..., na condição de vítima, tendo uma parte de seu corpo mutilada, por exemplo, a lesão era qualificada juridicamente como mero dano – algo atinente ao direito de propriedade e não ao direito penal. Do mesmo modo, caso um escravo fosse seqüestrado, configurado estaria o crime de furto, ou de roubo. Numa palavra: sendo acusado, era considerado pessoa.

Sendo vítima, era tido como coisa, ou, na melhor das hipóteses, semovente. (HÉDIO SILVA JÚNIOR 2002, p. 8).

A co-existência entre igualdade e escravidão não é invenção brasileira, nem se tratou de exclusividade. Na própria Grécia, mãe da democracia e que até hoje inspira a humanidade com seus ensinamentos de justiça e participação, os cidadãos eram minoria, constituindo-se a maior parte da população de escravos sem direitos políticos.

Contudo, a marca da escravidão implantada na América é a ligação da escravidão à raça/cor. Em sua gênese, a escravidão relacionava-se à guerra, pois o povo subjugado tornava-se escravo do vencedor. Também teve ligação econômica em época primitiva do direito, quando não se fazia clara distinção entre os direitos de personalidade, hoje muito mais valorizados, até mesmo pelo fortalecimento do *Direito Natural* com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, dos direitos patrimoniais. Sólon, inolvidável jurista grego, cuidou de abolir essa excrecência.

Ainda no Império, em 13 de maio de 1889, com a assinatura da Lei Áurea, a escravidão foi abolida no Brasil, sendo este um dos últimos países do mundo a o fazer.

## 2.2. Na República

Nesse contexto, a República não poderia voltar no tempo, e em sua primeira Constituição, em 1891, preconizou a igualdade, mas com efeitos mais amplos:

Art. 72...

§ 2º Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliarchicos e de conselho.

Vê-se no texto forte repulsa ao regime monárquico que antecedeu à República, afastando-se os privilégios dos títulos de nobreza, mas não há maior preocupação com a igualdade racial. Ao contrário. Nos incisos 1º e 2º do § 2º do art. 70, são excluídos dos direitos políticos mendigos e analfabetos, condição da grande maioria dos recém libertos.

Em 1934, na Constituição feita após a chamada Revolução Constitucionalista de 1932, pela primeira vez aparece a palavra *raça*:

Art. 113...

1. Todos são iguaes perante a lei. Não haverá privilégios, nem distincções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos paes, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideas políticas.

Vê-se um avanço no texto ao mencionar expressamente a questão racial. Todavia, o avanço nesse aspecto é diluído em outras não menos importantes conquistas sociais, como a igualdade por motivo de sexo (conquista feminina), religião ou política. Mas mais significativo é que, embora pregasse a igualdade, incluída a de raça, a Constituição guardava os ranços do preconceito:

Art. 121...

§ 6º A entrada de immigrants no território nacional soffrerá as restricções necessárias à garantia da integração ethnica e capacidade physica e civil do immigrant...

Art. 138. Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

b) estimular a educação eugênica.

De forma quase expressa, o texto demonstra que os imigrantes seriam bem aceitos somente se pertencessem a etnias ditas “superiores”, com padrões físicos *desejáveis*, o que novamente excluiria, dentre outros, o negro. Registre-se que, de fato, não há que se falar em correntes migratórias de negros para o Brasil – os negros vieram arrastados em navios, padecendo das piores condições de higiene e vendo suas famílias destruídas, ou seja, desde o início, ocorreu o oposto do sonho de todo imigrante.

Quanto à “educação eugênica”, não poderia ser o texto mais claro, pois a eugenia (higiene racial), preconizada por Francisco Dalton, trazia a idéia da pureza racial e repudiava os cruzamentos de raças, que levariam à degeneração. A matéria foi regulamentada no Decreto-lei n.º 7.967/45, que não deixou dúvidas quanto à opção racial para a população brasileira:

Art. 2º: “Atender-se-á, na admissão de imigrantes, à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência européia.

Felizmente, na mesma década de 30, a sociologia brasileira, inspirada na norte-americana, começou processo renovatório, e em obras clássicas como Casa Grande & Senzala, de Gilberto Freyre, e Raízes do Brasil, de Sérgio Buarque de Holanda, a miscigenação começou a ser vista como um processo positivo e típico da cultura nacional, e não mais como uma degeneração de um povo. O Brasil passava a assumir sua cara mestiça em contraposição ao modelo europeu, até então desejado. Naturalmente isso não significou o fim do preconceito racial, mas ao

menos a intelectualidade passou a exercer seu papel de pensar sem idéias pré-concebidas, e a propor uma solução mais sábia e coerente.

Entretanto, na mesma década em que florescia novas idéias no Brasil, o mundo vivenciava um de seus momentos mais cruéis, com a ascensão do regime nazista na Alemanha, inspiração de tantos outros regimes totalitários pelo mundo. No Brasil, novamente quebra-se a ordem constitucional em 1937, com o advento do Estado Novo. O regime ditatorial, capitaneado por Getúlio Vargas, tinha forte inspiração nazi-fascista, e a idéia da superioridade racial em voga na Alemanha foi, a seu modo, transplantada para o Brasil. A Constituição de 1937, produto do Estado Novo, assim como as outras, propalou a igualdade no item 2 do art. 122, mas não fez menção expressa à raça.

Curioso retrocesso. Sabe-se que a Constituição também deve ser observada em seu aspecto sociológico, ou seja, é preciso enxergar a eficácia das disposições. Nesse sentido, não parece haver diferença entre a Constituição de 1934, que falava em igualdade de raça e eugenia, e a de 1937, que aboliu a palavra *raça*, pois ambas carregavam preconceitos e, pela exigüidade de tempo entre uma e outra, não se pode esperar mudanças de mentalidade e comportamento social. Contudo, observada a evolução histórica do país e do texto constitucional, a mera inserção da palavra *raça* já configurava uma vitória.

