



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E ORDENS JURÍDICAS

FERNANDA ESTANISLAU ALVES PEREIRA

**COMBATE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: o
movimento de uma racionalidade jurídica.**

FORTALEZA
2019

FERNANDA ESTANISLAU ALVES PEREIRA

**COMBATE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: O
movimento de uma racionalidade jurídica.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como exigência parcial para a conclusão do curso de Mestrado em Direito.

Área de concentração: Direito, Constituição e ordens jurídicas.

Orientadora: Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas.

FORTALEZA
2019

FERNANDA ESTANISLAU ALVES PEREIRA

COMBATE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: O movimento de uma racionalidade jurídica.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como exigência parcial para a conclusão do curso de Mestrado em Direito.
Área de concentração: Direito, Constituição e ordens jurídicas.

Aprovada em 19/02/2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Raquel Coelho de Freitas (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dra. Maria Zelma de Araujo Madeira
Universidade do Estado do Ceará – UECE

Prof. Dr. George Marmelstein Lima
Centro Universitário 7 de setembro – UNI7

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral
Universidade Federal do Ceará - UFC

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

P491c Pereira, Fernanda Estanislau Alves.
O Combate à Discriminação Racial e a Legislação Brasileira : o movimento de uma racionalidade jurídica /
Fernanda Estanislau Alves Pereira. – 2019.
132 f. : il. color.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-
Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.

Orientação: Profa. Dra. RAQUEL COELHO DE FREITAS.

1. DIREITOS RACIAIS. 2. RAÇA. 3. RACISMO. 4. RACIONALIDADE JURÍDICA. 5.
ANTIRRACISMO. I. Título.

CDD 340

*A todas as mulheres negras acadêmicas,
cujas jornadas podem se tornar solitárias,
não somos, não seremos! Sigamos.*

*Aos que sonham!
Por vida digna e pela libertação de todos os seres,
e que possamos sonhar enquanto construímos uma
nova realidade.*

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que me propiciaram um ambiente de amor, que gravou em mim uma paz que me acompanha, ainda que passe por momentos de confusão; pessoas que amo por serem meus pais, mas que também admiro intelectualmente e contribuem para todos os meus trabalhos desde que me entendo por gente pensante. Vocês me trouxeram até aqui.

Aos meus irmãos caçulas, que me ensinam muito todos os dias e me ajudam a sempre lembrar que não sou o centro de nada, espero poder ajudar vocês em todas as etapas das suas vidas.

Ao meu amor, Lucas, que me acompanha há mais de três anos e me ajuda todos os dias a encontrar a minha própria força, construímos um relacionamento que apelido como o nosso lugar de paz; e além disso é ainda uma das pessoas mais inteligentes que conheço e me empresta sua biblioteca jurídica e de quadrinhos, além de seus pensamentos, risos e tempo. Agradeço também a sua família, Marisa, Evaldo e Marco, pelo apoio e acolhimento.

Orientadora Raquel Coelho de Freitas, a quem devo um grande agradecimento por ter acolhido a mim e a minha pesquisa, com suas valiosas contribuições e respeito pelos meus posicionamentos, uma grande professora, acadêmica e advogada.

Ao Grupo de Direito das Minorias que consegue abarcar pesquisas brilhantes e pesquisadores maravilhosos, o Direito precisa dessas pesquisas.

Profa. Zelma de Araújo Madeira Cantuario, meu único arrependimento é não a ter conhecido antes, obrigada por aceitar prontamente nosso convite e abrilhantar a faculdade de direito com as suas contribuições; foi um momento de grande conforto a nossa primeira conversa, e o ensinamento de que nós que ocupamos lugares não pensados para negros devemos buscar uns aos outros como aliados.

Prof. George Marmelstein Lima, por ter aceitado compor a minha banca de defesa, e por quem tenho grande admiração enquanto profissional do direito e acadêmico.

Prof. Gustavo Cesar Machado Cabral, por ter sido um professor tão presente no nosso Programa de Pós-Graduação, um brilhante acadêmico, agradeço também por ter aceitado o convite.

Professores do PPGD e os amigos feitos no Programa de Pós-Graduação em Direito não esperava encontrar uma turma tão acolhedora e unida, passamos por essa experiência juntos, nos ajudando.

Amigos especiais que fiz, como a Rebeca, de quem me aproximei pela pesquisa na mesma área – minorias – detalhe que forjou uma aproximação de almas, importante para as nossas jornadas no direito e na vida, em nossas diferenças e similaridades, agradeço por todo o apoio, carinho e conversas. Poderia citar um a um, mas posso ficar com o agradecimento ao “choppinhos” – nosso grupo no WhatsApp; agradeço a vocês por cada troca, nos corredores, nos congressos, cochichando nas aulas rapidamente, palavras de apoio, desabafos, tão importantes para que o caminho acadêmico não se torne solitário.

Tenho muita sorte em relação as pessoas na minha vida, amigos: obrigada por entenderem meus movimentos: de me fechar em uma bolha ou o extremo oposto, e estarem por perto por todo esse tempo.

Caio, Ycaro, Gabi e Victor, enquanto grupo, formei uma família astral, e uma amizade única com cada um de vocês, agradeço por estarem e permanecerem na minha vida, sinto que sou amiga de quem eu sempre quis ser: vocês são incríveis.

Samara, Carol, George, Ana e Matheus, esse ano especialmente vocês foram muito importantes pra mim, obrigada por todos os convites, conversas, cervejas e comidas vegetarianas.

Dalila, uma amiga que surgiu no final da graduação, me apoiou como ninguém no caminho que começou a me deslumbrar, o caminho acadêmico. E desde então continuamos a compartilhar nossas jornadas, autoconhecimento e pertencimento coletivo, admiro e confio.

Cecília, se tornou uma irmã pra mim e me apoiou irrestritamente durante todo esse caminho, aquela pra quem desabafo quando não quero conversar com mais ninguém; Miguelzinho, meu peixinho que me traz leveza e a confusão de quando precisamos nos chacoalhar e buscar novas saídas. O CAJU me deu vocês de presente e eu nem sei explicar como sou grata.

À minha turminha de jazz na Usina M, o prof. Fau, Malu, Nathaly, Carol, Juliana e Ingrid, aprendi muito com vocês, sobre mim mesma, sobre a vida, sobre sonhar e aprender com erros, vocês são enormes e me fazem lembrar que arte não é hobby, é essência.

Finalmente, gostaria de agradecer ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará e à FUNCAP pelo apoio financeiro durante o meu segundo ano de Mestrado.

RESUMO

PEREIRA, Fernanda Estanislau Alves. *Combate à discriminação racial e a legislação brasileira: O movimento de uma racionalidade jurídica*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

O presente trabalho busca analisar a legislação brasileira sob o recorte racial, a forma como atuou e atua em relação à população negra, a fim de verificar a racionalidade por detrás que na prática tornar pouco eficiente as leis que expressamente visam o combate à discriminação racial. Buscou-se evidenciar as categorias de raça, racismo e discriminação racial, a forma como funcionam nas relações sociais brasileiras, para confrontar esse funcionamento com as disposições legislativas dentro desse tema. Utilizou-se do pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, com exposição de dados relativos às situações dos negros no Brasil; analisou-se a legislação nacional no período de 1824 a 2018, situando-as em seus contextos históricos e conjunturais e a compreensão epistemológica da importância do Tempo do Direito e da Norma como construção social. O confronto demonstrou: que a legislação por mais de um século possui posicionamento exposto e formalmente racista; que a legislação antirracista brasileira atual visa combater um tipo de discriminação racial nos moldes norte-americanos, como nunca ocorreu no Brasil; que a legislação contemporânea em moldes igualitários não reconheceu o peso de um Direito historicamente racista e de como funciona o fenômeno do racismo no Brasil, não sendo, portanto, capaz de mudar o funcionamento de suas instituições. Concluiu-se que o Direito no Brasil ainda não foi capaz de assimilar como o racismo influencia negativamente as relações sociais, de forma a combatê-lo com a devida eficácia.

Palavras-chave: Discriminação Racial; Raça; Racismo; Antirracismo; Racionalidade Jurídica; Direito das Minorias; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the Brazilian legislation, how it has acted and still acts towards black population, in order to verify a rationality behind that can make it ineffective in the fight against racial discrimination laws that explicitly aim the strengthening of this combat. It was sought to unravel the categories of race and racism, the way they work in Brazilian social relations, to confront this operation with the legislative provisions within this theme. A bibliographic and qualitative method was used, using data related to black situations in Brazil; it was analyzed the legislation with national influence in the period from 1824 to 2018, theoretical concepts of race, racism and racial discrimination and the epistemological understanding of the importance of the Time of Law and the written law as a constructive category. The confrontation showed: that the current Brazilian anti-racist legislation aims to combat the racial discrimination in the segregatory patterns, inspired by the North American's identities movements, even though a segregational regimen never really took place in Brazil; that the Brazilian legislation for more than a century has an express and formally racist position; that contemporary egalitarian legislation did not recognize the weight of a historically racist law and how racism works in Brazil, and, therefore, it hasn't been capable of changing the functioning of its institutions. It was concluded that Brazil has not yet been able to embrace the way racism influences their social relations, not being able to fight it with due efficacy.

Keywords: Racial discrimination; Race; Racism; Antiracism; Legal Rationality; Minority Law; Fundamental rights.

RESUMEN

El presente trabajo busca analizar bajo el recorte racial la legislación brasileña, la forma como actuó y actúa en relación a la población negra, a fin de verificar una racionalidad por detrás que puede materializar como poco eficiente en el combate a la discriminación racial leyes que expresamente intenta al fortalecimiento de ese, combate. Se buscó desentrañar las categorías de raza y racismo, la forma en que funcionan en las relaciones sociales brasileñas, para confrontar ese funcionamiento con las disposiciones legislativas dentro de ese tema. Se utilizó de método bibliográfico y cualitativo, con utilización de datos relativos a situaciones de los negros en Brasil; se analizó legislación con influencia nacional en el período de 1824 a 2018, conceptos teóricos de raza, racismo y discriminación racial y la comprensión epistemológica de la importancia del Tiempo del Derecho y de la Norma como construcción. La confrontación demostró: que la legislación antirracista brasileña actual apunta a combatir un tipo de discriminación racial en los moldes norteamericanos, como nunca ocurrió en Brasil; que la legislación por más de un siglo tiene un posicionamiento expresa y formalmente racista; que la legislación contemporánea en moldes igualitarios no reconoció el peso de un derecho históricamente racista y cómo funciona el racismo en Brasil, por lo que no es capaz de cambiar el funcionamiento de sus instituciones. Se concluyó que Brasil aún no ha sido capaz de abrazar la forma del racismo influye en sus relaciones sociales, de forma que no pueda combatirlo con la debida eficacia.

Palabras Clave: Discriminación racial; raza; racismo; anti-racismo; Racionalidad Jurídica; Derecho de las Minorías; Derechos Fundamentales.

LISTA DE FIGURAS

- FIGURA 1 – ORGANOGRAMA ESQUEMATIZADO DOS DIREITOS RACIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 1824 - 184966

- FIGURA 2 – ORGANOGRAMA ESQUEMATIZADO DOS DIREITOS RACIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 1850- 188967

- FIGURA 3 – ORGANOGRAMA ESQUEMATIZADO DOS DIREITOS RACIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 1890-193368

- FIGURA 4- ORGANOGRAMA ESQUEMATIZADO DOS DIREITOS RACIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 1934-194469

- FIGURA 5 – ORGANOGRAMA ESQUEMATIZADO DOS DIREITOS RACIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 1945- 196670

- FIGURA 6 – ORGANOGRAMA ESQUEMATIZADO DOS DIREITOS RACIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 1967- 198771

- FIGURA 7. O CICLO IDEAL DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS72

- FIGURA 8. ORGANOGRAMA DO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA CONSTITUINTE DE 1988.....74

- FIGURA N.9 – ORGANOGRAMA ESQUEMATIZADO DOS DIREITOS RACIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA83

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	O NEGRO COMO SUJEITO DE DIREITO	6
2.1	RAÇA: NEGROS ENQUANTO GRUPO DEMARCADO	7
2.1.1	RAÇA: INDEFINIÇÕES E PRESENÇA NO IMAGINÁRIO COLETIVO.	8
2.2	A NATURALIZAÇÃO DA COMPREENSÃO DE RAÇA ENQUANTO CATEGORIA BIOLÓGICA.	9
2.3	RACIALISMO: RAÇA ENQUANTO ORIENTADOR SUBJETIVO DO COMPORTAMENTO COLETIVO.	16
2.4	DIFERENCIAÇÃO: RACISMO, PRECONCEITO, DISCRIMINAÇÃO RACIAL.	18
2.4.1	DISCUSSÃO CONCEITUAL DAS TERMINOLOGIAS E O RACISMO ENQUANTO IDEOLOGIA	20
2.4.2	DIFERENCIAÇÕES E APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS: RACISMO, PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÕES.	31
2.5	COMO OS CONCEITOS FORAM CONSTRUÍDOS NAS LEIS E NA JURISPRUDÊNCIA.	32
2.5.1	DISCRIMINAÇÃO RACIAL ENQUANTO UMA QUESTÃO DE PRECONCEITO	34
3	A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS RACIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	40
3.1	1824 – 1849	41
3.2	1850-1889	45
3.3	1890- 1933	52
3.4	1934-1944	56
3.5	1945-1966	59
3.6	1967-1987	62
4	A CONSTITUIÇÃO DE 1988	72
5	EFEITOS DA LEGISLAÇÃO ANTIRRACISTA NO BRASIL	84
5.1	A LEGISLAÇÃO ANTIRRACISTA E AS FORMAS DE PROMOÇÃO DA POPULAÇÃO NEGRA	84
5.2	LEIS NO BRASIL E RACISMO: NORMA COMO CONSTRUÇÃO, O TEMPO DO DIREITO E A CONQUISTA DE DIREITOS ATRAVÉS DOS AVANÇOS LEGISLATIVOS	95
5.2.1	A NORMA COMO CONSTRUÇÃO: ELABORAÇÃO E APLICAÇÃO	97
5.2.2	O TEMPO DO DIREITO	99
5.3	CONQUISTAS DOS DIREITOS ATRAVÉS DOS AVANÇOS LEGISLATIVOS	101
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	106
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

ANEXO I **118**

ANEXO II **119**

APÊNDICE **120**

1 INTRODUÇÃO

Parece haver um paradoxo no que se refere à realidade do negro no Brasil, pois no senso-comum não existe racismo no país, embora este (o racismo) apresente efeitos objetivos e contundentes na vida cotidiana das pessoas. Como resultado direto se constata a não ocupação de negros em espaços de poder, a superlotação de corpos negros nos presídios e na desconsideração da capacidade intelectual do negro. Considerando essa realidade excludente, é que o racismo não deve ser tratado somente em nível interpessoal, pois diz respeito a uma questão de estrutura social e de efeitos coletivos, sendo, portanto, um tema juridicamente relevante.

Demonstrar-se-á que não se trata, entretanto, de um paradoxo; o racismo brasileiro pode ser compreendido em suas diversas feições e efeitos a partir de uma análise da formação histórica, política, econômica e étnico-racial dos nossos povos. Escolhemos fazer essa análise no âmbito da legislação, visando compreender o papel do Direito na questão social do racismo. Constata-se que o Direito parece pouco eficaz em mudar uma realidade social que discrimina a população negra, mesmo que a sua utilização como instrumento em prol da população negra se trate, na verdade, de uma mudança muito recente em nossa história.

A inquietação que instigou o presente trabalho surge do lugar de pesquisadora que se confunde com o de sujeito pesquisado. Na perspectiva de uma operadora do Direito, negra mestiça, acadêmica e nordestina, que não ocupa o lugar social de exclusão planejado para o negro no Brasil e enfrentou, portanto, outras dificuldades, que se consubstanciam na solidão dos negros que ocupam lugares pensados para os brancos. A princípio a indagação era se um trabalho sobre a população negra não deveria estar situado no lócus de uma realidade periférica ou na realidade carcerária, temas com sua devida importância e significados. Porém, a escolha por um recorte voltado ao campus teórico, se deu com a constatação que o universo jurídico produziu pouco conhecimento no âmbito da temática racial. A própria compreensão da importância de se estudar esse tema a partir de uma perspectiva jurídica não é ainda bem aceita.

A pesquisa surgiu, assim, da percepção de escassa discussão do racismo nos ambientes acadêmicos jurídicos; da necessidade de se demarcar terreno nos ambientes que ainda se mantiveram envoltos em bolhas muito bem fortalecidas por ideias de democracia raciais. Essas bolhas criaram a ilusão de que certos temas não mereceriam ser analisados cientificamente. No

entanto, embora a ação de racismo na maioria das vezes se direcione aos indivíduos e às suas subjetividades, a problemática possui dimensão social e coletiva que não pode mais ser ignorada pela ciência do Direito.

Através das contribuições de historiadores, sociólogos e filósofos, traz-se para o Direito essa discussão, para que tenhamos não só uma consciência humana e social, mas para que a percepção do racismo se fundamente também a partir de uma consciência jurídica.

Quando se amplia o estudo do racismo para a esfera jurídica, escolhe-se a legislação pertinente como objeto de estudo para demonstrar os diferentes aspectos que permeiam esse fenômeno. O que se pretende, entretanto, é analisar a racionalidade que se extrai das leis, a partir de elementos sociológicos e históricos. Compreende-se que a racionalidade da lei na verdade está presente antes da norma, que enseja a formação de uma lei e, posteriormente, na efetividade dessas leis, por meio dos tribunais e de outros poderes que irão reforçar as políticas públicas, por exemplo.

No presente estudo os capítulos serão divididos metodologicamente para analisar a racionalidade jurídica a partir dos seguintes domínios: o negro enquanto sujeito de direito; das leis propriamente ditas; e dos efeitos dessa legislação.

No Primeiro Capítulo será efetuada a discussão conceitual das categorias “raça”, “racismo”, “preconceito” e “discriminação racial”. Recorrendo-se aos teóricos clássicos das relações étnico-raciais brasileiras, como Antônio de Sergio Guimaraes (2005), Giralda Seyferth (1995), Lilian Moritz Scwharcz (2012), Dora Bertulio (1989) e Seth Racusen (2002), que trazem o entendimento desses conceitos de acordo com a historicidade e a cultura brasileiras. A utilização desses conceitos dentro de um estudo jurídico é de extrema importância, uma vez que o Direito, visando manter a segurança jurídica razoável que permita o pleno funcionamento das instituições, trabalha através de conceitos. A flexibilidade desses conceitos, em atenção às mudanças culturais, não prejudica a importância de se definir as categorias, o que representam e em que grau podem ser judicializadas.

Ao tratar do problema do racismo, tema que o brasileiro possui dificuldade em compreender e reconhecer a existência, os conceitos delimitados de maneira clara e descrições concernentes à realidade brasileira, se tornam imprescindíveis para garantir a mínima aplicação e eficácia dos dispositivos normativos.

Serão analisados dois casos jurisprudenciais emblemáticos e de repercussão nacional, focalizando a análise na forma como aquelas categorias foram utilizadas, geralmente de maneira confusa, sendo os conceitos muitas vezes usados intercambiavelmente sem uma fixação minimamente rígida.

O Segundo Capítulo analisará as legislações propriamente ditas. Serão apresentadas cronologicamente observando-se a influência do cenário nacional nos âmbitos político, econômico e social, desde a Independência do Brasil, na Constituição de 1824 até o ano de 1989 (figuras 1 a 6). Apesar de ser um período extenso, será importante definir o comportamento jurídico do Estado-Nação sob a égide do regime escravocrata, o período de transição e o período atual, no qual reconhecemos os negros enquanto sujeitos de direito.

A análise será realizada de acordo com cada período, geralmente marcados por novas constituições ou blocos de leis transformadoras, como o caso das leis abolicionistas; contextualizando minimamente o cenário político que desenhava a movimentação legislativa. Como o propósito do trabalho é sempre enxergar a legislação também como produto social, será importante estabelecer a contextualização, a partir dos dados históricos.

Será utilizada a demarcação legislativa feita por Lenz-Cesar (2003) e por Thula Pires (2016), embora a divisão feita pelas autoras possuam objetivos diferentes da divisão a ser realizada no capítulo. Para a construção da pesquisa foram verificadas fontes históricas, publicações da época, sendo as leis citadas pesquisadas na íntegra, a fim de verificar e mapear os dispositivos que, direta ou indiretamente, destinavam-se ao controle dos corpos negros. As esferas mais frequentes desse controle são a esfera criminal, que criminalizava práticas de capoeira e religiões africanas, propriedade e educação – geralmente visando obstar o acesso – e, por muito tempo, a própria exclusão dos negros da categoria de cidadãos.

É muito importante que esse movimento do legislativo possa ser observado em conjunto, em um panorama completo, atrelado aos significados que cada lei trazia em seu tempo histórico – o que significava aquela regulamentação naquele momento – para observar que os dispositivos legais não são importantes por si só, mas carregam uma racionalidade de seus tempos e essa racionalidade se inscreve no funcionamento das instituições que se pretende regular. Portanto, a mudança legislativa em relação a população negra reconhece de maneira muito rasa e insuficiente

a racionalidade que representava e a forma como enraizou-se em nossa sociedade, tornando ou mesmo criando uma legislação que também ataca a problemática apenas superficialmente.

O Terceiro Capítulo abordará a Constituição de 1988, seguindo a lógica do Segundo Capítulo de análise da legislação propriamente dita. Escolheu-se dedicar um capítulo à Constituição de 1988 para compreender melhor de que forma as demandas dos movimentos negros foram trabalhadas dentro dessa constituinte (figuras 7 a 9).

Cada conquista do movimento negro vem com muito esforço para pequenos avanços, que em nada são concedidos, mas sim duramente reivindicados. Esses pequenos avanços culminaram nos direitos da era constitucional atual, que enxerga o negro destinatário de direitos e, para além da esfera criminal, buscou-se minimamente dirigir a essa população medidas de uma certa reparação, através de políticas públicas e ações nas áreas de educação, por exemplo. Por óbvio, se encontrou resistência quando da elaboração desses dispositivos constitucionais, mas ainda assim representa um marco legislativo no tocante aos direitos raciais. Enxergando essa última constituição como parte do movimento da racionalidade jurídica brasileira, vislumbra-se melhor o peso e relevância dos dispositivos legais.

Os efeitos dessas legislações serão analisados no Quarto Capítulo. A inauguração de uma era que se dispõe a concretizar ações firmadas não só para proteção, mas para promoção da população negra, é pautada em uma ideia de diferenciação positiva. Será desenvolvida, portanto essa ideia dentro deste capítulo e de que forma essas políticas vêm funcionando em nossa realidade, dentro de suas limitações. Traremos dados quantitativos relativos a inserção da população negra na educação através das cotas e o funcionamento atual da inclusão curricular do ensino das matrizes africanas.

Portanto, neste Capítulo serão trabalhados conceitos da norma jurídica a ser reconhecida como processo em construção e de como o legislador encontra-se em uma realidade social que limita ou influencia a sua racionalidade, da mesma forma que o aplicador da lei encontra-se submetido a essas mesmas condições. O que enseja do legislador uma postura que se assemelha aos estudos epistemológicos que buscam rigor científico, assumindo assim um criticismo em relação aos próprios juízos, às próprias conclusões. O falsificacionismo é conceito trabalhado a partir dos ensinamentos de Karl Popper (2010), bem como a compreensão de construção social pensada a partir de Berger e Luckmann (1985).

A verificação do Direito definido como uma construção que também possui forte relação com o tempo, marcada por movimentos de tradições que simbolizarão o romance de um estado-nação enquanto unidade coletiva, mas que ao mesmo tempo busca romper padrões e transformar-se em novas tradições, é um estudo, que utilizou a ideia do Tempo do Direito de François Ost (2005), contemplado no Capítulo.

No entanto, a compreensão, ainda que teórica, do funcionamento das normas e do direito para contribuir realmente com o tema objeto desta pesquisa será analisado a partir do contexto do funcionamento jurídico e social do Brasil. Será destacado o trabalho de Marcelo Neves (2007), que trabalha os conceitos do sistema jurídico dentro do que considera uma modernidade periférica, e, por ser autor brasileiro, demonstra o conhecimento e as falhas mais comumente apresentadas na conquista de direitos através do movimento legislativo. Ressaltamos também Achille Mbembe (2001) como de extrema importância por analisar o funcionamento do Estado em modernidades periféricas e especificamente traçando essa relação direcionada à população negra.

Conclui-se, por fim, que a pouca eficácia das medidas atuais de promoção de igualdade e de antirracismo não ocorrem por acaso; encontram justificção no movimento realizado pelo próprio Direito brasileiro e a forma como modulou sua racionalidade jurídica em compasso com um ideário racista. Inscrevendo-se nesse ideário racista, a luta pelo antirracismo permanecerá pouco eficaz, pois há de se reconhecer e superar, através de discussões e conscientizações envoltas na história dos negros brasileiros.

2 O NEGRO COMO SUJEITO DE DIREITO

“ queridos. é urgente que entendam que quando eu falo sobre privilegio do clube de vantagens do universo branco, sim - carrego em minha fala certo cinismo necessário.[...].

ah! mas vc num vai começar a falar que por vc ser preta e tal né Anelis? levo uma cimentada constrangedora nas ideias porque vcs não suportam ouvir verdades.

[...]

meus adorados amigos brancos. sugiro que leiam mais sobre a nossa história. que exercitem mudanças comportamentais que vão desde a hábitos ao reconhecimento do lugar de fala de outrem. existem excelentes textos e livros, possivelmente mais claros e objetivos e didáticos do que minhas queixas amarguradas. leiam.

reconhecer privilégios é um buraco bem abaixo do que eu tenho visto em seus comportamentos viciados.

