



FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ

UNIVERSIDADE DE FORTALEZA

PROG. DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONSTITUCIONAL

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

PROF. ORIENTADOR: DR. ROSENDO FREITAS DE
AMORIM

**A EFETIVIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
RELACIONADO À DISCRIMINAÇÃO RACIAL CONTRA
AFRODESCENDENTES**

RÉGIS GONÇALVES PINHEIRO

Agosto de 2014

**A EFETIVIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
RELACIONADO À DISCRIMINAÇÃO RACIAL CONTRA
AFRODESCENDENTES**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, na área de concentração Direito Constitucional Público e Teoria Política, com linha de pesquisa em Direitos Humanos, para sua conclusão.

FORTALEZA – CE

AGOSTO/ 2014

**A EFETIVIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
RELACIONADO À DISCRIMINAÇÃO RACIAL CONTRA
AFRODESCENDENTES**

RÉGIS GONÇALVES PINHEIRO

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rosendo Freitas de Amorim (Orientador)

UNIFOR

Profa. Dra. Francisca Inar de Sousa

UFC

Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

UNIFOR

Dissertação aprovada em:

*“Não basta que todos sejam iguais
perante a lei, é necessário que a lei
seja igual perante todos.”*

Salvador Allende

Dedico

*Aos meus pais, minha amada esposa
e a pequena Maria Clara, minha
filha, uma benção em minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará, pela oportunidade material de realizar esse curso de Mestrado em Direito Constitucional; à Universidade de Fortaleza; ao corpo docente, discente e colaboradores do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UNIFOR, especialmente ao meu orientador e amigo Prof. Dr. Rosendo Amorim.

RESUMO

O trabalho investiga a efetividade das normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, destinadas ao enfrentamento do racismo e de práticas discriminatórias de cunho étnico-racial. A pesquisa objetiva analisar a discriminação racial contra afro-brasileiros, numa perspectiva jurídica e socioantropológica. Pretende-se também averiguar o racismo contra brasileiros afrodescendentes como um desrespeito aos direitos humanos; elaborar um balanço histórico e sociocultural do preconceito e discriminação racial no Brasil; identificar, no ordenamento constitucional brasileiro, os dispositivos de enfrentamento ao racismo; analisar como a legislação infraconstitucional aborda os crimes de racismo em espécie; e identificar o aparato político e judicial de defesa das vítimas do racismo no Estado do Ceará. Inicialmente são resgatados os precedentes históricos do racismo numa perspectiva socioantropológica e jurídica que fundamentam a construção internacional de normas, através de tratados, acordos e convenções voltadas ao enfrentamento do racismo, bem como a sua irradiação para a legislação brasileira. Em relação ao Estado do Ceará, realiza-se um estudo documental, com a finalidade de analisar a efetividade da legislação antirracismo. A defesa e garantia dos direitos humanos hodiernamente, fundamenta-se na internacionalização dos direitos humanos, razão pela qual a presente pesquisa realiza um estudo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do Tribunal Penal Internacional, bem como a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, em face da Constituição Federal, e dos seus desdobramentos infraconstitucionais. Trata-se de uma pesquisa de natureza qualitativa e documental com base nos autos processuais.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Internacionalização dos Direitos Humanos; Discriminação Racial; Negros e Pardos.

ABSTRACT

The work investigates the effectiveness of regulations in force in the Brazilian legal system, intended for the combat against racism and discriminatory practices of racial-ethnic slant. The research aims to analyze racial discrimination against Afro-Brazilians, in a legal perspective and socioantropológica. It is intended also to establish racism against Brazilians of African descent as a disrespect to human rights; draw up a balance sheet and socio-cultural history of prejudice and racial discrimination in Brazil; identify, in the Brazilian constitutional system, coping devices to racism; analyze how infraconstitutional legislation covers the crimes of racism in kind; and identify the political and judicial apparatus of the defense of the victims of racism in the State of Ceará. They are initially rescued the historical precedent of racism in a socioantropológica and legal perspective that underlie the international construction standards, through treaties, agreements and conventions aimed at combating racism, as well as its irradiation to Brazilian legislation. In relation to the State of Ceará, a documentary study, with the purpose of analyzing the effectiveness of antirracismo legislation. The defence and guarantee of human rights today, is based on the internationalization of human rights, which is why this research is a study of the Inter-American human rights System, the International Criminal Court, as well as the hierarchy of international human rights treaties, in the face of the Federal Constitution, and its unfolding infra-constitutional. It is of a qualitative nature and documentary research on the basis of procedural.

Key-words: Human Rights; Internationalization of human rights; Racial Discrimination; Blacks and Browns.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL: UM BALANÇO HISTÓRICO E SOCIOCULTURAL

1.1 A diáspora africana: um crime contra a humanidade

1.2 A escravidão negra no Brasil e seus desdobramentos jurídicos

1.3 A abolição dos escravos: um processo jurídico lento e gradual

1.4 O negro no mundo dos brancos

1.4 O mito da democracia racial

1.5 O movimento negro e a luta contra o preconceito e a discriminação racial

2. RACISMO CONTRA AFRODESCENDENTES COMO DESRESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

2.1. O posicionamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos

2.2 A Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial

2.3 Declaração sobre raça e preconceitos raciais adotada e proclamada pela Conferência Geral da UNESCO

2.4 Conferência de Durban e o racismo

2.5 Tribunal Penal Internacional

3. ESTRUTURAS LEGAIS E INSTITUCIONAIS DE ENTRETAMENTO AO RACISMO

3.1 O racismo na perspectiva da Constituição Federal de 1988, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade

3.1.1 Arbitramento de fiança nos crimes de racismo

3.1.2 Liberdade de Expressão

3.2 Norma regulamentadora do art. 5º, LXII, CF/88 (Lei 7.716/89)

3.2.1 Raça, Racismo e Etnia

3.2.2 Injúria racial

3.3. O aparato judicial de defesa das vítimas do racismo no Estado do Ceará

3.4. Políticas Públicas, ações afirmativas e de inclusão social da população afrodescendente

CONCLUSÃO
REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O racismo continua a ser um problema recorrente na contemporaneidade, principalmente em razão da sua capacidade de mutação, e adequação às novas realidades socioculturais, seja sob o ponto de vista da globalização, revolução tecnológica, crises econômicas, dentre outros fatos que afetam a vida no âmbito global. No Brasil ocorre um racismo insidioso, encoberto, apesar das suas manifestações infrequentes, assiste-se por vezes casos graves apresentados nos espaços midiáticos.

Na função de Defensor Público do Estado do Ceará, deparei-me com algumas questões instigantes em relação às condições de vida da população negra do estado: qual a razão da maioria dos presidiários serem negros ou pardos? Teriam os afrodescendentes uma inclinação para a criminalidade? Por que, nas salas de atendimento as demandas cíveis, os afrodescendentes são minorias? Os negros e pardos não sofrem violação de seus direitos civis, ou sofrem e não buscam reparação? Esses são alguns questionamentos que inquietam, cotidianamente, a realidade do Defensor Público, ao desenvolver um olhar mais acurado para as questões de cunho étnico-racial.

Ressalte-se que as políticas afirmativas voltadas aos afrodescendentes, ainda sofrem muitas críticas, razão da pertinência e atualidade do tema. Talvez, por este e outros motivos, fora recentemente aprovada norma no âmbito do Poder Público Federal, que reserva vinte por cento das vagas, nos cargos efetivos e comissionados, para a população afrodescendente. Norma de igual natureza vigora no município de São Paulo. Na capital paulista o prazo é indeterminado, no projeto de emenda constitucional em trâmite no Congresso Nacional, há um prazo determinado de dez anos.

Seria constitucional, o estabelecimento de um prazo pré-estabelecido sem fundamentação em estudos e avaliações periódicas, de forma a constatar se as desigualdades históricas estão sendo dissipadas? E a falta de determinação de um prazo, ausência de previsão de avaliações periódicas, também redundaria em uma norma futuramente inconstitucional? Outra questão a ser analisada reside na internacionalização dos direitos humanos: seria isto uma garantia da humanidade e das minorias contra a ditadura das maiorias? Todas essas questões palpitantes, justificam a necessidade da pesquisa.

O presente estudo tem como objetivo geral analisar a discriminação racial de afro-brasileiros, numa perspectiva socioantropológica e jurídica. Como objetivos específicos pretende-se: averiguar o racismo contra brasileiros afrodescendentes como um desrespeito aos direitos humanos; elaborar um balanço histórico e sociocultural do preconceito e discriminação racial no Brasil; identificar, no ordenamento constitucional

brasileiro, os dispositivos de enfrentamento ao racismo; analisar como a legislação infraconstitucional aborda os crimes de racismo em espécie; e identificar o aparato político e judicial de defesa das vítimas do racismo no Estado do Ceará.

A pesquisa a ser realizada nas varas criminais estaduais e nas seções judiciárias federais, no município de Fortaleza, tem como finalidade identificar os processos criminais vinculados à discriminação racial, a saber: Lei 7.716/89 – Define os Crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor; Código Penal, art. 140, § 3º (Injúria Qualificada); Lei 9.455/97 – Lei de Combate a Tortura (art. 1º, inciso I, “c”); e Lei 2.889/56 – Lei de combate ao genocídio (art. 1º). De posse desses dados, têm-se uma amostra significativa da prestação jurisdicional do Estado do Ceará, referente às normas de enfrentamento ao racismo, e, permite analisar a efetividade das normas nacionais. A metodologia empregada privilegia a análise documental, fundamentada em referenciais bibliográficos.

O primeiro capítulo discute o preconceito e a discriminação racial no Brasil, com base numa análise histórica, social e cultural. Analisa-se como ocorreu a diáspora africana, conceitos e desdobramentos, bem como ocorreu a migração compulsória dos negros no Brasil Colônia. Procura-se, outrossim, analisar e conceituar a natureza jurídica dessa mão de obra escrava. Posteriormente é elaborado um paralelo entre o desenvolvimento capitalista e a necessidade de abolição dos escravos, em razão da necessidade de criação de mercados consumeristas. Após a abolição dos escravos, analisa-se as consequências da falta de planejamento para inserção do negro no mercado de trabalho, e os diversos enfrentamentos que se seguem em decorrência dessa ausência de preparação prévia.

O segundo capítulo contextualiza o racismo como um desrespeito aos direitos humanos, especificamente contra afrodescendentes. O racismo será analisado sob a ótica da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Declaração sobre raça e preconceitos raciais adotada e proclamada pela Conferência Geral da Unesco, e da Conferência de Durban. Será identificado o papel do Tribunal Penal Internacional, com as suas nuances e particularidades e a sua jurisdição sobre os cidadãos.

O terceiro capítulo estuda o ordenamento jurídico brasileiro, relativo ao racismo em âmbito constitucional, legal, e jurisprudencial, sob o ponto de vista principiológico, elabora uma reflexão sobre os crimes em espécie, no ordenamento jurídico interno brasileiro, e analisa-se aparato político e judicial de defesa das vítimas do racismo no Estado do Ceará, tendo como base os dados colhidos na pesquisa documental. Ao final são realizadas as considerações finais e conclusão.

1. PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL: UM BALANÇO HISTÓRICO E SOCIOCULTURAL

A discriminação racial no Brasil se confunde com a própria história do país, a partir do século XVI. Não nos propomos analisar a época pré-colombiana, até mesmo porque não se tinha ideia de estado nacional. A proposta é debater a discriminação contra afrodescendentes, tendo como ponto de partida a expansão marítima portuguesa, o que cominou com o *descobrimento* do novo mundo, no final do século XV, início do XVI.

O negro foi trazido ao Brasil Colônia de forma compulsória, da África, através de navios negreiros, ainda na primeira metade do século XVI. Foi a principal ferramenta de mão de obra, destinada a movimentar a indústria açucareira e a mineração na colônia de Portugal.

É importante analisarmos o conceito de escravidão, que Pinsky (1981, p. 13), “a escravidão se caracteriza pela sujeição de um homem pelo outro, de forma tão completa, que não apenas o escravo é propriedade do senhor, como sua vontade está sujeita à autoridade do dono e seu trabalho pode ser obtido pela força”. Assim, na escravidão ocorre a coisificação do ser humano, que se despe da condição de homem e passa a ser visto como coisa, um produto.

É importante ressaltar que hodiernamente, o legislador brasileiro ampliou o conceito de escravo, quando deu nova redação ao art. 149, do Código Penal Brasileiro em 2003, o qual tem como finalidade evitar a degradação das relações trabalhistas. Mas não é esse conceito atual que iremos abordar.

Contextualizando o ingresso do negro no Brasil Colônia, esta se caracterizava por grandes lavouras de cana de açúcar, destinadas a prover o mercado mundial. Como Portugal não possuía pessoas suficientes para suprir a mão de obra na colônia. A solução para o problema foi a mão de obra escrava, tanto indígena como negra.

Observa-se assim, que a escravidão moderna está diretamente ligada ao capitalismo. Por mais paradoxal que possa parecer, no contexto histórico em que o trabalho livre era difundido na Europa, a escravidão era inserida nas colônias europeias do Novo Mundo, segundo Ianni (1978, p. 03):

Ao longo dos séculos XVI e XVII, na Europa, primeiro expandiu-se a manufatura e depois surgiu a grande indústria, ao mesmo tempo em que se generalizou o trabalho livre. Nessa mesma época nas colônias do Novo Mundo, criaram-se e expandiram-se as *plantations*, os engenhos e as *encomiendas*. O trabalho escravo era a base da produção e da organização social nas *plantations* e nos engenhos; ao passo que nas *encomiendas* e outras unidades produtivas predominavam distintas formas de trabalho compulsório.

Assim, a escravidão do negro no Brasil está intimamente ligada ao capitalismo e ao seu desenvolvimento em escala mundial. O negro escravo era considerado coisa, não tinha alma, era a principal e também uma simples peça motriz da engrenagem capitalista da época.

A mão de obra negra compulsoriamente trazida da África para o Brasil Colônia, fora empregada principalmente nas grandes lavouras açucareiras do Nordeste. E, segundo Pinsky (1981, p. 22), os engenhos de açúcar era uma atividade complexa, que demandava muita mão de obra, pois não se limitavam a atividade agrícola, havia também o beneficiamento do açúcar, para posteriormente serem exportados para os centros de consumo, notadamente o mercado europeu.

Segundo Klein (1987, p. 11-13), a escravidão no novo mundo decorre de um processo evolutivo tardio, posto que a escravidão já era conhecida em diversas outras culturas e regiões do mundo. A grande questão é que, nas demais regiões do mundo onde ocorrera a escravidão, os escravos formavam um percentual pequeno da força de trabalho.

Havia uma justificativa que imperava à época da escravidão, há muito superado, de que o negro era naturalmente escravo. Tenta-se dessa forma justificar a escravidão, sob a alegativa de que o índio estava no estado natural, e que o negro já havia passado pela experiência da captura e de escravização, conforme Pinsky (1981, p. 23):

Na verdade acabamos sendo devorados pela ideologia escravista que trata do negro como sendo 'naturalmente' escravo ao contrário do índio. Ora, isso ocorre porque o índio era visto em estado de liberdade, enquanto o negro, ao chegar aqui, já tinha passado pela experiência da captura, escravização, transporte através do mar, e conseqüente desenraizamento, deslocado que era do seu habitat e de sua organização social.

Tal ideologia escravocrata era umas das justificativas apresentadas à época, para justificar a desumanidade de um regime escravocrata. E esta justificativa sociológica, sem lastro de cientificidade, perdurou por muitos anos, séculos, até que o sistema capitalista necessitasse de mais mercado para escoar sua produção, e passasse a exigir a abolição dos escravos.

O sistema de produção mercantilista, precursor do capitalismo, foi um importante catalizador para majorar o tráfico de negros, pois os insumos produzidos pela mão de obra escrava, eram utilizados como moeda de troca por mais escravos na África. Tal ciclo vicioso e abjeto demandava cada vez mais por escravos, razão pela qual os negros são oriundos de diversas regionais da África ocidental, não se limitando ao litoral, havendo uma interiorização na busca por escravos. É importante anotar que, Ianni (1978, p. 12-13), se acaso a mão de obra escrava negra fosse empregada apenas para acumular riquezas, essa indústria escravocrata não teria se desenvolvido.

Ademais, é importante destacar, Ianni (1978, p. 13), que essa sociedade escravocrata somente se desenvolveu, e se estendeu aos longos dos séculos XVI a XIX, em razão ampla articulação político-econômica com os centros de poder, princípios e procedimentos de mando e execução, técnicas de controle e repressão.

1.1 A diáspora africana: um crime contra a humanidade

Diáspora africana ou diáspora negra, foi a imigração forçada de negros do continente africano, para outros continentes. Para os fins do presente estudo, trabalharemos com a imigração forçada de negros do continente africano para às Américas, ocorrido entre os séculos XVI e XIX, com a finalidade escravocratas. Tais negros formaram a força motriz da economia mercantilista que despontava no novo mundo.

Conforme informações constantes no sítio da União Africana, na rede mundial de computadores, <http://www.au.int/en/>, a diáspora africana pode ser dividida em três ciclos de migrações forçadas: i) o comércio transatlântico de escravos, entre os séculos XVI e XIX; ii) as migrações em massa ocorridas após o processo de descolonização da África, pelas potências europeias, em meados do século XX, o que implicou em migrações em massa da África para Europa; iii) e a partir de 1980, ocorreu uma nova onda de migrações do continente africano, em decorrência de guerras civis, doenças, etc.

As ondas de diásporas ocorridas no século XX, segundo a União Africana, são conhecidas também como diásporas contemporâneas. Contudo, para os fins a que se dispõe o presente, nos limitaremos à análise da primeira onda de migração.

A diáspora negra tinha um *modus operandi* comum, que consistia na prática de que europeus capturavam ou compravam escravos africanos, visando trabalhos forçados. A origem desses africanos é principalmente da África ocidental. Foram introduzidos em um primeiro momento na Europa e posteriormente na América do sul e do Norte.

A migração compulsória de escravos contribuiu para a criação de uma grande comunidade de origem africana no continente americano, principalmente nos EUA e no Brasil. Ao contrário nas outras duas ondas de diásporas, os escravos foram traficados forçadamente, não tinham interesse em perder suas origens, suas crenças e cultura. Os membros dessa diáspora tendem a ser mais ligados a África como um continente de origem, e não vinculada a um determinado país na África. Eles ainda são considerados como parte da diáspora. Na verdade, se a conexão concreta para a sua terra de origem muitas vezes foi perdido ao longo de gerações, os laços simbólicos foram mantidos.

Conforme Russell-Wood (2001, p. 11-12):

O debate sobre se um maior conhecimento da história da África é central para nossa melhor compreensão da história do Brasil precisa ser verificado através do reconhecimento de que, apesar da existência de vários traços comuns, em termos culturais, institucionais, sociais e políticos, em várias regiões da África, este era (e ainda permanece sendo) um continente demarcado por diferenças. Também não é o caso de se dizer que a história da África permaneceu parada, durante o período anterior ao intenso contato e negociação com os europeus, bem como durante a fase em que os europeus definem como início da era moderna. Três séculos foram marcados pela presença de um comércio desumano, que trouxe para o Brasil cerca de 3.6 a 5.5 milhões de pessoas da África subsaariana, oriundos principalmente de regiões que compunham a África ocidental e a centro-ocidental, e da África oriental em menor escala.

O transporte dos negros apreendidos na África para as Américas, era feito através dos terríveis navios negreiros, em condições desumanas e indignas. Segundo Pinsky (1981, p. 26), “o transporte de escravos (...) era, sem dúvida, uma forma de reduzir o negro a sua expressão mínima, de prepara-lo para o que vinha”.

Não há dúvidas de que a mente humana foi empregada de sórdida, pois tudo era pensado de forma a causar o maior desfiladeiro moral ao negro, para que este passasse a pensar que era realmente inferior, facilitando ser subjulgado pelo branco. Importante a observação de Pinsky (1981, p. 26-27):

Tudo começava ainda em terra. Para fazer com que o navio negreiro não perdesse demasiado tempo tocando de porto em porto até completar sua carga humana, construíram-se feitorias junto aos ancoradouros. Sua função era reunir um fruo de cativos que ficavam aguardando o navio e não o contrário. Os negros era aglomerados em um depósito, constituídos de barracos de madeira ou pedra. Eram relativamente bem tratados, mesmo quando tinham que trabalhar para sua alimentação nas ocasiões em que os navios demoravam. (...) Vindo o navio negreiro procurava-se embarcar, antes de mais nada, os escravos chegados ao depósito antes e só depois os recém-chegados. O temor de uma revolta dos negros estava sempre presente – o que deixava claro que não se tratava de rebanho cordato, mas de seres humanos orgulhosos – e imaginava-se que ninguém deveria ficar tempo demais nos depósitos, para não semear o germen de uma rebelião.

Muitos dos traficados morriam nos porões dos navios negreiros, tendo em vista as condições insalubres a que eram submetidos durante a travessia, a qual, Pinsky (1981, p. 27), durava em média de 35 a 50 dias, e estima-se que cerca de 400.000 negros tenham morrido nesses traslados.