A Constituição democrática de 1946 também foi omissa quanto ao termo, que não acompanhou nova declaração de igualdade perante a lei. Nas constituições seguintes, de 1967 e 1969, um grande avanço na questão. Não só voltou o vocábulo *raça*, como se mencionou a punição contra o preconceito. O texto é similar nas duas Cartas, estando no §1º do art. 150 da Constituição de 1967, e no §1º do art. 153 da Constituição de 1969:

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

### **2.2.1. Constituição de 1988**

Sendo as Constituições de 1967 e 1969 outorgadas por um regime de exceção, naturalmente a Constituição seguinte, de 1988, feita por membros eleitos pelo povo e amparada por um movimento negro mais forte e organizado - o que

basicamente inexistia nas demais Constituições e não tinha influência em Constituições outorgadas, avançou na questão racial.

Um exame perfunctório da Constituição Federal permite captar a aparente sinonímia com que as expressões discriminação lato sensu (arts. 3º, IV, e 227), discriminação stricto sensu (arts. 5º, XLI, e 7º, XXXI), distinção entre pessoas (arts. 5º, caput, 7º, XXXII, e 12, § 2º), diferença de tratamento (art. 7º, XXX), tratamento desigual (art. 150, II) e prática do racismo (art. 5º, XLII), são utilizadas, resguardada a ênfase conferida pelo constituinte à prática do racismo comparativamente a outras possíveis modalidades de discriminação, senão porque a criminaliza, atribuindo-lhe os gravosos estatutos da inafiançabilidade e da imprescritibilidade, também porque sujeita o infrator à mais severa das penas privativas de liberdade – a reclusão. Assim, o Preâmbulo da Constituição Federal consigna o repúdio ao preconceito; o art. 3º, IV, proíbe o preconceito e qualquer outra forma de discriminação (de onde se poderia inferir que preconceito seria espécie do gênero discriminação); o art. 4º, VIII, assinala a repulsa ao racismo no âmbito das relações internacionais; o art. 5º, XLI, prescreve que a lei punirá qualquer forma de discriminação atentatória aos direitos e garantias fundamentais; o mesmo art. 5º, XLII, criminaliza a prática do racismo; o art. 7º, XXX, proíbe a diferença de salários e de critério de admissão por motivo de cor, entre outras motivações, e finalmente o art. 227, que atribui ao Estado o dever de colocar a criança a salvo de toda forma de discriminação e repudia o preconceito contra portadores de deficiência. (HÉDIO SILVA JÚNIOR, 2002, p. 13).

Mais que proteger uma raça, a Constituição de 1988 reconheceu o caráter multirracial da população brasileira, mesmo na definição de *brasileiro*:

Art. 12. São brasileiros:

II – naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral.

Depreende-se do texto que não somente os portugueses, como fora anteriormente, poderiam naturalizar-se com exigências mais brandas, mas todos os “originários de países de língua portuguesa”, o que inclui diversas nações africanas, como Angola, Cabo Verde e Moçambique, e asiáticas, como Timor Leste, Macau e Goa.

Também outras disposições demonstram que o constituinte não mais se prendeu a uma falaciosa necessidade de europeização da sociedade brasileira, respeitando a pluralidade étnica que caracteriza o povo brasileiro:

Art. 215.

§1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

Vê-se o respeito não só ao negro, como também ao indígena e a “outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, o que inclui as inúmeras

correntes migratórias que forjaram o povo brasileiro, em especial por recepcionar, como elementos relevantes da cultura nacional, datas significativas que a princípio não teriam caráter geral, mas que adquiriram tal *status* em face da representatividade de cada cultura particular no caldeirão da cultura nacional.

No art. 242, § 1º, dispõe-se que “o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro”. Nesse caso, observa-se a preocupação com o sistema educacional do país, que não poderá mais aceitar a parcialidade e os preconceitos de outrora, quando a eugenia tomava corpo no próprio texto constitucional.

Tal matéria recebeu regulamentação infraconstitucional na Lei de diretrizes e bases da educação – Lei .º 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que prescreveu a necessidade de igualdade e tolerância. Em atenção ao art. 242, § 1º, da Constituição, especifica as principais matrizes étnicas que formaram o povo brasileiro:

Art. 26...

§ 4º O ensino de História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro, especialmente das matrizes indígena, africana e européia.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação foi alterada pela Lei n.º 10.639, de 9 de janeiro de 2003, tornando obrigatório o estudo da “História e Cultura Afro-Brasileira”:

Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira.

§1º O conteúdo programático a que se refere o caput deste artigo incluirá o estudo da História da África e dos Africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil.

§ 2º Os conteúdos referentes à História e Cultura Afro-Brasileira serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de Educação Artística e de Literatura e História Brasileiras.

É patente o esforço do legislador infraconstitucional para atender aos anseios do constituinte, de forma a respeitar as culturas e povos formadores do Brasil. E não se diga que há desequilíbrio decorrente da lei, pois o princípio da igualdade, insculpido em todas as Constituições brasileiras, ensina-nos justamente o equilíbrio necessário para que as relações sejam justas, e para tanto amiúde é necessária interferência do legislador para alçar a parte hipossuficiente da relação ao mesmo patamar da outra. Isso não é um privilégio da questão racial, mas algo

que norteia a ciência jurídica e pode ser encontrado em diversos textos legais, como na Consolidação das Leis o Trabalho, que protege o empregado, uma vez que quase dependente do patrão, e no Código de Defesa do Consumidor, que equipara consumidor e fornecedor em uma relação que naturalmente é desigual.