Inclusive, é um grande privilégio ter uma amiga como eu: negra mestiça, ácida e lúcida. se toquem. “

(ASSUMPÇÃO, Anelis, online, 2019).

Visando à elucidação de todos os elementos os quais se intenciona analisar no corpus da legislação brasileira, é necessário destacar os significados, as simbologias e a forma pela qual ocorrem as discriminações raciais no cotidiano brasileiro, pretendendo justamente forjar um retrato da racionalidade que ainda sustenta uma realidade objetivamente discriminatória, mesmo após tantos avanços científicos e filosóficos.

Portanto, neste capítulo, tentaremos responder e sedimentar, de forma pelo menos razoável, às questões intrínsecas aos conceitos estruturados a serem trabalhados na esfera jurídica, justamente para que seja contemplada adequadamente essa fresta de realidade, objetivando a uma melhor regulação do tema em questão pela legislação pertinente. Por ser, o direito, uma ciência que trabalha necessariamente com conceitos fortes e bem definidos, almeja-se que possa nos dar alguma segurança metodológica para aprofundar as necessárias investigações.

Para se compreender as construções teóricas que contribuem para a imagem que se tem do negro enquanto sujeito de direito no Brasil, é importante buscar interdisciplinarmente os outros critérios que permeiam a categoria de raça e racismo em nossa sociedade. Neste ponto, considera-se imprescindível a busca interdisciplinar, mas tão somente na medida exata para trazer a discussão para o campo da ciência jurídica.

2.1 Raça: negros enquanto grupo demarcado

“‘Raça’ é um conceito que não corresponde a nenhuma realidade natural. O racismo é uma forma de ‘naturalizar’ a vida social, isto é, de explicar diferenças pessoais, sociais e culturais a partir de diferenças tomadas como naturais. Cada racismo só pode ser compreendido, portanto, a partir de sua própria história. Daí por que entender a lógica do racismo brasileiro a partir da formação de nossa identidade. Nessa formação, destaca-se a noção nativa de ‘cor’ e o caráter universalista do modo brasileiro de se identificar, a si e aos demais. [...] A ordem hierárquica sobre a qual se fundou a sociedade escravocrata no Brasil não foi inteiramente rompida nem com a Abolição, nem com a República, nem com a restauração democrática do pós-guerra, tampouco com a Nova República. Esta ordem tem se mantido na vida cotidiana, por normas e leis baseadas numa suposta igualdade entre os indivíduos, igualdade que, de fato, nunca se permitiu que existisse.” (GUIMARAES, 2005, contracapa).

A categoria de ‘raça’ é atualmente repudiada pelo senso comum acadêmico, pois que, a rigor científico, em termos biológicos, realmente não se pode falar em diferentes raças humanas. No entanto, ao se percorrer todo o caminho histórico e cultural da alcunha de ‘raça’ entende-se porque essa categoria continua a ser utilizada pela comunidade acadêmica nas ciências sociais/humanas.

Essa perspectiva, define o caminho metodológico escolhido na pesquisa, o racismo que se procura encontrar na racionalidade jurídica não se atrela a classe social ou gênero, mas sim a uma ideia-teoria de raça que ainda persiste no imaginário coletivo dos brasileiros. Na verdade, o Brasil, possui uma composição de diversas matrizes étnicas diferentes, e a discriminação em nosso território atinge a todos aqueles que não são brancos. O grupo escolhido na pesquisa é o grupo dos negros, o negro no Brasil é um grupo com grande dificuldade de ser definido.

Em parte, essa dificuldade de definição se deve pelo caráter miscigenado da nossa população, mas ainda pela dificuldade de se definir a diversidade humana por si só. Não há uma orientação objetiva que possa definir quem é ou não negro, o que se tem é um estudo que analisa a historicidade desses conceitos, e, ainda, o papel cultural atrelado à categoria de ‘raça’. Guimarães (2005, p. 24) explica que as características físicas, ou mesmo as teorizações biológicas, são apenas a “matéria-prima e ganhariam sentido social apenas por meio de crenças, valores e atitudes.”

O papel deste capítulo, dentro da pesquisa que o orienta, faz parte do objetivo de trazer essas discussões que se encontravam principalmente no campo da história ou da sociologia para o campo do pensamento jurídico acadêmico, entendendo que esse pensamento deve ser o substrato

primordial para definir o conjunto de decisões e de aplicabilidade de todo o nosso aporte legislativo e constitucional antirracismo. Para se compreender o fenômeno que chamamos racismo, deve-se entender sua principal forma de funcionamento e o principal grupo afetado. Para isso, evidencia-se essa compilação teórica para entendermos de que forma o Direito tem absorvido a problemática do racismo, e a forma como o Direito pode ser constituído em um melhor instrumento na luta antirracista.

2.1.1 Raça: indefinições e presença no imaginário coletivo.

Fala-se em indefinição da categoria conhecida por ‘raça’, por haver uma grande dificuldade em se unificar as teorizações a esse respeito. Não há um conceito uníssono de ‘raça’, o que se tem são diferentes teorias, ao longo da história, seus contextos sociais e ao que serviram.

Inicialmente, a principal razão de ensejo, dentre as ciências, para se estudar a diversidade humana, fora o estudo como um fim em si mesmo; dessa forma, não há como se imputar objetivos racistas que pudessem ter fomentado a busca por teorias que por muito tempo fortaleceram ou mesmo inauguraram uma naturalização do racismo. As razões para o desejo dos indivíduos de criarem hierarquias e grupos subalternos podem ser encontradas nas mais diversas áreas da psicologia, filosofia, antropologia ou mesmo espirituais, e essa origem não pode integrar o objeto dessa pesquisa, mas é importante saber que o racismo não é um fenômeno que pode encontrar uma causa certa e não é isso que se pretende demonstrar.

Aos fins aqui desejados, muito se adequa a ideia trazida por Martha Nussbaum (2015) da necessidade que os indivíduos têm de diferenciar-se entre si: como isso vem de uma instintividade ancestral no processo de desenvolvimento humano. Historicamente, os seres humanos tendem a se unir em pequenos grupos que competiam entre si para garantir os escassos recursos necessários às suas sobrevivências. Nesse processo, os grupos com maior poder passam a tratar de forma menos humana os demais grupos e, de certa forma, naturalizando esse processo de negação das qualidades ou características do outro grupo. Para a Autora essa tendência a diferenciar-se entre si provoca uma perspectiva desumanizante dos outros grupos, o que permitiria a tomada de atitudes de exploração. Nos tempos atuais e no âmbito pessoal, reconhecer essa condição, cujo fundamento possivelmente se encontre nessa tendência ancestral, pode contribuir para desconstruir esses processos discriminatórios naturalizados e arraigados na nossa cultura

Difundiu-se nos últimos tempos a ideia de preconceitos implícitos, segundo Marmelstein (2015, *online*), teorização essa que ainda se busca consolidar na comunidade científica, que parte do reconhecimento da capacidade humana de naturalizar certos comportamentos e os repetir sem processos racionalizados, para facilitar a vida em sociedade. Essa naturalização acaba por fixar no nosso comportamento atitudes que, racionalmente, repudiamos, como o conjunto de atitudes racistas, por exemplo

Essa compreensão, para além de outras condutas discriminatórias, permite enxergar a realidade do racismo: a coletividade reproduzindo comportamentos nocivos a grupos etiquetados, ainda que formalmente haja a compreensão da nocividade do pensamento discriminatório. Essa perspectiva se aplica ao contexto brasileiro de racismo como crime inafiançável, e racismo como elemento objetivamente identificável nas relações sociais.

É, portanto, nessa perspectiva, que surge a demanda por um estudo teórico do racismo em si, enquanto um dos fenômenos da vida humana em sociedade, e o papel que o direito, enquanto um dos instrumentos de orientação dessa vida social, exerce nessa realidade. A complexidade dos estudos de raça e racismo devem estar contidos no pensamento jurídico.

2.2 A naturalização da compreensão de raça enquanto categoria biológica.

Banton (1979) explica que, antes da categorização biológica de raça, o termo significava o grupo de pessoas que tinham uma origem comum. Sendo que o estudo e a categorização por uma perspectiva biológica uniam a questão da geografia, lugar de origem com fenótipos e capacidade mental desses diferentes grupos a serem categorizados.

A utilização de ‘raça’ enquanto tipo biológico surge no final do século XIX com os estudos que podem ser divididos em evolucionistas e deterministas¹, as justificativas que impulsionaram esses estudos podem ser diversas, desde demandas de justificações morais para que sociedades religiosas vivessem sob um sistema econômico baseado na escravidão, até justificações para o

¹ O determinismo e o evolucionismo foram teorias com forte influência nas faculdades de direito do Brasil no séc XIX, Schwarcz (2017) demonstra muito bem em sua obra intitulada “O Espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870 – 1930.”, caso o leitor deseje uma leitura mais aprofundada no tema. Lombroso (1876) a partir de sua teoria do criminoso nato, influencia o brasileiro Nina Rodrigues (1935)– grande defensor do determinismo racial -, enquanto que Spencer (1854) é autor de forte influencia na importação das teorias evolucionistas.

trato jurídico dos negros que eram considerados objetos semoventes para o direito civil, mas eram sujeitos plenamente responsabilizáveis na esfera penal.

Esses estudos denotavam diferenças biológicas entre as populações vindas da África e as populações ocidentais, que capitaneavam a era imperialista e se consideravam, mais evoluídas, restando às demais sociedades os títulos de selvagens e afins. Portanto, quer para demonstrar que os negros estavam em grau de evolução inicial ou atrasados, quer para delinear condição fisiológica de inferioridade, essas teorias delimitaram que um grupo de sociedade e traços físicos distintos era biologicamente distinto em um grau suficiente para se chamar de uma outra raça, colhendo a tipologia de estudos científicos entre diferentes seres vivos.

Esses estudos se originam dentro de uma área de conhecimento chamada de Antropologia, na época um ramo da história natural que tencionava diferenciar as raças humanas, definindo os diferentes “tipos” biológicos, conforme Seyferth (1995). Essas teorias surgiam para determinar as variedades dos grupos humanos, mas foram cooptadas por essas teorias deterministas e evolucionistas, de forma a legitimar, para esses grupos, que variações inclusas na ‘raça’ de humanos descendentes da África (os elementos mais diferenciáveis centravam-se na geografia e cor de pele) formassem um grupo social tendente à subalternidade, legitimando assim um processo de escravização.

No Brasil, a influência dessas teorias formou escolas de pensamento, com matrizes no chamado Darwinismo Social e Spencerismo, por exemplo. Um dos grandes expoentes da influência desse pensamento no Brasil foi Nina Rodrigues (1935), que trazia essas teorias para o âmbito penal, colocando os negros enquanto sujeitos corrompidos por natureza. No Brasil, entretanto, ao importar essas teorias, havia um importante elemento peculiar da formação da nossa população: a mestiçagem.

Para alguns, a mistura das raças poderia embranquecer a população, o que seria positivo em um futuro aproximável. Para outros, as diferentes raças, ainda que apresentassem sinais de superioridade/inferioridade, deveriam ser mantidas puras, o que por si só tornaria o Brasil uma terra de degenerados.

Não demorou muito para que essas teorias passassem a ser malvistas pelas comunidades científicas em geral. A partir da década de 1930 o Brasil passa a adotar, como discurso oficial, a

política da democracia racial. Esses elementos ajudam a criar a ilusão intelectual de que não há racismo em nossa nação, principalmente ao se considerar que boa parte da nossa população fosse oriunda de um processo de miscigenação.

Sem se deter demoradamente nesses processos, já brevemente elencados nos subcapítulos anteriores, o que pretende se mostrar ao analisar a categoria de raça é de que forma ela surge e se consolida na cultura e pensamentos da coletividade brasileira, passando a não ser mais reconhecida enquanto racismo. Tal fenômeno de negação do racismo, dificulta o seu combate, resultando na constatação de que fortemente o racismo continua a permear as relações sociais no país, embora o discurso “oficial” seja de uma sociedade sem discriminação racial.

Seyferth (1995) evidencia como essas ciências históricas, as quais diferenciavam tipos biológicos humanos, evoluíram e atualmente trabalham com conceitos de população, uma vez que é inegável que haja grande diversidade entre os humanos, até mesmo, em certa medida, biológicas. Essa diversidade, porém, não é discurso justificativo para qualquer tipo de exploração ou desigualdades.

Então, o dado importante de se extrair desse contexto de teorias evolucionistas e deterministas e de como foram utilizadas da tipificação biológica denominada raça, é que no Brasil essa concepção de que existem povos atrasados ou inferiores chega com *status* de dado científico. De acordo com Banton (1979) a ideia de ‘racismo’ surge na década de 1930 como um pensamento que condiciona a essência de determinada cultura, a partir da respectiva raça.

A categoria raça, portanto, passa a condicionar uma sociedade em termos culturais, de acordo com suas capacidades biológicas. Esse *status* de ciência que colocava a desigualdade como algo dado, não como algo passível de construção/desconstrução e a relação entre tipos biológicos e culturas são a base de uma racionalidade que permite a naturalização de determinados grupos de pessoas serem alvo de contínuas desumanizações.

É Oliveira Viana (1974) quem enxerga que as teorias raciais evolucionistas e determinadas se tornam um instrumento explicativo da história, na medida em que tira a importância da população e dos indivíduos enquanto agentes responsáveis e transfere para uma explicação de origem biológica, uma divisão da natureza.

As ideias de raça, portanto, saem da esfera racional/científica e adentram o imaginário cultural coletivo, e uma das importantes mutações é justamente a criação dos **estereótipos** negativos. Os elementos que compunham a categoria raça, passam a ser associados a negritude, de forma a servirem de elementos de identificação nas hierarquias sociais. Para Seyferth (1995) as características de identidade racial no Brasil se aproximam da concepção de identidade étnica negativa. Quanto menos traços do que o autor considera como “características negróides” a pessoa apresenta, mais aceitável e mais bela é considerada.²

A força desses estereótipos faz com que o racismo sobreviva sob diferentes estigmas/preconceitos, que podem ser associados a outras categorias, Seyferth (1995) cita categorizações como negro, preto, crioulo e baiano, por exemplo. Assim, até mesmo os preconceitos relativos a nordestinos, com mais força nas regiões sul/sudeste, vêm ainda de uma discriminação baseada em critérios raciais, em critérios genéticos, que vão sendo avaliados em conjunto.

Dessa forma, são muitos os elementos, que ajudam a construir a cultura racista no Brasil. Como já dito, o racismo no brasileiro se baseia muito no fenótipo, ou seja, nas características físicas dos indivíduos e pode aparecer em estigmas a nortistas e nordestinos, parcialmente em razão do forte grau de mestiçagem nessa região envolvendo negros e povos originários. É por essas razões que Oracy Nogueira (1985) chama o racismo brasileiro de preconceito de marca, em diferenciação ao racismo norte-americano que se basearia em um preconceito de origem.

Guimarães (2005) explica que o incentivo à imigração europeia branca, dentro da política eugenista de estado brasileiro no Pós-independência, concentrou os imigrantes brancos nas regiões sul e sudeste, com exceção de São Paulo e Rio de Janeiro que apresentam elevados números de migrantes nordestinos com forte concentração negra e mestiça. Em uma análise mais generalista, porém, pode-se dizer que a concentração de negros e mestiços continua nas regiões norte e nordeste, e dessa forma os estereótipos do nordestino (chamados no sul/sudeste somente de

² Sobre negros enquanto ‘coisas’ trabalho a ideia de Mbembe (2011), autor africano, apresentada no quarto capítulo do trabalho.

“baianos” ou “paraibas”) carregam, em realidade, a carga de discriminação afeita aos fenótipos da população negra, se enquadrando em uma discriminação com base na raça³.

Os traços físicos remetem necessariamente à carga genética dos indivíduos, demonstrando uma forte naturalização daquelas teorias que pensavam a diversidade humana a partir dos tipos biológicos enquanto determinantes de cultura e do lugar social dos indivíduos. Dentro dessa percepção do racismo, os elementos de lugar de origem e classe social terão importante papel e força para os indivíduos, mas a essência dessa discriminação continua sendo a internalização da categoria de raça.

Por exemplo, não se pode negar que o racismo que afeta o negro de pele mais escura é diferente daquele que afeta o de pele mais clara. E, complementarmente, não podemos comparar o tipo de discriminação sofrida pela pessoa negra pobre e entre o negro em posição social mais privilegiada. Porém, mesmo em situações social e econômica mais abastada a pessoa negra não deixa de sofrer racismo.

O tipo de racismo que afeta os negros que não ocupam o lugar social previsto e planejado para a população negra (ou seja, uma classe social desfavorecida), consiste na tentativa de se alienar a identidade negra desses indivíduos. As sutilezas começam na não aceitação social de cabelos crespos ou de penteados afro em ambientes mais elitizados. Os símbolos culturais africanos tendem a ser malvistas, apontando uma discriminação influenciada pela égide de uma moral cristã e branca, o que demonstra o quanto a demarcação política e simbólica do uso de sinais identitários do negro nesses ambientes também é uma atitude de risco para os mesmos.

O negro que ascende na hierarquia social, apesar de todas as limitações que lhe são impostas, passa por um processo de assimilacionismo e de isolamento; geralmente o quão mais se ascende, mais se distancia dos seus pares, ou seja, de outras pessoas negras e, portanto, não há um reconhecimento da própria identidade, da própria aparência. Assim, a formação da identidade

³ Sobre isso : “De qualquer modo, o fato é que as comunidades étnicas formadas por imigrantes e seus descendentes, vistas pelos brasileiros de quatro costados como ‘estrangeiros’ e que por sua vez desdenhavam dos ‘brasileiros’, uma vez absorvidas nas ‘elites’ sulistas ou nas classes médias nacionais passaram a redefinir os demais, sobretudo os trabalhadores e a ‘ralé’, marcadamente mestiça, como ‘baianos’, ‘paraibas’ ou ‘nordestinos’. Dito de outro modo, ‘baianos’ e ‘nordestinos’ passaram a ser, neste contexto, uma codificação neutra para os ‘pretos’, ‘mulatos’ ou ‘pardos’ das classes subalternas, transformados, assim, nos alvos principais do ‘novo racismo’ brasileiro.” (GUIMARÃES, 2005, P. 58).

desses indivíduos se estabelece em um ambiente no qual os seus traços negros parecem não pertencer legitimamente àquele lugar.

Beatriz Nascimento (RATTS, 2006) foi acadêmica, negra e nordestina e escreveu sobre esse isolamento do negro que ocupa espaços que não foram planejados, por essa racionalidade racista, para ele. Adicionalmente, o racismo, em relação aos negros de pele mais clara, resulta, principalmente em relação às mulheres, na hiperssexualização desses corpos. A figura da ‘mulata’, que foi a propaganda da política oficial do Estado de democracia racial, é associada à figura da mulher objeto sexual. Termos como ‘da cor do pecado’ e ‘mulata tipo exportação’ passam a ser usadas comumente em tons jocosos, e falados como elogios até mesmo para meninas que ainda são crianças.

Seyferth (1995) divide os ‘ditos jocosos’ em três diferentes tipos, podem ser: a) referentes a estigmas de fenótipos, como cabelo e cor de pele, por exemplo: “o preto não penteia o cabelo, espicha” ; b) aqueles que evocam uma certa subalternidade ou comportamento pouco civilizado, como por exemplo: “preto só toma banho quando chove”; e c) aqueles que denotam ares de animalidade aos negros, como: “negro não ri, mostra os dentes” (SEYFERTH, 1995, p. 197).

Esses ditos jocosos, segundo Seyferth (1995), têm o poder de difundir e espalhar preconceitos, estigmas e estereótipos em um caráter informal. Quando se afirma esse tipo de conteúdo em ambientes/publicações com caráter científico se exige, para sua contraposição, um nível de argumentação, embasamentos e posicionamentos mais firmes. Ademais, a elasticidade de um discurso informal e com tons de piada, , permite que os profusores forjem um certo distanciamento da postura de fato racista, enquanto trabalham a favor do fortalecimento desse racismo.

Esse discurso se naturaliza por se tornar popular, com cada vez menos questionamentos racionais afeitos às atitudes que decorrem dessa estigmatização em nível coletivo, e também por captar diferenças que são fictícias, criadas pelo homem com a finalidade de subjugar, e torná-las naturais. Nesse processo de naturalização do racismo, se a justificativa vem supostamente de uma composição biológica, então hipoteticamente a desigualdade que se verifica não seria-passível de mudança, mas parece ser um aspecto objetivo da realidade.

Ao analisar a racionalidade jurídica presente nas nossas Constituições e Leis Federais⁴ a partir de 1824⁵, percebe-se que o Direito é cooptado, de certa forma, por essa compreensão cultural de que a inferioridade dos negros, derivada de uma teorização de raça, sendo essa noção tomada como premissa: aos negros não se dirige os privilégios da cidadania, mas apenas a responsabilização na esfera punitiva. Não há um questionamento, por parte do pensamento jurídico, dessa forma de se tratar os negros, pois que a diferenciação era tomada como parte da natureza social, da qual se derivou o ordenamento jurídico.

Apresenta-se, nesse ponto, a dificuldade de se diferenciar a teorização de raça da de racismo, como se intenta neste capítulo. Aqui, demonstra-se de que forma os discursos que apresentam os símbolos de profusão da racionalidade racista são orientados pela compreensão de raça. No entanto, a análise desses discursos será feita de forma mais aprofundada quando da compreensão da manifestação do racismo.

Entende-se que é preciso se definir de que forma se entende a raça, que será a origem da compreensão do racismo. Foram muitas as teorias e disputas da conceituação de raça, mas prevalece a ideia de identificação externa e interna de um grupo com feições biológicas, culturais e ancestrais de matrizes africanas.

No Brasil se observa uma manutenção histórica da população negra nas classes menos privilegiadas, excluídas de serviços essenciais e concentrada em locais geograficamente marginalizados, carregando a simbologia cultural do negro brasileiro. A percepção dessas simbologias se dá na medida em que é impossível apenas de uma perspectiva biológica se determinar raças específicas, frente a constante mutação e disseminação, em consonância com o entendimento de Bertulio (1989).

Nessa perspectiva, essas simbologias se apresentam por exemplo, nas músicas que predominam nas favelas, roupas que são visualmente diferenciáveis, a forma de falar que indica a baixa escolaridade e até mesmo a caracterização pelos empregos que costumam ocupar. Todas essas caracterizações se tornam símbolo da representação de raça em território brasileiro.

⁴ Considerando que só existirão leis federais a partir da constituição da República Federativa.

⁵ Análise que será realizada nos segundo e terceiro capítulos.

Sem perder de vista aquele citado aspecto de isolamento, pois mesmo quando se observa da parte de uma pessoa negra a situação de ascensão social existe a imposição do afastamento dessa identidade. A identidade negra de pertencimento a um grupo social que conecta não só externamente, mas também dentre os indivíduos do grupo social, parece ser exigida em sacrifício para a permissão da ascensão social e conseqüente valorização deste como pessoa. Ao mesmo tempo em que não se substitui por um pertencimento a outro grupo social, pois a identificação não lhe é concedida quando passa a integrar esse novo grupo. Se exige das pessoas negras certo embranquecimento, mas estas nunca serão consideradas brancas.

2.3 Racialismo: raça enquanto orientador subjetivo do comportamento coletivo.

“Muita gente – principalmente quem não é negro – diz que Obama não é negro, é birracial, multirracial, mestiço, qualquer coisa menos simplesmente negro. Porque a mãe dele era branca. Mas raça não é biologia. A raça importa por causa do racismo.

E o racismo é absurdo porque gira em torno da aparência. Não do sangue que corre nas suas veias. Gira em torno do tom da sua pele, do formato do seu nariz, dos cachos do seu cabelo.

Nos Estados Unidos, você não decide de que raça é. Isso é decidido por você.”

(ADICHIE, 2013)

A compreensão sociológica de raça se torna imprescindível para se compreender o racismo. Guimarães (2005) identifica que racialismo se trata de uma doutrina utilizada como matriz, para compreensão de raças enquanto grupos que compartilham tendências, comportamentos, características faciais, que compartilham uma ‘essência racial’. Esse conceito é trazido do pensamento de Appiah (1992) e fortemente rebatido por Guimarães. Este, compreende que não há mais que se falar em essências raciais que denotem qualquer compartilhamento de características genéticas ou hereditárias.

Essa perspectiva é compartilhada também por Schwarcz (2012) que compreende que, raça, depois da sua utilização como tipo biológico e justificativa para tão cruéis diferenciações, de fato, não é uma compreensão plausível. Porém, o movimento da comunidade científica de repúdio total a utilização dessa categorização talvez não seja o melhor caminho. O que ocorre é que a ideia de diferentes ‘raças’ ainda é uma etiqueta social, significando que, essa ideia ainda orienta um significativo comportamento coletivo e, com percepção da nocividade desse comportamento, e

para subsequente análise e compreensão do mesmo, devemos nos utilizar também dessa categorização.

O que se pretende com a teorização acerca da ideia de raça é demonstrar que diversos dos preconceitos que identificamos com mais facilidade possuem esse denominador comum, e que o movimento de tentar negar a existência dessa diferenciação ao tentar negar que exista qualquer ideia de raça, não tem o resultado esperado de eliminar essas diferenciações na mesma medida em que se fortalece ao colocar essas questões fora de qualquer questionamento e debate.