Conforme Vianna (1965, p. 73), “depois de 1549, atendendo às necessidades dos cada vez mais numerosos engenhos de açúcar, espontaneamente começou a organizar-se o tráfico de negros africanos para o Brasil. A ele se dedicaram, até 1580, não só armadores portugueses, mas também de outras nacionalidades”.

1.2 A escravidão negra no Brasil e seus desdobramentos jurídicos

A escravidão no Brasil colônia era institucionalizada. A mão de obra escrava era a principal força de trabalho que movimentava a economia da época. E para manter essa força de trabalho subjulgada, várias instituições contribuíram para tanto. A escravidão era um negócio como outro qualquer, lícito e aceito juridicamente.

A escravidão do Brasil Colônia iniciou-se nas cartas de doação das capitanias hereditárias, Vianna (1965, p. 70), as quais continham autorização expressa para escravização dos índios, muito embora em 1548, recomendou ao primeiro governados que os aborígenes fossem bem tratados, sob pena de morte de quem os escravizassem. Tal revogação de autorização para escravização dos índios, decorre da condenação à escravidão dos índios, pelo papa Paulo III, em 1537.

Diante da malograda tentativa de escravidão dos indígenas no Brasil Colônia, Vianna (1965, p. 72), a solução encontrada pela coroa portuguesa fora escravizar o negro africano, o qual já era vítima de tal flagelo desde o século XV, pela Europa Ibérica e pelas Ilhas do Atlântico.

Com a queda do absolutismo, após a Revolução Francesa, o capitalismo passou a ser a razão econômica da nova sociedade dominante, confundindo-se com o conceito de Razão de Estado, justificativa para o estado de exceção permanente que passou a imperar, pois conforme explica Gilberto Bercovici (2008, p. 44) a “formação do estado moderno e do constitucionalismo como vinculados à formação e desenvolvimento do sistema capitalista. Capitalismo e Estado estão indissociavelmente ligados, são partes da mesma evolução histórica”.

É bem verdade que o tráfico negreiro para as Américas se inicia no século XVI, na fase do mercantilismo, sistema precursor do capitalismo. Contudo como a formação do Brasil Colônia era voltada para o suprimento do mercado externo, principalmente o europeu, pode-se concluir que o mercantilismo era a sua razão de estado assim com a sua principal força motriz: a mão de obra escrava negra.

Ora, sendo a mão de obra escrava negra a razão de estado do Brasil Colônia, o regime escravista era institucionalizado, amparado juridicamente, socialmente aceito, e fomentado pelo Estado e as instituições dominantes à época, inclusive a Igreja Católica. Enquanto o sistema escravocrata servia aos interesses do regime capitalista, razão de estado, as instituições e as leis albergavam a escravidão. Contudo, Ianni (1978, p. 22), “na medida em que se instalava o capitalismo industrial, no qual a acumulação passa a

ser comandada pelo capital industrial, entram em crise as relações coloniais”. Como consequência, o regime escravo estava também em crise.

Ressalte-se que o sistema capitalista não estava preocupado com o social, mas sim a necessidade crescente de abrir novos mercados consumidores, e consequentemente escoar sua crescente produção de manufaturados.

1.3 A abolição dos escravos: um processo jurídico lento e gradual

A abolição dos escravos está diretamente ligada ao desenvolvimento do sistema capitalista. Por mais contraditório que possa parecer, a escravidão nasce com o capitalismo, e com o desenvolvimento deste, após um longo e lento processo, tem o seu fim, com a abolição dos escravos. Vejamos o posicionamento de Ianni (1978, p. 12):

O funcionamento e a expansão do capital mercantil cria, mantém e desenvolve o paradoxo representado pela coexistência e interdependência do trabalho escravo e trabalho livre, no âmbito do mercantilismo. No limite, o escravo estava ajudando a formar-se o operário. Isto é, a escravatura nas Américas e nas Antilhas, estava dinamicamente relacionada com o processo de gestação do capitalismo na Europa, e principalmente na Inglaterra.

No início da colonização do Brasil, o tráfico de negros africanos era uma atividade livre como qualquer outra empresarial, Aragão (1988, p. 21), desde que satisfeitas as exigências legais e recolhidos os impostos devidos por tal prática. Contudo a abolição dos escravos ocorreu de forma lenta e demorada.

Há um consenso acadêmico de que a expansão capitalista, ocorrida ao longo séculos XVI e XVIII, fixou as bases necessárias para por fim a escravidão, pois a circulação de mercadorias passou a ser coadjuvante, ao passo que a produção de bens industrializados se destacou como protagonista de uma nova era. Segundo Ianni (1978, p. 22), o capital industrial passou a se arvorar dos processos produtivos nas colônias, além de dominar o comércio dos produtos coloniais. O desarmar desse cenário desemborça em um processo de independência política das colônias, e consequentemente em crise da escravatura.

Em 1808 ocorreu uma conferência em Aix-la-Chapelle, da qual participaram os cinco países interessados na questão negra, Aragão (1988, p. 22), Portugal, Espanha, Inglaterra, Holanda e França. Na referida ocasião fora cogitado a proibição do tráfico negreiro no atlântico, contudo malograda a tentativa. Apenas dois anos depois, em 1810, quando a corte portuguesa se transferira para o Brasil, em razão da ameaça napoleônica na Europa, Inglaterra e Portugal celebraram dois importantes acordos. Um deles, pacto programático de supressão negreiro de forma lenta e gradual.

A Inglaterra se valia de uma interpretação ambígua do art. 10, do tratado de 1810, para realizar fiscalizações e apreensões de embarcações portuguesas ao norte da linha do equador, que estivessem realizando tráfico de escravos. Tal fato causava problemas aos dois países. Em 1815, em Viena, fora assinado a Declaração das Oito Potências, Aragão (1988, p. 23), “documento segundo o qual se proclamou o tráfico negro como ‘repugnante aos princípios da humanidade e da moral universal, pugnando-se pela abolição completa e definitiva de crime tão odioso e severamente condenado pelas leis da religião e da natureza’”.

Com a assinatura do referido tratado, cada nação deveria por fim ao tráfico de escravo no menor lapso temporal possível, mas ficando a cargo de cada nação tal feito. A consequência é que com relação a Portugal, após a assinatura do tratado de 1815, o tráfico negreiro permaneceu inalterado, contudo ilegal ao norte da linha do equador e atípico ao sul.

Com a independência do Brasil em 1822, a aumenta a pressão inglesa ao novo governo formado, para proibir o tráfico negreiro. Passou-se a ser considerado ilegal o tráfico de escravos negros por embarcações lusitanas, mas não embarcações de bandeiras brasileiras, tendo em vista a ausência de tratado entre a Inglaterra e o Brasil.

Conforme Boccia e Malerbi (1977, p. 329):

A abolição do comércio escravagista impunha, porém, sérios problemas ao Brasil.

A independência fora um movimento pacífico, que não implicou em alterações imediatas na conjuntura do país. O sistema de produção, em larga escala, de matérias-primas e gêneros alimentícios, totalmente voltada para o mercado internacional e dependentemente exclusivamente do trabalho escravo, continuava firmemente estabelecido; dessa forma, havia uma constante necessidade de reposição da mão-de-obra servil, para o que era imprescindível o tráfico, cuja interrupção significaria um desequilíbrio econômico e financeiro para o país. Além disso, os grandes proprietários de terras e de escravos temiam a suspensão desse comércio, encarando tal fato como primeiro passo para abolição total do sistema escravista. Liberta-se da pressão inglesa sobre Portugal para uma abolição completa do tráfico foi, talvez, uma das razões pela qual os grandes proprietários brasileiros deram seu apoio a uma independência sob o regime monárquico; D. Pedro I compreendia que, ceder às exigências inglesas seria descontentar os maiores interesses econômicos do país, e, conseqüentemente, abalar o regime político estabelecido.

Em 23 de novembro de 1826, foi assinado o tratado Anglo-Brasileiro, que dentre outras matérias, o Brasil se comprometeu a proibir o tráfico negreiro no prazo de três anos; em contrapartida, a Inglaterra reconhecia a independência do Brasil. Conforme Boccia e Malerbi (1977, p. 330), em 1830 passa a ocorrer uma difusão de ideias absolutistas, e com relação ao tráfico negro, destaca duas questões:

1) na Fala do Trono de 3 de maio de 1830, D. Pedro I anunciou que, sob os termos do tratado anglo-brasileiro de 1826, o comércio negreiro passava a ser

considerado ilícito, e que seu governo tencionava tomar as medidas necessárias ao cumprimento do acordo;

2) o novo Código Criminal, de 16 de setembro de 1830, proibia a redução das pessoas livres à escravidão, e permitia às autoridades libertar os escravos importados ilegalmente através de contrabando.

Em 1845, a Inglaterra impôs o Projeto Aberdeen, com fundamento no qual poderiam realizar a apreensão de navio que estivesse traficando negros da África. Em 1850, o Brasil propôs a Lei Euzébio de Queirós, a qual proibia definitivamente a importação de escravos para o país, que teve consequência a majoração do preço do escravo.

As vagas de trabalho nas lavouras foram sendo paulatinamente assumidas por imigrantes livres europeus. Em 1871, foi aprovada a Lei do Ventre Livre ou Lei Rio Branco, a qual garantia a todos os filhos de escravos nascidos a partir, a partir de então, a liberdade. No ano de 1885, a Lei dos Sexagenários livrava os escravos com mais de sessenta anos da escravidão. E por fim, no ano de 1888, quando a princesa Isabel estabeleceu o fim da escravidão pela Lei Áurea.

1.4 O negro no mundo dos brancos

Com a análise história da abolição da escravidão no ano de 1888, de seus precedentes e fatos que se sucederam, podemos traçar um perfil de estratificação na sociedade brasileira, que se projeta aos dias atuais.

É importante ressaltar que entre os séculos XVI e XIX, a principal mão de obra que impulsionou a economia nacional foi a escrava. Como bem lembra Hasenbalg e Silva (1988, p. 126), em algumas regiões do Brasil, fora do sudeste, existia a figura do homem de cor livre, fato este que ajudou a população a assimilar o ex-escravo. Tal fato ocorreu em maior escala na zona litorânea do Maranhão à Bahia, e em Minas Gerais. Inclusive, o movimento abolicionista estava mais avançado fora do sudeste, conseqüentemente existia efetivamente uma transição em um estágio mais avançado do trabalho servil para o livre, nessas outras regiões do país.

Um dado importante sobre essa transição do trabalho servil para o livre, no nordeste brasileiro, nos é apresentado por Hasenbalg e Silva (1988, p. 126), segundo o qual em 1823, existiam 620.966 escravos no Nordeste, os quais representavam 30% da população. Em 1872, os escravos somavam 480.409, representando apenas 10% do contingente populacional. E com a abolição, os então libertos foram absorvidos sem maiores percalços, pelas relações de trabalho já estabelecidas, principalmente na zona rural.

Contudo no Sudeste do Brasil a transição do trabalho servil para o livre não ocorreu como no Nordeste. Segundo Hasenbalg e Silva (1988, p. 127):

No sudeste, o curso dos acontecimentos será totalmente diferente. À medida em que o regime escravista entre nas suas últimas décadas de existência, e ao tempo em que a população escrava do país diminui irreversivelmente, esta região irá concentrar uma proporção cada vez maior da população cativa. O conjunto destas seis províncias, que em 1823 contava com 16% dos escravos do país, aumenta sua participação para 32% em 1864, e novamente para 39% em 1872, concentrando a partir dessa data sempre mais de dois quintos dos escravos do país.

Assevere ainda, que ocorreu ainda uma migração de cativos dos centros urbanos para a zona rural, em consequência do desenvolvimento e intensificação das campanhas abolicionistas, as quais eram mais acirradas nos centros urbanos.

Contextualizando historicamente tais acontecimentos, a mão de obra cativa era empregada em maior proporção nas lavouras de café, que em consequência da concentração dos cafeicultores, podiam comprar mais escravos. Ocorre que, nas décadas que antecederam a abolição dos escravos, se intensificou a imigração de europeus.

Ao contrário do que aconteceu no Nordeste, no Sudeste, com a abolição a preferência foi pela mão de obra branca do imigrante Hasengalg (1999, p. 08):

É sabido que, nas décadas posteriores a abolição, os trabalhadores negros de São Paulo foram substituídos por imigrantes europeus nas fazendas de café e também nos centros urbanos em fase de rápido desenvolvimento econômico e industrialização. Negros e mulatos foram assim excluídos dos setores de emprego mais dinâmicos e relegados a agricultura de subsistência nas áreas rurais ou a empregos em serviços não qualificados nas cidades.

Segundo Fernandes (2008, p. 34), a exclusão do negro na primeira fase da modernização industrial de São Paulo, foi consequência de uma política de imigração equivocada por parte do Estado, que pouco se preocupou com a massa de trabalhadores recém saídos do cativeiros. Ressalte-se que imigração europeia para São Paulo foi subsidiada pelo Estado. Assim, não há que se cogitar a alegação de que os negros eram despreparados para o trabalho industrial mais complexo. Tal fato é consequência de preconceitos, que como veremos, fincará marcas profundas na estrutura social brasileira, as quais perduram até os dias atuais.

Portanto em São Paulo, no período compreendido entre a abolição e 1930, Hasengalg (1999, p. 08-09), “os imigrantes foram tão claramente os ganhadores e os negros os perdedores do desenvolvimento econômico e da prosperidade gerada pelo *boom* cafeeiro e a industrialização”. E infelizmente a comparação e esse sentimento de competição entre o ex-cativo e imigrante branco, que desencadeou a marginalização do negro no mercado de trabalho, ecoando em todo o Brasil.

É importante destacar que a abolição do escravos não implicou em formação de um mercado de trabalho capitalista, com pagamento de salário ao trabalhador. Segundo

Halsengalg (1999, p. 10), “as formas de trabalho livre diferenciavam-se do trabalho escravo apenas pela liberdade básica de abandonar o emprego”. E o mesmo autor assevera que “as relações de trabalho na agricultura brasileira do período caracterizam-se pelo baixo grau de contratualismo e o predomínio de formas não monetárias de remuneração do trabalho”.

Uma das explicações que os estudiosos apontam como explicação para o porque da marginalização ex-escravo, pelo Estado brasileiro, é que há época da abolição, o racismo gozava de grande prestígio no cenário nacional e mundial, inclusive com fundamento científico. Segundo Souza (2011, p. 36):

Durante todo o século 19 e até a década de 1920, o paradoxo da identidade nacional brasileira vai ser materializado, precisamente, com base na impossibilidade, num contexto histórico em que o racismo possui ‘prestígio científico’ internacional, e se construir uma ‘imagem positiva’ para um ‘povo de mestiços’. O mestiço, o mulato no nosso caso, vai ser, muitas vezes, percebido como um degeneração das raças puras que o compõe, sendo formado pelo que há de pior tanto no branco como no negro enquanto tipos puros. Essa era a opinião, por exemplo, de nada mais nada menos que um dileto conselheiro do Imperador Pedro II, o conde francês Goubineau. Todos os grande pensadores brasileiros desse período, como Euclides da Cunha, Nina Rodrigues ou Oliveira Vianna, serão vítimas dos preconceitos racistas e presas da armadilha que tornava virtualmente impossível vislumbrar um futuro positivo para um povo de mulatos.

Há consenso doutrinário de que nos séculos XIX e XX, o racismo científico foi disseminado como certeza científica, de forma a orientar e fundamentar políticas públicas de governo, principalmente na Europa. O aristocrata e diplomata francês Arthur de Gobineau, que fora conselheiro do Imperador Pedro II, publicou uma obra crucial sobre o pensamento racial, *Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas*, Magnoli (2009, p. 24):

Publicado entre 1853 e 1855, o *Ensaio* postula que a história deriva, antes de tudo, da dinâmica das raças. A humanidade se dividiria em três grandes complexos raciais – branco, amarelo e negro – e o progresso histórico dependeria da ação direta ou indireta das raças brancas. Todas as grandes civilizações teriam origem, direta ou indireta, nas raças brancas e, em particular, na ‘família ariana’. A miscigenação entre as raças conduziria a degeneração racial, com impactos desastrosos sobre as civilizações e os Impérios. Essa noção gobinauniana de pureza racial inspirou os proponentes de leis antimiscigenação nos EUA e na Alemanha nazista.

Esse “racismo científico” estava a pleno vapor quando da abolição dos escravos no Brasil. Uma verdade absoluta para o contexto histórico. Contribuindo sobremaneira para fomento da imigração branca europeia, subsidiado pelo Estado, de sob outro aspecto, contribuindo de sobremaneira para a discriminação racial do negro no Brasil, visto como incapaz de assumir funções mais complexas.

Outro fator que podemos acrescentar, para contextualizar as dificuldades encontradas pelos negros recém libertos, é que o cativo não os preparou para o

trabalho livre, que passou a vigorar no final do século XIX, início do XX. Conforme Fernandes (1972, p. 112-113), a intensificação da imigração branca pode ser considerada uma calamidade, sob o ponto de vista de integração social, para os negros e mulatos, posto que os postos de trabalhos mais complexo, foram assumidos pela mão de obra branca. O negro passa a ser marginalizado pela sociedade brasileira, mas não de forma transitória, pois o sistema social no Brasil de forma que o ex-cativo para a ter função periférica.

É somente a partir da década de 1930, que o negro e o mulato passa a se integrar de forma mais eficiente no sistema capitalista brasileiro, e mesmo assim, em funções periféricas, refletindo uma profunda discriminação.

1.5 O mito da democracia racial

A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, dispõe em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Verificamos, portanto, que os incisos acima transcritos são fundamentos constitucionais, de eficácia e aplicação imediata.

Por sua vez, o art. 5º da Magna Carta prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Assim, os mais apressados poderiam ser induzidos ao erro que o Brasil é um país materialmente igual, nos qual os iguais são tratados igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades. A realidade é bem diferente. O que se constata no Brasil é uma profunda desigualdade social, fundada principalmente na cor da pele, a qual tem origem na falta de planejamento e descaso do Estado, por ocasião da abolição dos escravos, o que implicou em fatores estruturais no sistema social brasileiro, com reflexos nos dias de hoje.

Para contextualizarmos o Brasil atual, é importante analisarmos a evolução constitucional, que se formou após a Revolução Francesa, até a formação dos estados pós-sociais.

O marco histórico que iniciou a modernidade fora a Revolução Francesa de 1789, com a ascensão da classe burguesa às posições de comando do Estado. O capitalismo passou a ser a razão econômica da nova sociedade dominante.

O período do constitucionalismo iniciado nos Estados que adotaram o liberalismo econômico, após a Revolução Francesa, fixou os pilares necessários ao desenvolvimento do capitalismo, pois produziu um ambiente relativamente seguro, sob o ponto de vista jurídico e social. Este cenário desemborcou na Revolução Industrial, a qual se caracterizou pela exploração sem controle da atividade laboral do ser humano.

Uma das características marcantes dos Estados Liberais é ausência interferência do Estado na vida econômica, imortalizada na expressão francesa *laissez faire, laissez aller, laissez passer*.

Diversos setores da sociedade, diante do quadro de lutas sociais, crescimento exponencial da pobreza, passaram a reconhecer a necessidade de um Estado regulador das atividades privada, a doutrina social da Igreja Católica era contra os arroubos socialistas, capitalistas ou comunistas, mas clamava por um Estado mais intervencionista.

Com o advento das lutas de classes, e as constantes críticas ao sistema de Estado Mínimo, notadamente com difusão das ideias marxistas e do pensamento socialista, o Estado passou a intervir com a finalidade de proteger os mais desafortunados, os hipossuficientes. Era o nascedouro da segunda geração de direitos: os sociais. A primeira geração seria os direitos civis e políticos. Esse novo Estado intervencionista fora conceituado Estado do Bem-Estar, *welfare state*.

O Estado do Bem-Estar Social também é conhecido como Estado Providência, tem como característica as organizações políticas e econômicas, que elevam o Estado à mola propulsora de políticas públicas visando a reduzir as desigualdades sociais. Esse Estado intervencionista manifesta-se principalmente através da assistência e seguridade social, e decorre diretamente da tensão entre capital e produção da Revolução Industrial. Mas somente em meados do Século XX, é que o Estado Providência pode ser observado de forma mais eficaz.

Uma das características mais marcantes dos Estados Constitucionais Sociais, que sucederam aos Estados Liberais, é o anseio da sociedade por justiça, pois as garantias individuais estavam positivadas nas cartas constitucionais então vigentes, restando, assim, sua concretude e efetividade no seio de uma sociedade ansiosa por justiça social, conforme Bonavides (2007, p. 46), e mais: “o binômio justiça/liberdade torna-se de imediato, o pedestal do Estado constitucional dos direitos fundamentais”.

Os princípios constitucionais sobre direitos fundamentais, que não tinham força normativa nos Estados Liberais, pois se limitavam a inspirar a produção normativa infraconstitucional da época, passaram a ter reconhecida sua normatividade imediata nos Estados Sociais. Havia um anseio da sociedade por concretude dos direitos fundamentais, o que somente se efetivou com o advento do neoconstitucionalismo.