No sentido não só de reconhecimento, mas de reparação histórica, as comunidades dos antigos quilombos receberam o direito à propriedade das terras:

Art. 216.

§5º Ficam tombados todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Atos das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

No aspecto religioso, somente a Constituição Imperial adotava uma religião oficial, o catolicismo romano (art. 5º), tolerando os demais cultos no ambiente doméstico. Desde a primeira constituição republicana, em 1891, o Estado tornou-se laico, permitindo a liberdade de culto.

Na atual Constituição, que consagra o estado laico em seu art. 19, I, também se acrescenta que o Estado não pode estabelecer alianças ou relações de dependência com qualquer culto, bem como não pode dificultar o funcionamento de culto de qualquer natureza. Na mesma linha, o art. 5º, em seus incisos XVII, XVIII e XIX, promove a tutela constitucional das instituições religiosas, bem como a liberdade de crença (inciso VI).

Ainda no art. 5º, inciso VIII, é proibida a privação de direitos com fundamento em credo religioso e no § 1º do art. 210 é disciplinado o ensino religioso, sendo este facultativo.

Na multicultural sociedade brasileira não se pode dizer que os cultos afro-brasileiros são os únicos beneficiados por essas disposições. Contudo, o reconhecimento à liberdade religiosa demonstra avanço no Texto Maior que, conforme visto, cuidou da matéria em diversos dispositivos, registrando inequivocamente a liberdade não só individual como a de grupo nas manifestações espiritualistas. Além disso, é inegável que os cultos afro-brasileiros há muito representam um traço marcante de nossa cultura, especialmente pelo caráter ecumênico de muitos brasileiros, que professam uma crença mas não deixam de acreditar em disposições de outras, e mesmo freqüentar eventualmente seus cultos.

Mas provavelmente o inciso XLII do art. 5º da Constituição é aquele que traz disposição mais contundente. No inciso XLI, já se protege o brasileiro contra qualquer tipo de discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais. Tal preceito já seria suficiente para proteger os cidadãos dos preconceitos de raça e cor. Contudo, preferiu o legislador ir mais longe na questão racial, conferindo-lhe um tópico específico, como forma de demonstrar a preocupação com a matéria, que não poderia ser tratada de forma similar a outros tipos de discriminação:

Art. 5º...

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

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

Tendo em vista que a discriminação racial atinge mais fortemente os afro-brasileiros, ainda que o termo *racismo* não exclua qualquer raça, incontestemente a vontade do constituinte de preservar os negros, garantindo-lhes proteção especial dentro do corpo constitucional que já mencionara, genericamente, a discriminação em momento anterior. Mais que isso, previu para o crime de racismo a ausência de fiança e prescrição, além de prescrever a pena de reclusão.

Além da norma constitucional em tela, outros dois preceitos constitucionais referem-se ao instituto da fiança, quais sejam, os incisos XLIII e XLIV do art. 5º, os quais, sob o aspecto da censurabilidade constitucional, equiparam a prática do racismo à tortura, ao tráfico de entorpecentes, ao terrorismo, aos crimes hediondos e à ação armada contra o Estado Democrático de Direito. (HÉDIO SILVA JÚNIOR, 2002, p. 72).

A ausência de fiança, embora reforce a repulsa constitucional ao crime de racismo, não significa que o réu não tenha o direito de responder ao processo em liberdade, pois o art. 310 e segs. do Código Penal prevêem a liberdade provisória. Contudo, se não atendidos os requisitos desta, o réu aguardará preso ao julgamento. Dessa forma, fechou-se uma porta aos criminosos.

Prescrição é, na lição de Haus, meio de se liberar das conseqüências de uma infração pelo efeito do tempo fixado e sob as condições determinadas pela lei. Ela põe fim à ação ou à pena.

Seu fundamento repousa na circunstância de que a ação do tempo faz desaparecer o interesse do Estado, não só em constatar a infração como, também, executar a pena imposta.

Na irrepreensível lição de Frederico Marques, a prescrição penal é a perda do direito de punir pelo não uso da pretensão punitiva durante certo espaço de tempo (cf. *Curso*, cit., 1956, p. 412).

O legislador fixa um prazo dentro do qual o Estado deve exercer sua pretensão punitiva ou sua pretensão executória. Se não o fizer, o *jus perseguendi in judicio* ou o *jus punitivis* se extingue, desaparece, dando lugar àquilo que os franceses chamam de "l'execution d'un droit par écoulement de temps".



Convém lembrar, de logo, que a prescrição tanto ocorre *antes de ser proposta a ação* como *durante o seu curso* (e, então, teremos a prescrição da pretensão punitiva) e até mesmo *depois de transitar em julgado a sentença condenatória* (prescrição da pretensão executória).  
(TOURINHO FILHO, 1995, p. 493)

Assim, cometido o crime racial, o autor do fato não estará amparado pelo decurso do tempo, que contempla a grande maioria dos crimes quando não se consegue processar e condenar réu, ou mesmo quando se consegue a condenação, mas não se consegue impor o cumprimento da pena. Assim, a imprescritibilidade atinge tanto a pretensão punitiva quanto a executória.