Como mostrou no início do capítulo, a tendência natural dos indivíduos é naturalizar as ações cotidianas, e a tentativa de não se discutir mais raça e racismo não irá contribuir para seu combate, mas tão somente irá favorecer e fortalecer esse processo de naturalização. O que se busca definir, enquanto raça, é a categorização que orienta um comportamento racista no Brasil. A compreensão de que as características que remetem a ascendência africana, bem como, adereços, penteados e símbolos de identificação dessa ascendência cultural são vistos como etiquetadores para uma diferenciação negativa. Identifica-se um indivíduo que pode ser considerado inferior em uma hierarquia social.

A citação abaixo sintetiza essa ideia:

De fato, quando a “raça” está empiricamente presente ainda que seu nome não seja pronunciado, a diferenciação entre tipos de racismo só pode ser estabelecida através da análise de sua formação histórica particular, isto é, através da análise do modo específico como a classe social, a etnicidade, a nacionalidade e o gênero tornaram-se metáforas para a “raça” ou vice-versa. (GUIMARÃES, 1995, p. 32)

Com essa mesma percepção Bertulio (1989, p. 100) define a necessária compreensão de raça enquanto “noção estratificada pela própria sociedade que implica na percepção do ‘eu’ e do ‘outro’”. Essa percepção que denota inferioridade deve ser compreendida em um âmbito de humanidade, uma desconsideração do outro em sua identidade, em sua diferença cultural e racial. A inferioridade atravessa questões como classe, gênero e sexualidade, porém a compreensão por somente um desses vieses é limitada, pois o que, de fato, orienta essa diferenciação é a raça.

Guimarães (2005, p. 61)⁶ pontua ainda que a categorização de raça é importante, para além da análise do olhar do pesquisador para compreensão do fenômeno, mas principalmente para o processo de tomada de consciência dos próprios indivíduos negros. O autor conclama para se iniciar uma concepção racializada de si e do outro. Esse processo ajudará a reconstruir as identidades dessa população, enquanto pertencentes a um grupo, e reivindicar toda a ancestralidade e movimentos identitários de lutas e resistências dessa população que foi deslocada; o que chamamos de diáspora negra, ou atlântico negro, para identificar as populações negras da América Latina. Unindo-se à ancestralidade africana, contudo, sem negar os elementos de identificação negra da América Latina e do Brasil.

2.4 Diferenciação: racismo, preconceito, discriminação racial.

Tratam-se de conceitos e ideias que possuem suas definições: a) axiológicas; b) sociológicas e; c) contextualizadas para a nossa realidade cultural. Hoje se discute se a quantidade tão inflada de conceituações de fato ajuda a compreender o fenômeno do racismo, razão pela qual se passeará por todas, conforme as aproximações conceituais, definindo de maneira mais didática ao final do capítulo, para que possamos verificar as semelhanças, aproximações e principais usos dos conceitos. Salientando que os conceitos devem ser claros e simples para que ajudem a compreensão de fenômenos, sendo que na área de direitos sociais há uma percepção geral de que a quantidade terminológica pode afastar as pessoas de se arriscarem nas discussões, ainda que possuam as melhores das intenções.

Estabelecendo qual a compreensão de raça pela qual se inicia este estudo, objetivamos firmar as bases teóricas e conceituais com as quais se defende, nesta pesquisa, quais sejam os conceitos ideais a serem trabalhados pelo ordenamento jurídico brasileiro, de forma a não apenas deixar de reforçar uma realidade de sociedade com forte presença de discriminação racial nas raízes de suas instituições, mas, ainda, visando combater a solidificação tanto quanto a ampliação das desigualdades sociais.

⁶ Sobre isso: “Ao que parece, só um discurso racista de autodefesa pode recuperar o sentimento de dignidade, de orgulho e de autoconfiança, que foi corrompido por séculos de racismo universalista e ilustrado. O ressurgimento étnico é, quase sempre, amparado nas ideias gêmeas de uma *terra* a ser recuperada (o território dos antigos quilombos; ou a transformação, largamente simbólica, de bairros urbanos empobrecidos em comunidades ou “quilombos” negros), e de uma *cultura* a redimir e repurificar, no contato com uma África imaginária, a África trazida e mantida como memória” (GUIMARÃES, 2005, p. 61).

Machado (2000), partindo de uma análise da esfera de conceituação do racismo e de suas expressões, delinea o pensamento que parece consensual no campo da literatura sociológica, o qual consiste na definição de três diferentes dimensões do racismo: a) o racismo enquanto **ideologia**; b) o racismo enquanto **preconceito**; e c) o racismo enquanto **prática da discriminação**.

A partir dessa categorização idealizada por Machado (2000), é possível compreender o **racismo** como uma ideologia, enquanto o **preconceito** e a **prática da discriminação** constituem formas de manifestação do racismo. Essas manifestações do racismo possuem conceitos relativamente semelhantes, guardando considerável distanciamento do conceito primordial de racismo em sua dimensão ideológica. Assim, o racismo enquanto ideologia requer análise mais acurada pela relevância conceitual e ontológica que a distingue das outras dimensões, conceituadas como formas de manifestações do racismo propriamente dito.

São diversas as perspectivas a partir das quais se pode analisar essas três esferas que integram a problemática do racismo. A primeira, e talvez mais utilizada é atrelada à natureza humana, a qual, em relação ao racismo traria a ideia de que esta mecânica de diferenciação seria inerente e inevitável na vida em sociedade. Bem verdade é que a existência dessas relações de poder e de submissão com teorias de justificação por detrás não é nenhuma novidade histórica, podendo ser rastreada e verificada nas mais antigas civilizações, na afirmação de Vala e Lima (2004).

Dessa forma, pode-se enxergar o racismo como manifestação histórica de uma tendência humana em discriminar e subjugar grupos sociais diferentes. Ocorre que, caminhamos historicamente para relações de respeito mútuo e convivência harmônica com certo sucesso, elaborando tratados internacionais e globais, criando novas ferramentas de proteção, bem como instituições voltadas para efetivação desse respeito.

Nesse sentido, novamente no campo da sociologia, um dos principais problemas encontrados ao se estudar raça, é a percepção de um escamoteamento dessas caracterizações anteriormente exaltadas, sendo verificadas de maneira mais fácil as diferenças sob um prisma cultural. Para Machado (2000), hoje em dia o que se pode verificar na verdade é um sentimento geral de indesejabilidade do racismo. Uma rejeição em nível teórico ou racional da ideia do racismo. Esse é o paradoxo que se manifesta na atualidade, e é nessa realidade que as instituições jurídicas funcionam hoje.

Portanto, ainda que comprovadamente haja uma tendência humana (natural, instintiva ou mesmo biológica) para se diferenciar e subjugar aqueles diferenciados, é também inegável que há um crescente avanço na ética do cuidado com o outro. Trata-se de pensar a humanidade como um todo como uma única grande vida, que idealmente aprende com os erros e caminha para uma vida mais completa e serena. Se atualmente prevalece a rejeição à ideia do racismo, resta concentrar esforços investigativos para entender de que forma naturalizamos e encorajamos atitudes que ainda se comunicam com esse mesmo racismo, e de que forma utilizar os instrumentos que já possuímos da melhor maneira possível.

2.4.1 Discussão conceitual das terminologias e o racismo enquanto ideologia

Dentre as três esferas acima elencadas, a esfera conceitual do racismo sem dúvida é a que suscita a maior quantidade de considerações a serem feitas. Trata-se justamente da esfera da ideologia. O racismo é o subtexto por detrás, a narrativa, a racionalidade que justifica comportamentos e atitudes, que orienta um conjunto de crenças e factoides relacionados às diferenciações racializadas, como foi visto no primeiro ponto. É justamente como define Machado (2000, p. 13): “(o racismo é) [...] uma configuração multidimensional de crenças, emoções e orientações comportamentais.”

O racismo ideológico, portanto, estaria, para o citado autor, organizado em duas linhagens, uma seria referente a uma diferenciação e inferiorização racial e a outra em relação a uma diferenciação e inferiorização cultural. O Racismo, portanto, é a modulação de efeitos culturais das perspectivas racialistas, ou seja, das teorias de raças.

Em razão da tendência humana de diferenciação e subjugação, existe uma diversidade de conceitos que podem ser utilizados para expressar esse sentimento, em relação a diferentes grupos. Entre eles se destacam: etnocentrismo, regionalismo, bairrismo, antissemitismo, homofobia, machismo, sexismo, capacitismo. Em relação a perspectivas de caracterizações raciais, teríamos o etnocentrismo e o antissemitismo como principais aproximações da categoria ideia de racismo. Pode-se mesmo dizer que há a presença de racismo no antissemitismo, pois o ódio pregado ao povo judeu dirigia-se à totalidade daquela população em termos geográficos e biológicos. Contudo, reconhecemos que a discussão deverá ser mais especializada e aprofundada para que se possa firmar solo teórico de aproximação.

A aproximação entre racismo e etnocentrismo, por exemplo, pode ser verificada como ideologias que resultam em realidades diferentes ou o etnocentrismo como uma das formas de expressão do racismo. Nessa segunda visão o racismo seria mais identificado por um apego à diferenciação fenotípica, a verificação de traços hereditários na aparência física que podem ser atribuídos a populações específicas. Machado (2000) cita ainda um terceiro posicionamento que consideraria o etnicismo como uma expressão de preconceito e, portanto, caberia em uma definição mais alargada de racismo.

Compreendendo o racismo como ideologia e o preconceito como uma forma de manifestação dessa ideologia, poderia se perceber ainda diferentes tipos de preconceitos, dentre os quais estaria o etnicismo. No entanto, tomando-se a diferenciação como autorreferência, esta pode ser uma ferramenta de construção da identidade e autonomia dos sujeitos e dos grupos que, historicamente, foram considerados inferiores. Portanto, a aproximação entre etnicismo e racismo é teoricamente plausível, mas a forma como ocorre na realidade tem efeitos opostos.

As teorizações de racismo aqui reunidas são divididas entre o **racismo teórico**, (não se tratando especificamente do racismo voltado à população negra) e o racismo no seu **funcionamento** (direcionado à população negra). Nesta perspectiva de funcionamento, subdividido em: institucional, estrutural e cultural.

Em uma perspectiva teórica, elenca-se, em primeiro lugar, as definições trazidas por Van den Berghe (1995) e por James Jones (1973). Para Van den Berghe (1995), o racismo é o conjunto de crenças de que as diferenças podem ser geneticamente transmitidas e resultam, diretamente, em diferenças com significados socialmente atribuídos. Esses diferenças, com significados sociais específicos, seriam as bases para os grupos socialmente identificados como raça.

Para James Jones (1973), há uma identificação entre os conceitos de preconceito racial e etnocentrismo, e a chave para diferenciação do racismo, seriam os elementos **ação e poder**. O racismo se desenvolve a partir de um preconceito racial existente, e se concretizaria no exercício de poder contra o grupo que seja socialmente definido como inferior. Para o autor, o racismo se divide, a partir disso, em três tipos: o individual, o institucional e o cultural.

Sem adentrar ainda ao conceito de racismo direcionado à população negra, passa-se às definições trazidas pelo autor. Para Jones (1973) esses três tipos de racismo completariam em sua

totalidade a cobertura da vida dos indivíduos discriminados. O **racismo individual**, é identificado de maneira muito próxima ao que se definirá como preconceito, está concentrado na atuação de um indivíduo racista, envolvendo tanto a crença na superioridade da raça como o seu comportamento.

Jones (1973), conceituando o racismo em sua expressão individual, classifica o racista dominador e o aversivo. Isto implica uma diferença no discurso para expressão do racismo, de forma que se assemelha ao discurso que rechaça o racismo, em teoria, mas continua a expressá-lo em sua prática. O racista dominador, para o autor, é aquele que admite, reproduz e justifica suas atitudes com base na crença franca de superioridade/inferioridade. Enquanto que o aversivo, demonstra repulsa ou desejo de se manter distante do grupo considerado inferior, mas não justifica seu comportamento pela sua própria crença. Justifica seus atos pela crença da coletividade ou dos outros ou ainda por outras razões que originariamente também acabam por repousar na racionalidade de diferenciação de superioridade.

Um dos exemplos sugeridos pelo autor é o do indivíduo que não deseja que pessoas negras passem a morar em seu bairro, não por pensar racionalmente que não quer morar perto de pessoas negras, mas por uma crença de que o valor dos imóveis sofrerá redução no mercado caso a aparência de seus residentes mude. Esse exemplo de moradores de bairros brancos e negros é algo mais palpável na realidade norte-americana, onde mesmo após a política segregacionista, diversas políticas habitacionais foram feitas com direcionamento claro de divisão racial.

No Brasil, apesar de não ter havido uma política de segregação física, as periferias possuem a maior concentração de pessoas negras, áreas essas de elevado índice de crimes contra a vida e com forte barreira ao acesso da população aos serviços públicos e de infraestrutura. Segundo informam Mariani; Roncolato; Ducroquet; Tonglet (2015, *online*), enquanto nos Estados Unidos da América, onde houveram políticas expressamente racistas, as taxas de segregação chegam atualmente a oitenta por cento; no Brasil, mesmo sem ter havido qualquer política com esse objetivo claro, as taxas chegam, ainda hoje, a quarenta por cento de segregação racial.

A presença de racismo em discursos que não são frontais e explicitamente racistas é considerada por alguns autores como uma **sutileza** ou **racismo sutil**. Para Jones (1973) essa sutileza é quando se foge do que se entende comumente por racismo sem, no entanto, produzir resultados muito diferentes. Outro exemplo ao qual o autor faz referência é a atribuição de certos

talentos aos negros, que soa como elogio, mas que pode ser danoso e resultar em uma exigência maior para esse grupo do que aquilo que se exigiria dos brancos.

Para Dijk (1993) o elemento de racismo sutil vem como uma combinação em relação a estrutura e instituições. Essa sutileza, seria, portanto, justamente a aparente conformação social à norma formal que impõe o antirracismo, mas que acaba por produzir efeitos racistas. Esse tipo de racismo sutil será melhor abordado quando da crítica feita por Machado (2000) a ideia de racismo estrutural e institucional.

Dentro da tipificação trazida por Jones (1973), o racismo institucional é aquele que pode ser verificado a partir das ações oficiais. Nessa conceituação trazida pelo autor, o racismo institucional não se traduz na ideia mais difundida que se tem hoje, a de que o funcionamento das instituições ao produzir efeitos racistas configuram o racismo institucional, vez que configura um elemento essencial que seja uma política explícita do funcionamento dessas instituições. Nessa visão o racismo ocorreria mesmo que a instituição formalmente pressuponha uma igualdade e que não se proponha diretamente a reforçar o racismo em suas práticas. O fato da instituição não reconhecer que existe uma ideologia racista hegemônica na sociedade e que seus agentes (da instituição) as reproduzem em suas atividades, poderia ser enquadrado como um funcionamento institucional racista.

Essa consideração seria o mais próximo do senso comum atual sobre racismo institucional, em virtude de atualmente não possuímos políticas oficiais explicitamente racistas. Embora, verifiquemos a reprodução do racismo institucional no seu funcionamento cotidiano, por extensão dos racismos individuais de seus agentes.

Usando como referencial a sociedade norte-americana, Jones (1973) entende o racismo institucional difuso na sociedade como sendo, na verdade, a base sobre a qual se construiu a própria sociedade norte-americana. Para o autor as instituições são utilizadas como ferramentas de apoio para manutenção de privilégios de determinados grupos sociais e como obstáculo de mobilidade social dos demais grupos. Nesse aspecto, o autor frisa não ser mais essencial o elemento da intencionalidade, remetendo-se, provavelmente, à suposição institucional de igualdade de condições.

O terceiro tipo de racismo trazido por Jones é o **racismo cultural** que traz em seu bojo elementos dos racismos individual e institucional, ao serem, estes, parte de uma herança cultural que firma solo no pensamento da sociedade como um todo. O pensamento de que uma raça de fato é e deve ser tratada como inferior.

Para Machado (2000), a teoria do racismo institucional surgiu nos Estados Unidos da América, na década de 1960. Miller (1989) adotou a conceituação mais utilizada pelos teóricos, qual seja a de que esse racismo estaria encoberto e difuso como elemento reproduzido cotidianamente no funcionamento das instituições, seja por ação ou por omissão, com efeito direto de manutenção da população negra em situações de exclusão social.

Essa teoria parece advir de uma inquietude em relação a contraditória persistência dos efeitos das práticas racistas e mesmo de ações não declaradamente racistas, mas essencialmente direcionadas por pressupostos racializados, mesmo em contextos de aceitação do discurso antirracista.

Machado (2000, p. 30) chega a analisar o caso do racismo brasileira, em relação à falta de perceptividade do racismo e sua operacionalização nas nossas relações sociais. Para o autor grande parte da dificuldade está justamente nessa tentativa de se neutralizar o elemento racial das nossas relações culturais. Chegando a afirmar que “se as pessoas não definem as situações como raciais elas tendem a não se tornar raciais nas suas consequências.”

Isso nos remete às teorizações sobre o funcionamento do racismo no Brasil. Para Guimarães (1995) o racismo brasileiro tem o caráter heterofóbico de rechaçar símbolos fenotípicos que representam a diferença. Para o autor, antes mesmo da República, o africano representava o “outro”, aquele que decididamente era diferente, por não ser brasileiro. Com a miscigenação e a apreensão da negritude em brasileiros, o “outro” passa a ser identificado pelos símbolos de negritude, os traços físicos negros. Então, a figura do negro passa a ser associada a um estranhamento social, o não reconhecimento enquanto igual.

Com o fim da escravidão, os negros deixam de ser objetos legais e se inicia o processo que Florestan Fernandes (1965) chama de “metamorfose do escravo”, aquele que sempre foi identificado enquanto o “outro” deve ter suas características guardadas para que sempre possa ser

identificado enquanto diferente, ainda que haja a possibilidade formal e teórica de ser considerado igual.

A partir da década de 1930 com o início das teorias que justificam a criação do mito da democracia racial⁷, há um desejo pela eliminação da discriminação. No entanto, o debate teórico sobre o funcionamento do racismo é tão raso que o desejo é de se eliminar qualquer tipo de discurso estigmatizante, sem reconhecer que pessoas que foram formalmente e oficialmente discriminadas por quinhentos anos são objetivamente inviabilizadas de se encontrarem em situações de igualdade.

Para Bertulio (1989), a discriminação é vista como a manifestação comportamental do preconceito. Sendo o **preconceito** uma ideia daquele **racismo individual** conceituado no início deste ponto. O preconceito é a crença derivada da ideologia do racismo, mas uma crença que não faz esse caminho lógico e teórico e fica apenas com o produto dessa ideologia. A discriminação é quando a crença se manifesta, quando o preconceito passa a orientar as atitudes das pessoas.

A discriminação é dividida em direta e indireta, sendo o seu funcionamento de maneira indireta quando operado por meio das instituições. Dessa forma a discriminação indireta, aquela que produz efeitos discriminatórios, ainda que não reconheça o discurso racista, é uma operacionalização do racismo institucional. Sem apego a todas essas conceituações procura-se aqui fazer essas aproximações para que se entenda a ideia geral do funcionamento, evitando que a tentativa de conceituar para entender não acabe por atrapalhar a perceptividade desses fenômenos.

A discriminação da qual falamos é, portanto, aquela utilizada pra subjugar os grupos sociais. Lenz-Cesar (2003) traz a ideia de discriminação por um viés positivo, a qual escolho denominar de diferenciação positiva. Nessa perspectiva, se diferencia para entender que determinados grupos estão em situação diferente por terem sido tratados de maneira específica. A diferenciação positiva é a correlação do resgate da identidade racializada sobre a qual falamos ao longo do capítulo. Identificar a população negra e todo o processo histórico de apagamento e de inferiorização que

⁷ O mito da democracia racial é como ficou conhecido o esforço intelectual que se inicia com a obra de Gilberto Freyre “Casa Grande e Senzala” nos anos 30; a partir dos anos 50, Florestan Fernandes e Roger Bastides iniciam estudos que flagram que a tão difundida cordialidade entre as três raças no Brasil, não passa de um mito; para maior aprofundamento sugere-se a obra dos autores, intitulada “Branco e negro em São Paulo: ensaio sociológico sobre aspectos da formação, manifestações atuais e efeitos do preconceito de cor na sociedade paulistana”.

requer um tratamento diferenciado, para que se possa entender que atualmente não ocupam posições sociais privilegiadas.

É nesse aspecto que, a dimensão de igualdade formal e de cidadania previstas sem qualquer direcionamento diferenciado, acaba por fortalecer as desigualdades que foram geradas pela distinção histórica baseada em aspectos raciais. Hoje se tem ferramentas legítimas e institucionais que não só buscam não fortalecer essas realidades, mas que de fato se colocam com o objetivo de desconstruí-las.

Pode-se, então, continuar falando em um racismo institucional?

Para Machado (2000), a ideia de racismo institucional traz uma ideia de racismo sem sujeitos, sem racistas, e isso não indicaria um caminho para possível superação. A ideia de que o racismo continue a se reproduzir sem que haja uma clara apreciação das crenças racistas não deixaria espaço para se lutar por uma desconstrução do racismo.

No entanto, o que se tenta demonstrar não é que o racismo se perpetue sem que se abrace as crenças racistas, é perceber que muitas das coisas que absorvemos como naturais estão baseadas em crenças racistas e continuam a perpetuar esses efeitos discriminatórios em dimensão negativa. Machado (2000) acredita que o funcionamento contínuo e sincronizado de preconceitos individuais por parte dos agentes institucionais não pode significar um racismo por parte das instituições, por terem tido exemplos claros e vívidos de instituições que operavam sob discursos racistas. O Autor fala ainda que não se pode responsabilizar nenhum agente nessa perspectiva.

O que se tenta, porém, é perceber os graus de racismo e entender que o racismo mais sutil pode produzir efeitos tão perniciosos quanto aquele racismo explícito. Não se pode fazer nada quanto aos preconceitos individuais, que não se encontram sob esfera de regulação estatal/coletiva, mas se pode demonstrar como determinadas ações e discursos são expressões desse preconceito e, assim, buscar evitar que essas ações sejam reproduzidas em âmbito de ações oficiais, que impeçam a obtenção de direitos e serviços.

O principal efeito que se busca, porém, com a ampla difusão do funcionamento do racismo é que a população negra, destinatária dessas práticas discriminatórias, possa compreender de que forma pode ser afetada por essa rede de ações e qual a racionalidade que legitima esses discursos. Pois a força do racismo não está somente na discriminação, mas em fazer toda uma população se

sentir objetivamente inferior por ter nascido com um conjunto de características físicas que compõem no imaginário coletivo um símbolo específico.

Silvio Luiz de Almeida (2016) traz, ainda, o conceito de racismo estrutural que para ele apreende a ideia de que o racismo constitui um elemento de normalidade, e isso continua a ser reproduzido nas ações inconscientes.

Machado (2000) traz a crítica a essa ideia, indagando de que forma superar uma atitude, se se diz que é tomada de maneira inconsciente. Pois quando se fala em racismo reproduzido na ação inconsciente deve se entender os níveis de reprodução e entender ainda que as ações inconscientes são também construídas culturalmente, não se tratam somente de instintos naturais que nascem e permanecem por acaso no subconsciente das pessoas.

As ações passam a ser designadas nas caixinhas de normalidade, como a ideia trazida por Almeida (2016) e diversos outros elementos da vida humana e em sociedade, para que possamos exercer inúmeras ações contínuas e pensar somente em coisas que precisem de nossa atenção mais imediata. Quando se perpetua o racismo por cerca de quinhentos anos é natural que o racismo ideológico seja repassado como elemento de normalidade, e é essa a importância de analisar as ações que se reproduzem a partir dessa normalização do anormal.

A normalização em se desumanizar uma população produziu efeitos devastadores, e de alguma forma o discurso antirracista parece ter tido pouca potência em desnaturalizar as ações cotidianas que ainda carregam uma ideologia racista. A própria população a quem se destina o ideário discriminatório não consegue satisfatoriamente perceber o que ocorre, o que significa os olhares tortos, a sensação de desconforto ao ocupar certos lugares, a contínua desconsideração de seus intelectos, de suas falas, de suas subjetividades.

Não se pode, e nesse ponto há de se convergir à crítica tecida por Machado (2000), deixar de reconhecer os inegáveis avanços do antirracismo, em leis, em políticas públicas, em discursos oficiais adotados pelas instituições e mesmo pela propagação social que atualmente aceita a ideia de que o racismo é algo negativo. No entanto, os dados mais importantes para a superação e efetivação do antirracismo é perceber a exata forma de funcionamento da ideologia racista e de que forma podemos exigir das políticas oficiais de Estado e individuais.

Almeida (2016) apresenta dados contundentes, os quais demonstram que: atualmente o grupo social mais afetado no Brasil pela carga tributária são as mulheres negras; entre 2003 e 2013 a violência contra as mulheres brancas consegue recuar em cerca de 10%, ao passo que a violência contra as mulheres negras aumento em 60%; o discurso antirracista não mudou a realidade social desigual em 1930 e não mudou em 1980; e o discurso não pode andar ao largo da realidade contextualizada do racismo brasileiro.

Wieviorka (1991) teórico francês, é um dos teóricos utilizados por Machado (2000) em sua crítica à percepção do racismo institucional. Para Wieviorka, o racismo ao ser cooptado para um nível estatal segue quatro níveis de difusão.

O primeiro nível, infrarracismo, corresponde à presença de doutrinas, preconceitos e opiniões xenofóbicas, com defesa de atitudes discriminatórias e segregacionistas. Essas doutrinas foram o que deram início a uma legitimação científica do racismo nos séculos XIX e começo do XX.