Conforme a doutrina de Mário Lúcio Quintão Soares (2008, p. 199), o Estado Constitucional Social dos primórdios do século XX, “considera que as liberdades públicas deverão ser asseguradas em consonância com a atuação e a presença do Estado para garantir a grande maioria da população o acesso a bens e direitos que, sem a interferência, dificilmente seriam alcançados”. Conclui-se, o citado doutrinador, que “houve uma mudança de paradigmas: do Estado Liberal (marcado pela ideia de limitação ao poder) para constitucionalismo social (caracterizado pela participação no poder)”.

O Estado Social organiza-se política e economicamente, de forma a promover a sociedade e a economia, tornando-se um Estado intervencionista, em diversos campos, como o econômico, político e social, para conseguir concretizar os seus fins sociais, vale-se parceria com várias entidades, inclusive privadas, para garantia do bem serviço público.

Segundo Soares (2008, p. 206), uma das características do Estado Social democrata é que “o Estado reservou para si o papel de co-responsável pela situação econômica. Partindo-se da premissa de que a estabilidade e o bom funcionamento da economia devem proporcionar os necessários pressupostos para o cumprimento das tarefas sociais”.

É consenso que o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) desenvolveu-se em regra, após a segunda guerra mundial, principalmente na Europa, cuja forma de organização tem origem após a quebra da bolsa de Nova York, em 1929, e teve uma forte acessão após os horrores da Segunda Guerra Mundial, em consequência das atrocidades perpetradas pelos governos totalitários.

Assim, o Estado do Bem-Estar Social, intervencionista, “preservou a estrutura capitalista, mantendo, artificialmente, a livre iniciativa e a concorrência, e compensando as desigualdades sociais mediante a prestação estatal de serviços e a concessão de direitos sociais”, conforme conclui Soares (2008, p. 207).

Com o advento que ficou conceituado como Globalização, a Razão de Estado voltar a ser o capitalismo, com nova denominação, neocapitalismo. Observa-se uma

mudança de paradigma, conforme Bercovici (2008, p. 320-321) *apud* Sheldon Wolin¹, antes da crise atual, “o Estado Social é a razão de Estado na era da economia política, pois os programas sociais instrumentalizam o poder do Estado e justificam um tipo particular de ação estatal extraordinária”. Atualmente a crise se tornou uma obsessão, um estado de exceção permanente, segundo Bercovici (2008, p. 328-329), com a hegemonia norte-americana no mundo:

Qualquer desafio ou contestação a esta hegemonia é vista como ameaça à segurança nacional dos Estados Unidos. Deste modo, não há mais distinção entre normalidade e exceção, com um estado de emergência permanente em uma era de guerras não declaradas e envolvimento norte-americano constante internos em outras nações. A concepção de segurança nacional fundamenta as medidas dos Estados Unidos em suas reações internacionais. A base da doutrina é a soberania do Estado, não da constituição. Os poderes de crise estão rotinizados, assegurando a preponderância teórica e prática das doutrinas relativistas dos poderes presidenciais. O presidente dos Estados Unidos tem o poder inerente de fazer tudo o que for necessário para preservar os Estados Unidos, a partir de sua condição constitucional de comandante-em-chefe das forças armadas e de seus poderes discricionários em matéria de relações internacionais, reafirmados pela Suprema Corte em várias ocasiões, especialmente na decisão do caso *United States versus Curtiss-Wright Export Corporation*, de 1937. Depois da Segunda Guerra Mundial, a concepção de segurança nacional não se restringiu mais a defesa externa, mas foi expandida para a segurança interna, confundindo os limites entre normalidade e exceção. A doutrina de segurança nacional é, assim, utilizada para a manter a hegemonia internacional norte-americana, utilizando os poderes de exceção sem controle algum. A política externa norte-americana se funda em critérios de exceção que afetam também o funcionamento interno do seu sistema constitucional. A flexibilidade é a regra constitucional nos tempos de estado de exceção permanente.

Esse estado de exceção permanente, característico dos Estado pós moderno globalizado, teve um grande fomento após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, não só nos Estados Unidos da América, mas como na maioria dos países capitalistas ocidentais.

Outra consequência da globalização é a formação de blocos econômicos, os quais tem como Razão de Estado, o fomento ao capitalismo (neoliberalismo), através da supressão de fronteiras nacionais, que para Bercovici (2008, p. 337), “chega-se ao paradoxismo da criação de uma constituição sem Estado, preocupada em garantir o livre mercado e que cumpre o projeto constitucionalista, ao excluir a manifestação do poder constituinte do povo”.

Segundo Chevalier (2009, p. 11), o Estado Pós Moderno “teria entrado, a partir de agora, numa fase irreversível de decadência”. Como consequência da globalização,

¹ . WOLIN, Sheldon S. Democracy and the Welfare State: The Political and Theoretical Connections

que mitigou a ideia de fronteiras nacionais, da revolução das telecomunicações e da rede mundial de computadores, que mudaram a face mundial, e os atentados terroristas no mundo no século XXI.

Conforme as observações de Martins (2011, p. 11), “a integração da economia mundial se intensifica e, com ela, o choque entre forças sociais, políticas e ideológicas, provocando resultados inesperados”.

Outra questão que merece ser analisada é a submissão das políticas públicas “aos ditados das razão tecnocrática e instrumental”, Savaris (2012, p. 96), os Estados são obrigados a submeter os espaços políticos às principais forças econômicas, dentre as quais o autor destaca o “postulado de austero controle das contas públicas. Na era da globalização, os Estados perdem autonomia política, em razão da economia, que passa a ter papel central e determinante.

Conforme exposto anteriormente, quando da citação das ponderações de Bercovici (2008, p. 328-329), o Estado globalizado pós social, vive em estado de exceção permanente, com Razão de Estado econômica e capitalista. E sob a alegação de que o mercado capitalista contemporâneo exige a adoção de medidas imediatas, Bercovici (2008, p. 328):

Quando os argumentos da emergência são utilizados para todo tipo de crise, os limites entre normalidade e exceção são ultrapassados e a emergência vira regra. Um governo constitucional não pode, segundo Negretto, sobreviver a um contexto de crise permanente. A política da exceção permanente destrói o regime constitucional. O estado de exceção não está mais a serviço da normalidade, mas a normalidade a serviço da exceção.

As emergências internacionais e as conseqüências internas tendem a ser tornar freqüentes, inutilizando a tradicional distinção entre normalidade do Estado e a extraordinariedade da guerra, entre regra e exceção. Os poderes excepcionais funcionam constantemente, sem nenhuma declaração formal, com medidas excepcionais sendo tomadas a todo tempo.

Assim, “os direitos sociais e, mais especificadamente, os direitos que correspondem a deveres estatais de proteção social (educação, saúde, assistência e previdência social) são o campo de medidas de emergência e da adversidade constitucional em vários Estados”, Savaris (2012, p. 97), pois os recursos econômicos antes destinados as a rede de proteção social, agora são direcionados para conter crises econômicas, no regime de exceção permanente. Há, portanto, uma tendência de mercantilização dos direitos sociais, bem como uma ameaça real de contenção e restrição, em razão da globalização.

Assim, diante desse mundo globalizado, no qual a economia é o centro das atenções governamentais, e o homem foi alijado do papel protagonista que assumiu, quando do iluminismo, questiona-se: será que vivemos uma democracia racial?

É interessante as reflexões de Souza (2011, p. 42-43), para quem atualmente igualdade e liberdade são questões preponderantes para legitimidade regime estatal, no mundo moderno. Segundo o mesmo:

No passado, o pertencimento à família certa e à classe social certa dava a garantia, aceita como tal pelos dominados, de que os privilégios eram ‘justos’ porque espelhavam a ‘superioridade natural’ dos bem-nascidos. No mundo moderno, os privilégios continuam a ser transmitidos por herança familiar e de classe, como veremos adiante, mas sua aceitação depende de que os mesmos ‘apareçam’, agora, não como atributo de sangue, de herança, de algo fortuito, portanto, mas como produto ‘natural’ do ‘talento’ especial, como ‘mérito’ do indivíduo privilegiado. Existiria no mundo moderno, uma ‘igualdade de oportunidades’ que seria a forma de conciliar as demandas de igualdade e liberdade. Os privilégios que resultam disso não seriam “desigualdades fortuitas”, como no passado com a dominância do status de sangue, mas ‘desigualdades justas’ porque decorrentes dos esforço e desempenho diferencial do indivíduo.

Assim, um dos conceitos mais festejados hodiernamente é o da igualdade de condições, a justa oportunidade. Segundo o qual todos os indivíduos de uma democracia deverão gozar de igualdade de oportunidades, paridade de armas, para enfrentar os desafios do mundo contemporâneo.

Democracia é um dos conceitos dos mais vastos, e com um alto grau de dificuldade de se encontrar uma definição de consenso. Sob uma primeira perspectiva, poder-se-ia definir democracia como um regime de governo, em que o poder pertence ao povo. A Magna Carta de 1215, em seu artigo primeiro, parágrafo único dispõe que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A Grécia Antiga é o berço da democracia, conforme David Held (1995, p. 13-15), no século V a.c., com o desenvolvimento de Atenas, cujo crescimento do comércio marítimo e terrestre, estimula o desenvolvimento de cidades costeiras, o que permite o surgimento de uma classe burguesa, formada de comerciantes e ruralistas, findando com uma democracia de participação direta e censitária. Um imenso avanço, tendo em vista que ocorrera há mais de dois mil anos.

Chama-se atenção, quanto à democracia ateniense antiga, que não eram todas as pessoas que governavam, mas todos os cidadãos, o que excluía os escravos, mulheres e os metecos (estrangeiros domiciliados em Atenas), como bem observa Goyard-Fabre (2003, p. 20).

A transição da Idade Média para o Humanismo que caracterizou a Idade Moderna, não ocorreu de uma forma abrupta, segundo Newton Bignotto (2001, p. 33-34), mas através de um longo processo e várias transformações, dentre os quais destaca o surgimento da soberania, a partir do estudo do pensamento de Marsilio de Padova, o qual teve papel fundamental, ao disseminar a ideia de que “é o legislador que dá o exemplo à Igreja e não o contrário”, concebendo o conceito de soberania “ao criar leis a partir da vontade do povo”, (BIGNOTTO, 2001, p. 46-47).

Rousseau foi um dos primeiros pensadores da era moderna a propor que a ideia de que uma sociedade legítima deveria decorrer de uma vontade geral, do interesse comum ou da soberania popular, segundo Carlos Coutinho (1994, p. 124). Isto porque como Rousseau era contrário à ideia contratualista liberal, que se fundamentava no interesse privado dos contratantes, e para o mesmo, conforme Coutinho (1994, p. 126):

Contrato legítimo se fundamentava se manifesta na criação de uma vontade geral, que tem como base o interesse comum e é condição subjetiva da soberania popular. Através de tal contrato, o povo se constitui como povo, gesta-se como sujeito coletivo; e o que move esse sujeito é precisamente a vontade geral, ou seja, uma vontade que tem como objeto não uma soma de interesses particulares ou privados, mas sim o interesse comum da coletividade.

A ideia de contrato de Rousseau pode ser definida como consenso, que conforme sintetiza Carlos Coutinho (1994, p. 126), “os indivíduos se organizam em sujeitos coletivos com base no consenso, na vontade livre”.

Inspirado também nas ideias de Rousseau, Emanuel Kant publicou o ensaio “Sobre a paz perpétua”, no final do século XVIII, conforme (BOBBIO, 2000a, p. 254 e 258-259), dentre o que destacamos, o entendimento de Kant quanto à necessidade das constituições dos Estados serem republicanas, segundo o qual, seria o melhor regime para afastar a guerra.

É bastante interessante e necessária para uma melhor compreensão do conceito de democracia, a análise das características da democracia moderna em comparação com a democracia clássica grega, que Norberto Bobbio (2000b, p. 371) conceitua como democracia dos antigos. A primeira diferenciação exposta por Bobbio (2000b, p. 371) é que, “por democracia os antigos entendiam a democracia direta, os modernos, a democracia representativa”. Segundo Norberto Bobbio (2000b, 373), houve uma grande discussão em séculos anteriores, sobre que tipo de monarquia seria a melhor: se a hereditária ou se a eletiva, pois “ninguém jamais pensou que uma monarquia, pelo fato de ser eletiva, deixaria de ser monarquia”. E arremata Bobbio (2000b, p. 372):

Em suma, o voto, ao qual se costuma associar o relevante ato de uma democracia atual, é o voto não para decidir, mas sim para eleger quem deverá decidir. Quando descrevemos o processo de democratização ocorrido ao

longo do século XIX nos diferentes países que hoje chamamos de democráticos, nos referimos a ampliação progressiva, mais rápida ou mais lenta segundo os diferentes países, do direito de eleger os representantes, ou então à extensão do processo eleitoral a partes do Estado, como a Câmara alta, na qual os membros eram habitualmente nomeados pelo soberano. Nada mais.

Outra característica a ser apontada, como consequência da diferenciação entre democracia direta e democracia representativa, é que na democracia antiga a participação era a regra e a eleição era a exceção, ao passo que hoje, a participação direta, seja através de referendo ou plebiscito, por exemplo, é a exceção, e a eleição é a regra (BOBBIO, 2000b, p. 374).

Outro traço característico democrático, que devemos destacar é a publicidade. Não há democracia sem que o povo, que detém o poder, possa exercer o seu papel de fiscal. Ademas, Bobbio (2000b, p. 386) define democracia como “poder em público”, pois segundo o mesmo “todos aqueles expedientes institucionais que obrigam os governantes a tomarem as suas decisões às claras e permitem que os governados 'vejam' como e onde as tomam”.

É com o início do Iluminismo, no qual o homem é inserido no centro das atenções, e consequente formação dos Estados Modernos, que se retoma a discussão sobre democracia, Albuquerque (2010, p. 541):

Encontrou em Maquiavel uma expressão final irretorquível, dado a sua magnífica compreensão sobre a especificidade da política e de seus conteúdos, bastante diversos do ideal de virtude posto pela religião cristã. Maquiavel é de fato o primeiro pensador a fixar o entendimento de que a política como 'arte de conquista e manutenção do poder do Estado' requer a constituição de instituições, procedimentos objetivos que estruturam a esfera pública dos homens, orientando-se pela procura do bem-comum, e não mais como se dava anteriormente, tanto na Antiguidade como na Idade Média, pela ênfase no caráter de excepcionalidade de alguns homens dotados de sapiência e virtude esmerada.

A noção moderna de democracia está intimamente ligada às liberdades individuais galgadas, principalmente após a revolução francesa. Pois os Estados Liberais que se formaram, em aversão aos Absolutistas, sacramentaram à ideia de soberania, os direitos civis e políticos, garantidos através de uma constituição. Conforme será abordado nas linhas que seguem, uma série de transformações sociais e políticas culminará com a formação dos Estados Sociais, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, difundindo na humanidade direitos fundamentais, os quais caminham ao lado dos ideais democráticos.

A história e a evolução da humanidade nos tem mostrado, que o regime democrático é o mais indicado para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e

solidária. Razão pela qual ousaríamos alegar que o Estado do Bem-Estar Social está intimamente ligado ao regime democrático.

Contudo, constatamos que a democracia racial no Brasil, não passa de um mito, tendo em vista que não há justa oportunidade para quem nasce nas classes sociais menos favorecidas, economicamente falando. Infelizmente, há um processo histórico e insidioso, porque oculto, de discriminação racial contra negros e pardos, que remontam ao Brasil Colônia.

Negros e pardos representam cerca de metade da população brasileira, mas estão na base da pirâmide econômica do Brasil. E são os mais desfavorecidos, economicamente falando. Ademais, a desfortuna é fator preponderante no Brasil para ter acesso a uma boa educação, saúde, segurança, moradia, etc.

Assim, pertencer à família certa e à classe social certa, no Brasil de hoje, garante ao indivíduo desmedida vantagem para os que pertencem a classes sociais menos favorecidas. Infelizmente privilégios continuam a ser transmitidos por herança familiar e de classe, inexistindo uma igualdade de oportunidades.

O perfil de desigualdades raciais no Brasil não é fruto simplesmente do passado. Na realidade é perpetuado pela desigualdade social estrutural, que se reflete na atualidade, e que nega aos mais desfavorecidos as mesmas oportunidades sociais a que os brancos têm acesso, Hasenbalg e Silva (1988, p. 177), os multados e os negros “sofrem uma desvantagem competitiva em todas as etapas do processo de mobilidade social individual. Suas possibilidades de escapar das limitações de uma posição social baixa são menores que a dos brancos da mesma origem social, assim como são maiores as dificuldades para manter as posições já conquistadas.”

1.6 O movimento negro e a luta contra o preconceito e a discriminação racial

Não é uma tarefa fácil indicar uma data ou um marco de quando se inicia o movimento negro no Brasil, como um contraponto ao preconceito e a discriminação racial. Tampouco há consenso na doutrina, quanto a esse termo inicial. É interessante a reflexão de Sales Júnior (2009, p. 35-36), a fundação do Brasil tem como pilares a desigualdade e o racismo, seja contra índios, seja contra negros. E é a institucionalização dessa desigualdade e do racismo, que irá legitimar a sujeição de uns por outros. O Estado e suas instituições foram criadas para legitimar e manter esse *status quo*, a hegemonia branca, a violência legítima.

E mais, quando da passagem do regime escravocrata para o de trabalho livre, após a abolição, não houve uma preocupação em solucionar as desigualdades raciais, vigentes na antiga ordem social. A propaganda ideológica do Brasil escravocrata retratada o negro como apático, incapaz de se articular social e politicamente. Contudo, conforme Sales Júnior (2009, p. 36):

Organizações e intelectuais negros atuaram, propondo mudanças sociais como políticas públicas e reformas legais, dialogaram com setores da elite e com visões de cidadania próprias de cada período histórico. Os diversos aparelhos jurídicos, no transcorrer da história das relações raciais no Brasil, funcionaram e funcionam, ora como instrumento de exploração, ora, de dominação, ora, de sujeição, mas também, de emancipação racial.

É grande o número de autores, que defendem que os negros no Brasil, sempre adotaram comportamentos radicais, visando romper com as regras do conformismo social, como Guimarães (2002, p. 87). Assim, a propaganda que taxava o negro de apático, infantil, incapaz de articulação social e política, nada mais era do que um instrumento de dominação da elite branca.

No período da República Velha, entre dezembro de 1889, e o final do ano seguinte, Sales Júnior (2009, p. 37), “eclodiram greves e protestos de carpinteiros navais, tecelões, gráficos, alfaiates e carroceiros, nem todos libertos ou negros, mas que buscavam recuperar o processo de formação da classe operária em suas dimensões étnicas”. Apesar da intervenção as forças públicas de manutenção do *status quo* vigente, os protestos não cessaram. Contudo, é importante ressaltar, que nessa época não havia um discurso político afinado e delimitado com relação a questão racial.

O movimento negro no Brasil vai crescendo paulatinamente, no início do século XX, em consequência de diversas comoções sociais, dentre os quais podemos destacar, Sales Júnior (2009, p. 37), o cangaço, romarias de Padre Cícero Romão, Guerra de Canudos e o Contestado, onde a participação dos negros era expressiva. Tais movimentos contrariavam a ordem republicana oligárquica então vigente. Ocorreu a criminalização capoeira, e os castigos corporais na Marinha de Guerra do Brasil, outrora banidos, foram resgatados, como por exemplo a pena de 25 chibatadas, para as condutas mais graves. No final do ano de 1910, ocorreu a revolta da chibata, onde marinheiros tomaram toda a esquadra bélica fundeada na Baía de Guanabara, insurgindo-se contra os castigos físicos.

Em 1915, surge em São Paulo a imprensa negra, e na década de 30, a Frente Negra Brasileira (FNB), que se tratava de uma organização étnica, segundo Guimarães (2002, p. 87):

No sentido de que cultivava valores comunitários específicos, mas cuja forma de recrutamento e identificação era baseada na ‘cor’ ou na ‘raça’ e não na ‘cultura’ ou nas ‘tradições’. De fato, a FNB buscava justamente afirmar o negro como ‘brasileiro’ – renegando as tradições culturais afro-brasileiras,

responsabilizadas pelos estereótipos que marcavam os negros – e denunciando o preconceito de cor que os alijava do mercado de trabalho em favor dos estrangeiros.

A Frente Negra Brasileira se desenvolveu, e se transformou em partido político, o qual foi posteriormente extinto com o Estado Novo, um dos regimes de força que vigoraram no Brasil.

Ocorre que as reivindicações do negro, nessa época, Sales Júnior (2009, p. 43-44), “aparecem como questões de justiça mínima, utilizando-se de argumentos puramente morais, vendo-se reduzidas à crítica dos costumes, ao moralismo e ao legalismo”. A constituição de 1934, inclui em seu texto, dispositivo de combate ao preconceito em razão da cor.

Com o advento do Estado Novo, em oposição a política do café com leite, então dominante com os estados de São Paulo e Minas Gerais, ocorreu um reconhecimento dos negros pelo Estado brasileiro, tendo em vista que os mesmos apoiaram o golpe de Vargas, por temerem uma onda separatista.