Tem por escopo a prescrição a regularização das situações jurídicas. Não se trata de um perdão, mas tão somente o desinteresse em face do distanciamento que se toma do delito, mesmo porque uma das razões do direito é a pacificação social. No caso, passado o tempo do crime, ao criminoso é como que seja dada nova oportunidade para recomeçar sem gravames anteriores. Contudo, no caso dos crimes raciais, entendeu o constituinte por não dar essa benesse, como demonstração da gravidade do delito, bem como para que aquele que planeja atitude discriminatória em relação a raça reflita várias vezes sobre as conseqüências de seu ato antes de o praticar.

Finalmente, a reclusão é a forma mais severa de punição por crimes no Brasil, salvo no caso de guerra declarada, ocasião em que se admite a pena de morte (art. 5º, XLVII, “a”). Contudo, a pena de morte é a absoluta exceção ao sistema, não merecendo maiores considerações.

Ainda nas possibilidades de tutela constitucional, há a questão dos tratados internacionais. Assim dispõe a Constituição de 1988:

Art. 5º  
§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Enfrentando os tribunais, feneceu o entendimento de que os tratados teriam caráter constitucional. Como resultado, os tratados são equiparados à lei ordinária, o que, se lhes diminui a posição hierárquica, não deixa de conferir alto grau de importância. Em face de não terem força constitucional, serão tratados em outro momento.

### 3. Direito Civil e Direito Penal

O Direito, apesar da indiscutível unidade, para efeitos didáticos é separado em diversos ramos, como Tributário, Previdenciário, etc. Nessa conceituação, destacam-se os Direitos Civil e Penal, por estarem no primórdio do direito – a autonomia da vontade e os crimes.

O Direito Civil, por tratar das questões de personalidade e patrimônio, sempre foi o de maior abrangência temática. Mesmo o Processo Civil, hoje incontestavelmente matéria autônoma, foi durante longos anos considerado uma das manifestações do Direito Civil, tanto assim que ainda hoje utiliza-se a expressão *código adjetivo* para o Código de Processo Civil, e *código substantivo* para o Código Civil, pois o adjetivo se refere a um substantivo.

Além da referência à personalidade e suas conseqüências, o direito civil caracteriza-se também pela autonomia da vontade, um atributo da personalidade que permite ao Homem fazer construções, contraindo obrigações, contratando, responsabilizando-se por danos materiais e morais. Está mesmo diferenciado por questões de interesse jurídico, como no caso do Direito do Trabalho, que poderia ser apenas mais uma modalidade cível de contrato, mas à qual o legislador resolveu dar tratamento especial.

Já o Direito Penal tem como figura central o delito. Conforme vê-se nos conceitos abaixo:

Inúmeras são as definições aduzidas pelos autores.

Para Von Liszt, Direito Penal é o conjunto das prescrições emanadas do Estado, que ligam ao crime, como fato, a pena como conseqüência. Mezger define a nossa matéria como o conjunto de normas jurídicas que regulam “el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando em el delito como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica”.

.....

Seguindo José Frederico Marques, definimos o Direito Penal como o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como conseqüência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.” (DAMÁSIO E. DE JESUS, 1995, p. 4)

Nota-se que o crime é a figura central do Direito Penal, a violação à lei. Já no Direito Civil, a liberdade de agir é a figura central. Naturalmente também no campo cível pode-se violar a lei, mas as conseqüências aí são geralmente patrimoniais, tendo por exceção a prisão do depositário infiel e a do inadimplente em alimentos.

Feita a distinção, observar-se-á a questão racial sob a ótica do Direito Civil e do Penal separadamente.

### **3.1. Legislação Civil**

A escravidão no Brasil foi abolida no final do Império, em 13 de maio de 1888, com a Lei Áurea. Contudo, tal lei foi o cume de um processo natural decorrente do anacronismo do sistema escravocrata, que serviu por séculos ao processo colonizatório, mas que não se prestava ao incipiente capitalismo.

Em 8 de agosto de 1845, o parlamento inglês promulgou a Bill Aberdeen, proibindo o tráfico negreiro em todo o mundo, e arrogando ao Reino Unido o direito de aprisionar qualquer navio suspeito de carregar escravos. No esteio da lei, e sendo a Inglaterra a potência de então, seguiram-se pressões políticas e militares para que a escravidão, entrave para a indústria inglesa, fosse abolida. Em 4 de setembro de 1850, com a Lei Eusébio de Queiroz, proibiu-se o tráfico negreiro, e em 1855 desembarcaram os últimos escravos no Brasil.

Em 28 de setembro de 1871 foi promulgada a Lei do Ventre Livre, conferindo liberdade aos filhos de escravos, embora deixando-os sob a tutela dos senhores até os 21 anos de idade. Quatorze anos depois, foi promulgada a Lei Saraiva-Cotegipe, conhecida como Lei dos Sexagenários, libertando os escravos com mais de 65 anos, contudo, a expectativa de vida de um escravo era de 40 anos. Foram leis de pouco efeito prático.

Com a promulgação da Lei Áurea, encerrou-se o ciclo de expressa discriminação legal do negro, que finalmente pôde adquirir personalidade de forma plena, sendo capaz para todos os atos da vida civil.

Após a proclamação da República, já sendo os negros aptos para os atos da vida civil, não houve grandes transformações nesse campo, salvo as de efeito prático, pois a inserção do negro na sociedade foi aos poucos ocorrendo, e se ainda hoje o negro encontra-se em posição desigual, com menor média de escolaridade e salarial que os brancos, aos poucos vem-se reduzindo a diferença.

O Decreto nº. 65.810, de 8 de dezembro de 1969, que promulgou a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação

Racial, introduziu o elemento da responsabilidade objetiva nos danos decorrentes de discriminação racial:

Art. I. Nesta Convenção, a expressão discriminação racial significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.”