O segundo nível o autor chama de racismo fragmentado ocorre quando a legitimação teórica passa a se manifestar de maneira menos eventual, com forte discriminação e segregação. Para o autor o que marca essa fase é que não há uma articulação entre essas violências cada vez mais frequentes. Essa articulação seria presente no terceiro nível de racismo político, com projetos direcionados de segregação racial.

Nessa perspectiva, os projetos mais comumente noticiados são os que visam a segregação geográfica, e aqui entra a importância das políticas habitacionais que frequentemente tiram grupos sociais desprivilegiados e costumam desloca-los para lugares mais distantes dos centros e dos bairros nobres, distanciando não só de seus bairros e locais em que se criaram mas de acessos à informação, educação, serviços básicos de infraestrutura e transporte, e ainda os distanciam do campo de visão da população socialmente privilegiada, poupando-os do desconforto da pobreza alheia.

O quarto nível seria então o racismo estatal, verificado em regimes de *apartheid*, onde há uma clara política de governo de classificação de uma população como menos digna que outras coexistentes. Para os autores somente nesses dois últimos níveis o racismo se formaliza como institucional, pois configura um fenômeno em proporções articuladas e mais graves. Portanto, nessa perspectiva, não poderia se falar em racismo institucional e estrutural em outros contextos,

principalmente em contextos de racismo sutil, pois a sutileza por si só pressuporia uma naturalização social do discurso antirracista.

Verifica que no Brasil o racismo percorreu todas essas fases, chegando inclusive a constar em um discurso oficial. No I Congresso Universal das Raças, em Londres, em 1911, o Brasil propôs o direcionamento político de tornar a população branca em um século, através da miscigenação, vendo a população negra como uma fase a ser superada. A legislação firmou por muito tempo que a população negra e analfabeta não possuía cidadania; que a população negra liberta impedida de acesso às terras seria presa, caso andasse pelas ruas sem ocupação formal; que sua religião e esporte seriam considerados crimes; e que os estrangeiros bem-vindos eram aqueles de pele branca.

Quando o racismo, porém, chegou ao quarto nível de racismo total e estatal, o simples posicionamento posterior antirracista no discurso oficial do Estado é capaz de reverter instantaneamente todas as outras fases percorridas pelo caminho? Essas fases se construíram a partir dos racismos individuais, racismos esses que se constroem a partir de teorias e justificativas e se integram às suas crenças individuais e são reproduzidas nos costumes e cultura. O poder dessa difusão que passa a ser legitimada e fortalecida pelas legislações não desaparece dos discursos habituais populares, ela continua a ser repassada em forma de cultura.

Portanto, quando se fala em racismo funcionando e sendo reproduzido a partir da lógica institucional significa que dessa forma alcançou o ápice do fortalecimento e difusão e que, mesmo os discursos formais mudando para uma forma diametralmente oposta, o funcionamento continua sob os mesmos moldes criados e fortalecidos. Não é que não haja atores, é que todos somos atores na nossa cota parte. As ações nos âmbitos coletivos devem se preocupar com a compreensão e com a identificação da operacionalidade e da presença do racismo nas ações cotidianas.

A crítica elaborada por Machado (2000), apesar de se colocar contra uma terminologia conceitual que ainda é atual quanto a operacionalidade do racismo, acerta ao verificar que o racismo não pode ser lido como um elemento intrínseco ao sistema, mas como um “complexo de atitudes e comportamentos contextualizado histórica e socialmente.” (MACHADO, 2000, p. 26). De fato, o racismo pode ser verificado como um elemento de normalidade inserido e fortalecido no funcionamento das instituições, mas essa inserção se deu por um contexto histórico e cultural. Não é impossível que as mesmas instituições continuem a funcionar sem o elemento de

normalidade em relação ao racismo, pois em seu discurso formal ele já foi eliminado, faltando de fato a efetiva percepção de sua continuidade prática e a sua superação através de um processo de negação cotidiana e material.

Para concluir as perspectivas teóricas e conceituais que se aproximam e tentam compreender o fenômeno do racismo, é importante que se analise o elemento **classe social**. O materialismo histórico e dialético formulado pelo marxismo clássico⁸ se apresenta como principal método de análise da questão racial no Brasil em uma perspectiva de luta de classes. É perceptível que, nesta pesquisa, esse não é o método escolhido para análise da questão racial no Brasil, por entender que extrapola a dinâmica de divisão de classes do nosso atual sistema econômico.

O recorte teórico escolhido para esta pesquisa entende que a questão racial vai além da perspectiva classista, embora compreenda que as relações de classe determinam as desigualdades sociais e, inclusive, pode ser muitas vezes utilizada como justificativa para difusão de práticas racistas não declaradas. A crítica ao uso da categoria de racismo institucional assevera o fato de que em muitos contextos sociais o racismo não é o único elemento que explica o caráter desprivilegiado de grupos minorizados⁹, a classe sempre será um elemento de acumulação de práticas diferenciadoras que subjagam mais facilmente as pessoas pobres.

Os negros, porém, encontram-se concentrados em classes desprivilegiadas por questões que são anteriores ao sistema econômico capitalista, conforme foi apresentado durante toda a pesquisa. Guimarães (1995) é um dos críticos ao método de análise do marxista, pois identifica que o racismo no Brasil, por um processo histórico se intercrucza com outros conceitos de hierarquia, como gênero e classe social, porém, essa perspectiva não concentra a totalidade da problemática racial em nosso país e acabou instrumentalizando em boa medida a pauta racial por uma perspectiva prioritariamente focada nas disputas de classe.

Dora Bertulio (1989) foi precursora do estudo teórico do racismo dentro da academia jurídica, em seu trabalho aborda essa questão em harmonia com o método escolhido nesta pesquisa e aponta

⁸ Por fugir ao escopo do presente trabalho, para ampliar mais informações do tema sugiro ler “O Capital” de Karl Marx, publicado em 1867.

⁹ Utiliza-se essa terminologia a partir de discussões dentro do Grupo de Direito das Minorias – CAPES, orientado na Faculdade de Direito da UFC pela Profa. Raquel Coelho de Freitas; compreendendo que os grupos comumente chamados como minoritários, em sua maioria, são grupos de população numerosa que se tornam minorizados no funcionamento das relações sociais.

que a questão racial passou em certa parte a ser tratada apenas como mais uma categoria na perspectiva da luta de classes.

Ao analisar historicamente, o que se percebe, entretanto, é uma apropriação por parte do capitalismo de uma situação de subjugação racial que já existia na prática e já era legitimada socialmente. Por fim, Bertulio (1989, p. 108) conclui que “Duas questões, pois se abrem: ou os negros são realmente física e intelectualmente inferiores aos brancos e, portanto, predestinados à pobreza e à miséria ou a questão racial extrapola a exploração capitalista de forma que os negros enfrentam dupla exploração: a racial e a de classe.”

A concretização do racismo, de fato, pode ser em boa medida verificada quando da manutenção coordenada da população negra nas classes desprivilegiadas. Entretanto, o racismo continua a operar dentre os negros que ascendem socialmente, agindo nessas pessoas ao se exigir uma negação de sua identidade enquanto negro e uma imposição assimilacionista que aparece como um custo social para permitir sua ascensão, conforme foi exposto no subcapítulo sobre *raça*.

2.4.2 *Diferenciações e aproximações conceituais: racismo, preconceito e discriminações.*

Diversas foram as classificações de racismo trazidas ao longo do texto. Entendendo que as discussões teóricas extrapolam as ferramentas para a didática, por essa razão, as suas aproximações serão elencadas de forma mais sucinta abaixo.

- O **racismo individual** é caracterizado pela crença originada na ideologia racista, sem que se faça o caminho teórico e racional para compreender o que significa essa crença. Se aproxima conceitualmente da ideia de **preconceito**, apesar de que para Jones (1973) este se caracteriza como uma atitude negativa em relação ao grupo diferenciado pela crença, mas ainda assim, essa atitude não extrapola para um ato ou expressão dessa crença.
- A **discriminação**, no sentido mais comumente usado, caracteriza-se como expressão do preconceito.
- A **discriminação direta** é a concretização da crença que se assumiu, quando se discrimina declaradamente (ainda que seja por uma motivação de racismo aversista, quando acredita se discriminar para não contrariar o *status quo*).

- A **discriminação indireta**, é uma categoria muito utilizada pelos teóricos norte-americanos, e usada para definir aquela discriminação que **não** se declara na forma de um discurso racista, mas produz efeitos discriminatórios com a mesma força do discurso racista. Isso dá por continuar a operar por uma inércia sociocultural a partir de pressupostos e atitudes preconceituosas dos agentes envolvidos. Essa definição se aproxima da ideia de **racismo institucional** que pode ser compreendido como o racismo que se institui oficialmente ou o racismo que se manifesta por meio das práticas viciadas desenvolvidas no funcionamento das instituições sociais.
- A **diferenciação positiva**, é o reconhecimento de que a categoria *raça* ainda opera social e culturalmente, podendo, dessa forma, identificar os efeitos das categorizações e racialização das relações. A perspectiva racializada de si e dos outros é também uma importante ferramenta de retomada da subjetividade dos sujeitos negros e da formação de suas identidades.
- O **racismo estrutural** é uma teoria (ALMEIDA, 2016) que se firma principalmente a partir de uma perspectiva racial da luta de classes. A identificação do racismo sendo intrínseco às relações sociais, passa a ser visto também como elemento de normalidade das instituições. Nessa teoria não há um vislumbre de superação do racismo, a não ser que se supere toda a estrutura social, econômica e ideológica do capitalismo.
- O **racismo cultural** também pressupõe o aspecto de normalidade, no âmbito do funcionamento das instituições. Entretanto, esse funcionamento não significa a única forma possível de se pensar essas estruturas, devendo ser considerados também os elementos históricos e culturais. Ademais, é importante ressaltar que, nessa teoria, a superação deve ser alcançada por uma perspectiva que envolva também os elementos culturais, e não apenas os elementos formais e legalistas.

2.5 Como os conceitos foram construídos nas leis e na jurisprudência.

Conforme o caminho traçado nesta pesquisa, passa-se a evidenciar o trato da legislação antidiscriminação brasileira, em descompasso com o real funcionamento da discriminação racial

no país. Assim, esta seção busca compreender de que forma os conceitos acima analisados foram incorporados à legislação, trazendo uma breve contextualização dos movimentos sociais que contribuíram para a ocorrência deste fenômeno.

Cumprido ressaltar, que o movimento negro no Brasil sempre foi muito ativo e angariou importantes conquistas para esse grupo social. As observações ora apresentadas sempre serão no sentido de contínuo aprimoramento das estratégias de luta e emancipação, situando a presente análise na dinâmica e na trajetória político-acadêmica do objeto de estudo. Não há uma diferenciação com intuito pejorativo ou de descarte de teorias anteriores, mas com o objetivo comum de continuar a aprofundar os estudos da temática, facilitando a compreensão popular, que tanto rejeita a realidade da existência de racismo no Brasil, por clara confusão dos próprios conceitos que permeiam a ideia de racismo e de discriminação racial.

A confusão entre os conceitos ocorreu também entre os próprios sujeitos que objetivaram genuinamente combater a discriminação racial com as legislações revogadas e vigentes. As principais leis antidiscriminação racial foram a Lei Afonso Arinos, nº 1.390 de 1951 (figura 5) e a Lei Caó, nº 7.716 de 1989 (figura 9). A primeira instituiu a discriminação racial como contravenção penal e a última como crime inafiançável. Prioritariamente, serão analisadas as definições de contravenção e de crime, formuladas pelas respectivas leis.

Para Racusen (2002), a principal característica da construção legal do conceito de discriminação racial no Brasil é o fato de haver produzido um conceito extremamente restrito. Um dos fundamentos que o autor utiliza é a comparação com os outros tipos de discriminação, tais como discriminação de gênero, de pessoas com deficiência, e de orientação sexual. Não que o combate a esses outros tipos de discriminação tenha sido absolutamente bem-sucedido, mas pelo fato de que as leis apresentam, em tese, situações muito específicas, difíceis de serem comprovadas nos casos concretos, exemplificando apenas um tipo de discriminação, baseando-se no modelo de segregação racial ocorrido nos Estados Unidos.

O fato de as leis trazerem conceitos muito restritos acaba não fornecendo fundamentos suficientes para que os juízes apliquem as leis com o objetivo precípua de reduzir a discriminação racial, ficando, os julgamentos, à mercê das crenças individuais, sem que haja uma orientação formal e jurídica que se sobreponha a essas crenças.

2.5.1 *Discriminação racial enquanto uma questão de preconceito*

Ambas as leis de combate ao racismo, Afonso Arinos e Caó, tipificam condutas como “impedir acesso” e “negar atendimento”. A Lei Afonso Arinos se refere somente a “preconceito”, enquanto que a Lei Caó faz referência a “discriminação ou preconceito”, utilizando os conceitos como sinônimos. Em ambos os diplomas legais se exige que a conduta tipificada seja motivada por um preconceito, aqui utilizando a conceituação adotada por esta pesquisa¹⁰, ou seja, exige-se além da conduta tipificada baseada no modelo segregacionista norte-americano, a comprovação de que a motivação fora com base em preconceito racial.

Logicamente, é muito difícil se comprovar um sentimento individual e íntimo que dera ensejo a uma atitude discriminatória, especialmente ao se entender a discriminação racial como um elemento de normalidade dentro do funcionamento das instituições. Entendimento esse que provém de uma naturalização de comportamentos racistas, significando que muitas vezes as pessoas são, naturalmente, preconceituosas sem saber¹¹.

Afirma Racusen (2002), a partir da análise de um banco de decisões judiciais, que, em virtude do pressuposto legal de que o preconceito é o elemento de motivação necessário para a constituição do crime, os juízes vem exigindo provas de que o acusado tenha se utilizado de uma visão explicitamente preconceituosa quando da ocorrência da atitude e, a partir dessa motivação, tenha concretizado o ato discriminatório.

O autor traz a lógica da diferenciação injustificável e verifica sua aplicação para alegações de discriminação por idade e gênero no ambiente de trabalho, em que os juízes comumente analisam dois fatores que constituem essa lógica. Primeiro, se a diferenciação fora praticada com um viés protetivo e, segundo, se o empregador poderia oferecer uma justificativa para tal diferenciação.

Porém, o autor pontua que a legislação brasileira antidiscriminação não incorpora a teoria da discriminação racial, enquanto uma diferenciação injustificada. Na lei brasileira a discriminação é

¹⁰ Conforme o segundo ponto deste capítulo, o preconceito se equipara a um racismo individual, a crença individual que pode ou não motivar atitudes que demonstrem esse sentimento.

¹¹ Em relação ao ato de discriminar, em pesquisa realizada em 1995 pela Folha de São Paulo (SCHWARCZ, 2012) 89% dos brasileiros disseram que há racismo no Brasil; apenas 10% admite tê-lo, enquanto que de maneira indireta, ou seja, não reconhecida, 87% revelaram preconceitos em suas falas.

tratada como um ato de preconceito, ou seja, apenas enquanto uma discriminação explícita. Essa análise feita por Racusen (2002), pontue-se, leva em conta um ponto de vista internacional, uma vez que o autor é norte-americano. Portanto, a perspectiva de que essa conceituação restrita é uma característica do Brasil, vem de uma comparação com os outros ordenamentos jurídicos que se conhece, principalmente o norte-americano.

Nesse sentido, analisou-se que a formação da nação brasileira, pensando principalmente na ideia de mito da democracia racial, oficializou um modo de pensar equivocado sobre as questões raciais no país. Esse pensamento está diretamente ligado à forma como a legislação brasileira apreendeu toda a temática racial. Pelas nossas leis, combate-se um racismo estrangeiro, o qual não pertence à realidade brasileira. Combate-se o racismo nos moldes norte-americanos e segregacionistas.

Com uma sociedade que refuta a ideia de racismo em seu funcionamento, a atividade judicial, ou reflete essa percepção de racismo como ato de preconceito ou mesmo é desempenhada como demonstração dos juízos individuais dos magistrados sobre a temática. Ocorre que, a ideia de não haver racismo, segundo o senso comum, aliada à uma legislação que se propõe a erradicar o racismo, mas o retrata e o tipifica somente enquanto ato de preconceito, acaba por afastar essa temática do âmbito de debate jurídico.

Esse afastamento se traduz em um escasso material para decisões jurídicas e um tratamento errôneo da temática, pois o direito deve funcionar com conceitos bem delineados que garantam uma segurança jurídica mínima aos bens tutelados. Não havendo trato eminentemente jurídico, as questões afeitas aos direitos das minorias terminam recaindo na esfera de opiniões e crenças individuais dos aplicadores do direito.

A atual legislação brasileira antidiscriminação não considera os diversos conceitos de racismo. Por outro lado, o esforço acadêmico nesse sentido ainda não conseguiu se consolidar para guiar razoavelmente as decisões jurídicas. Para essa finalidade, as pesquisas devem debruçar-se de fato sobre as categorias teóricas de forma a simplifica-las e organizá-las.

Machado, Lima e Neris (2016), analisaram 200 acórdãos, proferidos entre 1998 e 2010 em tribunais de nove estados brasileiros (Acre, Bahia, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia e São Paulo), e verificaram a inexistência de um padrão

argumentativo que orientasse as decisões, um padrão eminentemente jurídico sobre raça e racismo no tocante à população negra. Para os autores citados, os resultados das decisões apontam para a incompreensão da performatividade dos discursos racistas pelos tribunais brasileiros.

Racusen (2002) verificou, por meio de entrevistas e jornais, que o pensamento e a percepção geral à época da elaboração da Lei Afonso Arinos era justamente que as situações de preconceitos também foram importadas dos EUA para o Brasil no bojo do processo de industrialização. Quando alguns casos de preconceitos e discriminação foram publicizados, principalmente em relação à famosos estrangeiros, houve uma comoção nacional em defender a imagem formada de cordialidade entre as raças, como uma resposta e posicionamento internacional. Sem um reconhecimento e uma tentativa de estudar profundamente o fenômeno, antes da elaboração da legislação.

A lei Caó, por sua vez, também continuou a atuar em uma mesma esfera de combate à discriminação, a exemplo da Lei Afonso Arinos. Criou os direitos antidiscriminação em três esferas: a) lugares públicos; b) relações contratuais ou de emprego; e c) questões pessoais e familiares. Além da tipificação em ações de praticar, induzir ou incitar.

Em 1950 Afonso Arinos declarou (ANDREWS, 1991, p. 184): “Os agentes de injustiça (racial) são quase sempre gringos que são ignorantes das nossas tradições e insensíveis aos nossos velhos costumes de fraternidade racial.”

Enquanto que Carlos Alberto Caó declarou em 1988: “Racismo é atualmente punido como uma contravenção, o que permite que pessoas que cometeram atos discriminatórios paguem fianças e assim tem estimulado o crescimento de práticas racistas, fazendo o racismo um crime com penas, o Brasil deixará a lista de países discriminatórios.”¹²

Mudou-se a lei e a tipificação penal, mas permaneceu a ideia de que o racismo é puramente um ato de preconceito, que as ações devem ser vistas e tratadas como casos individuais. Permaneceu, em suma, a estrutura legal e a formalidade no trato do racismo, com pouca profundidade e distante do seu real funcionamento no Brasil.

¹² Justificação da proposição da lei – N.668 de 1988 no Diário do Congresso Nacional (1988). P. 2208-9. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15JUN1988.pdf#page=>>>.

Enquanto sintoma – e também parte da causa- da falha da legislação, o judiciário brasileiro tem dado respostas insuficientes em relação ao racismo. Uma pesquisa conduzida por Lyrio (2012), a qual analisou 200 processos envolvendo negros, reduzindo-se depois a 48 acórdãos criminais, com fito de identificar a eficácia da Lei Caó, nº 7.716/89 (que versa sobre preconceitos e discriminação por raça), verificou que nenhum deles condenou com base nessa lei e apenas seis a mencionariam em sua decisão. De acordo com pesquisa realizada por Rosenberg (1990), a diferença entre réus negros e brancos eram bem definidas, desde a dificuldade do acesso à justiça criminal, passando pela dificuldade maior de um réu negro em ter seu direito de ampla defesa respeitado e, por fim, a probabilidade de ser punido mais rigorosamente se mostrava significativamente maior, comparando-se aos réus brancos.

Um importante caso simbólico foi o caso de Simone André Diniz, levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1997, com decisão e relatório definidos em 2006. O caso diz respeito a uma candidata à empregada doméstica, vítima de discriminação racial, significando que não obteve a vaga desejada em razão de sua cor/raça¹³. O caso foi analisado pela Corte e a decisão foi a de que o Estado brasileiro apresentou resposta insuficiente para o caso e foram enumeradas, por essa razão, doze recomendações ao Estado brasileiro para combate à discriminação racial.

A fundamentação da decisão (CIDH, 2006) fez uma importante e bem contextualizada análise da forma como o racismo opera no Brasil:

a lei não define preconceito. Os brasileiros às vezes usam os termos preconceito, discriminação, racismo e desigualdade permutavelmente. O preconceito tem múltiplos significados no Brasil: ódio, intolerância, noções pré-concebidas sobre outra pessoa e depreciação verbal. A expressão de ódio, como um explícito crime de ódio de grupos de inspiração nazista é a forma mais fácil de preconceito analisado pelos juizes. Mas a noção de preconceito também se refere a mau tratamento velado por um perpetrador que age com base em noções pré-concebidas – o que é um tipo muito diferente de preconceito e difícil de ser assimilado pelos tribunais brasileiros. Esse standard aplicado pelo Judiciário brasileiro, levou até mesmo o governo a afirmar junto ao CERD que há decisões que não punem discriminação racial em razão da falta ou insuficiência de evidência ou fraude

¹³ O caso se iniciou após a pretensa contratante redigir um anúncio em busca de uma empregada doméstica com expressa preferência por candidatas da cor branca. A sra. Simone ligou para se candidatar, foi indagada acerca de sua cor e, após a resposta de que era negra, foi informada que não cumpria os requisitos para a vaga. A denúncia foi levada a delegacia mas o processo foi arquivado, dessa forma o caso foi levado à CIDH pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), a Subcomissão do Negro da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados, do Brasil (OAB/SP) e o Instituto do Negro Padre Batista. O relatório do caso pode ser lido no link:<<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>>.

maliciosa, que é considerada elemento subjetivo do crime. Em último ponto requer que o “ódio racial” seja provado, uma tarefa difícil de ser conseguida.

Ainda analisando-se a atuação do judiciário, a pesquisa nos acórdãos realizada por Machado; Lima; e Neris (2016) verificou um importante elemento dentro da forma como opera o racismo no Brasil que ainda não encontra respaldo dentro do universo jurídico: o instituto do insulto racial. A partir dessa identificação, a conclusão foi de que há uma dualidade, que pode também ser definida pelo distanciamento da forma como o insulto racial é analisado pelo judiciário em relação ao papel que ele desempenha dentro da manutenção da nossa sociedade racista e, principalmente, da importância do que constitui o racismo para suas vítimas.

A identificação dessa dualidade se comunica com o valor da linguagem, demonstrando que insultos que poderiam ser considerados brincadeiras ou ofensas proferidas no calor da discussão, não podem ser relativizados dentro do contexto sociocultural brasileiro. A performatividade diz respeito ao poder dos discursos, as simbologias e a importância dos aspectos sociais envolvidos.

O perfil do judiciário no Brasil contemporâneo é, ainda hoje e mesmo para pesquisadores, dado de difícil acesso. O primeiro censo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) data de 2012, com relatórios publicados em 2014. Conforme tirado do portal do CNJ¹⁴ o censo é “a primeira pesquisa destinada a traçar o perfil de magistrados e servidores de todos os tribunais e conselhos que compõem o Judiciário Brasileiro.” Esse dado por si só é alarmante.

O censo teve adesão de apenas sessenta por cento dos magistrados e servidores do judiciário, o que aponta realmente para um aspecto cultural de insujeição do Poder Judiciário ao crivo e regulamentação da população, como se não estivesse à serviço desta. O que foi extraído dessas análises é de que o perfil da magistratura consiste em homens brancos (84,5%), com média de idade de 45 anos, casado e com filhos. Para fins ilustrativos, complementa-se que 14% dos magistrados se declararam pardos; 1,4% pretos e apenas 0,1% se identificaram como indígenas.

A partir da obra de Sadek (2010) demonstra-se que o perfil do judiciário mudou significativamente e as opiniões estão em um nível arraçado de consonância com a sociedade brasileira. No entanto, a instituição continua rigidamente distanciada e com uma mentalidade “caracterizada pelo mando, pelo temor e pela reverência, trazendo às superfícies as raízes

¹⁴ Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario>>. Acesso em 15 fev. 2018.

profundas que sustentam uma sociedade pouco afeita a direitos, mas orientada a adquirir e preservar privilégios” (LINHARES; BARBOSA, 2017, p.156).

Não resta muito poder para uma legislação, principalmente uma que não fornece substrato teórico suficiente, de influenciar o conjunto de julgadores nascidos, criados e formados intelectualmente em um meio que não valoriza a necessidade de compreensão do racismo, ou mesmo nega a própria existência deste na sociedade. Viu-se, portanto, que a lei legitimou por muito tempo o racismo operacionalizando no funcionamento das nossas instituições e tradições. Porém, quando há uma mobilização que questiona esse funcionamento, a apreensão jurídica só pode dar-se na mesma medida em que esse debate ocorre na sociedade.