Com a redemocratização de 1945, Guimarães (2002, p. 88), alicerçada em uma política capitalista regulamentada pelo Estado, é que os negros foram reconhecidos e inseridos como projeto de nação. A verdade é que o Brasil não era de fato uma democracia racial, mas deveria se tornar uma.

Contudo é importante ressaltar, que somente nas últimas décadas é que o movimento negro se firmou de forma mais efetiva, buscando identidade e raízes próprias. E podemos destacar principalmente, as conquistas legislativas decorrente da evolução do constitucionalismo no mundo, marco filosófico conhecido como neoconstitucionalismo. No Brasil, assim como em toda a América Latina, o desenvolvimento do constitucionalismo foi tardio, em razão das ditaduras militares que assolaram o continente. Somente em 1988, o Brasil teve sua carta constitucional, que garante inúmeros direitos e garantias à todos.

O Neoconstitucionalismo é o novo paradigma da atual realidade constitucional, em consequência do papel central que passou a ocupar a constituição no sistema jurídico, conforme observa Quaresma (2009, p. 01), principalmente após a Segunda Guerra Mundial. No Brasil, esta nova ordem constitucional pôde ser sentida com mais ênfase com a Constituição Cidadã de 1988, e para Barroso (2009b, p. 53-54) o marco filosófico é o pós positivismo.

O neoconstitucionalismo é uma realidade nos Estados Democráticos de Direito ocidentais, dentre os quais o Brasil está incluído, conforme restou acima evidenciado. Trata-se de um fenômeno não só jurídico, mas social, em constante evolução. E

podemos destacar a grande contribuição desse marco jurídico e filosófico, para o desenvolvimento do movimento negro no Brasil.

2 RACISMO CONTRA AFRODESCENDENTES COMO DESRESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

A população afro-brasileira foi vítima de racismo no passado? Ainda existe racismo, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988? O ordenamento jurídico posto é suficiente para enfrentar o preconceito contra os negros? O Estado do Ceará aparelhou as instituições de defesa social com as ferramentas necessárias para coibir e punir a discriminação racial de afro-brasileiros? Esses são alguns questionamentos necessários para despertar a reflexão sobre o problema que pretendemos investigar.

A diáspora negra do continente africano para o americano, na condição de escravo, iniciou-se no século XVI, tendo o seu ápice no século XVIII. Após um longo processo, inclusive com pressões internacionais, principalmente em face da necessidade de criar um mercado consumidor para as economias de mercado que já despontavam à época, intensificadas com o fim do tráfico para o Brasil em 1850.

Destaque-se que a Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban – África do Sul, no período de 31 de agosto a 08 de setembro de 2001, segundo a qual, as origens, causas e formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlatas estão ligados à escravidão e ao tráfico de escravos, principalmente o tráfico de escravos transatlântico. Senão vejamos:

reconhecemos que a escravidão e o tráfico escravo, incluindo o tráfico de escravos transatlântico, foram tragédias terríveis na história da humanidade, não apenas por sua barbárie abominável, mas também em termos de sua magnitude, natureza de organização e, especialmente, pela negação da essência das vítimas; ainda reconhecemos que a escravidão e o tráfico escravo são crimes contra a humanidade e assim devem sempre ser considerados, especialmente o tráfico de escravos transatlântico, estando entre as maiores manifestações e fontes de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata; e que os Africanos e afrodescendentes, Asiáticos e povos de origem asiática, bem como os povos indígenas foram e continuam a ser vítimas destes atos e de suas consequências.

Mesmo libertos, a condição de vida dos negros tem mudado a passos lentos, o Estado brasileiro não elaborou políticas públicas de integração e afirmação social, entretanto, é ato que este é apenas um dos aspectos que podem contribuir para dirimir situações ainda encontradas de preconceito, discriminação e intolerância contra cidadãos, com teor étnico-racial. É fato que hodiernamente a população de descendência negra é uma parcela significativa da população, Conforme comenta Barbosa (2001, p. 129), ao dizer que cerca de 45% do total de brasileiros. Contudo, quando se analisa os

postos de trabalho mais cobiçados, e conseqüentemente mais bem remunerados, os bancos de universidades de excelência, as profissões de maior destaque e prestígio, o número de negros é ínfimo.

A Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República divulgou em 29 de março de 2012, no sítio na rede mundial de computadores, *sae.gov.br*, estimativa da situação da população negra do Brasil, a partir de estimativas produzidas com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), devendo ser ressaltado que a Região Norte Rural não está incluída nos dados estatísticos.

Característica	População Negra				População Total			
	Total	15 a 29 anos	30 a 64 anos	65 anos e mais	Total	15 a 29 anos	30 a 64 anos	65 anos e mais
Região								
Norte	10%	2%	12%	42%	9%	2%	10%	39%
Nordeste	21%	6%	24%	57%	19%	5%	22%	51%
Sudeste	8%	2%	8%	33%	6%	1%	5%	21%
Sul	10%	2%	10%	39%	5%	1%	5%	20%
Centro-Oeste	9%	1%	10%	43%	8%	1%	8%	35%
Brasil	13%	3%	15%	45%	10%	2%	10%	31%

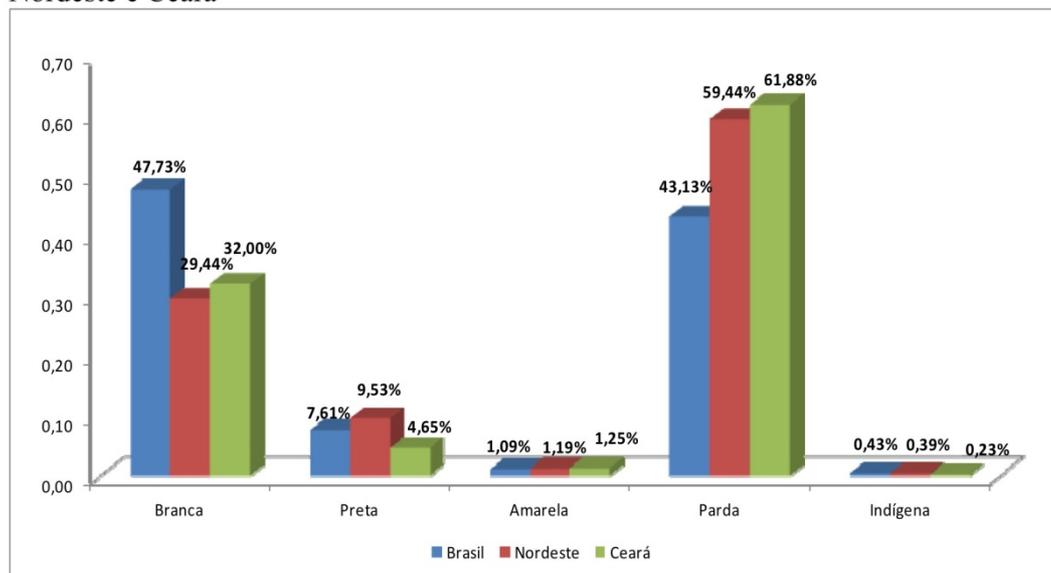
Constata-se que a população negra no Brasil é de 45%, e na região nordeste, 57%, segundo dados do IBGE do ano de 2012.

Conforme dados publicados pelo IPECE², Ceará (2012, p. 03), os quais tem como fonte, o censo demográfico de 2010, divulgado pelo IBGE, o percentual de indivíduos que se autodeclararam pardos é de 61,88. Comparando com as demais unidades da Federação, o Ceará está posicionado em 8º lugar, com maior percentual de pardos. Ao analisar a cor preta, apenas 4,65% se autodeclararam negros, ocupando a 24ª posição, em comparação com os demais Estados.

² Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará, órgão vinculado à Secretaria de Planejamento e Gestão do Estado do Ceará.

O gráfico abaixo, Ceará (2012, p. 06), apresenta um comparativo da população residente por cor ou raça entre o Brasil, Nordeste e Ceará no ano de 2010. É possível constatar que a concentração de indivíduos que se autodeclararam de cor parda no Estado do Ceará, é ligeiramente superior à média do Nordeste, e muito maior que a do Brasil. O mesmo não acontece com a cor preta, onde se verifica um percentual menor, tanto no plano nacional como no regional.

Gráfico 1: Comparação, em 2010, da população residente por cor ou raça entre Brasil, Nordeste e Ceará



Fonte: IPECE.

O censo demográfico elaborado pelo IBGE no ano de 2010 analisou diversos outros fatores. Ao analisar-se o rendimento médio dos indivíduos com 10 anos ou mais de idade, tendo como parâmetro raça ou cor, nas cinco regiões, bem como no plano nacional, observa-se que a renda média no Brasil foi de R\$ 1.202,05; os indivíduos de cor amarela percebiam R\$ 1.572,08; de cor branca R\$ 1.535,94; parda R\$ 844,66; preta R\$ 833,21; e, indígena R\$ 734,88. A Região Nordeste tem o pior rendimento médio dos indivíduos com 10 anos ou mais de idade, com uma média de R\$ 805,54, assim distribuídos: branca R\$ 1.113,04, amarela R\$ 766,51, parda R\$ 673,99, preta R\$ 651,44, e indígena R\$ 648,30. Em âmbito estadual, o Ceará tem uma média de R\$ 770,72, o que lhe deixa na incômoda 25ª colocação, à frente somente do Piauí e Maranhão. O mais preocupante é que, quando se passa a analisar, no Estado do Ceará, o rendimento nominal médio mensal dos indivíduos de 10 ou mais anos de idade, tendo como parâmetro o rendimento por raça ou cor, o Ceará amarga a última colocação com a cor preta R\$ 569,14, e o penúltimo lugar, com a parda, R\$ 633,33.

Tabela 13: Valor do rendimento nominal médio mensal das pessoas de 10 anos ou mais de idade, com rendimento por cor ou raça – Brasil e Regiões – 2010

Brasil e Regiões	Total	RK	Branca	RK	Preta	RK	Amarela	RK	Parda	RK	Indígena	RK
Brasil	1.202,05	-	1.535,94	-	833,21	-	1.572,08	-	844,66	-	734,88	-
Norte	957,35	4	1.343,08	4	810,33	4	1.106,67	4	831,41	4	535,58	5
Nordeste	805,54	5	1.113,04	5	651,44	5	766,51	5	673,99	5	648,30	4
Sudeste	1.396,35	2	1.716,55	2	922,33	2	2.084,48	1	948,08	2	1105,01	1
Sul	1.282,27	3	1.380,88	3	883,32	3	1.730,71	2	861,95	3	754,90	2
Centro-Oeste	1.422,28	1	1.843,26	1	1.055,98	1	1.539,11	3	1.106,08	1	732,31	3

Fonte: IBGE. Censo Demográfico 2010.

A discriminação racial se manifesta de diversas. É interessante analisar a Declaração da Unesco sobre Raça e Preconceitos Raciais, de 1978, disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo – USP, qual apresenta diversos conceitos, dentre os quais destacamos o “art. 1º - §1º Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem. Nasceram iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade”.

2.1. O posicionamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) em relação ao racismo

Um das conquistas de maior expressão na história da humanidade reside na afirmação histórica dos Direitos Humanos, a qual está positivada tanto no plano interno do Ordenamento Jurídico de um determinado estado nacional, como no internacional, por meio de documentos como a Carta da Organização das Nações Unidas, também conhecida como Carta de São Francisco, assinada em 26 de junho de 1945, ou da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, conforme Ramos (2013, p. 11-12).

A internacionalização dos Direitos Humanos foi e é uma medida necessária e indispensável, para evitar o domínio de grupos minoritários pela maioria, como ocorrera em um passado não muito distante, nos regimes nazifascistas, cujas atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, despertaram o mundo para a necessidade de celebração de tratados internacionais de direitos humanos.

É nesse contexto de perplexidade da comunidade internacional do pós-guerra, que conforme Ramos (2013, p.12) “a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi editada, consagrando a dignidade humana como ‘limite’ do Estado e como ‘norte’ de sua política”.

A construção moderna dos direitos humanos, segundo Peces-Borba, (1987, p. 11) ocorre em três fases, sendo a primeira a positivação propriamente dita dos direitos humanos, no âmbito dos Estados nacionais. A segunda fase é a sua generalização como referência axiológica, e a terceira a sua internacionalização, a qual se desenvolveu

significativamente no final do século XX, conforme Bobbio (1992, p. 49), e deve ser considerada como uma referência positiva.

A internacionalização dos direitos humanos iniciou-se, de forma muito tímida, ainda no século XIX, conforme Ramos (2013b, p. 50-51), *i*) com normas de combate à escravidão e ao tráfico de escravos, cujo pano de fundo era a criação de mercados consumidores; *ii*) proteção ao estrangeiro, e em especial o fortalecimento da proteção diplomática; *iii*) disseminação de parâmetros éticos nos conflitos armados, visando a proteção dos não combatentes, assim considerados os civis, mulheres, crianças, idosos, os combatentes feridos e rendidos, inicialmente previsto na primeira Convenção de Genebra de 1884.

Assim, pode-se constatar um *modus operandi* de um incremento dos direitos humanos, após horrores e barbáries humanas. No Século XIX, após as atrocidades da Batalha de Soferino, Axelrud (2008, p. 58), desenvolveu-se a ideia de criação de um Direito Humanitário Internacional. Após a Segunda Guerra Mundial, os Estados Nacionais que se uniram contra o Eixo (Alemanha, Itália e Japão), promoveram a Carta de São Francisco, a qual tem o seguinte preâmbulo:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

Por mais paradoxal, a história humana moderna, até o presente, induz a considerar que para o desenvolvimento de normas e tratados de promoção humana,

houve a necessidade do precedente da barbárie e horrores, contribuindo para tirar a comunidade internacional da sua zona de conforto e letargia.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem reafirma a igualdade e liberdade entre os homens, sem qualquer distinção de raça, gênero, etnia, religião, etc., ou qualquer outra condição. Foi adotada e proclamada pela Resolução n. 217A, da III Assembleia Geral das Nações Unidas de 10.12.1948 e assinada pela República Federativa do Brasil na mesma data. Os trinta artigos que integram a Declaração Universal dos Direitos do Homem versam sobre diversas matérias inerentes a condição humana, como educação, saúde, participação política, moradia, trabalhista, previdenciários, somente para citar alguns. Mas o objeto desse trabalho é analisar as normas de combate ao racismo. Assim, vale destacar alguns artigos³, contudo desde já advertimos que não é uma tarefa fácil, eis que todas as normas da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de forma direta ou indireta, destinam-se ao enfrentamento do racismo.

Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade; Artigo II - Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição; Artigo IV - Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas; Artigo VII - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação; Artigo XVI - 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes; Artigo XVIII - Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular; Artigo XIX - Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras; Artigo XXI - 1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto; Artigo XXIII - 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

A título de esclarecimento, a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada com 48 votos, e oito abstenções, sendo portanto considerada aprovada por unanimidade, de acordo com Piosevan (1998, p. 33). Conforme se pode constatar, trata-se de normas éticas, a serem observadas por todos e pelos Estados nacionais para com os seus cidadãos. Conforme Araújo Neto (2011, p. 111-112) “É instrumento de conscientização dos Estados de que deve haver respeito e ‘temor’ ao direito internacional público, não apenas perante seus concidadãos, mas também diante dos estrangeiros”.

A igualdade entre os homens e a dignidade humana é um dos principais mandatos de otimização constante na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e se traduz em um importante instrumento de combate ao racismo. E em destaque, citamos o artigo VII, o qual proíbe qualquer forma de discriminação ou o seu incitamento. É também considerada um importante instrumento de proteção social, pois permite a sociedade internacional influenciar na organização interna de outras nações, Ramos (2013b, p. 52). O reconhecimento dos direitos humanos por parte dos estados nacionais não foi tarefa difícil, eis que os mesmos já haviam positivado em suas cartas nacionais, normas de proteção aos Direitos Humanos, e com a celebração de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, havia a possibilidade de influenciar e criticar outras sociedades.

Torna-se imperioso reconhecer que a simples previsão de normas de combate ao racismo na letra fria da lei, ou a positivação na constituição, por si só, não é suficiente o combate das formas de discriminação. Faz-se necessário a observância de um conjunto de condições, como a garantia de uma série de direitos fundamentais, um arcabouço jurídico, social e político, que possibilitem os cidadãos e as instituições exercer plenamente o poder, seja diretamente ou indiretamente. E a internacionalização dos direitos humanos é um importante, senão o maior, instrumento de garantia de efetividade.

Após a Segunda Guerra Mundial, o combate ao racismo e as demais formas de discriminação, passou a ser visto com bons olhos pela Comunidade Internacional. Podemos inclusive fazer um paralelo com os regimes que qualificam como democrático, conforme Siqueira e Diniz (2011, p. 9638), “à democracia atribui-se a concepção de um regime bom e eticamente superior”. Da mesma forma, observa Norberto Bobbio (2000, p. 375), que:

Hoje “democracia” é um termo que tem uma conotação fortemente positiva. Não há regime, mesmo o mais autocrático, que não goste de ser chamado de democrático. A julgar pelo modo através do qual hoje qualquer regime se auto define, poderíamos dizer que já não existe no mundo regimes não-democráticos.

Outra questão interessante a ser analisada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, por se tratar de um Tratado Internacional de Direitos Humanos multilateral, Ramos (2013c, p. 50), não se aplica o princípio da reciprocidade, pois se trata de um tratado multilateral de direitos humanos, a ser observado por todos os estados em face do indivíduo, independentemente de sua nacionalidade. Por essa razão das normas da Declaração Universal dos direitos do Homem assumem um regime objetivo, e estabelecem de igual forma, uma proteção objetiva na ordem internacional.

Esses mecanismos tem como finalidade, proteger o indivíduo do próprio Estado, da ditadura da maioria, pois sem essas garantias, as minorias poderiam ter os seus direitos suplantados pela maioria dominante. É que, embora as cartas políticas modernas prevejam normas de garantias às minorias, a internacionalização dos direitos humanos, implica em uma garantia adicional.

2.2 A Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965

Através do Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, foi Promulgada a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a qual fora adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965. O Brasil somente assinou o citado tratado internacional, alguns meses depois, em 07 de março de 1966, cujo cenário interno era marcado pela ditadura militar.

O Congresso Nacional aprovou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, através do Decreto Legislativo nº 23, de 21 de junho de 1967, e Brasil depositou o Instrumento de Ratificação em 27 de março de 1968, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas. Ocorre que por força do previsto no artigo 19, parágrafo primeiro, a Convenção somente passou a vigorar em 04 de janeiro de 1969, ou seja, trinta dias após o depósito de no mínimo vinte e sete nações.

Chama-se atenção para o preâmbulo⁴, do qual se pode analisar e compreender o período social, da década de sessenta, do qual podemos destacar: i) persistência de

Considerando que a Carta das Nações Unidas baseia-se em princípios de dignidade e igualdade inerentes a todos os seres humanos, e que todos os Estados Membros comprometeram-se a tomar medidas separadas e conjuntas, em cooperação com a Organização, para a consecução de um dos propósitos das Nações Unidas que é promover e encorajar o respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião.

Considerando que a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que todo homem tem todos os direitos

políticas colonialistas; ii) em razão da Guerra Fria, as nações capitalistas tinham por política externa, fechar os olhos para violações de direitos humanos, por receio da ameaça comunista; iii) manutenção de regimes de segregação racial, notadamente na África do Sul, que conforme Magnoli (2009, p. 62), “internacionalmente, o regime de

estabelecidos na mesma, sem distinção de qualquer espécie e principalmente de raça, cor ou origem nacional nacional,

Considerando todos os homens são iguais perante a lei e têm o direito à igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação,

Considerando que as Nações Unidas têm condenado o colonialismo e todas as práticas de segregação e discriminação a ele associados, em qualquer forma e onde quer que existam, e que a Declaração sobre a Conceção de Independência, a Partes e Povos Coloniais, de 14 de dezembro de 1960 (Resolução 1.514 (XV), da Assembléia Geral afirmou e proclamou solenemente a necessidade de levá-las a um fim rápido e incondicional,

Considerando que a Declaração das Nações Unidas sobre eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 20 de novembro de 1963, (Resolução 1.904 (XVIII) da Assembléia-Geral), afirma solenemente a necessidade de eliminar rapidamente a discriminação racial através do mundo em todas as suas formas e manifestações e de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade da pessoa humana,

Convencidos de que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, em que, não existe justificação para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum,

Reafirmando que a discriminação entre os homens por motivos de raça, cor ou origem étnica é um obstáculo a relações amistosas e pacíficas entre as nações e é capaz de perturbar a paz e a segurança entre povos e a harmonia de pessoas vivendo lado a lado até dentro de um mesmo Estado,

Convencidos que a existência de barreiras raciais repugna os ideais de qualquer sociedade humana,

Alarmados por manifestações de discriminação racial ainda em evidência em algumas áreas do mundo e por políticas governamentais baseadas em superioridade racial ou ódio, como as políticas de apartheid, segregação ou separação,

Resolvidos a adotar todas as medidas necessárias para eliminar rapidamente a discriminação racial em, todas as suas formas e manifestações, e a prevenir e combater doutrinas e práticas raciais com o objetivo de promover o entendimento entre as raças e construir uma comunidade internacional livre de todas as formas de separação racial e discriminação racial,

Levando em conta a Convenção sobre Discriminação nos Emprego e Ocupação adotada pela Organização internacional do Trabalho em 1958, e a Convenção contra discriminação no Ensino adotada pela Organização das Nações Unidas para Educação a Ciência em 1960,

Desejosos de completar os princípios estabelecidos na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial e assegurar o mais cedo possível a adoção de medidas práticas para esse fim,

minoria branca contava apenas com o ‘engajamento construtivo’ dos governos de Margaret Thaecher da Grã-Bretânia, e de Ronald Reagan, dos EUA, que enxergavam na África do Suluma bastião anticomunista na África austral”; iv) o ressurgimento, com força, de novas doutrinas pregando o nacionalismo exacerbado; e v) o avanço científico demonstrou a impossibilidade de divisão dos homens em raças, fato esse já amplamente recepcionado pela comunidade científica internacional na década de sessenta, segundo e Magnoli (2009, p. 16), “no último ano do século XX, os cientistas que sequenciaram o genoma humano declararam a morte da raça”.

A Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, é dividida em três partes, a primeira (do artigo I ao VII) destinada aos direitos e princípios norteadores, ou seja, às normas de cunho eminentemente material, e a segunda parte (artigo VIII ao XVI), às normas de cunho formal. E a parte final (artigo XVII ao XXV), contém as normas que regerão a Convenção propriamente dita, em face dos Estados Partes.

O artigo I, parágrafo I, a seguir transcrito, conceitua a discriminação racial, bem como esclarece que as ações e promoções afirmativas, as quais visem corrigir ou mitigar uma desigualdade histórica, decorrente de segregação fundada na raça, não devem ser consideradas como discriminação racial, cujo conceito convencional é:

Qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas 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.

O artigo II prevê o um rol de ações a serem adotadas pelos Estados Partes, com a finalidade de combater a discriminação racial, como a políticas públicas fundadas em abstenções e desencorajamento de discriminações raciais, promoção em âmbito nacional e local, para eliminação da discriminação. Produção ou revisão legislativa, com a finalidade de eliminar e coibir qualquer forma de discriminação fundada na anacrônica ciência das raças. Favorecimento às organizações e movimentos multi-culturais. Ressalte-se que todas essas medidas a ser adotadas pelos Estados Partes têm como objetivo a implementação da igualdade plena entre os cidadãos, sem qualquer distinção.

A política segregacionista e o *apartheid* devem ser repudiadas por todos os Estados Partes, e eliminadas se seu território, conforme expresso no artigo III, “os Estados Partes especialmente condenam a segregação racial e o *apartheid* e comprometem-se a proibir e a eliminar nos territórios sob sua jurisdição todas as práticas dessa natureza.”

O artigo IV da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial reitera os termos da Carta de São Francisco, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, quando prevê que todos os Estados Partes devem condenar toda e qualquer propaganda e organização, que tenha por inspiração a superioridade de uma raça, devendo adotar medidas e políticas públicas com urgência, visando a eliminar qualquer forma de discriminação fundada na raça. Os Estados Partes se comprometem ainda a:

- a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem técnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;
- b) a declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar a discriminação racial e que a encorajar e a declara delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades.
- c) a não permitir as autoridades públicas nem às instituições públicas nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.

A aplicação irrestrita do princípio da igualdade, recebeu especial tratamento da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, conforme se verifica no artigo V, nas mais diversas áreas: i) processos judiciais e administrativos; ii) garantia à integridade física, perante o estado como em face aos particulares; iii) direitos políticos e acesso igualitário aos cargos públicos; iv) direito de locomoção *lato sensu*; v) direito de nacionalidade; vi) direito de livre matrimônio; vii) direito de propriedade, inclusive em condomínio; viii) direito de herança; ix) direito de liberdade de expressão; x) direito de reunião e associação, desde que para fins pacíficos; xi) direitos econômicos; xii) direitos culturais; xiii) direitos sociais; xiv) direitos trabalhistas, igualdade de salário, o qual deve ser justo e satisfatório, proteção ao desemprego e associação sindical; xv) direito à moradia; xvi) direito a saúde e a previdência social; e, xvii) direito a educação e formação profissional.

No caso de violação desses direitos, a Convenção prevê (artigo VI), a garantia do indivíduo de acesso à justiça, inclusive com a previsão expressa do duplo grau de jurisdição, o que tem como objetivo a satisfação ou reparação justa e adequada por qualquer dano de que foi vítima em decorrência discriminação, fundada na raça. É interessante lembrar, que o duplo grau de jurisdição, apesar de constar no ordenamento jurídico pátrio interno, não é uma garantia constitucionalmente assegurada a todos. Assim, os indivíduos que tem foro privilegiado junto ao Supremo Tribunal Federal, não tem garantido o duplo grau de jurisdição. Contudo, em se tratando

de demanda fundada em discriminação racial, o duplo grau de jurisdição deverá ser observado e garantido, tendo em vista o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Conforme o artigo VII, os Estados Partes deverão adotar políticas imediatas e eficazes, nas áreas de ensino, educação, cultura e informação, com a finalidade de combater preconceitos que induzam à discriminação racial. Adicionalmente, essas políticas públicas deverão promover o entendimento, a tolerância e a amizade entre nações, grupos raciais e étnicos.

A segunda parte da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial é eminentemente formal ou instrumental, e se destina a expor a forma de implementação e fiscalização de sua aplicação pelos Estados Partes. A principal medida é a criação de um Comitê, formado por 18 peritos de reconhecida moral e imparcialidade, eleitos pelos Estados Partes, com mandato previamente definido.

Conforme o artigo IX, os Estados Partes deverão apresentar relatório anualmente ao Secretário Geral para exame do Comitê, sobre as medidas legislativas, judiciárias, administrativas ou outras que tomarem para tornarem efetivas as disposições da presente Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. O Comitê poderá solicitar informações complementares aos Estados Partes, e anualmente submeterá à Assembleia Geral, um relatório sobre suas atividades e podendo fazer sugestões e recomendações de ordem geral baseadas no exame dos relatórios e das informações recebidas dos Estados Partes.

Somente no ano de 2003, a República Federativa do Brasil reconheceu a competência do Comitê, através do Decreto 4.738/2003⁵, do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

2.3 Declaração sobre raça e preconceitos raciais adotada e proclamada pela Conferência Geral da UNESCO (1978)

Conforme o sítio da Unesco – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, na rede mundial de computadores, en.unesco.org, a entidade foi criada em 1945. Após duas guerras de proporções mundiais, em menos de uma geração, restou a convicção de que acordos de cunho meramente políticos e

econômicos não são suficientes para manutenção da paz duradoura. A paz deve ser estabelecida com base na solidariedade intelectual e moral da humanidade.

Assim, desde a sua criação, a Unesco tem envidado os esforços necessários para estabelecer *links* entre as nações, através da:

- A mobilização para a educação: para que cada criança, menino ou menina, tenha acesso a uma educação de qualidade, como um direito humano fundamental e como pré-requisito para o desenvolvimento humano.
- Construir a compreensão intercultural: através da proteção do patrimônio e apoio à diversidade cultural. UNESCO criou a ideia do Patrimônio Mundial para proteger os sítios de valor universal excepcional.
- Prosseguindo a cooperação científica: como os sistemas de alerta prévio para tsunamis ou acordos de gestão de águas transnacionais, para fortalecer os laços entre as nações e sociedades.
- Proteger a liberdade de expressão: uma condição essencial para a democracia, desenvolvimento e dignidade humana.

Hodiernamente, a Unesco tem como desiderato a criação e promoção de políticas públicas capazes de contemplar as diversas dimensões e nuances da sociedade contemporânea, sob o *prima social*, ambiental, e econômica, com enfoque no desenvolvimento sustentável. A seguir, transcrevemos os princípios fundadores e norteadores da Unesco, os quais foram retirados do sítio da organização na rede mundial de computadores:

- Em um mundo globalizado com as sociedades interligadas, o diálogo intercultural é vital se queremos viver juntos, embora reconhecendo a nossa diversidade.
- Em um mundo incerto, o futuro das nações depende não só do seu capital econômica ou recursos naturais, mas em sua capacidade coletiva para compreender e antecipar as mudanças no ambiente - por meio da educação, da investigação científica e da partilha de conhecimento.
- Em um mundo instável - marcado por movimentos democráticos incipientes, a emergência de novas potências econômicas e sociedades enfraquecidas por vários fatores de estresse - o tecido educativo, científico e cultural das sociedades - , juntamente com o respeito pelos direitos fundamentais - garante a sua resistência e estabilidade.
- Em um mundo conectado - com o surgimento da economia criativa e sociedades do conhecimento, juntamente com o domínio da Internet, a plena participação de todos no novo espaço público global é um pré-requisito para a paz e o desenvolvimento.

A Unesco se autodeclara como agência *intelectual* da Organização das Nações Unidas, pois uma de suas finalidades é a busca da paz e o do desenvolvimento sustentável, e tem a sua sede em Paris, França.

Após a Segunda Guerra Mundial, quando o mundo tomou conhecimento das barbáries dos regimes nazifascistas, notadamente o Holocausto e os seus campos de extermínio, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e dezoito meses após, conforme Magnoli (2009, p. 57), “em julho de 1950, a Unesco divulgou um declaração intitulada ‘A questão da raça’ ... a qual foi escrita sob o impacto brutal dos

campos da morte”. A seguir transcreve-se parte do preâmbulo do celebre documento de 1950⁶:

A importância que o problema da raça adquiriu no mundo moderno dificilmente precisa ser apontado. A humanidade não vai esquecer tão cedo as injustiças e os crimes que dão essas nuances trágicas para a palavra "raça". Era inevitável que a Unesco deveria tomar uma posição em uma polêmica tão intimamente ligada, não só com os seus objetivos, mas também com sua própria natureza. Pois, como a guerra, o problema da corrida o que afeta diretamente milhões de vidas humanas e causa inúmeros conflitos tem suas raízes "nas mentes dos homens." O preâmbulo da Constituição da Unesco, adotado em 1945, nomeia especificamente o racismo como um dos males sociais que a nova organização deve combater. Além disso, a Constituição declara que "a grande e terrível guerra que recém terminada foi uma guerra possível pela negação dos princípios democráticos da dignidade, igualdade e respeito mútuo dos homens, e pela propagação, em seu lugar, por ignorância e do preconceito, da doutrina da desigualdade entre homens e raças".

Magnoli (2009, p. 57) esclarece que a questão da raça foi um documento idealizado por cientistas, e teve como um de seus objetivos por um fim no racismo científico, que de científico não tem nada, pois alicerçado “essencialmente em atitudes culturais”.

Em 1978, a Unesco proclamou a Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais, retratando o momento histórico do final da década de setenta, ou seja: i) processo de descolonização, e conseqüentemente o surgimento de novas nações autônomas; ii) reconhecimento da comunidade científica da impossibilidade de divisão dos homens em raças; iii) reconhecimento da diversidade cultural, multiculturalismo; e iv) e que ainda havia colônias e regimes de segregação racial, como o apartheid na África do Sul. A seguir, transcreve-se alguns trechos do preâmbulo da Declaração sobre raça e os preconceitos raciais:

(...)

Consciente do processo de descolonização e de outras mudanças históricas que levaram a maioria dos povos outrora sob domínio estrangeiro a recuperar a sua soberania, tornando a comunidade internacional num conjunto simultaneamente universal e diversificado e criando novas oportunidades para a erradicação do flagelo do racismo e para por fim às suas odiosas manifestações em todos os aspectos da vida social e política, a nível nacional e internacional,

Convencida de que a unidade intrínseca da raça humana e, conseqüentemente, a igualdade fundamental de todos os seres humanos e de todos os povos, reconhecidas pelas mais elevadas expressões da filosofia, da moral e da religião, refletem um ideal para o qual convergem atualmente a ética e a ciência,

Convencida de que todos os povos e todos os grupos humanos, qualquer que seja a sua composição e origem étnica, contribuem de acordo com o seu próprio gênio para o progresso das civilizações e culturas que, na sua

pluralidade e em resultado da sua inter-penetração, constituem o patrimônio comum da Humanidade,

(...)

Tendo presentes as quatro declarações sobre a questão da raça adotadas por peritos reunidos pela UNESCO,

(...)

Constatando com a mais viva preocupação que o racismo, a discriminação racial, o colonialismo e o *apartheid* continuam a afligir o mundo sob formas em constante evolução, devido, tanto à manutenção de disposições legislativas e práticas governamentais e administrativas contrárias aos princípios de direitos humanos, como à subsistência de estruturas políticas e sociais, e de relações e atitudes, caracterizadas pela injustiça e pelo desprezo da pessoa humana e conducentes à exclusão, humilhação e exploração, ou à assimilação forçada, dos membros dos grupos desfavorecidos,

(...)

Analisando a Declaração de 1978, a qual é constituída por dez artigos, observa-se que a mesma é fundada em conceitos eminentemente científicos, construídos a partir de conhecimentos da biologia, sociologia, psicologia e antropologia, dentre outras áreas do conhecimento científico. É o que se constata com a análise dos seguintes dispositivos: i) art. 1º, § 1º, todos os seres humanos pertencem a mesma espécie, e tem uma origem comum; ii) art. 1º, § 4º, igualdade de desenvolvimento intelectual; iii) art. 1º, § 5º, a inexistência de hierarquia entre os povos ou nações; iv) art. 2º, § 1º, ausência de rigor científico, das teorias que defendem superioridade ou inferioridade de certos grupos raciais ou étnicos; v) art. 2º, § 2º, conceito sociológico de racismo; e, vi) art. 2º, § 3º, análise antropológica do preconceito racial.

A Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais apresenta a sociedade internacional, formalmente, alguns conceitos a serem observados e garantidos, como: i) art. 1º, §§ 2º e 3º, o multiculturalismo, bem como veda qualquer possibilidade de discriminação ou preconceito, fundado em diferenças culturais; ii) art. 3º, define algumas base para manutenção de uma ordem internacional justa, com respeito aos direitos humanos; e iii) art. 4º, § 1º, impossibilidade de restrição a realização pessoal e comunicação, fundada em motivações raciais ou étnicas, por ser contrária ao princípio da igualdade.

O artigo 4º, § 2º declara que o *apartheid* e o genocídio representam as mais graves violações do princípio da igualdade e dignidade social, pois colocam em risco a paz e a segurança internacional. É importante lembrar que em 1978, data da proclamação desta declaração, ainda estava em plena operação a política de segregação social na África do Sul, o *apartheid*.

A cultura e a educação foram reconhecidos como direitos inerentes à todos, sem distinções raciais ou étnicas, de forma a propiciar igualdade de oportunidades, conforme previsto no art. 5º, § 1º, e que aos Estados e a sociedade em geral incumbe a obrigação de observar e velar, pela igualdade de oportunidades, conforme o art. 5º, § 2º.

No art. 5º, § 3º, instrui os meios de comunicação social a promoverem a compreensão, a tolerância e a amizade entre os povos.

Ao Estado foi legada a responsabilidade pela garantia dos direitos fundamentais e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades, devendo adotar as medidas necessárias para sua promoção, implementação e fiscalização, no âmbito das funções estatais, executiva, judicial e legislativa. A plena aplicação do princípio da igualdade material foi prevista na Declaração, bem como a promoção, implementação e fiscalização de políticas de afirmação social.

2.4 Os desdobramentos da Conferência de Durban (2001) no que concerne ao Racismo

A Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa realizou-se na cidade de Durban, África do Sul, entre os dias 31 de Agosto e 8 de Setembro de 2001. Ocorreram vários precedentes que contribuíram para a realização da III Conferência Mundial contra o Racismo, Alves (2002, p. 201), dentre os quais se destaca: i) o fim do regime de segregação racial, apartheid, na África do Sul, o que ocorreu com a ajuda das sanções da ONU; ii) igualdade meramente formal entre as raças; iii) advento da globalização, o que desafiava o mundo a lidar com o racismo na era da informação; e iv) o racismo insidioso, no qual grandes parcelas da sociedade vivem em desigualdade social. Adicione-se ainda, o simbolismo da realização dessa conferência ter se realizado na África do Sul, que até bem pouco tempo abrigava o odioso regime de apartheid social. Alves (2002, p. 201) ainda destaca outros precedentes, como:

novos surtos violentos de discriminação, xenofobia e *outras formas contemporâneas correlatas de intolerância* que se vinham multiplicando mundo afora. Elas se consubstanciavam *inter alia* em agressões a imigrantes na Europa; no ressurgimento de doutrinas ‘supremacistas’ brancas nos Estados Unidos, inspiradoras de ‘milícias’ armadas; nas matanças intertribais da África, paroxísticas no caso de Ruanda; no recrudescimento de conflitos etno-religiosos asiáticos, com mortes e profanações de templos; na violência e vandalismo de *skinheads* e grupos neonazistas dos dois lados do Atlântico (até mesmo no Brasil, que é capaz de copiar todos os piores modismos do chamado Primeiro Mundo); no agravamento do micronacionalismo fascistóide traduzido em ‘limpezas étnicas’ e guerras civis cruentas. Ainda mais ominoso, tudo isso era acompanhado pelo fortalecimento eleitoral, nas democracias modelares, de partidos populistas de extrema direita, para os quais o ‘orgulho nacional’ do ‘homem médio do povo’, associado ao racismo, à xenofobia e ao anti-semitismo eram elementos demagógicos de plataformas programáticas.

O Brasil participou de forma ativa, seja através dos movimentos de promoção

do negro, seja através de seus órgãos institucionais. Quando da apresentação de seu relatório oficial à Conferência Mundial contra o Racismo, o Brasil, dentre outras medidas, se comprometeu especificadamente com a adoção de políticas públicas de promoção afirmativas, como bem destaca Piosevan (2005, p. 50):

a adoção de medidas afirmativas para a população afro-descendente nas áreas de educação e trabalho. O documento propôs a adoção de ações afirmativas para garantir o maior acesso de afro-descendentes às universidades públicas, bem como a utilização, em licitações públicas, de um critério de desempate que considere a presença de afro-descendentes, homossexuais e mulheres no quadro funcional das empresas concorrentes. A Conferência de Durban, em suas recomendações, pontualmente nos parágrafos 107 e 108, endossa a importância de os Estados adotarem ações afirmativas para aqueles que foram vítimas de discriminação racial, xenofobia e outras formas de intolerância correlatas.

Assim, pode-se concluir que o principal legado da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa realizada na cidade de Durban consistiu na necessidade de aplicação do princípio da igualdade, mas não apenas formalmente, mas através da equidade, ou seja, tratando desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Política de ações afirmativas e inclusão social, podem ser definidas, como o conjunto de medidas adotadas por um país, com um objetivo de erradicar ou mitigar desigualdades históricas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, ou seja, a justa oportunidade a que se refere Rawls, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. O referido conceito, tem por parâmetro no Brasil, o elaborado pelo Grupo de Trabalho Interministerial, criado pelo Decreto nº 20, de Novembro de 1995, pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso.

2.5 Tribunal penal internacional (Estatuto de Roma)

No presente tópico, analisa-se a responsabilização individual, no campo internacional. Antes de tecer comentários ao Tribunal Penal Internacional propriamente dito, é de bom alvitre abortar, estabelecer e diferenciar alguns conceitos. Primeiramente Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal são duas espécies de normas, Ramos (2013c, p. 285):

Por Direito Penal Internacional entendo o conjunto de normas internacionais (em geral, tratados) que regula penalmente condutas nocivas de impacto transfronteiriço, apelando para a cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Já o Direito Internacional Penal consiste no conjunto de normas internacionais (consuetudinárias e convencionais) que regula penalmente condutas que afetem valores essenciais para comunidade internacional, mesmo sem nenhum impacto transfronteiriço (genocídio em uma região interna ao Estado, por exemplo). Por isso, é possível denominar tais crimes de *crimes internacionais em sentido estrito* ou ainda de *crimes de 'jus cogens'*, uma vez que regulam crimes que afetam valores essenciais (*jus cogens*) e que interessam não a um Estado ou grupo de Estados, mas a toda a coletividade internacional.

Entre os crimes internacionais em sentido estrito (Direito Internacional Penal), podemos destacar o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, e os crimes de agressão, Ramos (2013, p. 285-286). Por sua vez, podemos exemplificar os seguintes crimes de Direito Penal Internacional: comercialização e tráfico de escravos, tráfico de seres humanos, tráfico de drogas, produção de moedas falsas, terrorismo, pirataria, e outros. Um traço característico do Direito Penal Internacional é a internacionalização das normas penais.

O Tribunal Penal Internacional, estabelecido pelo Estatuto de Roma, irá tratar dos crimes de Direito Internacional Penal, ou seja, os crimes internacionais em sentido estrito, visando com isso, a promoção dos direitos humanos.