“Art. VI. Os Estados Partes assegurarão a qualquer pessoa que estiver sob sua jurisdição, proteção e recursos efetivos perante os tribunais nacionais e outros órgãos do Estado competente 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 da tal discriminação.

A estipulação da responsabilidade objetiva para os danos decorrentes de discriminação racial tem elevado peso e relevo, pois se trata de uma excepcionalidade. A regra geral é a de que a responsabilidade decorre da culpa, já na responsabilidade objetiva basta o nexo de causalidade entre o evento danoso e o dano.

Observe-se que o Novo Código Civil – Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, trata expressamente do tema, mostrando o caráter de excepcionalidade da responsabilidade objetiva, que por não ser a regra somente existe quando expressamente prevista:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Mas doutrina e jurisprudência vacilavam quanto à possibilidade de danos morais no ordenamento jurídico pátrio. Sepultando a antiga discussão, no inciso V, do art. 5º da Constituição de 1988, dispôs-se que há direito a indenização por danos morais ou à imagem. Assim, o art. 159 do Código Civil de 1916, vigente à época, passou a estender a indenização que previa aos danos causados à honra, e não somente aos danos patrimoniais. Posteriormente, com o advento do novo Código Civil, o art. 186 passou a contemplar a hipótese.

Ainda podem ser observadas outras condutas do Poder Público no sentido de preservar a cultura africana trazida pelos escravos ao Brasil.

A Lei n.º 7.668, de 22 de agosto de 1988, autorizou a criação da Fundação Cultural Palmares – FCP, vinculada ao Ministério da Cultura, tendo a “finalidade de promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos, decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira”. O patrimônio inicial da FCP foi constituído pela União, nos termos abaixo:

Art. 10º Fica o Poder Executivo autorizado a abrir crédito especial em favor da Fundação Cultural Palmares - FCP, à conta de encargos gerais da União, no valor de CZ\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de cruzados), para a constituição inicial do patrimônio da Fundação e para as despesas iniciais de instalação e funcionamento.

Parágrafo único. Do crédito especial aberto na forma deste artigo, a quantia de CZ\$ 2.000.000,00 (dois milhões de cruzados) destinar-se-á ao patrimônio da Fundação Cultural Palmares - FCP, nos termos do art. 6º desta Lei, e será aplicada conforme instruções do Ministro de Estado da Cultura, ouvida a Secretaria do Tesouro Nacional.

O patrimônio também será constituído por “dotações consignadas no Orçamento da União”, bem como “subvenções e doações dos Estados e Municípios e entidades públicas”, além de doações privadas. Nota-se a preocupação do Estado com a preservação da cultura afro-brasileira, uma vez que vem da União a fonte patrimonial constitutiva da Fundação, assim como, a base de suas receitas subseqüentes, onde é favorecida, também, a participação dos Estados e Municípios.

No final dos anos 90 ganhou força o debate sobre a implantação das ações afirmativas, inspirando-se basicamente no modelo norte-americano, que há décadas busca o resgate da população negra, especialmente pelas cotas raciais em universidades. Bárbara Bergman, citada na dissertação de mestrado *Propostas de Ações Afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior*, de Sabrina Moehlecke (2000), define assim as ações afirmativas:

“Ação afirmativa é planejar e atuar no sentido de promover a representação de certos tipos de pessoas – aquelas pertencentes a grupos que têm sido subordinados ou excluídos – em determinados empregos ou escolas. É uma companhia de seguros tomando decisões para romper com sua tradição de promover a posições executivas unicamente homens brancos. É a comissão de admissão da Universidade da Califórnia em Berkeley buscando elevar o número de negros nas classes iniciais (...). Ações Afirmativas podem ser um programa formal e escrito, um plano envolvendo múltiplas partes e com funcionários dele encarregados, ou pode ser a atividade de um empresário que consultou sua consciência e decidiu fazer as coisas de uma maneira diferente”. (BÁRBARA BERGMAN, 1996, p. 7)

Vê-se que as ações afirmativas visam a promoção social de certos tipos de pessoas que amiúde são discriminadas ou excluídas. Nesse rol não se encaixam tão somente os negros, mas, conforme dito, qualquer classe que se encontre em condição inferior, como, por exemplo, as mulheres, que a despeito de incontestáveis

conquistas no último século, ainda não conseguiram equiparar sua situação à dos homens.

As ações afirmativas não se restringem a políticas públicas, mas também são ações do cidadão que busca dar seu quinhão no equilíbrio social, pois o final do Século XX é marcado pela explosão das organizações não-governamentais, também chamadas terceiro setor, pois verificou-se que não basta esperar a ação do Estado e que a cidadania não se encerra no momento do escrutínio. É preciso agir e participar da construção da sociedade.

Tais ações também são conhecidas com ações de discriminação positiva. Novamente há que se buscar interpretação não meramente gramatical da Constituição. Textualmente, ao proibir a discriminação de qualquer espécie, as ações afirmativas estariam impedidas no Brasil. Contudo, há que ser visto o escopo do constituinte, que na verdade tentou proteger e promover aqueles que são rebaixados pela discriminação.

No caso, a chamada discriminação positiva é aquela preconizada no princípio da igualdade, que impõe o tratamento desigual dos desiguais, a fim de que haja equilíbrio nas relações. De outro modo, a igualdade pura e simples constituiria, na prática, fator de desigualdade. A chamada discriminação positiva não só não é impedida pela Constituição, como é do interesse social.