Mostrou-se que não se trata de um paradoxo, o combate expresso ao racismo no plano formal e a existência tão naturalizada de racismo no plano material, mas sim de um combate mal direcionado e de um reconhecimento forjado, que não condiz com a realidade. O reconhecimento formal de como o racismo de fato opera no Brasil ainda é um fator a ser conquistado.

O fato de a racionalidade jurídica presente nas leis não ser eficaz no combate à discriminação significa que o racismo opera dentro das estruturas jurídicas, em igual medida a que opera na sociedade em uma análise geral. Enquanto os debates avançam na sociedade encontrarão forte resistência para mudança das estruturas, pois que estas, que deveriam acompanhar o movimento social acabam sendo utilizadas para resguardar privilégios.

Dessa forma, deve-se reconhecer as estruturas jurídicas como reflexo do funcionamento geral da sociedade, bem como compreender que deve estar sempre atrelada e orientada pelo bem dessa mesma sociedade, devendo esta, se atentar para o funcionamento com ativa fiscalização. A nossa legislação não possui o poder de mudar toda uma racionalidade social “de cima para baixo” mas pode e deve acompanhar os movimentos sociais, colher os estudos provenientes da academia, e aprimorar essas estruturas que constroem a vida coletiva.

No capítulo seguinte será analisado cronologicamente o trato da temática racial na legislação brasileira, com foco nas legislações constitucionais/federais.

3 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS RACIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O presente capítulo intenta traçar a trajetória dos direitos raciais, nas leis, a partir das constituições brasileiras, bem como de leis esparsas com relevância a ser justificada. A história do Brasil é importante ao Direito, pois este traz a história entranhada no funcionamento das instituições que regulam toda a sociedade, as mesmas instituições que atualmente espera-se que freiem os anseios autoritários dos representantes políticos eleitos. Para tanto, utilizou-se como parâmetro a pesquisa desenvolvida por Lenz-Cesar (2003)¹⁵ em um direcionamento cronológico, acerca da construção da igualdade racial brasileira, traçando o arcabouço legislativo que norteia a escolha metodológica desse capítulo.

Lenz-Cesar (2003) mapeou a legislação brasileira, com foco em temáticas raciais a fim de verificar a construção da igualdade racial; teve por parâmetro a construção da igualdade racial. O parâmetro utilizado por Lenz-Cesar tem o parâmetro da igualdade, enquanto a construção do presente trabalho segue a evolução constitucional brasileira, analisando de que forma tem sido tratada a questão racial em nossas leis.

Neste trabalho, as questões raciais terão ainda uma subdivisão:

- a) de 1824 a 1849, período onde a escravidão ainda era legitimada sem nenhuma lei abolicionista (apesar de já haver movimento) – figura 1;
- b) 1850 a 1889, período no qual se concretiza a legislação abolicionista - figura 2;
- c) 1890 a 1933, iniciando com o advento de um novo código penal e seguindo com a constituição de 1891, marcando o início do Brasil enquanto república – figura 3;

¹⁵ A Autora atualmente é conhecida por Raquel Coelho de Freitas, mas a publicação utilizada na pesquisa ainda se encontra sob a titulação de Raquel Coelho Lenz-Cesar.

- d) 1933 a 1944, período que compreende duas eras constitucionais, incluindo um período ditatorial – figura 4;
- e) 1945 a 1966, período que consegue unir uma constituição redemocratizante e um período de transição para o regime ditatorial militar – figura 5;
- f) 1967 a 1987, apesar da concretização da ditadura a partir de Atos Institucionais se estuda esse período a partir da Constituição de 1967 – figura 6;
- g) 1988 aos dias atuais, essa era redemocratizante será tratada no capítulo seguinte para debruçar-se com mais demora sobre os processos de cidadania envolvidos desde a constituinte até a elaboração dos dispositivos constitucionais – figura 9;.

Importante ressaltar de que forma entra no ordenamento jurídico brasileiro as discussões que rodeiam as escolhas do legislador, discussões muitas vezes trazidas da Europa e conceito muitas vezes aplicados em dissonância com a realidade social brasileira. Verificou-se também a mutação que esse mesmo conceito de igualdade passa a sofrer dentro do nosso ordenamento, suas relações e efeitos com o mundo dos fatos.

O tema do capítulo, portanto, é um só e dessa forma a divisão dentro capítulo será feita cronologicamente, considerando-se principalmente as diferentes eras constitucionais. Começa-se a análise legislativa a partir da constituição de 1824 redigida sob os moldes do Brasil Império, o qual ainda comportava o regime escravocrata porém inserido no contexto global influenciado pelo ideário liberal, posteriormente conhecido como liberal-burguês, conhecido por eventos marcantes desse cenário como a Revolução Francesa (1789-1799), a Revolução Norte-Americana (1785-1783) e a Revolução Haitiana (1791-1804).

3.1 1824 – 1849

Foi realizado o recorte, iniciando-se com a constituição de 1824, por ser a primeira constituição do País e por inaugurar uma organização de Estado segundo um diploma, que orienta todas as demais leis que poderão vir a surgir; é a partir dos ordenamentos constitucionais também, que se começa um padrão de regras e de reconhecimento normativo das relações de raça e de poder. Começamos, portanto, com a primeira organização de Estado do Brasil.

A Constituição de 1824 foi um diploma legal de continuidade¹⁶, no que tange ao regime escravocrata, uma vez que instaurou o Estado de Direito do Brasil, mas manteve a prática já existente da escravidão, apenas chancelando-a com status constitucional. Nesse caso, já havia uma legitimidade jurídica informal que permitia o regime escravocrata, seguindo-se apenas a uma formalização de uma realidade existente.

Para a população negra, portanto, a Constituição de 1824 não instaurou uma nova era, apenas legitimou sob novos moldes o que já ocorria. Da mesma forma ocorreu em relação ao governo em seu formato Império, o qual permaneceu inalterado com a outorgação da nova constituição. Para entender esse fator, é necessário que entendamos que as normas que primeiro legitimam a escravidão são as normas que operam como forças sociais e podem ser consideradas normas sociais, essas normas sociais caso não sejam bem representadas no diploma constitucional podem tornar este diploma inócuo, sem qualquer efetividade (LASALLE, 1862). Essas normas sociais e o papel que devem representar dentro das legislações pode ser destacado quando da justificação de manutenção de um regime, como no caso da primeira constituição; e podem também ser destacadas, quanto à pouca efetividade das normas atuais antirracismo e, conforme se demonstrará ao longo do capítulo, como encontraram obstáculo na dificuldade de se reconhecer a existência e a operacionalização do racismo no Brasil.

O contexto, é o de forte influência de um ideário liberal que se caracterizava principalmente por uma igualdade formal, assim chamada por não trazer consigo meios que pudesse concretizar verdadeiras igualdades. O ideário que serviu de pano de fundo para a revolução norte-americana, por exemplo, previa a igualdade e liberdade para todos os cidadãos.

Ocorre que, naquela sociedade, ainda imperava o modelo econômico baseado na escravidão, dessa forma a igualdade fora adaptada para coexistir com esse cenário: os escravizados não poderiam ser considerados cidadãos; sendo realocados em condição inferior aos demais habitantes

¹⁶ No último capítulo, traz-se as ideias do tempo do direito de François Ost (2005); para o Autor, as constituições representam rupturas institucionais, novas eras no Estado. De fato, essa constituição inaugura a forma organizacional do País, mas as normas sociais que legitimaram a escravidão, e em atenção a esse aspecto social, a constituição representou continuidade.

do estado nação, em consonância ao ideário darwinista que predominava à época e que considerava os seres negros biologicamente inferiores aos brancos.

A única menção a igualdade entre raças e proibição explícita de um cenário escravista constou do projeto de constituição da Revolução Haitiana, a qual foi sufocada por forças beligerantes e, até hoje, pouco se recorda acerca da força dos movimentos que a constituíram. A simples existência desse projeto nos traz o vislumbre de que as revoluções francesas e norte-americanas de que tanto falamos não eram lacônicas por acaso, mas representavam uma escolha, diante de um cenário possível de igualdade entre as raças, de se perpetuar a escravidão e fortalecer a ideia de igualdade e liberdade apenas para alguns grupos sociais.

No Brasil, as forças políticas se misturavam no ordenamento jurídico. Perdurou durante algum tempo a formação jurídica em Portugal, quando os juristas não eram legítimos portugueses que se estabeleciam aqui, a manutenção do *status quo* e poder da coroa portuguesa era um dos fortes objetivos. Com a independência do Brasil (1822) em relação à metrópole Portugal, há o rompimento de controle da coroa portuguesa sob sua até então colônia, subsistindo, no entanto, o caráter de um ordenamento jurídico preocupado em manter a ordem social estabelecida.

Portanto, não se admira que a influência externa tenha sido centrada nos ideários liberais burgueses trazidos juntamente ao ideário darwinista, resultando em extrema política eugenista¹⁷. Quando se fala em igualdade formal, o que realmente se traduz é uma política prevista para manutenção das desigualdades da forma como estavam estabelecidas sob um manto jurídico e politicamente justificável perante à população. Não há que se falar, portanto, em neutralidade, ideia que pode ser depreendida ao tratarmos do conceito de igualdade formal.

O critério utilitarista (LENZ-CESAR, 2003) por exemplo, define-se por uma ideia de igualdade perante a lei, através de uma noção de utilidade pública ou utilidade para o bem da sociedade como um todo, utilidade essa que, é claro, era definida de acordo com os grupos sociais mais elevados, juridicamente definidos como os grupos aos quais as leis asseguravam plena igualdade e liberdade.

Nesse contexto, na Constituição de 1824, a primeira constituição brasileira, reverbera todas essas influências liberais de caráter elitista, eugenista, escravista e com fins de manter tudo

¹⁷ Sobre o assunto sugere-se a leitura de artigo intitulado “Eugenia: a higiene como estratégia de segregação.” De Christiane Gioppo, disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40601996000100015>.

conforme a ordem vigente, mas, de certa forma, parecer em consonância com o ideário que havia se instalado a partir das revoluções liberais. Percebia-se a divisão entre classes sociais se sobrepor à unidade primordial dos seres humanos (o debate continua pela necessidade de nos percebermos enquanto conjunto de seres que dividem espaço, mas à época mesmo a unidade dos seres humanos era ainda disputa a ser travada).

Na Constituição Política do Império do Brasil outorgada em 25 de março de 1824 constou (figura 1):

- exclusão da classe social dos escravizados da categoria privilegiada de cidadãos brasileiros, dentre os quais poderiam constar desde que libertos (art. 6, I);

- permissão da punição e desferimento de castigos físicos aos escravizados, ao proibir somente as penas consideradas cruéis, regra esta que sequer chegou a ser observada (LENZ-CESAR, 2003, p. 199), (art. 179, XIX);

- expressa posição utilitarista ao definir que nenhuma lei seria estabelecida sem utilidade pública (art. 179, II).

O que se verifica é que mesmo após a influência de um ideário liberal que inclusive culminou na declaração universal dos direitos humanos, os direitos às pessoas negras ainda era um terreno instável e não só não reconhecido, mas deliberadamente negado. A contradição de uma pretensa igualdade era flagrante, ao deparar-se, por exemplo, com Lei n. 1 do Rio de Janeiro (à época capital do Brasil), sancionada em 1837 e transformada no Decreto n. 15 em 1839, que proibia o direito a instrução pública, dentre também portadores de moléstias graves, aos escravizados e “pretos africanos, ainda que libertos”.

O Código Penal de 1830 redigido sob influência do mesmo ideário liberal traz ainda elemento que, na prática, criminalizava o exercício de religiões de matizes africanas, ao trazer, no Capítulo intitulado “Offensas da religião, da moral, e dos bons costumes”, o art. 276 que tipificava enquanto crime “Celebrar em casa, ou edifício, que tenha alguma forma exterior de templo ou publicamente em qualquer lugar, o culto de outra religião que não seja a do Estado.” Estando o Brasil sob égide do império, pode se traduzir que a religião do Estado seria o catolicismo.

Como vimos, dentro da ordem constitucional vigente, havia a possibilidade de cidadania para o negro africano caso este fosse liberto, de que forma então se legitimava a proibição a instrução a essas pessoas senão por uma escolha política de manutenção da divisão social estabelecida e cujas consequências se observa até os dias atuais. Não havia o reconhecimento profundo e essencial da natureza humana dos negros em território brasileiro, por oportunismo ou por influência do meio político, econômico e cultural.

No entanto, ao redor do mundo começou-se a pressão pelo fim da escravidão. Finalmente os percussores da igualdade apenas entre os definidos como iguais aos poucos foram pressionados a enxergar o paradoxo de se considerar um regime liberal com uma economia baseada em grupos de seres humanos escravizados em decorrência de sua descendência.

3.2 1850-1889

Ainda sob égide da constituição de 1824, o período entre 1850 a 1890 foi, entretanto, marcado excepcionalmente pelas leis que juntas formaram o conjunto de leis abolicionistas. Estas faziam parte de uma disputa política na qual se pretendia uma transição lenta e gradual de um sistema escravista para um sistema com trabalhadores livres e assalariados.

Os movimentos abolicionistas por todo o mundo passaram a utilizar-se também de argumentos religiosos e morais como ferramenta para adentrar e atingir até mesmo quem fizesse parte dos grupos de elite; e foi o que, de fato, ocorreu. A diversificação e heterogeneidade dos grupos a favor dos abolicionismos também estava movido pelo medo de uma possível revolta por parte da população negra. Não por acaso a primeira medida no conjunto de leis que promoveram paulatinamente o fim da escravidão foi a proibição da vinda de novos escravizados.

Diante da ocorrência de diversas revoltas ao redor do mundo e as que começavam a suceder no Brasil, como a Revolta do Manoel Congo¹⁸, uma importante preocupação era evitar que o número de escravizados ultrapassasse em muito o número de civis. A primeira lei considerada abolicionista, portanto, foi na verdade uma resposta à pressão da Inglaterra pelo fim do tráfico

¹⁸ Revolta escrava ocorrida no período de 1838 a 1839 no Vale da Paraíba no Rio de Janeiro.

negreiro¹⁹ e foi editada em 1831 sendo conhecida como a “Lei para Inglês Ver”, pois o real fim da comercialização de escravizados no Brasil começou tão somente com a Lei Eusébio de Queirós em 1850. Na verdade, a lei de 1831 acabou por potencializar o comércio ao qual pretendia dar fim, instaurando uma certa instabilidade que legitimou um aumento de preços por parte dos comerciantes.

A lei de 1831 ficou conhecida pela expressão acima referida e é difundida com essa simbologia, que pode ser interpretada como uma lei que já nasceu com sua intenção corrompida, com intenção de responder a uma pressão, e não com uma verdadeira intenção de se fazer cumprida. Atualmente, porém, há estudiosos como Mamigonian (2017) que acreditam que a lei na verdade apresentou medidas mais extensas e mais rígidas do que teria sido cobrado a princípio do Estado Brasileiro, mas a sua ineficácia teria se dado por outra razão. Para a Autora esse ocorrido já era na verdade um forte indício da dificuldade de se mudar configurações sociais e culturais (no caso da escravidão mudando-se a configuração econômica também) no Brasil através de leis.

Neves (2007) atentou para a dificuldade de se trazer ideais e teorias sociais e jurídicas para o Brasil por se tratar, aqui, de uma realidade periférica que funciona de maneira distinta e que possui uma construção de cidadania também completamente distinta dos polos de poderes globais. Para o Autor a mera edição de leis, mesmo quando editadas como respostas a movimentos sociais, e mesmo quando consideradas vitórias por esses mesmos movimentos, muitas vezes não só não atingem a meta social almejada como objetivamente podem representar um obstáculo.

A simbologia da lei como obstáculo a uma mudança social se explica justamente pela expectativa idealista de que a lei por si só representaria em si o fim almejado, quando na verdade se representa apenas o reconhecimento da necessidade de uma mudança, que deverá ser iniciada a partir dos termos, ações e orientações definidos em lei mas que atravessam toda a sociedade. A efetiva mudança em um corpo social, principalmente ao se tratar de um corpo social periférico, é batalhada a duras penas com ações concretas, políticas sociais, educacionais e, infelizmente, também repressivas. Especificamente no caso do Brasil, significa conter uma população com pouca crença em suas instituições por estas instituições, de fato, serem pouco efetivas em suas práticas.

¹⁹ A maior motivação inglesa era a potencialidade de se ter um mercado de consumidores em seu país e de manter um terreno de mão de obra barata no próprio continente africano.

Alonso (2014) fez importante pesquisa com almejo de evidenciar a participação efetiva de agentes sociais que permearam e deram força ao movimento abolicionista. Muitas vezes, esse movimento é lembrado como fruto de políticas externas, respostas a pressões diplomáticas e interesses dos grupos sociais no poder; é claro que houve qualquer interesse para que tenha se efetivado a abolição mas o movimento capitaneado a partir de forças internas e que atravessavam verticalmente as estruturas sociais do país talvez seja o elemento que de fato resulta em uma mudança social e cultural em uma sociedade. O envolvimento por inteiro de uma nação em relação ao seu destino não pode ser substituído pela edição de uma lei.

Portanto, as intenções redigidas na lei de 1831, que intentava evitar que o número de escravizados no Brasil continuasse a crescer, são objeto de uma disputa que provavelmente não se findará, pois representa uma difícil missão remontar-se a verdadeira intenção do legislador. Embora esta intenção não pode ser completamente descartada por ter-se mostrado ineficaz, uma vez que o legislador poderia ter a verdadeira intenção de ver finda a escravidão no Brasil, porém sem o verdadeiro envolvimento dos mais importantes pilares sociais não ocorreu uma verdadeira transformação.

Os argumentos morais e religiosos que foram em outros países utilizados para chamar atenção à crueldade paradoxal de se escravizar sob o manto dos ensinamentos cristãos, foram aqui também utilizados para justificar uma suposta caridade ao se trazer africanos para uma sociedade civilizada e cristã (LENZ-CESAR, 2003, p.197-198). Em contraponto, a imagem aqui ilustrada da sociedade africana, na qual seriam prisioneiros de guerra e privados da luz do evangelho cristão, é a mesmo que comportava que uma descendência étnica fosse submetida a condição inumana.

Duas décadas após a edição dessa lei de 1831, que falhou em pôr fim ao tráfico de negros, foi editada a Lei 581 de 1850 chamada Lei Eusébio de Queiroz, lei que efetivamente, após serem editadas as penalidades e a forma sob a qual seriam observados seu cumprimento, conseguiu impedir que se aumentasse o número de escravizados em território brasileiro.

Pires (2016) chama atenção ainda para a Lei 601 – Lei de Terras, editada em 1850 que proibia qualquer aquisição de terras que não fosse mediante compra. Repare ter sido editada após o início das leis abolicionistas, época na qual já havia a ocorrência de negros alforriados ou libertos; aos quais, para terem qualquer meio de subsistência, por vezes eram doadas frações de terra. Ora, de

que forma seria concreta a libertação de um escravo se lhe fosse jogado à própria sorte em uma sociedade que julgava não serem da mesma condição humana aqueles nascidos sob a cor negra.

Por esse raciocínio vê-se a clara escolha, a clara manutenção do mesmo raciocínio que permite a escravidão ao se editar Lei que passa a proibir a aquisição de terras senão mediante compra, extinguindo o instituto das sesmarias. Portanto, as terras foram doadas até então para se permitir e potencializar a colonização, mas à medida que os negros passam a ser libertos e passam a ter a mínima possibilidade de acesso a uma existência digna e autônoma, as terras passam a ser objeto exclusivo de compra e venda.

Interessa aqui fazer um contraponto, a partir da “Representação à Assembleia Constituinte sobre a Escravatura”, publicada em Paris em 1825, referente à representação de José Bonifácio D’Andrada que teria sido escrita durante a assembleia constituinte que formularia a primeira constituição brasileira, sob égide do império, antes de ser dissolvida pelo Imperador.

Na representação se propunha, dentre os artigos sugeridos que previam o fim da escravidão e a gradual emancipação dos negros, o seguinte artigo: “art. X- Todos os homens de côr forros, que não tiverem officio, ou modo certo de vida, receberão do Estado huma pequena sesmaria de terra para cultivarem, e receberão outro sim dele os socorros necessários para se estabelecerem [...].” Interessante se pensar que não ocorreu antes por falta de suscitar-se o debate ou por apenas agir conforme o pensamento da época, mas sim por uma definida escolha política; apenas por escolha se justifica que trinta anos após a escrita de referida representação ao ser timidamente iniciada a abolição efetiva da escravidão, esta não tenha sido acompanhada de um movimento pela emancipação dos negros libertos mas, ao contrário, acompanhada por ações que impedissem essa emancipação que mal começou a ser desenhada.

Fernandes (2008) definiu esse movimento de emancipação não como um acompanhamento do abolicionismo mas como um verdadeiro movimento abolicionista em si, que teria se iniciado em um segundo momento, sob a égide da república e que findaria tão somente “quando o negro tiver suprimido, pelo esforço e pelos frutos de seu próprio trabalho, as fronteiras que separam os homens livres na sociedade de classes...” , fronteiras que até hoje encontram-se enraizadas não nas estruturas formais, mas nas estruturas naturalizadas que mantiveram o negro como grupo social marginalizado e inferior em nossa sociedade.

Em 1871 tivemos a Lei do Ventre Livre – Lei 2.040, a terceira lei com intento abolicionista, mas a segunda a partir da década de 1850, quando de fato essas medidas começaram a ser efetivadas. A Lei do Ventre Livre definia que todos os escravizados a partir de então nascidos seriam considerados livres, a lei visava impedir a perpetuação da escravidão a partir da reprodução entre os próprios escravizados, seguindo-se ao ensejo que motivou a proibição do tráfico de escravizados. Giacomini (2012) fez uma importante consideração aos efeitos dessa lei, que acabava por separar milhares de crianças de suas mães com pouco ou nenhum apoio do Estado. À época a instituição da Casa da Roda era uma ferramenta de caridade utilizada pela igreja para entrega de filhos indesejados, não restritos aos filhos de escravizados, mas que acabava por ser amplamente utilizado para esse fim; a Casa da Roda era uma forma de se abandonar uma criança com uma mínima perspectiva de que a criança sobreviveria, porém com a possibilidade de a mãe biológica não ser identificada.

Ocorre que em nossa sociedade, tão somente com o Estatuto da Criança e do Adolescente em 2009, é que se estabeleceu a igualdade entre filhos biológicos e aqueles que se filiam a partir do afeto, significando que a carga moral negativa sempre foi muito forte em relação a crianças abandonadas, e pouco se valorizava a adoção. Dessa forma essas instituições de caridade careciam de recursos para os cuidados necessários à criação dessas crianças, e, infelizmente, também não representava uma opção de acolhimento e segurança. Segundo a Autora o principal efeito da Lei Áurea foi o ímpeto de se livrar desses filhos das escravas e separá-los de suas mães logo após o nascimento, e esse conjunto de elementos acabou por desenhar um quadro de intenso infanticídio.

Em 1885 se deu seguimento à política de transição, conhecida como lenta e gradual da escravidão para uma sociedade de trabalhadores livres, com a chamada Lei dos Sexagenários, que libertava os escravizados com mais de sessenta anos que trabalhassem por mais três anos de graça aos seus senhores, como preço por sua liberdade. Interessa pontuar que, atualmente, a aposentadoria prevista para os homens em nosso país é com a idade de 65 anos, idade a qual seria considerado por demais penosa a atividade laborativa para a saúde física. Portanto, daí se extrai a pouca probabilidade ou a fragilidade na qual se encontrariam os destinatários dessa lei, sendo uma premiação talvez para aqueles que conseguissem sobreviver por tanto tempo.

No entanto, ao sobreviver com o maior dos sacrifícios, a liberdade dada na idade na qual nos tornamos todos menos independentes e mais necessitados de cuidados, seriam esses negros

jogados à própria sorte, sem direito a terras, sem condições para trabalhar, e com pouco apoio do Estado. As quantias previstas nessa Lei e também na Lei do Ventre Livre eram de destinação ao Senhor dos escravizados, não havia qualquer previsão de ajuda financeira ou apoio social aos escravizados que eram libertos.

Não podendo, entretanto, como já se desenhou ao tratar-se da lei que declarava livres os escravizados trazidos de fora do império, de 1831, deixar de reconhecer que os efeitos decorrentes das leis não significam que sua redação tenha o objetivo corrompido. Na verdade, os estudos indicam, ao contrário, que a Lei do Sexagenário representou uma importante conquista do movimento abolicionista, e travou disputa que culminou em renúncia do então presidente da Câmara, dissolução e formação de uma nova Assembleia Geral (como se chamava o hoje denominado Congresso Nacional).

Por vezes as disputas que pretendem mudanças estruturais são as mais protegidas por movimentos conservadores, em proteções de diversas camadas, cabendo aos tendentes a uma mudança negociar e analisar a retirada de cada uma dessas camadas. A história demonstra que, muitas vezes, algumas dessas camadas, ao serem precocemente ou isoladamente negociadas, podem apenas tornar mais vulnerável o que se busca proteger. As análises críticas empreendidas por pesquisadores sociais são geralmente buscando aprimorar a vida em sociedade, apresentando junto à falha memória coletiva, os erros já passados para que não continuemos a andar em círculos.