Até o final a Segunda Guerra Mundial imperava na seara do Direito Internacional a irresponsabilidade dos governantes, conforme Lewandowski (2002, p. 188), e por essa razão, “muito pouco se fez, no plano internacional, por absoluta falta de meios legais e institucionais, para coibir genocídios, massacres, assassinatos, torturas, mutilações e outras ofensas graves aos direitos humanos praticados em grande escala”, pois àquela época reinava o entendimento de que os governantes eram irresponsáveis por seus atos juridicamente, pois se tratava de exercício da soberania estatal. O ponto inicial para mudança de paradigma foi a Primeira Guerra Mundial, Ramos (2013c, p. 290), pois no Tratado de Versailles restou expressamente previsto a possibilidade de criação de um Tribunal Especial, para julgar o Kaiser da Alemanha vencida. Em 1945, foi criado o Tribunal Penal Militar, o qual ficou conhecido como o Tribunal de Nuremberg, o qual julgou tanto *personalidades* nazistas como organizações como a SS e Gestapo.

Desde então, alguns Tribunais Penais Internacionais foram criados, mormente para julgar crimes de guerra. E sempre receberam críticas da comunidade internacional, por se tratarem de Tribunais de Exceção. Podemos citar o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, 1946, criado pelos EUA.

Contudo, a Guerra Fria impediu a implementação de novos Tribunais Penais Internacionais, Ramos (2013c, p. 291-292), e com o fim da tensão entre os blocos capitalista e socialistas, constatou-se um progresso no direito processual penal internacional, bem como os tribunais penais internacionais *ad hoc*, pelo Conselho de

Segurança das Nações Unidas, com a finalidade de julgar os crimes contra a humanidade, perpetrados na então Iugoslávia, e os crimes de genocídio em Ruanda.

O Tribunal Penal Internacional foi criado no ano de 1998, através da Conferência do Roma do mesmo ano, que não por acaso, comemorava-se os cinquenta anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem. E segundo Ramos (2013c, p. 293):

O texto do Estatuto foi adotado em Roma por 120 votos a favor, 7 votos contrários (Estados Unidos, China, Índia, Líbia, Iêmen, Israel e Catar) e 21 abstenções. Havia expectativa pessimista sobre a entrada em vigor do tratado, pois não cabia reservas (art. 120, impedindo exclusões ou modificações de dispositivos mais polêmicos) e exigiu-se número mínimo de 60 ratificações para tanto (art. 126). Em 2002, contudo, o número foi atingido e, atualmente, 122 Estados são partes do Tribunal Penal Internacional.

Assim, o Tribunal Penal Internacional tem i) natureza jurídica de tratado internacional, e personalidade jurídica internacional; ii) caráter permanente e independente no sistema das Nações Unidas; iii) a competência em razão da matéria refere-se aos crimes internacionais em sentido escrito (*jus cogens*), tais como genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão; iv) somente se aplica aos crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto (2002); e v) aplica-se o princípio da complementariedade ou subsidiariedade. Esclarece Japiassú (2004, p. 12), que o Tribunal Penal Internacional:

É composto por 128 artigos, divididos em XIII Capítulos ou Partes, os quais dispõem sobre a criação do Tribunal; competência, admissibilidade e direito aplicável; princípios gerais de direito penal; composição e administração do Tribunal; inquérito e procedimento criminal; julgamento; penas; recurso e revisão; cooperação internacional e auxílio judiciário; execução da pena; assembléia dos estados partes; financiamento e cláusulas finais.

O tribunal Penal Internacional foi adotado em âmbito interno pelo Decreto nº 4.388 de 2002, após ter sido aprovado pelo Congresso Nacional. Uma questão muito debatida, que será tratada no momento oportuno é com relação a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos em face da Constituição da República.

Analisando detida e sistematicamente o Tribunal Penal Internacional, Ramos (2013c, p. 309-310), conclui que o Estatuto que cria e regula o tribunal, insere-se no rol dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

3. ESTRUTURAS LEGAIS E INSTITUCIONAIS DE ENTRETAMENTO AO RACISMO

No presente capítulo analisaremos o ordenamento pátrio posto, bem como a estrutura institucional posta em funcionamento, principalmente no Estado do Ceará, destinada ao enfrentamento do racismo. A Constituição da República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, expressamente positivada no art. 1º, III, direito fundamental supremo, do qual se irradia diversos outros direitos e princípios, reconhecido como um valor constitucional. A Magna Carta de 1988 tem como objetivos fundamentais, previsto no seu art. 3º, I e IV, dentre outros, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ademais, o Poder Constituinte Originário, responsável pela Carta de 88, elencou uma série de princípios de observância obrigatória à República Federativa do Brasil, quando do trato de suas relações internacionais, art. 4º, dentre os quais destacamos a prevalência dos direitos humanos (inc. II) e o repúdio ao terrorismo e ao racismo (inc. VIII).

O art. 5º da CF/88 elenca o rol de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais destacamos o princípio da igualdade, o qual está positivado no *caput* do citado artigo, e assegura que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes*. É importante ressaltar que o princípio da igualdade é reconhecido como direito fundamental de primeira geração, deve ser interpretado como uma igualdade material e não meramente formal. A melhor interpretação do princípio da igualdade é de é necessário tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Em razão da sua importância, principalmente para o estudo em discussão, apresentamos uma análise mais aprofundada do princípio da igualdade.

A Constituição da República Federativa do Brasil está inserida em uma nova realidade jurídica, que os doutrinadores e estudiosos do direito conceituaram como neoconstitucionalismo. Ou seja, a constituição passou a ocupar papel central e determinante no Estado.

Até a Segunda Guerra Mundial, conforme as observações de SARMENTO (2009), prevalecia no continente europeu, “uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase que como a fonte exclusiva – do Direito, e não atribuía força normativa às

constituições”. As cartas constitucionais tinham conteúdo meramente programáticos, de orientação do parlamento, sem força normativa perante o Poder Judiciário. Pondera SILVA (2009), que:

O neoconstitucionalismo é mencionado pela doutrina jurídica em diversos sentidos. Assim, pode-se referir-se a uma nova concepção sobre o Estado de Direito, ou uma proposta de reformulação da teoria jurídica, uma ideologia ou filosofia política aplicada ao Direito ou, ainda, em sentido amplo, uma filosofia jurídica que estuda questões conceituais e metodológicas sobre a definição do Direito, o estatuto do conhecimento e a função do jurista.

O positivismo de KELSEN impunha ao direito o critério do tudo ou nada MALUF (2008, p. 499), suscitando críticas pois esse modelo distanciava o direito da realidade fática, da ética e da moral, o que para muitos, contribuiu de sobremaneira para o surgimento de regimes totalitários em pleno século XX, como o nazismo de Adolf Hitler, e a Itália fascista de Mussolini. Com propriedade explica SARMENTO (2009):

A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis.

É importante ressaltar, que o neoconstitucionalismo, para alguns pós positivismo, é um modelo que decorrente das transformações sociais e históricas, podendo ser analisado sob três aspectos MAIA (2009): primeiro, do fortalecimento do Estado de Direito determinado por uma forma de organização política, cuja transformação iniciou-se no final do século XIX, em razão do rompimento com a tradição liberal; segundo, uma teoria jurídica para explicar o modelo; e terceiro, uma filosofia política e ideológica para justificar a teoria jurídica.

Uma das principais características do neoconstitucionalismo é a prevalência dos direitos fundamentais, que passaram a ter sua normatividade e aplicação reconhecida, e em muitos casos até mesmo exacerbada. As normas constitucionais foram alçadas ao patamar de normas jurídicas, conforme BARROSO (2009b). Assim, como forma de reconhecer e garantir os direitos individuais, os direitos fundamentais, ocorreu uma majoração do Poder Judiciário. Conforme OLIVEIRA (2009) uma das preocupações com o neoconstitucionalismo é o desequilíbrio entre o poder judiciário e o poder legislativo, considerando a hipertrofia daquela função. Para Sarmento (2009) “O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz”.

Uma característica da norma constitucional é a prevalência das determinadas cláusulas gerais e abertas, notadamente os princípios, pois segundo BARROSO (2009b):

Conceitos jurídicos indeterminados contêm (*sic*) termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem o início de significação

a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa-fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma.

BARROSO (2009b) ainda explica, que como consequência da hipertrofia do Poder Judiciário, há uma expansão da jurisdição constitucional, e como desdobramento desse processo de Constitucionalização do Direito, ocorre a “irradiação dos valores abrigados nos princípios em regras da Constituição, por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis”.

Pode-se observar no neoconstitucionalismo, ainda em decorrência da hipertrofia do poder judiciário sobre o poder legislativo, a judicialização do diálogo democrático, por uma esfera de poder sem legitimidade decorrente do sufrágio, como são os juízes, pelo menos aparentemente. É necessário ressaltar, contudo, que para alguns doutrinadores, é equivocada a alegação de que juízes e tribunais não teriam legitimidade, para adotar uma postura hermenêutica ativista, quando da interpretação das normas constitucionais. E o principal fundamento é de que os membros do Poder Judiciário ocupam seus cargos, conforme as regras democráticas positivadas na carta constitucional, a qual decorre do diálogo democrático, da soberania da nação. Segundo SARMENTO (2009):

Essa obsessão pelo poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. O juiz é concebido como guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, o que expõe o neoconstitucionalismo a várias críticas (...) como a que seria elitista e refratário ao auto governo popular.

O neoconstitucionalismo é uma realidade nos Estados Democráticos de Direito ocidentais, dentre os quais o Brasil está incluído. Trata-se de um fenômeno não só jurídico, mas social, em constante evolução.

3.1 O racismo na perspectiva da Constituição Federal de 1988, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade

A democracia moderna surgiu praticamente ao mesmo tempo na América do Norte (Revolução Americana) e na França (Revolução Francesa), e foi a solução política encontrada pela burguesia, para por termo final aos privilégios do clero e da nobreza, conforme expõe Comparato (2008, p. 51), ressaltando que a ideia inicial da nova ordem democrática não foi a defesa da população miserável, mas a manutenção do *status quo* da nova classe burguesa, em face de um regime autoritário de privilégios estamentais e de governos perdulários e irresponsáveis

Assim, os direitos fundamentais do indivíduo, surgiram como consequência do desenvolvimento do capitalismo, pois para por fim a insegurança jurídica e social do regime absolutista, foi necessário a fundação do Estado de Direito, e a elaboração de uma constituição, conforme Canotilho (2007, p. 95):

A ideia do Estado de direito no constitucionalismo francês assentou – e ao menos em termos teóricos –, na construção de um **État Légal** concebido como uma *ordem jurídica hierárquica*. No vértice da pirâmide hierárquica situava-se a *Déclaration* de 26 de Agosto de 1789 consagrando os “*droits naturels et sacrés de l’homme*”. Esta *Déclaration* era, simultaneamente, uma “supraconstituição” e uma pré-constituição”: supra-constituição porque estabelecia uma disciplina vinculativa para a própria constituição (1791); pré-constituição porque, cronologicamente, precedeu mesmo a primeira lei superior.

Consequentemente, Bonavides (2007, p. 41), os Estados Liberais formados após a Revolução Francesa e a Revolução da Independência Americana, tem alicerce na constituição, e são classificados como estado constitucional de separação das funções em legislativo, judiciário, e executivo.

O homem fora inserido no centro das discussões, com a Revolução Francesa, e fora instituída a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, constituída de dezessete artigos, segundo a qual a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos. Fora reconhecido a existência de Direitos naturais, inalienáveis e sagrados inerentes a pessoa humana, devendo os mesmos serem respeitados por todos que compõe a sociedade. O novo regime, Estado de Direito, deveria observar, respeitar e garantir os direitos individuais de cada um. Iniciou-se os Estados Liberais, onde ***os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum***⁷.

Fora reconhecido a todos, inclusive em face ao Estado, a existência de Direitos Naturais imprescritíveis da pessoa humana, dentre os quais se destacam: a liberdade, a propriedade, a segurança, igualdade (meramente formal), e participação política (embora censitária). A doutrina classifica como Direitos Humanos Fundamentais de primeira geração.

Esses Estados liberais que se formaram após a Revolução Francesa, tinham como premissa básica a igualdade formal entre os indivíduos, pouco importando a classe social a que pertenciam, pois não era posto em prática o conceito de equidade. Segundo os ensinamentos de Cappelletti (1998, p. 09), “a justiça como todos os outros

bens, no sistema do 'laissez-faire', só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar os seus custos”. Havia uma igualdade meramente formal, a qual não se traduzia em efetividade.

Outra característica importante dos Estados Liberais é a quase ou nenhuma interferência do Estado na vida econômica. Imperava uma falta de regulamentação estatal, reclamada e exigida pelos capitalistas, que foi imortalizada na expressão francesa: *laissez faire, laissez aller, laissez passer*. Essa falta de intervenção do estado levou a sociedade ao colapso e a conhecer as contradições do capitalismo.

O período constitucional iniciado nos estados que adotaram o liberalismo econômico, após a Revolução Francesa, produziu um ambiente relativamente seguro, do ponto de vista social e jurídico. Foi nesse ambiente de segurança institucional, que o capitalismo se desenvolveu. Esse cenário caminhou a passos largos e desemborcou na Revolução Industrial, a qual se caracterizou, sob o ponto de vista social, pela exploração sem controle da atividade laboral do ser humano. A era da exploração do homem pelo homem.

Constatou-se que a igualdade meramente formal, não se prestava a igualar os desiguais, conforme Dray (1999, p. 15), a igualdade formal:

o princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, sem sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis (...)

Podemos concluir que a igualdade formal limita-se a igualar os indivíduos em face da lei, a proibir a discriminação. Havia a necessidade da aplicação de uma igualdade material, a qual permite a discriminação, sempre que se fizer necessário, para igualar as condições dos indivíduos, e proporcionar igualdade de oportunidades, que para Gomes (2001, p. 131), trata-se de uma noção necessária a justificar diversas interpretações constitucionais, alicerçadas na necessidade de extinção ou flexibilização de desigualdades econômicas e sociais, com a finalidade de promover a justiça social.

Por sua vez, o princípio da dignidade da pessoa humana é umas das ideias inerentes ao homem, que remonta a Grécia Antiga e ao Cristianismo. Trata-se de uma verdadeira fonte de direito, do qual se irradia toda a justiça. O homem deixa de ser objeto, e passa a assumir o papel de sujeito de direito. Conforme Silva (2009, p. 204) “princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta, não mais apenas no aspecto transcendental, mas como elemento integrador da ordem jurídica, assumindo funções extremamente relevantes no trabalho dos juristas, sejam eles: legislador, juiz e todos os hermeneutas do direito”.

A dignidade da pessoa humana é um princípio que transcende a vontade individual, e deve ser analisado em um contexto geral, coletivamente, conforme Comparato (1999, p. 73):

A dignidade transcendente é um atributo essencial do homem enquanto pessoa, isto é, do homem em sua essência, independentemente de suas qualificações específicas de sexo, raça, religião, nacionalidade, posição social, ou qualquer outra. Daí decorre a lei universal de comportamento humano, em todos os tempos, denominada por Kant de imperativo categórico: 'age de modo a tratar a humanidade, não só em tua pessoa, mas na de todos os outros homens, como fim, e jamais como um meio'.

Constata-se que conceituar a dignidade da pessoa humana não é uma tarefa fácil, tendo em vista o alto grau de abstração do tema, bem como a possibilidade de transmutação do conceito, de pessoa para pessoa, de uma região para outra, e culturas diferentes. Assim, destacamos o conceito de Morais (2002, p. 128):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Um traço marcante do princípio da dignidade da pessoa humana é que o indivíduo não pode renunciá-la, e se submeter a condições degradantes. Um bom exemplo para demonstrar esse caráter coletivo, é o jogo, para muitos esporte, comum na Europa, denominado arremesso de anões. Ganhava o jogo quem arremessa o anão mais longe, e na França essa forma de diversão era muito popular, desta a idade média, até que fora questionando se submeter o anão a tamanha humilhação, feriria ou não a sua dignidade enquanto pessoa.

A grande questão do exemplo, é que o próprio anão recorreu quando o jogo foi proibido, pois o mesmo vivia daquele trabalho. Contudo foi reconhecido que tal jogo era demasiadamente degradante, e dignidade da pessoa humana é um conceito coletivo, que deve ser analisado, também social.

3.1.1 Arbitramento de fiança nos crimes de racismo

O texto constitucional de 1988 prevê que a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, no art. 5º, inc. LXII. Prevê ainda no inc. LXI, que a lei infraconstitucional deverá punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

É importante ressaltar o inciso LXVII, do art. 5º, da CF/88 foi regulamentado pela Lei nº 7.716 de 1989, a qual define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da imprescritibilidade do crime de racismo, quando do julgamento do HC 82.424, do Rio Grande do Sul, o qual foi relatado pelo Ministro MOREIRA ALVES, e publicado no DJ 19-03-2004. Tendo em vista a relevância do julgado, analisaremos alguns trechos da emenda.

No *leading case* em comento, o STF reconheceu a constitucionalidade e a aplicabilidade das cláusulas de imprescritibilidade e inafiançabilidade aos crimes racismo, previstas no art. 5º, LXII, da CF, senão vejamos: “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)”. E complementa o Pretório Excelso, apresentando as justificativas e a fundamentação pela qual o Poder Constituinte Originário impingiu os crimes de ódio com as cláusulas de imprescritibilidade, “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 perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática”. E ao final complementa “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”.

Referente à inafiançabilidade dos crimes de racismo, é importante ressaltar é possível a concessão pela autoridade judicial, de liberdade provisória vinculada sem fiança. À norma constitucional proíbe a autoridade policial ou judicial, a concessão de liberdade provisória com fiança. O Código de Processo Penal prevê também a impossibilidade de concessão de fiança aos crimes de racismo, conforme o art. 323, inc. I.

3.1.2 Liberdade de Expressão

Outra matéria até então tida como controversa, liberdade expressão *versus* crime de racismo, foi enfrentada pelo o Supremo Tribunal Federal quando julgamento HC 82.424-RS. O direito a liberdade de expressão impõe ao Estado uma conduta negativa, de não interferência na seara privada do indivíduo. É considerado um direito fundamental de primeira geração, e está consagrado e positivado na Constituição

Federal, em diversos dispositivos, dentre os quais destacamos o art. 5º, incisos IV, VIII e IX, e art. 220, § 2º, todos da CF/88. Para (RIVERO e MOUTOUH, 2006, p. 8), liberdade *é uma palavra perigosa*, e a define como *um poder de autodeterminação, em virtude do qual o próprio homem escolhe os seus comportamentos pessoais*. Lopes (2001, p. 63) define os direitos fundamentais de primeira geração, como *direitos que protegem o indivíduo contra o arbítrio ou abuso do Estado*.

Hodiernamente é pacífico e reconhecido o poder normativo das constituições, que são normas jurídicas com imperatividade, Barcellos (2006, p. 31), portanto os direitos e garantias constitucionais não são meros comandos orientadores da atividade legislativa, como outrora se pregava.

A liberdade de expressão é inerente a própria natureza humana, e está inserido dentro das liberdades individuais, que para Morange (2004, p. 139) pode ser analisada de várias formas, *pois o homem é, ao mesmo tempo, corpo e espírito*, e complementa que ao corpo *corresponde a liberdade física do indivíduo, liberdade de gozar de uma certa independência material*, e ao espírito corresponde a liberdade intelectual. Conforme Lopes (2001, p. 37), os direitos fundamentais tem cinco características, a saber:

- a) função dignificadora: os direitos fundamentais têm como principal objetivo resguardar a dignidade humana, não apenas defendendo a esfera individual do homem perante possíveis interferências do poder público, mas, também, exigindo deste a realização de determinadas atividades que promovam o desenvolvimento integral daquele como ser social, e exigindo dos terceiros o respeito a todos esses direitos;
- b) natureza principiológica: os direitos fundamentais são princípios jurídicos na medida em que são normas de otimização que permitem a solução de um caso da melhor maneira possível;
- c) elementos legitimadores: os direitos fundamentais ‘fundamentam’ o sistema jurídico, por constituírem o principal critério de legitimação do ordenamento constitucional e, até, do próprio Estado;
- d) normas constitucionais: os direitos constitucionais são normas jurídicas positivas, isto é, encontram-se positivados em um ordenamento jurídico específico, não sendo suficiente *qualquer* positivação, mas uma dimensão fundamental, isto é, constitucional, em virtude da matéria regulada;
- e) historicidade: os direitos fundamentais são históricos não apenas por serem normas criadas pela sociedade que regulam, mas por refletirem a concepção de dignidade humana que essa sociedade possui. Com isso, rejeita-se a posição jusnaturalista que os qualifica como direitos absolutos, imutáveis e universais.