As ações afirmativas ganharam notoriedade com a adoção, por algumas Universidades públicas, de política de cotas raciais, conforme demonstra o artigo do Jornal Correio Braziliense:

No dia 6 de junho de 2003, a Universidade de Brasília (UnB), por decisão do seu Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão, decidiu reservar 20% das vagas do vestibular para os negros e um número ainda indefinido para indígenas por um período de 10 anos. O Plano de Metas, aprovado pelo CEPE, prevê outras ações afirmativas para o acesso e a permanência de alunos destes grupos étnico-raciais, tais como: um programa de acompanhamento nas escolas públicas do Distrito Federal dos alunos negros interessados em se inscrever no vestibular da UnB, especialmente em cursos de alta competitividade, como Direito e Medicina; bolsas de manutenção para os estudantes que necessitarem; o apoio acadêmico psicopedagógico, não obrigatório, aos que solicitarem; um programa de avaliação do funcionamento das ações afirmativas e uma Ouvidoria para a promoção de minorias. (EDNA ROLAND, 2003)

A Universidade de Brasília, ao adotar tal política, recebeu inúmeras críticas, especialmente pelo afastamento parcial da meritocracia, bem como porque a definição da afro-descendente não é trivial.

Quanto ao mérito, há que ser dito que, de fato, o sistema prejudica alguns dos melhores, na medida em que perdem sua vaga na universidade para um estudante negro de desempenho inferior. Contudo, além de o estudante cotista ter que conseguir uma nota mínima, ou seja, mesmo que não haja concorrência entre os negros em determinado curso, isso não significa o ingresso direto na universidade, é da essência da ação afirmativa o tratamento positivamente discriminatório.

O afro-descendente beneficiado é o mesmo que se vê prejudicado em todas as estatísticas, seja de nível de escolaridade ou padrão salarial, para não entrar na questão do constrangimento que a grande maioria dos negros já passou ou passa pelo simples fato de ter a pele escura. Sob tal ótica, não há como negar a justa aplicação do princípio da igualdade – aquele que foi inferiorizado por toda a vida, no momento do vestibular recebe não um privilégio, mas uma equiparação com os demais candidatos.

A inferioridade social pode ser comprovada por dados estatísticos. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE relativos a 2000, a taxa de analfabetismo entre maiores de 15 anos é de 28,7% para os negros, 25,2% para os pardos, e 10,6% para os brancos. Entre os brasileiros com 10 anos ou mais, os brancos estudam em média 6,7 anos, contra 4,5 dos negros e 4,6 dos pardos.

Não se pode aguardar o processo natural para correção de distorção de tal monta. É preciso agir interferindo nas relações, de forma a acelerar o processo histórico amplamente desfavorável aos negros.

Quanto à definição de afro-descendente, de fato não é algo trivial em uma população mestiça. Contudo, o que se tem visto é que o programa apresenta bons resultados e, vencido o impacto inicial, já é aceito, ainda que por sua inevitabilidade, sem que se tenha notícia de alguma aberração na classificação.

Também há que ser lembrado que as ações afirmativas tem por escopo o resgate social. Dessa forma, não são uma política pública permanente, mas apenas um passo no processo de equalização social, para que, então, todos possam caminhar com os próprios pés, sem a necessidade de amparo ou reforço de quem quer que seja.

Em trâmite no Congresso Nacional encontra-se o Projeto de Lei do Estatuto da Igualdade Racial, que, conforme o art. 1º, visa “combater a discriminação racial e as desigualdades raciais que atingem os afro-brasileiros, incluindo a dimensão racial nas políticas públicas desenvolvidas pelo Estado.” Em seu art. 4º relaciona as práticas a serem adotadas para redução da desigualdade:

Art. 4o A participação dos afro-brasileiros, em condições de igualdade de oportunidades, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

I – inclusão da dimensão racial nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

II – adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;

III – modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades raciais decorrentes do preconceito e da discriminação racial;

IV – promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação racial e às desigualdades raciais em todas as suas manifestações individuais, estruturais e institucionais;

V – eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade racial nas esferas pública e privada;

VI – estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades raciais, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos e contratos públicos;

VII – implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades raciais nas esferas da educação, cultura, esporte e lazer, saúde, trabalho, mídia, terras de quilombos, acesso à Justiça, financiamentos públicos, contratação pública de serviços e obras e outras.

O Projeto de Lei do Estatuto da Igualdade Racial é baseado na idéia das ações afirmativas, exigindo políticas públicas em diversos graus para inclusão social, e a reavaliação das instituições para melhor recepção do afro-descendente. Fugindo um pouco à esfera pública, o Estado também deve estimular ações privadas em prol da igualdade racial em todos os aspectos.

### **3.2. Legislação Penal**

Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que instituiu o Código Penal Brasileiro, não trouxe disposições sobre preconceito racial. Em 3 de outubro de 1941, foi publicado o Decreto-Lei n.º 3.688 - Lei das Contravenções Penais, que também não contemplou a matéria. Apenas em 3 de julho de 1951, com a publicação da Lei n.º 1.390/51 – Lei Afonso Arinos, que emendou a Lei das Contravenções Penais, foram criadas penas para contravenções envolvendo preconceito de raça e cor.



Posteriormente a Lei das Contravenções penais foi alterada pela Lei n.º 7.437, de 20 de dezembro de 1985, que também tratou do tema racial, mas mantendo a questão no campo da contravenção.

Nesse aspecto, a Constituição de 1988 também foi inovadora ao dar tratamento mais rigoroso aos entraves decorrentes da discriminação racial, pois até então o preconceito racial era tratado como contravenção penal, e não como crime. Embora não haja diferença de natureza entre contravenção e crime, a contravenção é considerada de menor potencial ofensivo.

Há diferença entre crime e contravenção?