A importância da negociação da Lei Sexagenária em 1885 é facilmente percebida pela aproximação cronológica à Lei Áurea – Lei de n. 3.353²⁰ que, finalmente, pôs fim a escravidão de maneira geral em 1888. A lei sucintamente põe fim ao regime escravista. Lembrando que a Constituição de 1824 foi outorgada em caráter autoritário, diferentemente da razoável proposta de Representação à Assembleia Constituinte escrito por D’Andrada que previa o fim da escravidão aliado necessariamente à emancipação da população negra até então escravizada. A Lei Áurea, que poderia ser considerada atitude ingênua se não se soubesse muito bem planejada, apenas previu o fim da escravidão, como se observa do grifo abaixo (lei na íntegra):

²⁰ Em 2018 celebra-se os 130 anos da abolição da escravatura, chegando-se quase à metade do período de mais de 300 anos durante o qual perdurou-se no Brasil a escravidão em si; vê-se que os temas que a circundam ainda se fazem urgentes por se tratar de fato historicamente recente na história do país.

LEI Nº 3.353, DE 13 DE MAIO DE 1888.

Declara extinta a escravidão no Brasil.

A Princesa Imperial Regente, em nome de Sua Majestade o Imperador, o Senhor D. Pedro II, faz saber a todos os súditos do Império que a Assembléa Geral decretou e ela sancionou a lei seguinte:

Art. 1º: É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brazil.

Art. 2º: Revogam-se as disposições em contrário.

Manda, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nella se contém.

O secretário de Estado dos Negócios da Agricultura, Comercio e Obras Publicas e interino dos Negócios Estrangeiros, Bacharel Rodrigo Augusto da Silva, do Conselho de sua Majestade o Imperador, o faça imprimir, publicar e correr.

Dada no Palácio do Rio de Janeiro, em 13 de maio de 1888, 67º da Independência e do Império.

Prinzeza Imperial Regente.

Entendendo a importância de demonstrar o que aqui se argumenta através da citação direta da lei acima mencionada que definiu em elevado grau de importância, não só ela, mas considerada em conjunto com as demais leis abolicionistas, o futuro desenho social dessa população negra trazida para ser escravizada.

Extingue-se o modelo econômico mas não apresenta, o Estado, qualquer esforço ou mesmo qualquer reconhecimento diante o absurdo que representava não só a escravidão, mas a racionalidade por detrás que a sustentou e que, ainda que finda oficialmente, continuou por sustentar a forma como o negro era visto socialmente, e, inevitavelmente, o direito - e suas leis, enquanto instituição fruto do contexto social onde se encontra, ilustra esse retrato da época. Por fim, o movimento abolicionista almejou a mais importante conquista, mas como considerou Florestan Fernandes, o abolicionismo deve compreender um processo de emancipação da

população negra. Pois a racionalidade que justificou a escravidão em nosso país, continuou a existir, sendo o processo de emancipação ainda uma realidade atual e em desenvolvimento.

3.3 1890- 1933

Em 1888 foi assinada a Lei Áurea decretando o fim da escravidão, após um longo processo de lutas e conquistas paulatinas, e em 15 de novembro de 1889 é proclamada a República, significando o fim do império. A perspectiva é a de esperança de um novo molde de Estado que consiga dar um encaminhamento razoável para todas essas mudanças que ocorreram.

De acordo com o que foi traçado ao início deste capítulo as seções são divididas principalmente de acordo com as eras constitucionais, nesta seção esse critério se aplica, entretanto, a análise se inicia a partir de um decreto oficializado um ano antes da promulgação da constituição que se deu após a constituição de 1824, dentro da proposta de se demonstrar a racionalidade por detrás das leis que trazem fortes elementos acerca do tratamento oficial do Estado Brasileiro na temática de igualdade racial.

O Decreto 528 de 1890 regularizava a imigração no Brasil e, ainda que tenha sido redigido dois anos após a escravidão ser considerada absurda o suficiente para ser extinta, trazia em seu texto a proibição da vinda de imigrantes não brancos, em seu art. 1º no qual se lê que:

CAPITULO I

DA INTRODUCÇÃO DE IMMIGRANTES

Art. 1º E' inteiramente livre a entrada, nos portos da Republica, dos individuos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos á acção criminal do seu paiz, exceptuados os indigenas da Asia, ou da Africa que sómente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admittidos de accordo com as condições que forem então estipuladas.

Na época, conforme seguira a ser demonstrado, pairava não só sobre o Brasil mas perante a comunidade científica internacional a crença da superioridade biológica dos humanos caucasianos, e isso fora importado para o Brasil aliado à uma concepção darwinista de evolução das espécies,

resultando aqui em uma política eugênica que estimulava e propagandeava o embranquecimento da população (SCHWARCZ, 2012).

Ainda que se considerasse que tal política visaria a impedir que a população negra, que se encontrava quase inteiramente contida nas classes sociais desfavorecidas, aumentasse em tentativa de que não se aumentasse a população pobre; ainda nesses termos a solução teria sido dada visando o benefício das classes sociais mais elevadas, sem qualquer preocupação com as classes mais pobres e, principalmente, sem nenhuma preocupação com a manutenção do direcionamento da população negra aos mais baixos estratos sociais,

Após essa breve contextualização, importante para entender-se os elementos e símbolos que serão analisados, passa-se ao estudo da nova constituição, a primeira constituição da república, então chamada como Estados Unidos do Brasil, demonstrando de pronto as influências liberais contidas na carta magna de então: a Constituição Brasileira de 1891. pronto as influências liberais contidas na carta magna de então: a Constituição Brasileira de 1891.

Nesse ponto do estudo Lenz-Cesar (2003) utiliza o exemplo da constituição de 1891 para diferenciar os conceitos de igualdade formal e material. Se a constituição de 1824 apresentava uma concepção utilitarista de igualdade, a Constituição que a substitui acolhe a concepção liberal de igualdade formal idealizado pelos movimentos liberais burgueses, conforme já brevemente explanado neste capítulo. A diferença, portanto, entre uma igualdade formal e material pode ser explicada a partir desta carta magna que ora se analisa pois que esta, em seu art. 72, considera todos iguais perante a lei e firma a não admissão de privilégios de nascimento ou foros de nobreza.

Apesar de não haver expressa menção a igualdade entre as raças a considerada igualdade perante a lei, de certa forma, nivela a nível constitucional todos os brasileiros e brasileiras, em uma sociedade ideal tal enunciado seria o suficiente para que não houvesse discriminações e preconceitos de qualquer natureza. Entretanto, em se tratando de uma sociedade recém-saída de um modelo de escravidão, a Constituição de 1891 foi a segunda chance perdida, após a abolição, de se estabelecer meios concretos para emancipação da população negra.

A ausência de qualquer perspectiva de iniciativas estatais que buscassem assegurar a igualdade entre as raças, em uma sociedade na qual os negros passaram de escravizados a miseráveis, é o

elemento que define o conceito de igualdade estabelecido formalmente, pois a igualdade material, a igualdade a ser de fato refletida na estrutura do corpo social é prejudicada ao se estabelecer um conceito neutro de igualdade que sequer reconhece as diferenças sociais entre os diferentes grupos sociais. No caso em análise, se a igualdade não reconhece formalmente as diferenças materiais, essas diferenças continuarão existindo como se naturais fossem.

Nesse sentido, considerar a igualdade apenas em seu aspecto formal, não somente não auxilia na superação das desigualdades existentes, como ainda as reforça ao assumir uma posição neutra. Lenz-Cesar (2003) ressalta ainda a menção que o mesmo art. 72 faz aos direitos invioláveis da república, os quais seriam, a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Esses direitos foram os principais a serem protegidos a partir da concepção liberal burguesa dos movimentos revolucionários norte-americano e francês; a ideia de igualdade era considerada no conjunto desses três direitos, não comportava a ideia contemporânea de igualdade enquanto direito individual; esta não era a prioridade dessa concepção liberal de Estado, direcionada aos detentores de posses e não aos que sequer tinham acesso a elas.

A pretensão desse modelo de Estado era a não intervenção nas esferas econômicas e sociais. Caso a era da primeira república tivesse o Estado assumido essa posição neutra já teria sido, em verdade, uma atuação positiva, frente ao contexto social do Brasil, direcionada à fixação e naturalização da população negra nas camadas sociais marginalizadas e excluídas. No entanto, ao se analisar outros dispositivos da própria constituição e outras leis do mesmo período vê-se que, a igualdade formulada em lei assumia de fato um posicionamento que, além de não incentivar a superação das diferenças sociais, se colocava enquanto ferramenta para impedir que houvesse alguma perspectiva de mobilidade social ou superação dessas mesmas desigualdades.

Para enumerar o próximo dispositivo constitucional, lembra-se aqui do impedimento analisado no ponto anterior de ensino a negros, ainda que libertos e do impedimento de acesso a propriedades dos negros agora livres formalmente; para deparar-se com a fixação da cidadania no art. 70 que exclui mendigos e analfabetos. Ao mesmo tempo que se findava o vínculo de escravidão, se negava a cidadania a ampla maioria de ex-escravizados que se encontravam prioritariamente nas categorias de analfabetos e do que se considera enquanto ‘mendigo’

Ademais, o Código Penal em vigor era o estabelecido em 1890, do qual constava a criminalização da vadiagem e da capoeira; definido em seu artigo 399 enquanto vadio aquele que

“deixar de exercer profissão, *officio*, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistência e domicilio certo em que habite [...]”. Por outro lado, a criminalização dos capoeiros era definida a partir do conceito trazido no art. 402 de “fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem;”

Acerca da condição compreendida pela categoria vadio se aplica o mesmo raciocínio observado aos considerados mendigos, e em relação a capoeira é válido pontuar que se tratava de uma luta praticada pelos ex-escravizados, que carregava elementos de destreza corporal que auxiliavam as necessárias fugas por dentre as matas e ainda sons e ritmos de descendência africana. A prática dessa luta era temida pelos policiais, e até mesmo pelas forças armadas, por potencializar as destrezas de movimentos e força dos negros.

A polícia surge, e em boa medida o direito penal, para controle social dos corpos negros, que vistos às ruas traziam a lembrança da crueldade a que foram e continuaram sendo submetidos. Para Pires (2016) o Código Penal de 1890 representou um marco legislativo da criminalização do negro e da pobreza. Ressaltando-se ainda que se trata de um marco legislativo ocorrido já sob os moldes de um Estado Republicano.

Além da criminalização das categorias de capoeiros e vadios, novamente figura a criminalização às religiões de matizes africanas. Por se tratarem de religiões que tradicionalmente exercem influência holística sobre os indivíduos adeptos, com orientações de vida e também com auxílio de ervas e substâncias medicinais, a criminalização se dividia na esfera da espiritualidade e em questões de saúde. No código de 1890 são três os artigos que fazem menção direta a uma espiritualidade de matiz africana como crime a ser evitado e punido. São os seguintes:

Art. 156 – Exercer a medicina em qualquer dos ramos, a arte dentária ou a pharmacia; praticar a homeopathia, a dosimetria, o hypnotismo ou magnetismo animal, sem estar habilitado segundo as leis e regulamentos.

Art. 157 – Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismans e cartomancias para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar cura de moléstias curáveis e incuráveis, enfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica.

Art. 158 – Ministras ou simplesmente prescrever, como meio curativo para uso interno ou externo, e sob qualquer forma preparada, substancia de qualquer dos reinos da natureza, fazendo ou exercendo assim o *officio* denominado curandeiro.

Esses elementos que empreendia forças em sentido contrário a uma igualdade material demonstram a pouca capacidade nessa primeira Constituição e, principalmente, a pouca

representatividade dos ideais republicanos. Não obstante, foi modificada pouco mais de trinta anos depois e antes de completar metade de um século em voga, foi substituída pela Carta Constitucional de 1934.

3.4 1934-1944

Crises econômicas ao redor do mundo puseram em cheque a efetividade de um Estado que procurava se abster de intervenções na economia e na estrutura social e inauguraram a era do bem-estar social. Mesmo que exista muito o que se debater acerca da efetiva implementação de um estado de bem-estar social no Brasil, é inegável o alto volume de mudanças trazidos e consubstanciados a partir da carta constitucional de 1934.

Em um contexto de sociedade que começava a se industrializar, o preâmbulo da Constituição de 1934 traz os seguintes dizeres:

“Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.”

A partir de uma concepção que permitia e mesmo previa a intervenção do Estado nas relações sociais para assegurar os direitos individuais, estes foram ampliados contando com um título dedicado à Ordem Econômica e Social e ainda um capítulo estabelecendo os Direitos e as Garantias Individuais. A partir dessa constituição, além de firmar a igualdade de todos diante da lei, houve expressa proibição à discriminação racial, ao firmar em seu art. 113, I que “[...]Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.”.

Essa expressa proibição a discriminação racial, entretanto, continuava por não apresentar qualquer medida que pudesse vir a ser implementada em favor da população negra que se encontrava em situação de extremas desigualdade e pobreza. Não se enxergava o problema da discriminação racial enquanto uma questão social de cunho coletivo, que pudesse incentivar e legitimar implementações de políticas públicas que poderiam, de fato, alterar a realidade concreta.

A carta constitucional, em sentido diverso, apenas estabelecia a vedação da discriminação como questão a ser tratada em casos individuais; com a devida ressalva de que hoje até mesmo as questões de discriminação racial individuais são prejudicadas e de difíceis reconhecimentos justamente pela ausência de um devido reconhecimento jurídico da realidade das relações raciais no Brasil.

A continuidade daquela mesma racionalidade que legitimou um sistema escravista e a falta de reconhecimento na esfera jurídica da dignidade da população negra ainda eram expressamente simbolizadas nessa Carta Constitucional. Em seu art. 138, alínea b, enquanto responsabilidade da União, Estados e Municípios figura a de estimular uma educação eugênica. A eugenia enquanto doutrina figurava dentro da perspectiva darwinista evolucionista que considerava que as raças caucasianas seriam biologicamente superiores, e a orientação política forma do Brasil até então era de estimular e propagandear o embranquecimento da população, enquanto até mesmo uma tentativa de aumentar o prestígio internacional do Brasil enquanto nação que poderia ser melhor com a promessa do embranquecimento.

Essa política continha diretrizes educativas, de se estimular o ensino de perspectivas europeias, e também diretrizes imigratórias, conforme já se demonstrou; a mestiçagem, traço característico da colonização e da compreensão de raça no Brasil, era utilizada como símbolo da possibilidade de ir-se clareando a cor da população.

Em mesmo sentido, a Constituição continuava por excluir do exercício da cidadania, em seu art. 108, os analfabetos, mendigos e aqueles em cumprimento de condenações criminais. A partir da correlação com os demais ditames legislativos, é de notável percepção que a população escopo de uma política criminalizadora era principalmente a população negra²¹.

Portanto, o que se percebe da Constituição de 1934 é o reconhecimento de que existe um marcador que diferencia as pessoas negras das pessoas brancas; a letra da lei traz a categoria raça explicitamente, e, em conjunto com dispositivo que incentiva a educação eugênica, além dos demais dispositivos penais e imigratórios, tem-se que a compreensão contida na lei de raça era a compreensão biológica que diferenciava em raças para definir superioridades sob o manto de uma

²¹ De maneira similar nos Estados Unidos a 13ª emenda constitucional exclui do exercício da cidadania os indivíduos condenados criminalmente, mas, de maneira mais gravosa, a cidadania não pode ser recuperada depois de cumprida a sentença condenatória.

ideologia evolucionista; essa compreensão por si só acaba esvaziando o sentido de igualdade trazido nessa segunda constituição da República.

A constituição que se seguiu foi a de 1937, a Constituição do Estado Novo do então presidente Getúlio Vargas. Esse período constitucional é reconhecidamente um marco na experiência brasileira da conquista de direitos sociais, tendo sido durante o governo Vargas reconhecidos os direitos aos trabalhadores urbanos. Esse fator de perceptível avanço nas esferas dos direitos sociais é pertinente ao se analisar a formação da cidadania brasileira.

A formação da cidadania de uma nação diz respeito diretamente à percepção de seus indivíduos enquanto detentores de direitos, tanto para exigir o devido cumprimento dos governantes, como ao perceber o outro enquanto sujeito detentor de direitos em mesmo patamar que a si próprio. O processo de cidadania analisado nas sociedades europeias e norte-americanas são marcadas por movimentos geracionais, hoje já compreendido em dimensões, mas que inicialmente nessas sociedades se deram a partir da conquista dos direitos civis, para em seguida serem pleiteados direitos sociais, por exemplo. Esse movimento ao se iniciar com uma demanda de direitos civis e garantias e liberdades individuais acabam por fortalecer a ideia dos sujeitos como cidadãos detentores de direitos e fiscais do Estado.

Isso importa ao contexto da Constituição de 1937 pois as primeiras experiências que os brasileiros tiveram de conquista de direitos se deram a partir dos chamados direitos sociais e trabalhistas, sem o prévio fortalecimento da ideia de cidadania, e essa conquista se deu em contexto de governo ditatorial ligado a experiências totalitárias. Fazendo eco, novamente a ideia de uma legislação brasileira que se constrói em descompasso com a realidade social do país, em rara sintonia com as demandas concretas, com pouca expectativa de interferência eficaz nas estruturas sociais ou com pouca força para tanto.

Apesar dessas conquistas sociais, em relação à temática racial, a Constituição de 1937 regrediu em relação a constituição anterior – a de 1934 que expressamente proibia a discriminação racial - e passa a considerar novamente a igualdade de todos perante a lei, sem qualquer menção as desigualdades raciais ou qualquer mudança que influencie deliberada e positivamente a população negra.

3.5 1945-1966

A queda do Estado Novo, ditadura do então presidente Getúlio Vargas, se deu em 1946, e a transição de um regime ditatorial para um regime democrático foi consubstanciada na Constituição Federal de 1946. Essa constituição, apesar de avançar em questões sociais e econômicas, seguiu omissa acerca das desigualdades raciais e do papel do Estado em garantir a materialidade de uma superação desse cenário. Significando que, a igualdade trazida no texto constitucional continuou por ser definida na sentença que “todos são iguais perante a lei” sem reconhecer as diferenças sociais existentes na realidade brasileira.

Nessa trajetória, aliada ao não reconhecimento constitucional da desigualdade racial, a nova política de imigrações no Brasil passa a ser orientada pelo Decreto-Lei 7.967 que vigorou de 1945 até 1980. A nova política, de fato, não mais proíbe como anteriormente a entrada de imigrantes provenientes da África, mas deixa expressamente clara qual a posição política do Brasil em relação às diferenças raciais e étnicas, que pode ainda ser definida em uma expressão coloquial de que em relação à população brasileira a ideia era de “quanto mais branca melhor”.

Essa expressão é justamente a definição da política eugênica que ainda perdurava e pode ser depreendida do seguinte artigo de referido Decreto-Lei: “Art. 2º - Atender-se-á, na admissão dos imigrantes, à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência europeia, assim como a defesa do trabalhador nacional.”. Ressalte-se novamente que essa política imigratória perdurou, em via formal, até 1980, há menos de trinta e nove anos.

Sem haver qualquer reconhecimento constitucional de uma garantia básica em não ser tratado de forma inferior em decorrência da cor da pele, a temática afeita à antidiscriminação racial entra no ordenamento jurídico brasileiro a partir da legislação infraconstitucional. Assim como atualmente uma das principais pautas dos movimentos LGBT e feministas era a criminalização da homofobia e a criação do tipo penal do feminicídio, respectivamente, uma das mais fortes pautas do movimento negro concentrava-se na criminalização do racismo.

Apesar de ser muito controversa a escolha da criminalização na pauta de um grupo minorizado, existem fatores reais e objetivos que norteiam essa escolha. O Brasil se diferenciou dos EUA por não ter adotado uma política oficial de segregação racial, mas há muito tempo se assemelha a esse

país em números de morte da população negra causadas pela violência policial. Como demonstrado neste capítulo, o direcionamento dessa violência policial não nasce sem justificativa, nasce a partir de uma criminalização histórica da figura do negro. A mendigagem, a vadiagem, a capoeira, esses fatos considerados crime por tanto tempo direcionaram o trato policial e se naturalizaram dentro da própria instituição.

O fato de a população negra estar objetivamente e abstratamente vinculada à pobreza não é elemento que justifica esse direcionamento da violência. A própria vinculação da pobreza a uma força geradora da violência já vem sendo desconstruída cientificamente. Cifali e Azevedo (2015) identificam que, no Brasil, a partir do governo Lula (2003), a pobreza diminuiu consideravelmente e, no mesmo período, a violência urbana aumentou exponencialmente. Ademais, nem mesmo a objetividade da existência de violência urbana justifica uma violência institucional, sedimentada e legitimada no âmbito da política oficial do Estado. São diversos os estudos que demonstram que uma polícia ostensiva não desarticula as principais fontes da violência urbana e contribui para o clima geral de medo e insegurança na população.

Apenas em caráter ilustrativo desse contexto de violência policial cabe trazer os dados de 2015 de que no Rio de Janeiro, 80% das vítimas de homicídios decorrentes de abusos policiais são negros, 75% da população carcerária é composta por negros. Nessa perspectiva, o fato de que em 220 casos de homicídios por policiais investigados apenas um ter sido condenado, demonstra a falta de pressão política e a distância da população em geral da criminalização e exclusão da população negra (ONU, 2016, online).²²

Sem correr o risco de desviar-se da linha central de análise da legislação brasileira, é a partir daquele contexto social dos anos de 1950, que se tem o primeiro importante avanço contra discriminação racial, ainda que em uma esfera individual e com as problemáticas que se demonstrará. A Lei Afonso Arinos, lei nº 1.390 de 1951 foi redigida com o objetivo de resguardo jurídico contra o ato de discriminação racial. Na qualidade de documento oficial que reconhecia o quão presente e potente é a força da discriminação racial no cotidiano brasileiro e, principalmente, por fazê-lo dentro da esfera punitiva, a última esfera do direito a qual se deve recorrer; foi um

²² Argumento utilizado no artigo intitulado “A discriminação enquanto elemento definidor da minoria negra em território brasileiro” publicado na Revista Brasileira de políticas públicas, disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/view/2477>>. Acesso em 3 fev. 2018.

passo importante para demonstrar que o *status quo* representa uma forte violência com a população negra e que a mobilização para completa mudança estrutural existe e continua a crescer e se fortalecer.

Ocorre que a lei Afonso Arinos considerou o ato de discriminação racial apenas uma contravenção penal, não respondendo, portanto à demanda pela criminalização do racismo e gerando forte insatisfação por parte dos movimentos sociais envolvidos. A Lei Afonso Arinos estabelece em seu art. 1º que “Constitui contravenção penal, punida nos termos desta Lei, a recusa, por parte de estabelecimento comercial ou de ensino de qualquer natureza, de hospedar, servir, atender ou receber cliente, comprador ou aluno, por preconceito de raça ou de côr.”

Comenta-se a princípio, pois a discussão se dará melhor nos capítulos que se seguirão que, além de estabelecer no escopo da contravenção uma ofensa que deveria ser considerada das mais absurdas em uma sociedade ideal; a Lei traz em si um conceito de discriminação fechado e objetivo, externo e explícito e isso demonstra o desconhecimento por parte do legislador, ou um posicionamento outro que não o combate à discriminação racial, da forma como o racismo de fato opera no Brasil. O racismo que se quer combater opera em uma rede invisível de ofensas, insultos raciais, desconsideração intelectual e, principalmente, o não reconhecimento da própria existência do racismo em si.

O Brasil não adotou em nenhum momento no âmbito da política oficial de estado a segregação racial. O racismo opera historicamente e principalmente a partir de uma racionalidade que nega à população negra a condição de humanidade digna. Racionalidade que surge a partir de teorias que os consideram biologicamente e objetivamente inferiores e que justificou que esse grupo étnico fosse submetido a condições inumanas. Sendo que a forma como essa racionalidade perdura naturaliza uma condição de inferioridade que na realidade se trata de uma ficção.

Barbosa (2001) define discriminação como uma ficção em si, uma ficção geralmente bem desenvolvida através de trabalhos intelectuais que se esforçam nesse sentido e criam essa realidade na qual se justificaria a existência de grupos sociais privilegiados e grupos sociais em constante lugar de violência e exclusão. A constituição de 1946 passou então a perder sua força a partir do Golpe militar de 1964 que se fez governar a partir de Atos Institucionais, modificando completamente a estrutura e essência da constituição anterior, que simbolizava a tentativa de transicionar para uma democracia.

Antes de se chegar a próxima constituição, redigida durante o período do Golpe Militar de 64, importante trazer uma lei estadual de forte relevância ao se tratar de igualdade racial. Trata-se da Lei 3.443 de 1966 do Estado da Paraíba que, apesar do âmbito estadual foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal e participaram da análise também os Poderes Legislativos e Executivo, o que, para Pires (2016) “demonstra com igual evidência a hipótese sobre quem são os sujeitos de direito no Brasil.”

Trata-se de uma lei que regulamentava o exercício, considerado livre, dos cultos africanos. É importante em primeiro momento, lembrar que as manifestações de religiosidade de matiz africano eram mantidas sob repressão oficial, mesmo após instituído o governo republicano. A lei ainda se encontra em vigor²³, com alterações ao texto que apenas tornaram menos flagrante o racismo trazido. A redação inicial contava com o seguinte artigo:

Art. 2º O funcionamento dos cultos de que trata a presente lei será em cada casa autorizado pela Secretaria de Segurança Pública, mediante a constatação de que se encontram satisfeitas as seguintes condições preliminares:

- I- Quanto À sociedade:
 - a. Prova de que está perfeitamente regularizada perante a lei civil;
- II- Quanto aos responsáveis pelos cultos:
 - a. Prova de idoneidade moral;
 - b. Prova de perfeita sanidade mental, consubstanciada em laudo psiquiátrico

A lei foi levada para discussão por manifestar claramente uma atitude discriminatória e eleger esta atitude à condição de política oficial de um Estado, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, que possui a função precípua de guardião da constituição, significando que considerou essa política com racionalidade discriminatória em coaduno com o ideário constitucional.