Assim, não restam dúvidas que o direito à liberdade de expressão é um direito fundamental, pois positivado na Constituição Federal de 1988, art. 5º, incisos IV, VIII e IX, tendo eficácia plena e aplicação imediata, em face do disposto no citado artigo

constitucional, § 1º, (BRASIL, 1988) que assim dispõe, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

É importante estabelecer a diferenciação entre regras e princípios. Sintetizando os ensinamentos de Canotilho (2007, p. 1124), princípios são normas que podem ser caracterizadas como abstratas, vagas e indeterminadas, requerendo intervenção externa para sua concretização, ao passo que regras são normas de um grau reduzido de abstração, de iminente aplicação em face de sua maior precisão. Para Dworkin (2007, p. 36), o princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Segundo Alexy (2008, p. 85) princípios seriam mandatos de otimização, determinando que algo seja feito na medida do possível, enquanto que as regras seguem o tudo ou nada, ou são ou não cumpridas. Via de regra, a interpretação das regras se faz através da subsunção, e os princípios da ponderação.

Em face dos inúmeros direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, versando sobre as mais diversas matérias, é comum nos depararmos com conflitos ou colisões de direitos fundamentais, que para Gilmar Ferreira Mendes (2003, p. 185), ocorre “entre direitos individuais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares”. E não poderia ser diferente, Pereira (2006, p. 222), pois a Constituição de 1988 fora produto de um contexto de intensas disputas políticas, na qual há compromissos de formar um estado social democrático e ao mesmo tempo um estado liberal. Adverte Pereira (2006, p. 221), que:

A própria identificação de conflitos entre normas constitucionais depende fundamentalmente da forma como estas são concebidas. No caso específico dos direitos fundamentais, entendê-los como princípios e interpretá-los de forma ampliativa implica uma tendência a vislumbrar conflitos, admitir a sua restringibilidade e reconhecer a necessidade de sopesá-los. Compreendê-los como regras, diversamente, induzirá a uma leitura mais restritiva de seu conteúdo e favorecerá o emprego da tese da categorização.

Para que ocorra uma colisão, é necessário que um direito fundamental afete o âmbito de proteção de outro direito fundamental (MENDES, 2003, p. 185), razão pela qual se faz necessário delimitar o âmbito de proteção de cada direito fundamental, com a finalidade de constatar, se há realmente uma colisão de direitos fundamentais, ou apenas um aparente conflito.

É importante considerar que “conflitos de direitos fundamentais são espécies de *antinomias normativas*”, Pereira (2006, p. 223), a qual define antinomias como:

Contradições entre normas que ocorrem quando estas atribuem consequências divergentes para uma mesma situação de fato, ou seja, quando, diante de um mesmo suposto fático, encontramos no ordenamento comandos em sentido opostos que não podem ser efetivados ao mesmo tempo.

Assim, sendo direitos fundamentais princípios, denomina-se colisão. Gilmar Ferreira Mendes (2003, p. 184-185) classifica os tipos de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo e estrito: *as colisões em sentido estrito referem-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais*, por sua vez, as colisões em sentido amplo *envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade*.

Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 229-230) *apud* Robert Alexy, esclarece que “colisões de direito em sentido estrito são aquelas que surgem sempre que o exercício ou a realização de um direito fundamental de um dado titular, produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outro titular”. E ressalta mais uma característica da colisão em sentido estrito, que se trate direitos fundamentais diversos ou idênticos.

Tanto Mendes (2003, p. 184-185) como Pereira (2006, p. 230-232) classificam de forma semelhante a colisão em sentido estrito, referente a direitos fundamentais idênticos, os quais se apresentam de quatro maneiras, que conforme Mendes (2003, p. 184-185):

a) colisão de direito fundamental enquanto direito liberal de defesa: *v. g.*, a decisão de dois grupos adversos de realizar um demonstração na mesma praça pública;

b) colisão de direito de defesa de caráter liberal e direito de proteção: como por exemplo, mencione-se a decisão de atirar no sequestrador para proteger a vida do refém ou da vítima.

Ressalte-se que, nessa hipótese, a colisão entre a vida do sequestrador e da vida revela apenas uma parte de um problema mais complexo (colisão complexa). A colisão poderia ser solvida com a aceitação das condições impostas pelo sequestrador. Não se pode, porém, desconsiderar um terceiro elemento da colisão, que é o dever de proteção em face da comunidade. Daí decorre o dever de atuar para evitar novos atos de violência;

c) colisão de caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito: é o que se verifica com a liberdade religiosa, que tanto pressupõe a prática de uma religião, como direito de não desenvolver ou não participar de qualquer prática religiosa. Aqui cabe perguntar, por exemplo, se o Estado pode impor que se coloquem crucifixos nas salas de aula;

d) colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático: tem-se aqui um debate que é comum ao direito de igualdade. Se o legislador prevê a concessão de auxílio aos hipossuficientes, indaga-se sobre a dimensão fática ou jurídica do princípio da igualdade.

É possível também, a ocorrência de colisões em sentido estrito com direitos fundamentais diferentes, Pereira (2006, p. 232), “um exemplo dessa modalidade de colisão é encontrado no debate sobre a legitimidade constitucional do aborto, no qual se consideram estar em conflito o direito à vida do nascituro e o direito à autonomia da gestante”.

Gilmar Mendes (2003, p. 184) explica que as colisões em sentido amplo “envolvem direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes”. Por sua vez, Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 232) define colisão em sentido amplo como “aquelas nas quais entram em choque, de um lado, direitos fundamentais, e, de outro, bens e valores de interesse coletivo ou público”.

Ao lado da ponderação de bens e da razoabilidade, a proporcionalidade é um dos métodos utilizados para a solução de direitos fundamentais. Parte da doutrina acredita que a proporcionalidade é um princípio. Sabe-se que os institutos utilizados para proteção dos direitos fundamentais é uma garantia, razão pela qual acreditamos que ser mais adequado tratar a proporcionalidade como uma garantia, que é aplicada quando ocorre uma ameaça à eficácia vertical dos direitos humanos, ou seja, quando o judiciário, o legislativo, ou o executivo atinge um direito fundamental.

Segundo Guerra Filho (2007, p. 77), é necessário reconhecer e empregar a proporcionalidade para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, ressaltando que também é conhecida como *mandamento da proibição do excesso*. Guerra Filho (2007, p.78-81) reconhece a proporcionalidade como uma garantia fundamental, eis que destinada a preservar direitos fundamentais, razão pela qual, apesar de não está expressa na Constituição Federal de 1988, a proporcionalidade “coincide com a essência e a destinação mesma de uma Constituição que, tal como hoje se concebe, pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático”, Guerra Filho (2007, p. 78). O constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho (2007, p. 263), sobre o tema, arremata:

o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é, hoje, assumido como um *princípio de controlo* exercido pelo tribunais quanto à adequação dos meios administrativos (sobretudo coativos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito.

Para constatação da proporcionalidade de um ato do legislativo, do judiciário ou do executivo, há a necessidade de satisfação concomitante de três etapas, que Guerra Filho (2007, p. 88) classifica como subprincípios da proporcionalidade, a saber: a adequação, a exigibilidade (indispensabilidade) e a proporcionalidade em sentido estrito.

A primeira é a adequação, na qual deve-se verificar a idoneidade do ato, se o mesmo é a forma mais adequada, Guerra Filho (2007, p. 89), “dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido”. Barros (1996, p. 74) explica que a “adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional”. Canotilho (2007, p. 264) explica que o subprincípio da constitutivo da adequação ou conformidade “impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”.

Satisfeita a primeira etapa, passa-se à segunda, que é a necessidade, na qual deve-se analisar se o ato realmente é indispensável (necessário), e se não há outra forma menos onerosa para sua realização, “o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais”, Guerra Filho (2007, p. 89). Arremata Barros (1996, p. 78), “o juiz há de indicar qual o meio mais idôneo e por objetivamente produziria menos consequências gravosas, entre os vários meios adequados ao fim colimado”. A seguir citamos as considerações de Canotilho (2007, p. 264):

O princípio da exigibilidade, também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menor oneroso para o cidadão.

Constatado o cumprimento dos passos anteriores, o terceiro é a proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual os benefícios devem ser superiores aos malefícios. É importante ressaltar que na terceira etapa (proporcionalidade em sentido estrito), ocorre a ponderação. Para Guerra Filho (2007, p. 88-89):

O ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o “conteúdo essencial” (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

Sobre a proporcionalidade em sentido estrito, Barros (1996, p. 80) esclarece que o mesmo complementa “os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A ideia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada”. Acrescenta Canotilho (2007, p. 265), que “quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coativa do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à

carga coactiva da mesma”, esclarecendo que esse subprincípio constitutivo do princípio da proporcionalidade é também conhecido como princípio da justa medida. E arremata, explicando que “meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com um objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.

A proporcionalidade visa garantir a eficácia vertical dos direitos fundamentais, e tem como campo de aplicação, conforme a lição de Canotilho (2007, p. 266), no combate a restrição de direitos, liberdades e garantias por atos do poder público, no conflito de bens jurídicos de qualquer espécie, e “vincula o legislador, a administração e a jurisdição”.

Retornando ao caso concreto em análise (HC 82.424-RS), o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

(...) 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 (...)

Conforme pode-se evidenciar da análise do julgado acima, prevaleceu o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica, em relação ao direito fundamental de liberdade de expressão, a qual não é absoluta. Por certo essa deverá ser o entendimento a ser adotados nos casos de crime de ódio, em decorrência de raça ou cor.

3.2 Norma regulamentadora do art. 5º, LXII, CF/88 (Lei 7.716/89)

Alguns meses após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, passou a vigorar a Lei 7.716, de janeiro de 1989, a qual define crimes de preconceito de raça ou de cor. Essa norma regulamenta o art. 5º, XLII, da CF/88, concedendo-lhe efetividade plena. É interessante analisar o art. 1º, da citada norma regulamentadora, o qual tem a seguinte redação: *serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*. Para fins de aplicação do direito penal e processual penal, conjugando conceito antropológicos e biológicos, é necessário definir: discriminação, preconceito, raça, cor, etnia, religião, e procedência nacional.

É importante ressaltar que não é propósito do presente, analisar individualmente cada um dos crimes previstos na Lei 7.716 de 1989. Na pesquisa de documental desenvolvida, procurou-se identificar os crimes raciais contra afro-brasileiros, no Estrado do Ceará, nos últimos dez anos. Ressaltamos, no entanto, que a citada norma de combate ao racismo e preconceito, prevê a possibilidade do uso de algumas medidas cautelares, positivadas no art. 20, § 3º, as quais contribuem de sobremaneira para um efetivo combate ao racismo, razão pela qual, também foram objeto da pesquisa documental, ao lado dos efeitos da condenação.

3.2.1 Raça, Racismo e Etnia

O conceito de raça necessita de uma análise mais aprofundada. Como pondera Guimarães (2003, p. 95), é necessário analisar o conceito segundo um contexto histórico e social, tendo em vista que são poucos os conceitos que se apliquem em lugares e épocas distintas. E por essa razão o conceito de raça é variável, conforme o local e a época. Assim, inicialmente é possível estudar o conceito de raça a partir de uma análise analítica, decorrente uma teoria específica, bem como sob o prisma de conceitos nativos, os quais decorrem do senso comum. E por isso, Guimarães (2003, p. 95), raça pode ter um conceito científico como sociológico. Decorre da ciências, notadamente a biologia e a antropologia física, a ideia de que a espécie humana poderia ser dividida em sub raças, à exemplo do que ocorre com o mundo animal, segundo Guimarães (2003, p. 95), “e tal divisão estaria associada ao desenvolvimento diferencial dos valores morais, de dotes psíquicos e intelectuais entre os seres humanos”. E foi justamente essa teoria de estratificação da espécie humana, que deu origem ao racismo, e desemborcou em genocídios e holocaustos. E após a segunda grande guerra mundial, cresceu o sentimento para por fim a ideia de raça, em um esforço conjunto da antropologia, biologia e sociólogos.

Há um consenso científico, eis que provado cientificamente, que a genética dos seres humanos não permitem subdividi-los em raças, tratando-se de tema anacrônico e

ultrapassado a ciência das raças humanas, que segundo Magnoli (2009, p. 15), “a ‘ciência das raças’ nasceu no século XVIII, junto com a Revolução Francesa e consolidação do conceito de cidadania, e se desdobrou na forma de depravações extremadas até a Segunda Guerra Mundial”.

Assim, partindo da premissa de que não é possível respaldar na ciência, a divisão dos seres humanos em raças, sob o ponto de vista genético as raças são na realidade uma construção social, e como tal devem ser estudadas, pelas ciências sociais, pois são frutos de um discurso. Assim, para a sociologia, raça é Guimarães (2003, p. 96): “são discursos sobre as origens de um grupo, que usam termos que remetem à transmissão de traços fisionômicos, qualidades morais e intelectuais; só nesse campo a ideia de raça faz sentido”. Ressaltando que há outras possibilidades de discursos, como por exemplo o de lugar, que está intrinsecamente ligado a ideia de etnia.

Corroborando com a acima exposto, é importante destacar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, sobre raça, quando do julgamento do HC 82.424, do Rio Grande do Sul, que enfrentando a matéria, dessa forma restou redigida a ementa:

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.

O conceito de cor decorre de um discurso classificatório tendo por premissa as cores, como por exemplo branco, preto, amarelo, vermelho, e segundo Guimarães (2003, p. 98) trata-se do discurso mais comum, decorrente do conhecimento senso comum, com forte caráter habitual.

Para a ciência, a cor da pele decorre de uma maior ou menor concentração de pigmentação, chamada de melanina, com ocorrência observada em vários seres vivos. As variações de cores são muito importantes para adaptação dos organismos aos diversos ambientes da natureza, bem como trata de uma importante camuflagem. Para Walters (2008, p. 61):

HUMAN SKIN COLOR

Pigmentation is a widely occurring phenomenon in nature and plays important roles in the appearance and biology of all living organisms. For example, being endowed with certain color pigments affords environmental advantages to the organism, such as camouflage, visual communication, prey

avoidance, reproductive success, or thermal regulation. In humans, skin pigmentation is the most dramatic visual difference in skin characteristics among different populations and has also evolved as a metaphor for race (1). Human skin color can range from almost black among some Africans to pinkish white among some Northern Europeans. This continuum in skin color is a blend resulting from the various skin chromophores: oxyhemoglobin in the superficial dermal capillaries (red), deoxygenated hemoglobin in the dermal venules (blue), dietary carotenoids (yellow-orange), bilirubin by-product of old red blood cells (yellow), and most importantly, melanin (black/brown). In addition, the surface microtexture and sebum in the skin affect the reflective properties of skin and thus impact the total overall perceived skin color.

Por essa razão, muitos doutrinadores criticam a redação da Lei 7.716/89, sob o argumento que o “cor”, Nucci (2008, p. 269), quando ligado ao homem, implicaria em homem de cor. Talvez o mais politicamente correto fosse o legislador optar pelo tom da pela. Contudo, para fins de aplicação da lei penal, conforme Tejo (1998, p. 65), “preconceito de raça ou de cor diz respeito a discriminação de indivíduos que apresentam caracteres somáticos semelhantes”.

A etnia não estava prevista expressamente no texto original da Lei 7.716/1989. Foi inserido no texto legal, por força da Lei 9.459/1997, assim como os termos “religião” e “procedência nacional”. Para Guimarães (2003, p. 96), etnia está ligada aos discursos de lugares. Para os fins da Lei 7.716 de 1989, Santos (2001, p. 50) etnia “pode ser entendida como comunidade unida por alguns laços de identidade biológica, linguística, cultural e de costumes, não necessariamente concentrada numa mesma localidade, nem possuindo a mesma nacionalidade”.

3.2.2 Injúria racial

O crime de injúria racial está previsto no Código Penal, no art. 140, § 3º. O referido tipo penal também é conhecido como injúria preconceituosa. O legislador brasileiro teve como objetivo proteger e defender a honra subjetiva do indivíduo, atacada por expressões de cunho racista. Ressaltamos que se trata de crime suscetível de prescrição e afiançável. Havia uma corrente doutrinária que defendia tratar-se de uma norma inconstitucional, porque, segundo os apoiadores dessa corrente, o art. 140, § 3º, do CP, ofenderia o princípio da proporcionalidade, pois a sanção cominada em caso de violação, detenção de três meses a um ano, além da multa, destoaria no parágrafo anterior, onde há previsão de vias de fato, e a sanção máxima não exorbitaria um ano de detenção. O Supremo Tribunal Federal pacificou o tema, reconhecendo a constitucionalidade da norma, quando do julgamento do HC 109.676⁸ do Rio de Janeiro,

relatado pelo Ministro Luiz Fux, cujo acórdão foi publicado no DJ em 14 de agosto de 2013. E um dos fundamentos jurídicos do Pretório Excelso para o reconhecimento da constitucionalidade da pena do crime de injúria racial, foi a aplicação do princípio da igualdade, que trás em si um comando determinando a discriminação dos desiguais.

Uma das questões sempre debatida, quando se analisa o crime de injúria racial é a diferenciação do crime de racismo. HC 19.166-RJ (STJ)

3.3 O aparato judicial de defesa das vítimas do racismo no Estado do Ceará

A repressão aos crimes em geral no Brasil, está prevista na constituição, tendo em vista que em regra, a ninguém é dado fazer justiça com as próprias mãos. Assim, o Estado aforou para si, a punição dos fatos tidos como típicos. O Estado do Ceará não é diferente. A questão nodal a ser analisada é que, a estrutura de segurança pública e o aparato jurisdicional, pode varia de um Estado para o outro da federação.

A segurança pública no Brasil é disciplinada pelo art. 144, da CF/88, segundo o qual a segurança pública é um direitos de todos, e um dever do Estado. Ademais, conforme o texto constitucional, trata-se de responsabilidade coletiva, que tem como objetivo a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. A Constituição Federal ainda enumera os órgãos de segurança pública: polícia federal; polícia rodoviária federal; polícia ferroviária federal; polícias civis; e polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Observa-se claramente que as guardas municipais não são consideradas órgãos de segurança pública, por ter caráter eminentemente patrimonial, conforme art. 144, §8º, da CF/88. É de se ressaltar, contudo, que tramita projeto de lei no congresso nacional, visando integrar as guardas municipais às forças de segurança pública. Ao no entender, uma flagrante inconstitucionalidade. Para os fins do presente, delimitaremos o tema às polícias federal, militar e civil.

O art. 92 da CF/88 apresenta o rol dos órgãos do poder judiciário do Brasil. Para o presente desiderato, destacamos o Poder Judiciário do Estado do Ceará, formado pelos juízes estaduais, e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Bem como os juízes federais, e o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em Recife – Pernambuco.

Realizamos uma pesquisa junto a Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado do Ceará, tendo em vista que é o órgão responsável pela execução penal no âmbito do

Estado alencarino, no período de 2003 a 2013. Esse corte epistemológico de dez anos, deve-se em razão de ser um período de tempo suficiente para se averiguar a eficácia do aparato institucional no enfrentamento ao racismo, bem como o ano de 2003 foi marcado pela promulgação da Lei antirracismo na educação, Lei 10.639/2013.

Vejamos o inteiro teor do resultado da pesquisa junto a SEJUS, materializado através do Ofício Gab/Sejus nº 1217/2014, de 06 de maio de 2014:

Assunto: Dados do Sistema Penitenciário

Ilustríssimo Senhor,

Certifico para os devidos fins que, analisando detidamente os registros do SISPEN – Sistema Penitenciário, entre os anos de 2003 e 2013, encontramos os seguintes dados:

a) Lei 7.716/89 – Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor:

NÃO há registros no SISPEN;

b) Código Penal, art. 140, § 3º (Injúria Qualificada):

SISPEN – 08 incidências penais (conforme documento em anexo);

c) Lei 9.455/97 – Lei de Combate a Tortura (art. 1º, inciso I, “c”):

NÃO há registros no SISPEN;

d) Lei 2.889/56 – Lei de Combate ao genocídio (art. 1º):

NÃO há registros no SISPEN;

Observa-se, portanto, que no Estado do Ceará, entre os anos de 2003 e 2013, apenas oito pessoas tiveram o nome jogado no rol dos culpados, e todos por Injúria Qualificada pelo racismo. A questão é saber se vivemos em uma verdadeira democracia racial, ou se o aparato institucional destinando a coibir os crimes de racismo no Estado do Ceará são ineficientes?

Quando se analisa a polícia judiciária cearense, não há nenhuma delegacia especializada em crimes raciais, ou discriminações de qualquer ordem. No sítio da que a Polícia Civil do Estado do Ceará mantém na rede mundial de computadores, <http://www.policiacivil.ce.gov.br/pcivil/paginas/delegacias/especializadas>, podemos encontrar diversos temas que o executivo estadual entendeu prioritário, e se dignou a montar uma estrutura de repressão específica, a saber: Delegacia de Acidentes e Delitos de Trânsito; Proteção ao Turista; Defraudações e Falsificações; Defesa da Mulher (Caucaia, Crato, Fortaleza, Iguatu, Juazeiro do Norte, Maracanaú, Sobral, Quixadá, Pacatuba); Criança e do Adolescente; Combate à Exploração da Criança e do Adolescente; Crimes Contra a Administração e Finanças Públicas; Combate aos Crimes Contra a Ordem Tributária; Capturas e Polinter; Divisão Anti-Sequestro; Narcóticos; divisão de Proteção ao Estudante; Roubos e Furtos; Roubos e Furtos de Veículos e Cargas; divisão de Homicídio e Proteção à Pessoa.