Já dizia Nelson Hungria que a insuficiência das proposições doutrinárias que tentam diferenciar qualitativamente o crime da contravenção faz com que se conclua. Não há diferença intrínseca, ontológica ou essencial entre eles. Não são categorias que se distinguem pela sua natureza, mas realidades que se diversificam pela sua maior ou menor gravidade. A questão reside na *quantidade* da infração, não em sua *substância*. É o critério quantitativo. As contravenções são condutas que, comparadas com os crimes, apresentam menor gravidade, pelo que ensejam punição menos severa. Como ensinava Ferri, entre delito e contravenção não há uma diferença substancial do ponto de vista jurídico: um e outro são infrações das normas penais, ditadas pela necessidade de defesa social contra ações lesivas ou perigosas à segurança ou prosperidade pública ou privada. Assim, não há outro critério positivo e seguro de distinção além do concernente à sanção repressiva estabelecida pelo Código ou por lei especial para uma ou outra espécie de infração. Cabe, pois, ao legislador, considerando a relevância dos interesses jurídicos, determinar quais os crimes e contravenções. (DAMÁSIO E. DE JESUS, 1995, p. 163)

Fica mais que evidente o entendimento do constituinte de 1988, mormente se comparado aos anteriores. A diferença entre crime e contravenção está apenas na relevância e interesse do bem jurídico protegido. As infrações raciais recebiam a proteção mínima conferida pela contravenção. Após 1988, passaram a receber proteção máxima, com a imprescritibilidade, inafiançabilidade e pena de reclusão. Ou seja, deixaram de ser infrações menores para se tornarem das mais ofensivas à sociedade.

A Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que *Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor*, veio a regularizar a situação legal, pois desde que a Constituição, no inciso XLII do art. 5º, estipulou que o preconceito racial era crime, não houve recepção da Lei de Contravenções quanto a este aspecto. Ou seja, a matéria ficou descoberta, pois, nos termos da mesma Constituição, não se pode fazer imposições, especialmente no campo penal, sem lei anterior ao fato que preveja a situação – princípio da reserva legal.

O Código Penal também não ficou incólume à alteração da ordem constitucional. Por meio da Lei nº 9.459/97, foi introduzido um terceiro parágrafo no art. 140, criando a figura da injúria qualificada pelo preconceito racial:

Art. 140...

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem:

Pena: Reclusão de um a três anos e multa.

Aqui um importante comentário. A injúria é definida no Código Penal como a ofensa à dignidade ou ao decoro de alguém. Trata-se de um critério subjetivo, de foro íntimo, diverso, por exemplo, da calúnia, que é a imputação de um crime a alguém.

A inserção do § 3º ao art. 140 do Código Penal não cria um novo crime, mas tão somente qualifica um crime preexistente. Nessas condições, não se pode falar propriamente em um crime racial, mas sim na qualificação de um crime preexistente, ao qual não são impedidas a fiança e a prescrição. Todavia, trata-se da única forma de injúria punida com reclusão, a forma mais severa de cumprimento de pena.

Em sua função supletiva à do legislador, o Judiciário também não se nega a dar cumprimento à legislação racial. No HC 82424/RS, da relatoria do Min. Moreira Alves (anexo 1), julgado em 17.09.2003 e publicado em 19.03.2004, a Corte Suprema cuidou de aclarar os termos da Constituição, que nem sempre prima pela tecnicidade.

No julgado em comento, o Supremo Tribunal Federal teve que enfrentar o termo raça para chegar à sua conclusão, uma vez que alegava o paciente que os judeus não constituem uma raça, logo, não se poderia falar em crime de racismo. Debruçando-se sobre o texto constitucional, e indo ainda mais longe ao perscrutar em outras ciências, o julgador reconheceu a existência de uma única raça, a humana. Contudo, não deixou de observar os aspectos sociológicos envolvidos, já que o Direito em si, e a Constituição especialmente, consideram o senso comum, pois as normas, embora tenham técnica jurídica, devem ser compreendidas por todos os que a elas estão submetidos.

Assim, chamar alguém de negro é injurioso, mas chamar de branco não o é. Analisando friamente as situações, poder-se-ia concluir que o ato praticado é similar. Contudo, a valoração social dada às palavras é absolutamente diversa.

Chamar alguém de negro ainda é uma forma agressiva, é algo pejorativo porque aquele que profere as palavras carrega uma carga de preconceitos muito bem compreendidos por quem quer que escute a provocação. Já o termo branco não traz qualquer conotação negativa.

Da mesma forma, considerando a forma como a sociedade encara os fatos, ainda que os judeus e os demais povos portem carga genética similar, o que permite a reprodução inter-povos, talvez a principal característica para se definir uma raça, fato é que a sociedade, com preconceito ou não, entende que os judeus são uma raça, assim como os negros e os arianos.

Logo, por mais que a biologia possa entender e mesmo provar que todos os seres humanos são de uma única raça, para efeitos jurídicos é preciso analisar o fato social, e nesse caso, como brilhantemente explanado pelo STF, são os judeus uma raça e, por conseguinte, podem ser objeto de racismo.

O raciocínio desenvolvido na decisão é aplicável às outras raças, como a negra, fazendo com que a lei não se torne letra morta em face de argumentação, até correta sob alguns pontos de vista, mas absurda quando se encara o que quis o constituinte ou, mais que isso, o que pretende a Constituição.

Além das normas penais específicas quanto ao tema, ou do Código Penal, que não é, nem poderia ser, específico quanto ao preconceito racial, há disposições esparsas na legislação que têm por escopo a proteção contra a discriminação.