3.6 1967-1987

O governo que já havia se descaracterizado e transformado em uma ditadura militar havia se estabelecido por meio dos Atos Institucionais, até que se fez em 1967 uma nova Constituição Federal. Se a temática da desigualdade racial que vinha engatinhando e as vezes retrocedendo ao decorrer das diferentes constituições brasileiras, é na constituição elaborada durante este período repressivo que se apresenta uma nova visão sobre o preconceito de raça. O art. 150 estabelece no *caput* Os Direitos a Vida, Liberdade, Segurança e Propriedade, e a máxima de que todos são iguais

²³ Disponível em <http://sapl.al.pb.leg.br:8080/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/2899_texto_integral>

perante a lei ganha o adendo, em seu parágrafo 1º de que “O preconceito de raça será punido pela lei.”

Por uma perspectiva, por já estar em vigor a Lei Afonso Arinos que dispõe justamente acerca do preconceito de raça, essa nova disposição constitucional poderia estar apenas reconhecendo, pela primeira vez a nível constitucional, uma mudança já iniciada na legislação ordinária; sem que afete a importância de ter galgado o patamar federativo. Ademais, esse reconhecimento é notadamente repressivo, por característica também inerente ao período e, segundo Pires (2016, p. 82), é um sinal demonstrativo da forma como o governo lidou com as demandas dos movimentos negros de uma forma que os sufocou.

A outra perspectiva ao se analisar essa mudança ironicamente ocorrida durante período repressivo é a necessidade de, em um governo autoritário, se conter os movimentos sociais (LENZ-CESAR, 2003). Na temática da desigualdade racial a necessidade de contenção se mostrava real, em decorrência da influência norte-americana dos movimentos pelos direitos civis a partir da década de 1950, que culminou naquele país no fim da segregação espacial entre negros e brancos. A mudança trazida nesse período, entretanto, traz consigo um obstáculo que ainda nos tempos atuais se mostra por demais fortalecido ao combate da discriminação racial, que é a “dificuldade de impor o direito sobre a cultura do preconceito racial” (LENZ-CESAR, 2003, p. 211).

Principalmente, ao se analisar uma tentativa de mudar a partir da legislação em um período que, no formato de governo autoritário, prejudicou a própria essência da percepção de cidadania. Se por uma via manifestava-se enquanto resposta às pessoas que já se encontravam engajadas o suficiente com a vida política para exigir uma atitude do Estado quanto à desigualdade racial, por outro via, por ter essa resposta aparecido em uma via de contenção ainda em um momento muito inicial dessa movimentação, fez com que esse debate não tenha chegado para a grande maioria da população brasileira. Apaziguam-se os poucos que se encontravam despertos para a temática e, a uma só vez, encerra o debate em uma mudança legislativa que não irá provocar grandes mudanças sem um real envolvimento do restante da população.

A ausência da aproximação da população é simbolizada pelo distanciamento dos dizeres constitucionais, ao determinar a necessidade de punir o preconceito de raça sem que haja uma representação real do que significa no Brasil as distinções e, conseqüentemente, o preconceito de raça. Quais são os elementos que compõem as diversidades culturais e étnicas e que conjuntamente

formam outras identidades, distintas da identidade branca europeia, tão incentivada pelo Estado brasileiro. Essas outras identidades, ao serem negligenciadas pelo Direito que se define a partir do texto constitucional, acabam por serem negadas em seu direito de existência e vivência.

Lenz-Cesar (2003) analisa ainda a centralidade de se pensar a superação da desigualdade racial a partir da punição ao discriminador, sem se considerar mais fortemente o grupo discriminado. De fato, após grande resistência em se reconhecer no direito e na legislação em geral o problema social da discriminação racial, a porta de entrada dessa temática no direito vem se construindo a partir da esfera punitiva, que visa a população que ofende. Esse direcionamento acaba por não conseguir abarcar a singularidade e a complexidade de como funciona o racismo em nosso país, e no significado do ser negro no Brasil.

Conforme se aprofundou no capítulo anterior, ao não acolher e não direcionar o olhar do Direito aos sujeitos negros no Brasil, o aparato jurídico parece agir em uma esfera menos urgente; punir quem ofende deveria suceder uma política maior de inclusão, conscientização da população em geral e busca pela emancipação dos sujeitos negros, dos quais roubou-se a liberdade há 130 anos atrás. Nesse raciocínio, não só parece se voltar a atenção jurídica em uma esfera socialmente menos urgente como, ao não compreender a verdadeira complexidade da temática, essa mesma esfera para a qual se volta a atenção da legislação se encontra prejudicada. Se o ordenamento jurídico não se abre para compreensão de toda essa rede social intrincada que hoje sedimenta o racismo, os operadores do direito sequer saberão reconhecer as atitudes que devem ser rechaçadas, as atitudes que correspondem e alimentam uma racionalidade geral que culmina em práticas racistas.

Essa análise do corpo legislativo afeito à temática racial pode apontar para a ausência de uma pluralidade do sujeito de direito que se construiu no Brasil. Essa construção é sedimentada historicamente e demanda mais do que uma simples alteração legislativa, por ter formado uma cultura orientada em um sentido, orientada a negar outras possibilidades de sujeitos de direito, inclusive levando à defasagem em nível de autopercepção na esfera de sujeito detentor de direitos.

Sobre a construção do sujeito de direito brasileiro, Pires (2016, p. 72) reconhece que:

Depois de Hegel, Marx e Burke pode-se identificar aqueles que não se enquadram nas categorias “abstratas” eleitas pelo direito: todos aqueles que não se identificarem ou que não se descaracterizarem para se aproximar À figura do

homem branco, europeu, cristão, detentor dos meios de produção, heterossexual e não portador de deficiência estarão à margem do sistema de proteção jurídica.

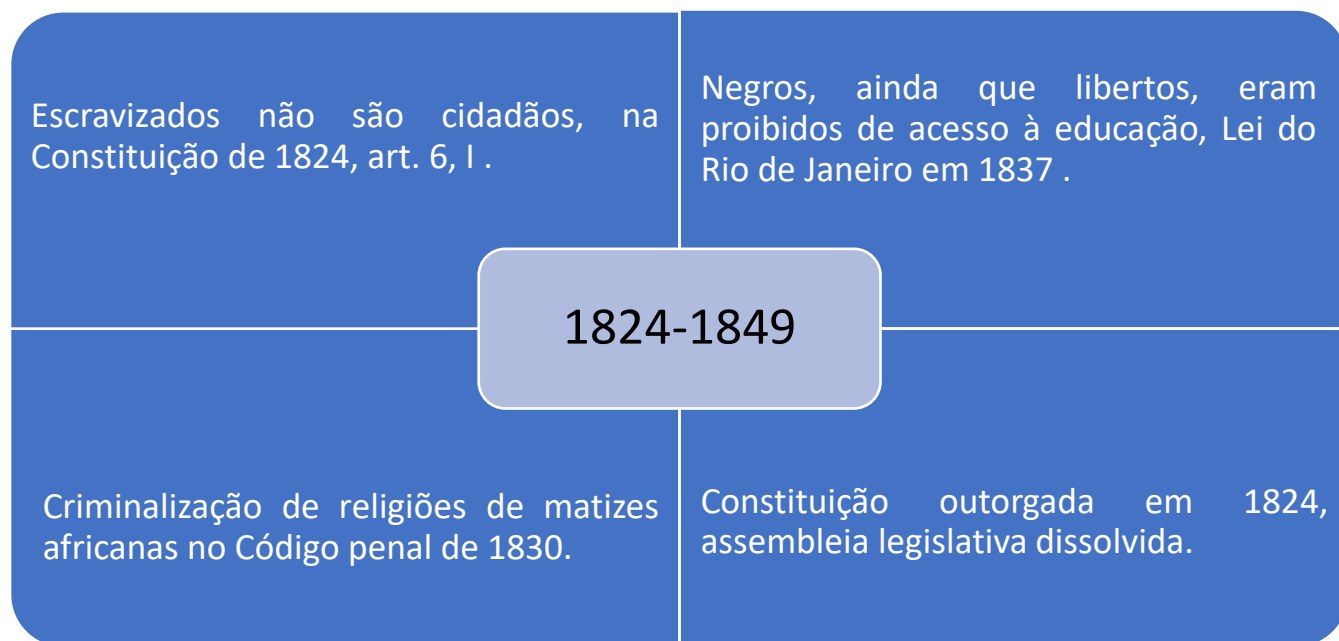
Um bom retrato da pouca efetividade dessa mudança legislativa é o fato de que, desde a publicação da Lei Afonso Arinos até 1988, quando da promulgação da nova e atual carta constitucional, foram registrados apenas nove casos de condenação em processos-crime de racismo, de acordo com dados coletados no estado de São Paulo por Hédio Silva Jr. (2002).

Esse período repressivo, apesar de ter lidado com os movimentos sociais de maneira oposta ao ideal, trouxe significativas mudanças legislativas; longe de se defender esse período, é importante ressaltar que as mudanças legislativas pouca força tiveram no período, vindo a ser melhor instrumentalizadas quando do processo de redemocratização do país. Dentro desse processo, pode-se dizer que determinadas mudanças legislativas pavimentaram o caminho das conquistas sociais da década de 1980/90, conforme se verá no ponto seguinte.

Com o fim da ditadura militar e uma nova promessa de redemocratização diversos representantes de movimentos sociais são convocados para reivindicarem os devidos espaços na constituinte que se formava para a nova Constituição Federal que iria simbolizar uma nova etapa no país, e marcada pelo medo geral que se instalou após as atrocidades cometidas durante os períodos ditatoriais não só aqui, como ao redor do mundo.

A Constituição que inaugurou um novo período democrático no país será tratada em capítulo separado, pois é importante compreender de que forma as pautas atinentes aos direitos dos povos negros entraram na discussão da constituinte, e de que forma foi feita essa implementação, que resultou na maior quantidade de ferramentas jurídicas em prol da população negra.

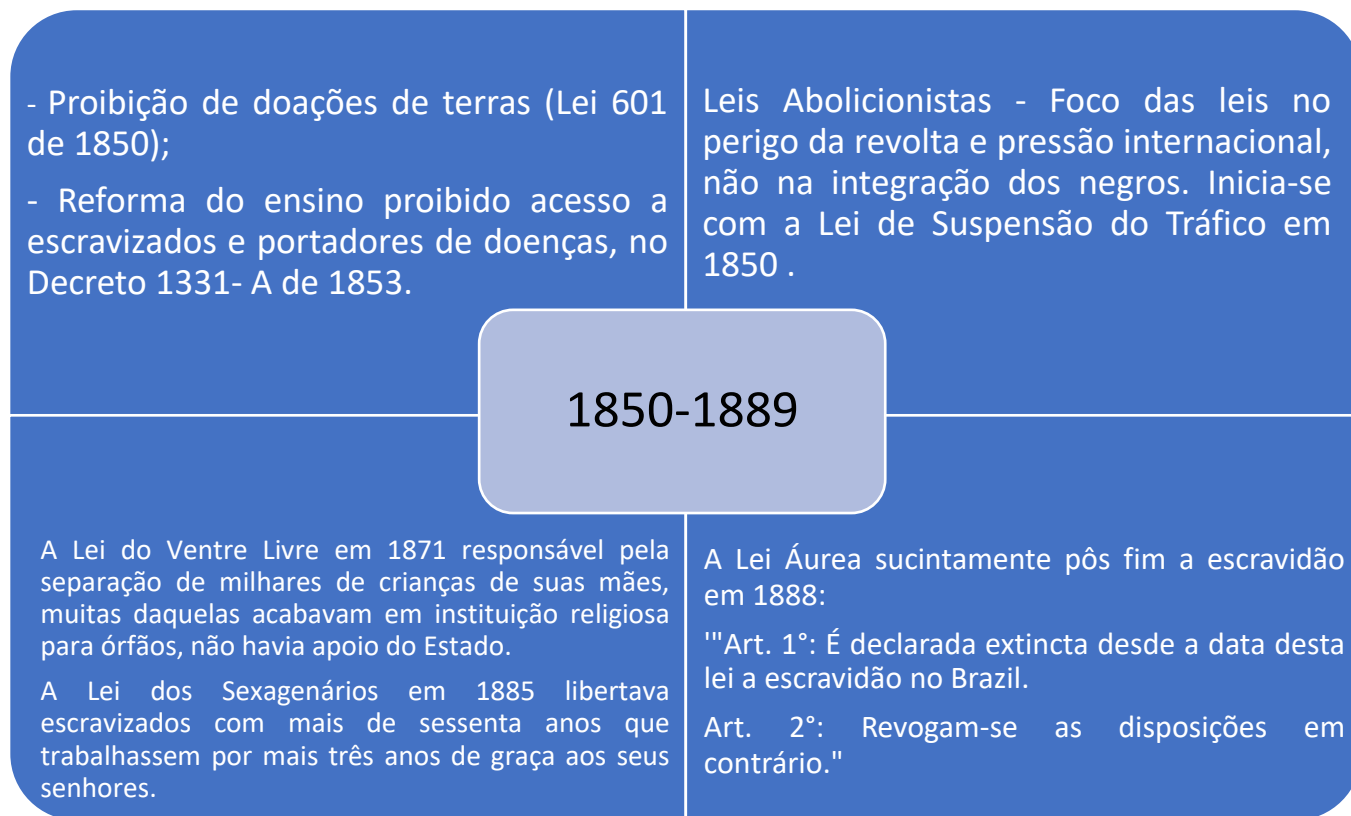
- **Figura 1 – Organograma esquematizado dos direitos raciais na legislação brasileira 1824 - 1849**



Fonte: Elaborado pela autora.

• **Figura 2 – Organograma esquematizado dos direitos raciais na legislação brasileira**

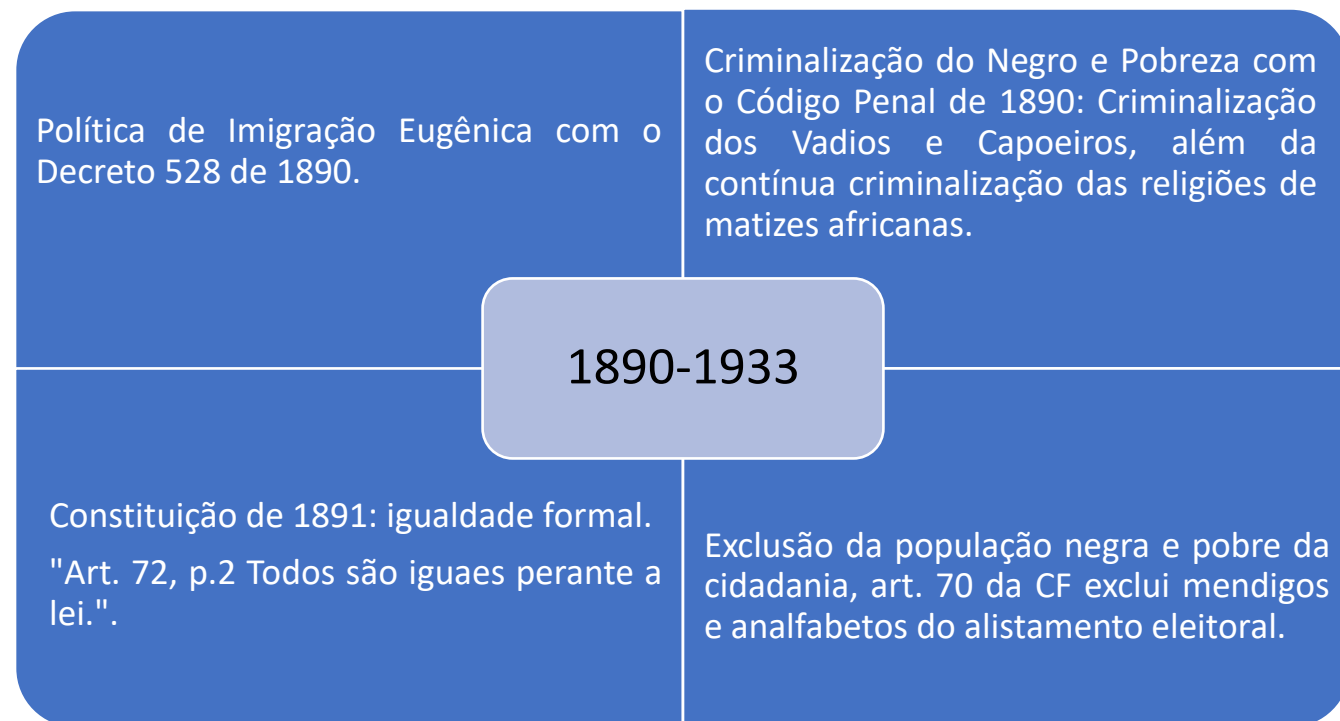
1850- 1889



Fonte: Elaborado pela autora.

- **Figura 3 – Organograma esquematizado dos direitos raciais na legislação brasileira**

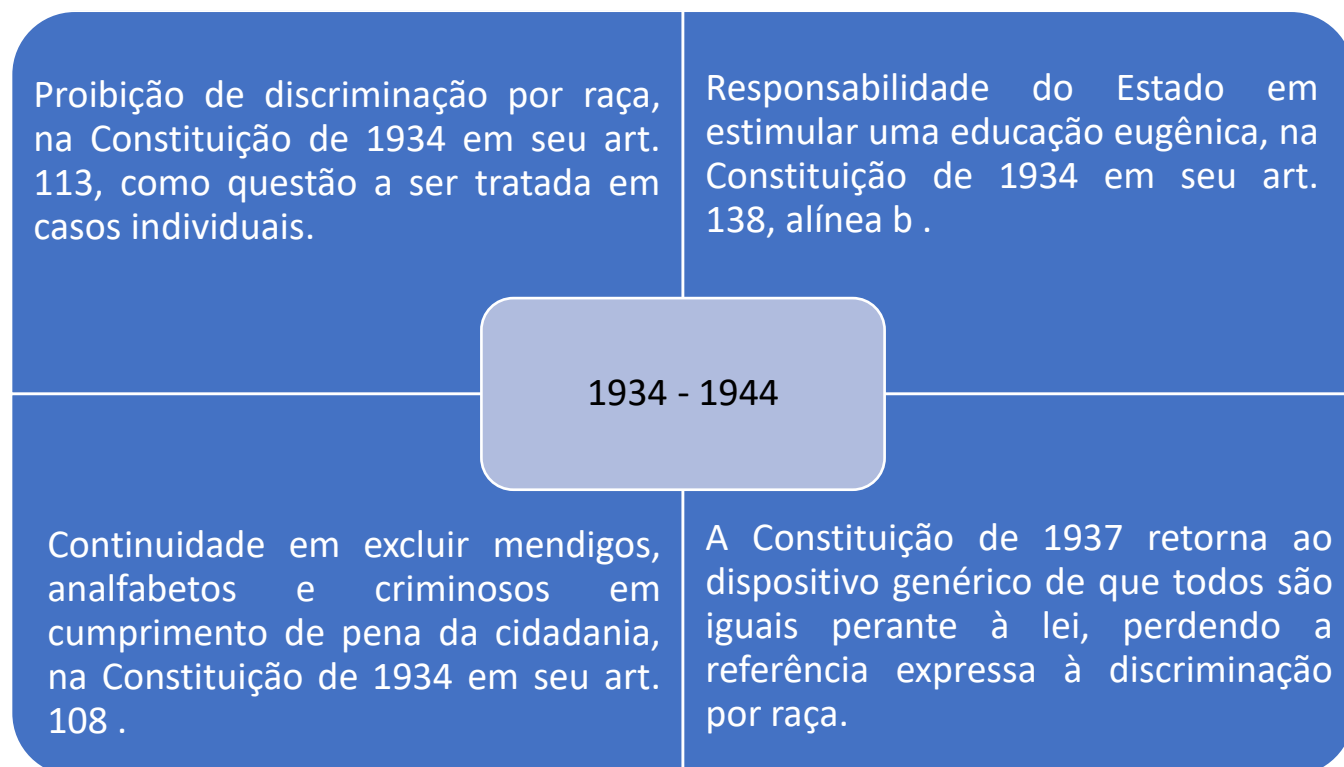
1890-1933



Fonte: Elaborado pela autora.

- **Figura 4- Organograma esquematizado dos direitos raciais na legislação brasileira**

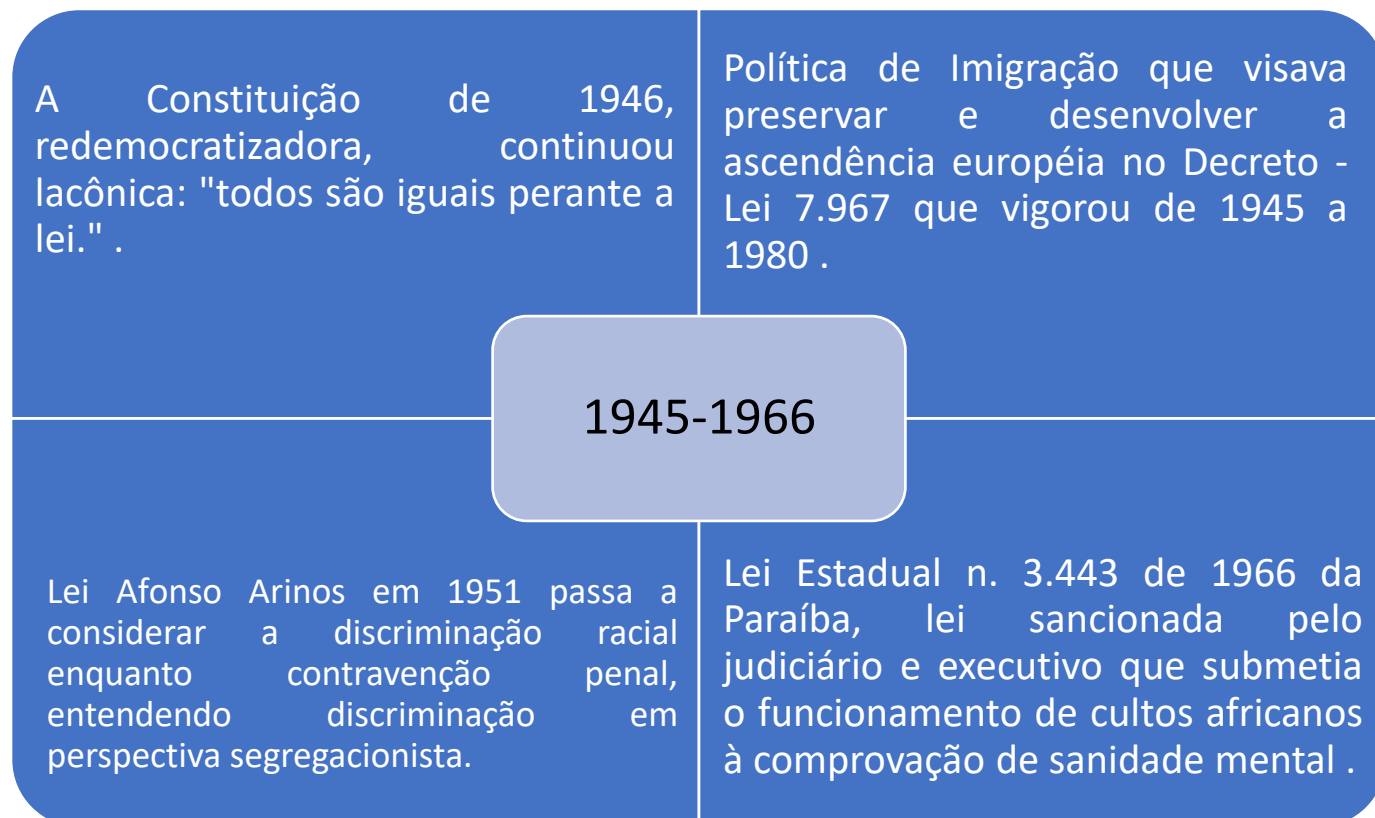
1934-1944



Fonte: Elaborado pela autora.

• **Figura 5 – Organograma esquematizado dos direitos raciais na legislação brasileira**

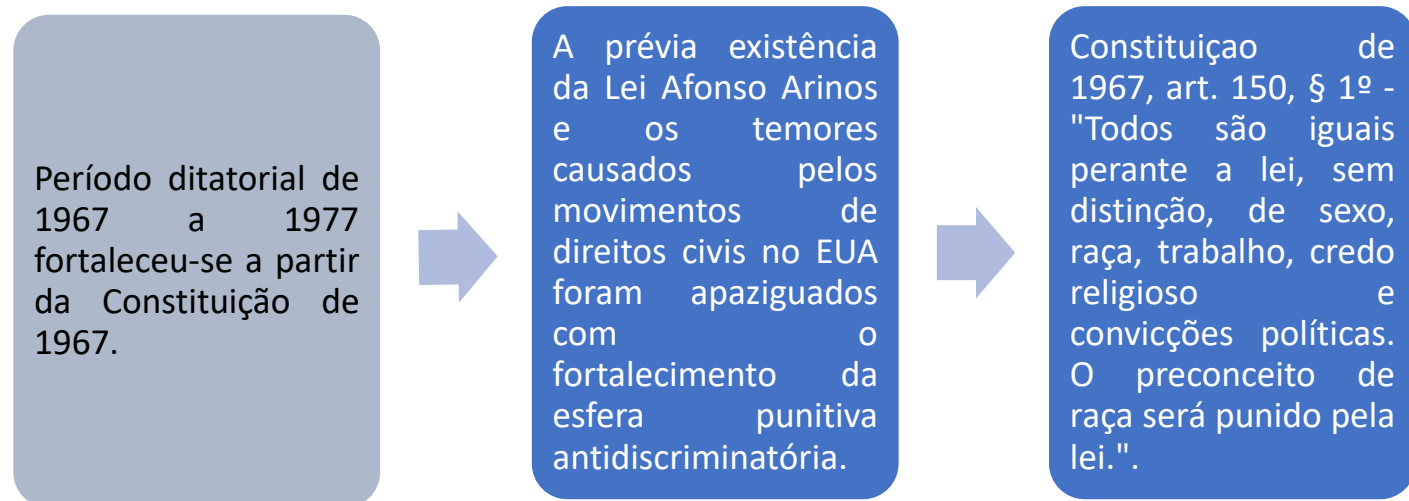
1945- 1966



Fonte: Elaborado pela autora.