O mesmo acontece quando analisamos a estrutura do poder judiciário no Estado do Ceará, tanto o Estadual como o Federal, não há nenhum Juízo especializado em crimes raciais.

A Defensoria Pública do Estado do Ceará, a Defensoria Pública da União no Estado do Ceará, o Ministério Público Estadual e Federal, oficiante no Estado do Ceará, em nenhum desses órgãos há serviço especializado no enfrentamento ao racismo.

3.4 Políticas Públicas, ações afirmativas e de inclusão social da população afrodescendente

Política de ações afirmativas e inclusão social, podem ser definidas, como o conjunto de medidas adotadas por um país, com um objetivo de erradicar ou mitigar ao máximo desigualdades, desigualdades históricas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, ou seja, a justa oportunidade a que se referida Rawls, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. O referido conceito, tem por parâmetro, o conceito elaborado pelo Grupo de Trabalho Interministerial, criado pelo Decreto nº 20, de Novembro de 1995, pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso.

As ações afirmativas e a inclusão social são uma consequência do aprofundamento do conceito de equidade, que para muitos se confunde com igualdade material, e tem correspondência direta com a evolução do conceito de direitos fundamentais, os quais decorrem, conforme a lição de Moraes (2005, p. 01) da “necessidade de limitação e controle dos abusos do próprio Estado e suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo”.

O princípio da igualdade está positivado na Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 5º, nos seguintes termos: *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*. Ocorre que a igualdade prevista na Magna Carta brasileira não é a igualdade meramente formal trabalhada nos Estados Liberais após a Revolução Francesa, mas a igualdade material, fundamentada na equidade, que consiste em tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, conceito este atribuído a Aristóteles, segundo Mello (1998, p. 10). Trata-se de uma “exigência do próprio conceito de Justiça”, conforme Moraes (2005, p. 81).

Analisando a sociedade norte americana, constata-se a existência de um conflito, pois se procura garantir a aplicabilidade à regra da maioria, bem como proteger as

minorias contra a discriminação, observa Eduardo Appio (2008, p. 36), o qual *apud* Ronald Dworkin⁹:

Atualmente existe um importante argumento não somente na América mas também ao redor do mundo, se o *judicial review* é inconsistente com a democracia. Advogados e políticos que assim argumentam não só assumem que a democracia significa a regra da maioria, mas ainda que o *judicial review* é por definição antidemocrático e a única questão que remanesce a ser decidida é se apesar de tudo é justificado. Ao contrário, outros advogados e políticos sustentam o que a democracia realmente é: alguns deles insistem que o *judicial review* não é inconsistente com a democracia porque a democracia não se resume à regra da maioria, mas a regra da maioria sujeita aquelas condições que a fazem justa.

Historicamente, a regra da maioria tem como finalidade solucionar os conflitos políticos, então existentes na Idade Média, as quais tinham um grau elevado de homogeneidade, onde a proteção das minorias não tinha se revelado importante, como observa Eduardo Appio (2008, p. 37), e acrescenta, “nas sociedades contemporâneas, a regra da maioria pode servir como instrumento de opressão que, pouco a pouco, acaba por suplantando os princípios fundamentais de tolerância que caracterizam as comunidades democráticas e plurais”. Lei genérica e abstrata, tem como pressuposto uma sociedade homogênea, formada por pessoas que gozem de liberdade, igualdade material, e com os mesmos anseios.

Eduardo Appio (2008, p. 37-38) reconhece a importante contribuição de John Rawls para a concepção de Justiça, bem como de direito como equidade. Dalmo de Abreu Dallari (2009, p. 47), esclarece que quando se diz que todos os seres humanos são iguais, na realidade trata-se de que todos nascem valendo a mesma coisa, mas por natureza são desiguais, pois uns nascem ricos, outros pobres, uns negros, outros mestiços, etc., e acrescenta, “os seres humanos nascem iguais, mas a sociedade os trata, desde o começo, como se fossem diferentes, dando muito mais oportunidades a uns do que a outros”. O conceito de justa oportunidade de Rawls, tem como finalidade erradicar as desigualdades sociais.

O Supremo Tribunal Federal ao interpretar o art. 5º da Constituição Federal, reconheceu que o princípio da igualdade positivado na Magna Carta de 1988, é o da igualdade material, e em diversas oportunidades, a Suprema Corte Brasileira proferiu decisões reconhecendo a equidade, como alicerce norteador das decisões. Recentemente, a Universidade Nacional de Brasília adotou uma política de afirmativa de inclusão social, reservando um percentual de suas vagas, para indivíduos de raças negras. O Partido Político Democratas, irrisignado, ingressou com ação de Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, contra a Universidade Nacional de Brasília, alegando, em suma, a inconstitucionalidade da política de reserva de vagas para negros, sob a alegativa de que todos são iguais perante a lei. O Ministro Ricardo Lewandowski, relator da referida ADPF, reconheceu a constitucionalidade da política de inclusão social de minorias adotada pela UNB. Destacamos alguns trechos do Voto do Ministro¹⁰:

À toda evidência, não se ateu ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais.

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

A justa oportunidade idealizada por John Rawls, pressupõe que uma sociedade somente poderia ser justa socialmente, através de uma conciliação política e moral, fundamentada na igualdade de direitos e na solidariedade coletiva. São os princípios da Justiça Distributiva, a qual fora recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, e o Ministro Ricardo Lewandowski, relator da citada ADPF n.º 186, assim entendeu:

É bem de ver, contudo, que esse desiderato, qual seja, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada “justiça distributiva”.

Só ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo.

Assim, é possível afirmar que os princípios da Justiça Distributiva é constitucional, conforme exposto reconhecimento do Supremo Tribunal Federal. E mais, as ações afirmativas, as quais são uma expressão da justiça distributiva, devem ser formentadas e difundidas como políticas de públicas. São necessárias para corrigir distorções históricas, como é o caso da discriminação racial de que foram e são vítimas os negros, que sofreram migração compulsória para o Brasil, e não tem acesso às mesmas oportunidades que os brancos.

Louvável, portanto, as políticas públicas de afirmação social, dentre as quais destacamos a cotas nas universidades públicas para os afrodescendentes, assim, como as novas normas de reserva de vagas para negros no serviço público, onde destacamos o município de São Paulo, e a União.

No final do ano passado foi publicada a Lei nº 15.939/2013, do município de São Paulo, a qual institui cotas raciais com equidade de gênero no serviço público municipal. A citada norma dispõe que “todos os órgãos da administração pública direta e indireta do município de São Paulo ficam obrigados a disponibilizar em seus quadros de cargos em comissão e efetivos o limite mínimo de 20% das vagas e/ou cargos públicos para negros, negras ou afrodescendentes”.

Em junho de 2014, foi publicada a Lei Federal nº 12.990/14, que como a norma do município de São Paulo, reserva 20% das vagas de concursos públicos federais, para negros. Trata-se de um avanço, que necessita ser seguido por outros municípios e estados, como meta a minimizar e erradicar desigualdades históricas. Há críticas a serem pontuadas nas duas normas. A normativa do município de São Paulo não prevê prazo de aplicação, ou seja, vigera até que outra norma a modifique ou a revogue. A Lei Federal tem prazo estipulado de dez anos. No caso do município de São Paulo, a norma vigendo sem prazo estipulado, tampouco sem previsão análise e acompanhamento dos seus efeitos, não implicaria na criação de uma distorção com o passar do tempo? Da mesma forma no âmbito da União, seria suficiente o prazo de dez anos para corrigir distorções seculares?

São reflexões sobre as quais se faz necessário a comunidade acadêmica e a sociedade como um todo se debruçar. Lembremos também, que a aprovação de leis é fruto do pacto democrático de uma determinada legislatura, seja, em âmbito municipal, estadual e federal. Há a necessidade do consenso de uma maioria da sociedade heterogênea, representada por seus deputados federais, estaduais e vereadores.

CONCLUSÃO

O racismo contra afrodescendentes continua a ser um problema recorrente na contemporaneidade. E existindo racismo contra os negros, tanto que ainda há necessidade de implementação políticas que visam a eliminação de desigualdades históricas, por que o racismo não é combatido pela justiça?

Os números do sistema penitenciário no âmbito do Estado do Ceará demonstram que o ordenamento jurídico posto, e aparato político institucional instalado são insuficientes para apuração e responsabilização de crimes raciais.

A Lei nº 7.716 de 1989 é demasiadamente específica, o que por um lado implica em segurança jurídica penal, mas por outro dificulta de sobremaneira o operador e exegeta do direito, quando da sua aplicação ao caso concreto. Há a necessidade de uma norma com maior abstração e rigor, para regulamentar o art. 5º, XLII da Constituição Federal de 1988.

Há alguns projetos de lei na Câmara dos Deputados, que tem como escopo revogar a Lei nº 7.716/1989, e instituir legislação mais severa, que atenda aos anseios da Constituição, a qual define a prática do racismo como um crime inafiançável e imprescritível, e determina que o seu sujeito ativo deverá ser apenado com a mais severa forma de segregação social, a pena de reclusão.

De todos os crimes da Lei nº 7.716/1989, apenas os artigos sexto e sétimo não são considerados crimes de menor potencial ofensivo. Todos os demais artigos comportam o instituto da suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89, da Lei 9.099 de 1995. Trata-se portanto de um convite a impunidade, e mais, uma ofensa e contradição ao comando constitucional, de que a prática do racismo deve ser considerado crime inafiançável e imprescritível. Apenar condutas racistas com penas que podem ser consideradas de menor potencial ofensivo, é desrespeitar a *mens legis* do constituinte. Portanto, uma das conclusões a que apuramos, é a necessidade de aprimoramento da legislação penal de enfrentamento ao racismo.

Constata-se ainda, no âmbito do Estado do Ceará, a ausência de polícia judiciária especializada no enfrentamento do racismo. O executivo estadual elegeu como prioridade para repressão por parte da polícia civil, os acidentes e delitos de trânsito, o turista, a fé pública, a mulher, a criança e o adolescente, as finanças públicas, a ordem tributária, o sequestro, narcóticos, o estudante, o patrimônio, e os crimes de homicídio. Mas os crimes raciais foram não mereceram uma especial atenção por parte do estado alencarino.

O Estado de São Paulo especializou a Polícia Civil para o enfrentamento aos crimes raciais e homofóbicos. Foi criada a Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância. Seguiram o exemplo do Estado de São Paulo, os Estados do Rio de Janeiro e do Piauí, onde também funcionam delegacias especializadas no enfrentamento dos crimes raciais.

É louvável o desenvolvimento e a especialização da polícia judiciária para o enfrentamento ao racismo. Mas não podemos esquecer que a legislação penal é a mesma no território brasileiro, e a legislação como restou demonstrado acima, é um convite a impunidade.

Portanto, seria um importante fator a contribuir para uma maior efetividade do enfrentamento ao racismo, a especialização da polícia judiciária do Estado do Ceará, com a criação de uma delegacia especializada para apuração dos crimes de racismo, a exemplo do que hoje acontece nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, e Piauí.

Outro ponto que consideramos importante para o enfrentamento do racismo, mas também para defesa dos direitos humanos violados comum um todo, a aplicação do controle de convencionalidade. É a capacitação dos operadores do direito, encarregados da defesa dos direitos humanos, de modo a recorrerem aos organismos internacionais, que o Brasil se vinculou através de tratados e convenções internacionais.

Principalmente após os horrores e barbáries da segunda guerra mundial, há uma crescente internacionalização dos direitos humanos, conforme fora comentados no presente trabalho. E uma das formas de fazer valer os direitos humanos em face de seus violadores, inclusive o Estado, é que há uma crescente mitigação da responsabilização estatal, junto a organismos internacionais.

A Convenção Americana dispõe em seu artigo 1.1, que o Estado Membro fica encarregado de zelar pelo respeito dos Direitos Humanos e de garantir o exercício destes direitos por todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição. Os signatários da citada convenção tem dois compromissos firmados internacionalmente: uma obrigação de atuar, e uma obrigação de abstenção.

O Estado membro se obriga a estabelecer as estruturas organizacionais necessárias para velar, prevenir, reprimir e punir violação aos direitos humanos, bem como se obrigam ainda a respeitar tais direitos, se abstendo de os violar.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi promulgada através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Ressalte-se contudo, que a referida convenção data de 22 de novembro de 1969, auge do enrequecimento da ditadura na América Latina, principalmente no Brasil, que coincidia com o tenebroso ato institucional número 5.

Após a Segunda Guerra Mundial, promover direitos humanos, combater o racismo, condenar o holocausto, era fundamental na Comunidade Internacional. E as ditaduras americanas, pretendiam com a Conferência de San José da Costa Rica, apresentar a aparência de sociedades democráticas, e assim obter reconhecimento e respaldo internacional, para perpetuação do regime. A grande diferença é que na Europa Ocidental a defesa dos direitos humanos tem origem em Estados Democráticos; na América do Sul, o nascedouro é em regimes de força, os quais tentavam ostentar-se como democráticos.

Uma das conclusões a que chegamos, com relação a defesa dos direitos humanos, e conseqüentemente, a defesa dos crimes de racismo, é a aplicação do controle de convencionalidade, nos caso de omissão do Estado Brasileiro.

A Defensoria Pública, que é a mais nova das instituições que integram o sistema de justiça, pois somente fora criada com a Carta Constitucional de 1988, pode e deve ter papel protagonista na defesa dos direitos humanos, com a aplicação do controle de convencionalidade. A Defensoria Pública é instituição com autonomia administrativa e funcional, pois a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004. É expresso no texto constitucional, o reconhecimento da autonomia administrativa à Defensoria Pública dos Estados, separando-a dos demais Poderes do Estado, possibilitando, portanto, que assuma e conduza por si própria, integralmente, a gestão de seus negócios e interesses, desde que observadas as normas da ordem jurídica a que está sujeita.

Na verdade, a autonomia da Defensoria Pública, além de expressa, é decorrência lógica da topografia constitucional da Carta Política de 1988, na medida em que, ao tratar “Das Funções Essenciais à Justiça”, no Capítulo IV do seu Título IV, evidencia que a Defensoria Pública não é departamento ou setor de qualquer dos Poderes da República ou de órgãos autônomos, diferenciando-a, inclusive, das Advocacias particular e pública, não vinculando ou condicionando a atividade da Defensoria Pública, enquanto instituição essencial à Justiça, à autorização ou habilitação a ser concedida por qualquer deles.

Não restando dúvidas quanto a autonomia das Defensorias Públicas dos Estados, de igual forma, a legislação regulamentadora é clara no sentido de que os defensores tem competência para acionar os organismos internacionais de defesa e promoção dos direitos humanos, conforme se verifica no art. 4º, VI, da Lei Complementar 80 de 1994, a seguir transcrito:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;

Ressalte-se que a redação do inciso VI, do art. 4º, da Lei Complementar 80 de 1994, é fruto de uma alteração legislativa ocorrida em 2009, através Lei Complementar 132.

Em face do exposto, a efetividade do enfrentamento do racismo reclama por parte do Estado, uma reforma no ordenamento jurídico, com a finalidade de o adequar ao comando constitucional, que considera grave os crimes de racismo; uma maior especialização maior do aparato político institucional de enfrentamento ao racismo; bem como a aplicação do controle de convencionalidade, através do acionamento dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, J. A. A Conferência de Durban contra o Racismo ea responsabilidade de todos. **Revista brasileira de política internacional**, v. 45, n. 2, p. 198-223, 2002.
- APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ARAGÃO, R. Batista. **Escravidão e Abolicionismo**. Fortaleza: IOCE, 1988.
- ARAÚJO NETO, Fernando Peixoto de. **Estudo do combate à discriminação racial como modo de afirmação dos direitos fundamentais no âmbito laboral**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-14062012-105851/>>. Acesso em: 2014-02-21.
- AXELRUD, Deborah. A Internacionalização da Proteção à Pessoa Humana: Da Batalha de Solferino, à criação da Organização das Nações Unidas e à necessidade de proteção dos refugiados—Considerações acerca do desenvolvimento da tutela internacional da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Internacional-RBDI**, v. 8, n. 8.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. (p. 31-60) In: SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. (orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo, e Constitucionalização do Direito (p. 51-91). In: QUARESMA, R. OLIVEIRA, M.L.P. OLIVEIRA, F.M.R. (Orgs.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- _____, Norberto. **Teoria geral d política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Trad. por: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BOCCIA, Ana Maria Mathias; MALERBI, Eneida Maria. O contrabando de escravos para São Paulo. **Revista de História**, n. 112, p. 321-379, 1977.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

- CARVALHO, Camila Magalhães. **Por uma perspectiva crítica de direitos humanos: o caso das cotas para a população negra no acesso ao ensino superior público**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-26032012-135021/>>. Acesso em: 2014-02-21.
- CEARÁ. Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará (IPEA). **Perfil da Raça da População Cearense**. Informe nº 23. Fortaleza, mar. 2012. Disponível em: <http://www.ipece.ce.gov.br/publicacoes/ipece-informe/Ipece_Informe_23_fevereiro_2012.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo, SP: Saraiva, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 2009.
- DRAY, Guilherme Machado. **O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. 2ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. São Paulo: Difusão Européia do livro, 1972.
- FERNANDES, Florestan. **Integração do negro na sociedade de classes, V. 2**. Globo Livros, 2008.
- GOMES, J.B.B. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jul., 2001. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/705>>. Acessado em: 10 fev. 2014.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Classes, raças e democracia**. São Paulo: Editora 34, 2002.
- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Como trabalhar com "raça" em sociologia. **Educação e Pesquisa**, v. 29, n. 1, p. 93-107, 2003.
- HASENBALG, Carlos Alfredo; DO VALLE SILVA, Nelson. **Estrutura social, mobilidade e raça**. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 1988.
- HASENBALG, Carlos Alfredo; DO VALLE SILVA, Nelson; LIMA, Marcia. **Cor e estratificação social**. Contra Capa Livraria, 1999.
- HENRIQUES, Ricardo. **Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90**. 2001.
- IANNI, Octávio. **Escravidão e racismo**. Editora Hucitec, 1978.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O tribunal penal internacional. **A internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004.

JESUS, Vinicius Mota de. **Do silêncio ao estatuto da igualdade racial**: os caminhos da igualdade no direito brasileiro. 2013. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-12022014-112336/>>. Acesso em: 2014-02-21.

KLEIN, Herbert S., **Escravidão africana América Latina e Caribe**. Trad.: José Eduardo de Mendonça. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estudos Avançados**, v. 16, n. 45, p. 187-197, 2002.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue: história do pensamento racial**. São Paulo: Contexto, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do conceito de igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório de Jurisprudência IOB**. Vol. 1 Tributário, constitucional e administrativo, 1ª quinzena de março de 2003, n. 05, p. 178-185, São Paulo: IOB.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Tradução de Eveline Bouteiller. Barueri: Manole, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PECES-BARBA, Gregorio. (Org.) **Derecho Positivo de los Derechos Humanos**. Madrid: Editorial Debate, 1987.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil**. Editora Parma, 1981.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____, Flávia et al. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, 2005.

_____, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**, v. 4, 2008.

POUTIGNAT, Philippe. STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da etnicidade: seguidos de grupos étnicos e suas fronteiras de fredrik barth**. Trad.: Elcio Fernandes. 2ª ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. Linguagem dos direitos e a convenção da onu sobre os direitos das pessoas com deficiência (p. 11-37). In: ANJOS FILHO, R. N. (Org.) **Direitos humanos e direitos fundamentais**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013a.

_____, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013b.

_____, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013c.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. por Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

RIVERO, Jean e MOUTOUH, Hugues. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RUSSELL-WOOD, A. J. R. Através de um prisma africano: uma nova abordagem ao estudo da diáspora africana no Brasil colonial. **Tempo**, n. 12, p. 11-50, 2001.

SALES JÚNIOR, Ronaldo Laurentino de. **Raça e justiça: o mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo da justiça**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2009.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SANTOS, Tiago Vinicius André dos. **Racismo institucional e violação de direitos humanos no sistema da segurança pública: um estudo a partir do Estatuto da Igualdade Racial**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-16052013-133222/>>. Acesso em: 21-fev-2014.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Elizabet Leal; ZENNI, Alessandro Severino. Algumas considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 9, n. 1, p. 201-222, 2009.

SIQUEIRA, N. S., DINIZ, M. A. V. Globalização da Democracia: Fundamentalismo Democrático? **Publica Direito**. Publicação do XXI encontro Nacional do CONPEDI/UFU 2011, p. 9637-9660. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=57aeee35c9820509>>. Acessado em 28 nov. 2012.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

TEJO, Célia Maria Ramos. **Dos crimes de preconceito de raça ou de cor: comentário à lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989**. Campina Grande: EDUEP, 1998.

VIANNA, Helio. A Abolição da Escravidão no Brasil. **Revista de Historia de América**, p. 69-90, 1965.

WALTERS, K. A., e ROBERTS, M. S. (2008). **Dermatologic, cosmeceutic, and cosmetic development: Therapeutic and novel approaches**. New York: Informa Healthcare.