A Lei n.º 4.177, de 27 de agosto de 1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, prevê no art. 64 a pena de cassação por descumprimento do art. 53:

Art. 53. Constitui abuso, no exercício da liberdade da radiodifusão, o emprego desse meio de comunicação para a prática de crime ou contravenção previstos na legislação em vigor no País, inclusive:  
e) promover campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião;

O Código Eleitoral – Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965, proíbe a propaganda que traga “preconceitos de raça”:

Art. 243. Não será tolerada propaganda:  
I – de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes;

A Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que *Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação*, previu crime ligado ao preconceito racial, quando a regra geral vigente era a de que o racismo era contravenção:

Art. 13. Constituem crimes na exploração ou utilização dos meios de comunicação e divulgação os previstos nos artigos seguintes:

Art. 14. Fazer propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça e de classe:

Pena – de 1 (um) a 4 (quatro) anos de detenção.

Relevante notar que os “preconceitos de raça” foram equiparados à “subversão da ordem política”, quando na época vigia um regime político autoritário que tinha como maior preocupação, e mesmo como justificativa de sua existência, o combate à “subversão”.

A Lei n.º 7.170, de 4 de dezembro de 1983, que *Define crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências*, também estabelece como crime a propaganda discriminatória de raça:

Art. 22. Fazer, em público, propaganda:

II – de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A Lei de Execução Penal – Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, também cuidou de textualmente proibir a discriminação racial no cumprimento das penas:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

A Lei n.º 9.029, de 13 de abril de 1995, que trata da discriminação na relação de emprego, seja para admissão ou durante o contrato, também proíbe a discriminação por motivo de raça e cor:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Tal disposição demonstra a necessidade de intervenção em algumas relações sociais, ou mesmo o reforço, porque é absolutamente redundante proibir a discriminação por motivo de raça ou cor, dentre outros, quando a Constituição, mãe de todas as leis, já expressamente o proíbe. Como, aliás, já é redundante da própria Constituição proibir todas as formas de discriminação e posteriormente impedir a discriminação racial. Tais fatos demonstram que, embora haja uma tolerância racial

no Brasil, no âmago da situação o preconceito prevalece, precisando de tutela própria e exaustiva.

Mesmo em relação à tortura, que assim como os crimes raciais ganhou tratamento próprio na Constituição, a lei não deixou de mencionar a discriminação racial, conforme se vê da Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997:

Art. 1º Constitui crime de tortura:  
I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental;  
c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

Mais uma prova de que a discriminação não conhece fronteiras e que a raça pode objeto de várias modalidades de crimes.

#### **4. Conclusão**

A observação do assunto sob o aspecto constitucional, civil e penal, orienta-se pela análise da visão atual baseada nos direitos humanos, repensando o direito à igualdade racial, dentro dos padrões internacionais atuais.

No Brasil, desde a independência, vige o princípio da igualdade, insculpido em todas as Constituições. Contudo, o preconizado no texto Maior nem sempre correspondeu ao verdadeiro escopo do constituinte.

Dessa forma, foi possível a convivência entre a igualdade citada na Constituição e a escravidão do negro. Abolida a escravidão, ainda assim não foram afastadas as disposições de cunho racista em algumas das Cartas posteriores. Até que em 1988, com a promulgação da Constituição, viu-se um texto que realmente buscava a promoção da igualdade, sem a máculas do preconceito que nodou as demais Cartas.

Apesar disso, a não inclusão do negro até os dias de hoje nas camadas da sociedade que têm acesso a educação, saúde e melhor qualidade de vida, demonstram a ineficácia dos textos apresentadas pelos legislativos federal e estaduais.

Uma solução para o caso são as ações afirmativas que têm se mostrado eficazes em outros países, como nos Estados Unidos, onde a política de inclusão e promoção social, como a introdução cotas nas universidades, fez com que efetivamente houvesse uma modificação do *status quo* da população negra.

No Brasil, ainda de maneira incipiente, as ações afirmativas começam a ser utilizadas como forma de transformar a igualdade legal em igualdade de fato.

De forma geral, observa-se que a lei apresenta constante evolução no tratamento das questões raciais, atingindo não só o patamar de igualdade formal, como também o exercício pleno da cidadania por meio de conduta pró-ativa, para que o texto legal se torne eficaz.

## 5. Referências

- ALVES, José Carlos Moreira, **Direito Romano**, vol. I, 10ª edição, Ed. Forense, 1995.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- JESUS, Damásio E. de, **Direito Penal**, 1 vol., 19ª edição, Ed. Saraiva, 1995.
- MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**, 13ª edição, Ed. Atlas, 2003.
- ROLAND Edna Maria Santos, [http://www.unesco.org.br/noticias/opiniaio/artigooutros/univ\\_publicas/mostra\\_documento](http://www.unesco.org.br/noticias/opiniaio/artigooutros/univ_publicas/mostra_documento) - **Cotas nas Universidades Públicas: Uma Lição Necessária**. Site visitado em 15.09.2005. 23 de junho de 2003, no Jornal Correio Braziliense.
- SILVA JR., Hédio, **Direito de Igualdade Racial**, 1ª edição, Ed. Juarez de Oliveira, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Processo Penal**, vol. 1, 17ª edição, Ed. Saraiva, 1995.
- BERGMAN Bárbara, citada por MOEHLECKE, Sabrina, **Propostas de Ações Afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior**, de (2000), [http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-20072003-172034\\_publico/capa.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-20072003-172034_publico/capa.pdf), site visitado em 15.09.2005.

## Anexo I

Ementa do Acórdão no HC 82424/RS, da relatoria do Min. Moreira Alves, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 17.09.2003 e publicado no Diário de Justiça da União, de 19.03.2004.

EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do



Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo

imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.