• **Figura 6 – Organograma esquematizado dos direitos raciais na legislação brasileira**

1967- 1987



Fonte: elaborado pela autora.

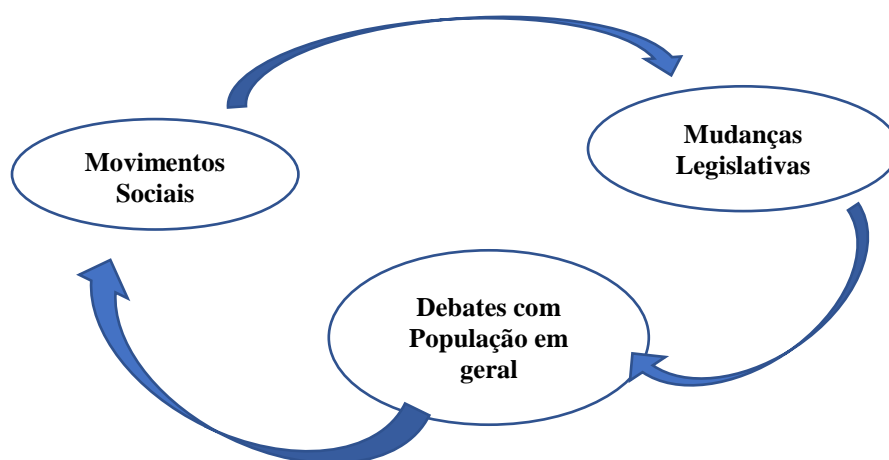
4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 seguiu uma tendência global de priorizar, nos moldes do Estado Democrático de Direito, a proteção dos Direitos Fundamentais dos homens. Em conjunto com essa tendência, as mudanças refletidas no texto constitucional foram resultado de articulações e movimentações sociais que se fortaleceram principalmente no período da década anterior à sua promulgação.

É, portanto, uma constituição nascida de uma mudança significativa da organização e participação da sociedade brasileira, que representou minimamente a forma como devem ocorrer as mudanças legislativas: em consonância com as mudanças socioculturais. O ideal é a combinação cíclica, a presença nas leis de incentivo a infundir e aprofundar cada vez mais as discussões que a deram ensejo na população, de modo a fortalecer e viabilizar as mudanças pretendidas (figura 7).

A aplicabilidade e eficácia das mudanças legislativa está diretamente relacionada aos papéis desempenhados pelas instituições no país. Por isso nos importa analisar o panorama geral do trato deferido pelo ordenamento jurídico aos negros, pois se há uma racionalidade por detrás que ainda opera e tensiona o funcionamento das instituições em geral, pouca importância terá qualquer mudança legislativa, ainda que represente uma conquista.

- **Figura 7. O ciclo ideal das alterações legislativas**



Fonte: Elaborado pela autora.

A movimentação social que define, majoritariamente, as mudanças legislativas parte de grupos que geralmente se encontram politicamente engajados. A mudança legislativa deve então repassar essas formulações para o restante da população em um movimento de constante evolução e conscientização do papel da cidadania. Esse é o desenho ideal do papel das leis e a relação com os movimentos sociais e com a população em geral.

Finda a digressão, reconhece-se como importantes marcos das mudanças trazidas na constituição, o próprio movimento constituinte; a organização dos militantes sociais em se fazerem presentes como fiscais e agentes diretos da elaboração da nova Constituição; o momento histórico no qual confluíram diversos segmentos da população, movidos pela esperança que significava a elaboração de uma constituição democrática.

Os anos de repressão do período militar foram respondidos pelo movimento negro com a criação do Movimento Negro Unificado em 1978 que segundo Pires (2016) “congregou uma série de instituições, coletivos e associações negras voltadas prioritariamente para o combate do mito da democracia racial, para a luta antirracista e pela democracia plena e real.” (PIRES 2016, p. 83). Essas movimentações garantiram um importante ator social representativo da militância negra ao movimento constituinte incipiente.

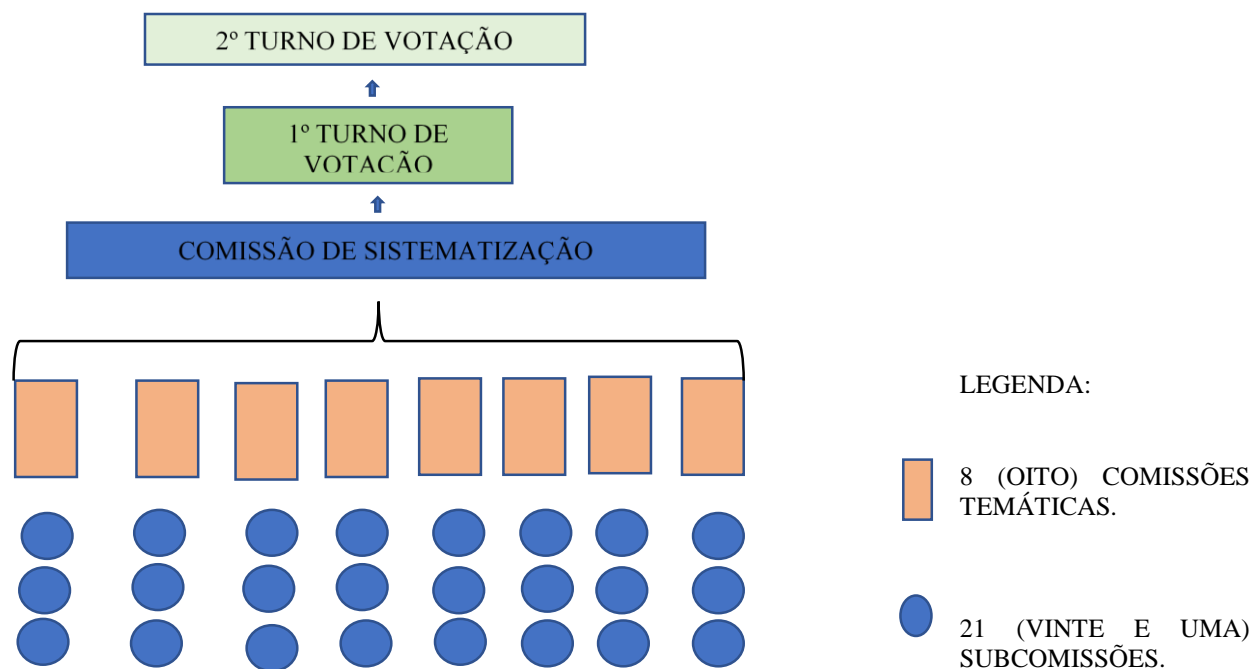
Os membros da constituinte foram eleitos diretamente em 1986 e contava com onze representantes negros, em um universo de 559 membros. O movimento negro percebe então a necessidade de se fazer mais presente em pressões sociais e a percepção ainda do momento histórico que se delineava, já que em 1987 se marcou o centenário da abolição da escravatura. A nova constituição representou para o movimento negro a possibilidade de finalmente romper com os laços escravistas e iniciar uma nova realidade social.

Em 1986 ocorreu a Convenção Nacional do Negro com o tema de “O Negro e a Constituinte”, na qual foram traçadas as principais sugestões do movimento para a Assembleia Constituinte e, a partir dessa movimentação, se definiu a criação da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. A subcomissão fazia parte de uma das 21 subcomissões que respondiam, em grupos de três, a cada uma das oito comissões temáticas, que enviaram as formulações para a Comissão de Sistematização que, por sua vez, apresentou versão do texto para dois turnos de votação da Assembleia eleita.

As subcomissões trabalharam até maio de 1987, as Comissões prepararam suas deliberações em 15 de junho e a Comissão de Sistematização trabalhou até novembro do mesmo ano. A Sistematização trabalhou com a formulação de quatro documentos, sendo o último enviado para votação.

O movimento constituinte 1987-88 pode ser delineado da seguinte forma:

• **Figura 8. organograma do processo de elaboração da constituinte de 1988**



Fonte: Elaborado pela autora.

Com a fixação da estrutura, ressalta-se que a Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e minorias respondiam à Comissão da Ordem Social. Dentro da Subcomissão, as demandas do movimento negro já se delineavam desde a Convenção Nacional do Negro Pela Constituinte. Este evento sistematizou 45 dispositivos que versavam, dentre outros, sobre as condições de trabalho, condições da mulher, violência policial, questão relativa a terras de comunidade quilombolas e acerca das relações internacionais, evidenciando-se uma intenção de se romper relações diplomáticas com países que institucionalizassem qualquer tipo de discriminação.

O projeto elaborado pela subcomissão em questão contava com o título referente aos Direitos dos Negros, do art. 3º ao 8º. Analisarei a seguir cada um dos dispositivos desse projeto para em seguida fazer o confronto com o texto final da Constituição. Portanto, segue-se com a análise:

- a) O art. 3º, definia que “constitui crime inafiançável, subestimar, estereotipar ou degradar grupos étnicos, raciais ou de cor (...) por meio de palavras, imagens ou representações, através de quaisquer meios de comunicação.” Essa demanda segue a previsão da discriminação em propagandas políticas tipificados como crime contra a segurança nacional na Lei nº 7.710 de 1983.
- b) O 4º artigo, versava sobre a necessidade de mudar o enfoque da educação, fazendo referência expressa a igualdade dos sexos e luta contra o racismo, além dos objetivos mais genéricos de se afirmar as “características multiculturais pluriétnicas do povo brasileiro.”
- c) O 5º artigo, tratava da educação, fixava obrigatoriedade do ensino de história das diferentes etnias brasileiras, com menção expressa às populações indígenas e negras.
- d) O art. 6º, versava sobre o direito a terras: “O Estado garantirá o título de propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes dos Quilombos.”
- e) O art. 7º, trazia a importância cultural na luta antirracista, visando a garantia de se fixar datas comemorativas simbólicas dentre as diferentes etnias. O movimento antirracista na esfera cultural vinha tomando força desde 1984 com o tombamento de dois símbolos para a população negra: o terreiro de candomblé *Casa Branca* e em 1986 a *Serra da Barriga* se tornaram patrimônio histórico.

Já havia se consagrado também o *Dia Nacional da Consciência Negra*, em 20 de novembro, em homenagem ao aniversário de morte de Zumbi. Esse movimento culminou na criação de uma Assessoria para Assuntos Afro-Brasileiros e da Fundação Cultural Palmares, dentro do Ministério da Cultura em 1988 (PIRES, 2016, p. 83). O movimento negro achou na esfera

cultural uma área de mais fácil permeação, o que ajudou a dar início à pressão para inserção nas demais esferas.

- f) O art. 8º, talvez um dos dispositivos mais inovadores e foi o único que não acolhido nem sob alterações, conforme será melhor explicitado adiante. Trazia a ideia de que “O País não manterá relações diplomáticas e não firmará tratados, acordos ou convênios com países que desrespeitem os direitos constantes da “Declaração Universal dos Direitos do Homem”[...]”. Versava sobre não aceitar sequer as atividades de empresas desses países em território brasileiro. A importância da medida era mais facilmente percebida ao se notar que, à época estava em vigor o regime do *apartheid* na África do Sul (PIRES,2016).

Os demais dispositivos, apesar de não versarem exclusiva ou expressamente sobre a temática racial também dialogavam com a necessidade que o projeto trazia de se oferecer condições para atingir uma igualdade material. Essa nova dimensão da igualdade a ser abarcada pela constituição pode ser explicitada na justificativa trazida no Anteprojeto da Comissão da Ordem Social, projeto que fez as primeiras alterações em relação aos artigos acima analisados.

Nessa justificativa²⁴ ficava claro essa nova percepção constituinte, ao trazer a ideia de que:

No Capítulo III articulam-se as propostas iniciais tendentes a assegurar efetivo reconhecimento social e político para segmentos da população brasileira que, consabidamente, vêm-se até agora desprovidos dos meios mínimos requeridos pela cidadania. [...]

Mais uma vez, a preocupação germinal é a de provar, na realidade, a equidade, e, tanto quanto possível a igualdade de todos os brasileiros, não apenas perante a lei, senão também, e principalmente, perante a realidade viva, concreta.

Portanto, o avanço da Constituição de 1988 já era observado a partir dos movimentos incipientes com clara e expressa intenção de se prever meios concretos para implementação efetiva da igualdade social. Os textos da subcomissão enviados à comissão da Ordem Social foram alterados em quatro fases dentro da Comissão de Sistematização e nos dois turnos de votação no Congresso pouco se alterou na temática racial.

As principais mudanças residiram em:

²⁴ Disponível em < <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/documentosavulsos/vol-187.pdf> >.

1. Criminalização: a proposta da subcomissão residia na criminalização em relação aos meios de comunicação. Na votação do Congresso Carlos Alberto Caó (PDT/ RJ), foi responsável por apresentar emenda aditiva que foi incorporada ao texto final da constituição e hoje se encontra no art. 5º, XLII e delimita que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Essa incorporação representa uma das principais conquistas do movimento negro e fortalece a esfera repressiva através da qual a constituição lidou com demanda antirracista.
2. Educação: A proposta da subcomissão fazia referência expressa a história africana, tendo o texto final incorporado no artigo 206, em relação ao acesso, garantido em seu primeiro inciso a igualdade de acesso e permanência – não havendo referência expressa no texto constitucional às ações afirmativas. O art. 242, em seu primeiro parágrafo diluía a proposta da subcomissão em “O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.”
3. Terras Quilombolas: o artigo proposto pela subcomissão foi aceito no texto constitucional com as mesmas expressões, que asseguram o reconhecimento de propriedade definitiva e o dever do Estado em lhes garantir os títulos. A mudança ocorreu no lugar onde está o dispositivo, que passou a figurar dentre as disposições transitórias.

Foi difícil a implementação dessa medida impositiva, atualmente ainda tramita no congresso o Projeto de Emenda Constitucional, de nº 215²⁵, que pretende passar o encargo da demarcação para o Poder Legislativo, o que dificultaria ainda mais o processo de demarcação. Considerando que o dispositivo constitucional delega a regulamentação à lei, é regulamentado hoje pelo Decreto 4887, de 2003. De acordo com levantamento da Comissão Pró-Índio²⁶ (NEXO, 2018), o Incra já possui mais de 1.500 pedidos, porém até hoje apenas 171 terras foram de fato tituladas.

²⁵ Tramitação disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acesso em 5 jun. 2018.

²⁶ Disponível em < <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2018/03/08/O-que-representa-a-mais-recente-demarca%C3%A7%C3%A3o-de-terra-quilombola-no-Par%C3%A1>>. Acesso em 4 jun. 2018.

4. Direito à Cultura: como viu-se a partir das propostas enviadas pela subcomissão, a esfera da cultura já vinha se desenvolvendo dentro da temática antirracista. O texto constitucional fixou, dentro desse movimento que já vinha se desenhando, nos arts. 215 e 216. Com proteção atribuída ao Estado de datas comemorativas e acesso à fontes de cultura, fazendo referência expressa a cultura afro-brasileira no art. 215, §1º e no art. 216, §5º assegura o tombamento a documentos e sítios que possuam reminiscências históricas de antigos quilombos.
5. Relações Diplomáticas: Conforme já antecipado, não fora acolhido o art. 8º do projeto da subcomissão que versava sobre a não manutenção de relações diplomáticas com países que desrespeitem os direitos constantes da “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, trazia ainda o texto a proibição de relações com “países que adotem políticas oficiais de discriminação de cor”. O argumento para o não acolhimento era a colisão com norma do anteprojeto que “ênfatizava a não ingerência em assuntos internos de outros países”²⁷ (CONSTITUINTES, 2011).

Esse argumento para não acolhimento do dispositivo foi brilhantemente repudiado pela Deputada Benedita da Silva (PT/RJ) (CONSTITUINTES, 2011) que demonstrou a inconsistência do argumento considerando que outra parte do projeto evidenciava a intocabilidade dos direitos humanos na esfera das relações internacionais. Tanto que, o texto final da constituição traz em seu art. 4º II, a regência das relações internacionais a partir da prevalência dos direitos humanos, restando, portanto, injustificado o não acolhimento do dispositivo proposto.

Para sintetizar as diferentes conquistas nesse diploma constitucional, Pires (2016) verificou o debate antirracista na CF de 88 a partir de três frentes: a) as que surgem a partir da dignidade humana, liberdade, igualdade e propriedade. b) as que surgem em relação aos direitos sociais ao trabalho e educação; e c) as que se referem ao direito fundamental à cultura. Lenz-Cesar (2003) reconhece a dimensão positiva da discriminação nessa nova era constitucional, ao mesmo tempo em que vislumbra mecanismos que vedam a criação de normas que discriminem negativa ou injustificadamente.

²⁷ Discursos destacados da coletânea “Mulheres Constituintes” compilado em 2011.

Ressalte-se, por fim, que o alistamento de analfabetos deixou de ser proibido, mas ainda não se tornou obrigatório (art. 14 da CF/88), enxergando que a proibição de direito ao voto para analfabetos – considerando o acesso obstado dos negros à educação – era em boa medida uma maneira de mitigar a cidadania da população negra brasileira.

Foi a partir dessa constituição que se possibilitou a implementação de políticas públicas voltadas à população negra, para integração e reparação. Principalmente a partir dos processos de demarcações de terras remanescentes de quilombos²⁸ capitaneadas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. Bem como ações afirmativas que estabelecem cotas para acesso ao ensino superior, além de cotas em concursos públicos, voltadas à população negra e a criminalização do racismo, uma demanda histórica do movimento negro.

Adicionalmente, a criminalização do racismo veio se contrapor à previsão de práticas racistas restrita a contravenções penais na Lei Afonso Arinos de 1954. Pires (2016) ressalta a importância do reconhecimento da prática racista ser considerada crime simbolizando um reconhecimento objetivo da dignidade das pessoas negras e sua respectiva inviolabilidade. O direito penal busca tipificar condutas que ponham em risco a vida em sociedade, condutas não toleradas. Essa carga simbólica representa um importante patamar de reconhecimento, demonstra que a temática antirracista adentra a esfera pública, contemplada em uma seara que orienta os comportamentos das instituições.

Nesse sentido, a Lei nº 7.716 de 1989, Lei Caó, trouxe a temática antirracista para a última esfera à qual o direito deve recorrer, a esfera penal. Conforme traçado no decorrer do capítulo, a esfera penal foi objetivamente concretizada na criminalização dos corpos negros. Significando que a instituição carrega um *modus operandi* historicamente voltado a enxergar nos corpos negros um objeto de captura.

Acerca da prática sistemática de funcionamento do direito penal e suas instituições, Flauzina (2008, p. 33) explica que:

Acionando os códigos sociais mais elementares na estigmatização dos indivíduos – dos excessos caricatos da Polícia à austeridade do Ministério Público e do Judiciário- a clientela do sistema penal vai sendo regularmente construída de maneira tão homogênea e

²⁸ Sobre isso Pires (2016) nota que esse critério de remanescente histórica dificulta esse processo demarcatório e choca esse elemento com o critério utilizado outrora, quando da criminalização de quilombos, quando bastava a união de quatro escravos/negros para configuração formal e subsunção à criminalização de um quilombo.

harmônica que de nada poderíamos suspeitar. Sempre os mesmos, sempre pelos mesmos motivos, os criminalizados parecem representar a parcela da humanidade que não cabe no mundo.

Mesmo com a realidade do funcionamento do sistema penal, com a pouca potência de transformador social do direito penal, a esfera penal é ainda um patamar muito requisitado pelos movimentos sociais em geral, que buscaram a criação do feminicídio, a lei Maria da Penha e a criminalização da homofobia. Acontece que, justamente por ter sido o direito penal, por muito tempo, e sem muitos disfarces, uma ferramenta de manutenção do *status quo*, se torna mais simbólico ainda que nessa mesma esfera se reconheçam a qualidade de crime ferir a dignidade de grupos minorizados na sociedade.

Paradoxalmente, o direito penal ganha a dimensão de instrumento de obtenção de direitos básicos da população negra, ao mesmo tempo em que esta se constitui na população mais penalizada e criminalizada da nossa sociedade.

A Lei Caó foi editada em similaridade à lei Afonso Arinos no que tange ao tipo de conduta que se pretende combater, compreendendo majoritariamente as condutas e atitudes de cunho segregacionistas²⁹, com exceção à figura da injúria qualificada³⁰ adicionada cerca de dez anos após à publicação da Lei pelo deputado Paulo Paim (PT/RJ). Para Machado, Lima e Neris (2016) a previsão da injúria qualificada significa um reconhecimento, pela esfera jurídica, da dimensão que possui a figura do insulto racial na cultura brasileira, impregnada de uma cultura racista que difere das políticas segregacionistas implementadas pelo *apartheid*, por exemplo.

As referidas autoras, entretanto, demonstram que o reconhecimento pelo sistema penal do poder e da simbologia que carrega um insulto racial, não se concretizou. Apesar da lei prever esses dispositivos em consonância com as relações raciais brasileiras, a forma como a lei é aplicada, ou seja, a forma como as instituições da Polícia, do Ministério Público e do Judiciário enxergam as relações raciais ainda se encontra gravemente defasada, em uma dinâmica de naturalização do

²⁹ São vinte e dois artigos que, em sua maioria, versam sobre condutas que impedem acesso/ negam direitos básicos ou criam restrições com base em cor e 'raça'. Os artigos podem ser lidos na íntegra em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm

³⁰ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) Pena: reclusão de um a três anos e multa.

racismo. Essa dinâmica não reconhece as práticas racistas ou mesmo a forma como o racismo se engendra na realidade brasileira

O Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil (PAIXÃO, 2011) selecionou 46 acórdãos por motivação racial para serem analisados³¹. Desses, houveram apenas 25 condenações por injúria qualificada, e em nenhuma delas foi aplicado agravante previsto no art. 61, II, a, do Código Penal³². A intenção era verificar se no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro eram as penas aplicadas considerando todo o peso das atitudes racistas.

A pesquisa de Machado, Lima e Neris (2016)³³ verificou um importante elemento dentro da forma como opera o racismo no Brasil que ainda não encontra respaldo dentro do universo jurídico: o instituto do insulto racial. A partir dessa identificação, a conclusão foi de que há uma dualidade, expresso por meio do distanciamento de como o insulto racial é analisado pelo judiciário em relação ao papel que ele desempenha dentro da manutenção da nossa sociedade racista e, principalmente, da importância do que constitui o racismo para suas vítimas.

O Estatuto da Igualdade Racial – Lei 12.288, promulgado em 2010, durante o governo Lula, consubstanciou pautas históricas do movimento negro, separando em seções gerais, afeitas à educação, direitos culturais, saúde, acesso à moradia, acesso a representações políticas e com importante incentivo às ações afirmativas. Uma importante conquista foi a inclusão da estatística dos considerados pardos dentre os integrantes da população negra, principalmente se considerando o histórico de miscigenação e de raça na construção social na realidade brasileira. O Estatuto, porém, possui caráter apenas autorizativo e não determinativo, significando que não obriga o Estado a tomar as medidas consideradas ideais por essas leis (WELLE, 2015, *online*).

No entanto, as ações afirmativas se fortaleceram demasiadamente após a implementação do Estatuto, criando-se as cotas raciais para Universidades Federais e para Concursos públicos. Há quem considere que o caráter pouco punitivo do Estatuto seria outro importante avanço, ao pelo

³¹ Selecionados através das palavras-chave “racismo”, “preconceito”, “injúria”, “discriminação racial”, “preconceito racial” e “injúria racial” circunscritos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A análise fora desde 1989 (a partir da aplicação da Lei Caó) até o ano de 2011.

³² Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II. Ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe. (BRASIL, 1940)

³³ A pesquisa foi realizada entre 1998 e 2010 em tribunais de nove estados brasileiros (Acre, Bahia, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia e São Paulo), a filtragem metodológica definiu o conjunto de duzentos acórdãos sobre discriminação racial a serem analisados.

menos iniciar a compreensão da temática fora do âmbito do sistema penal, que tem se mostrado pouco eficiente. Porém, existe um grande distanciamento, ainda, do reconhecimento desses ideais antirracistas por boa parte da população brasileira. Em relação ao ato de discriminar, em pesquisa realizada em 1995 pela Folha de São Paulo (SCHWARCZ, 2012) 89% dos brasileiros disseram que há racismo no Brasil; apenas 10% admite tê-lo, enquanto que de maneira indireta, ou seja, não reconhecida, 87% revelaram preconceitos em suas falas.

A forma como essas leis atuam no cenário de relações raciais brasileiras perpassa necessariamente o funcionamento das outras esferas jurídicas no país. A nossa legislação construiu um sujeito de direito que em muito se define na exclusão da figura negra, durante quase dois séculos. As mudanças que se iniciaram em 1980 com a redemocratização do país, apesar de serem em boa medida radicais, no sentido de inovarem e trazerem para o direito questões que eram tratadas de maneira oposta e de integrar a igualdade em sua esfera material; acabaram se mostrando superficiais.

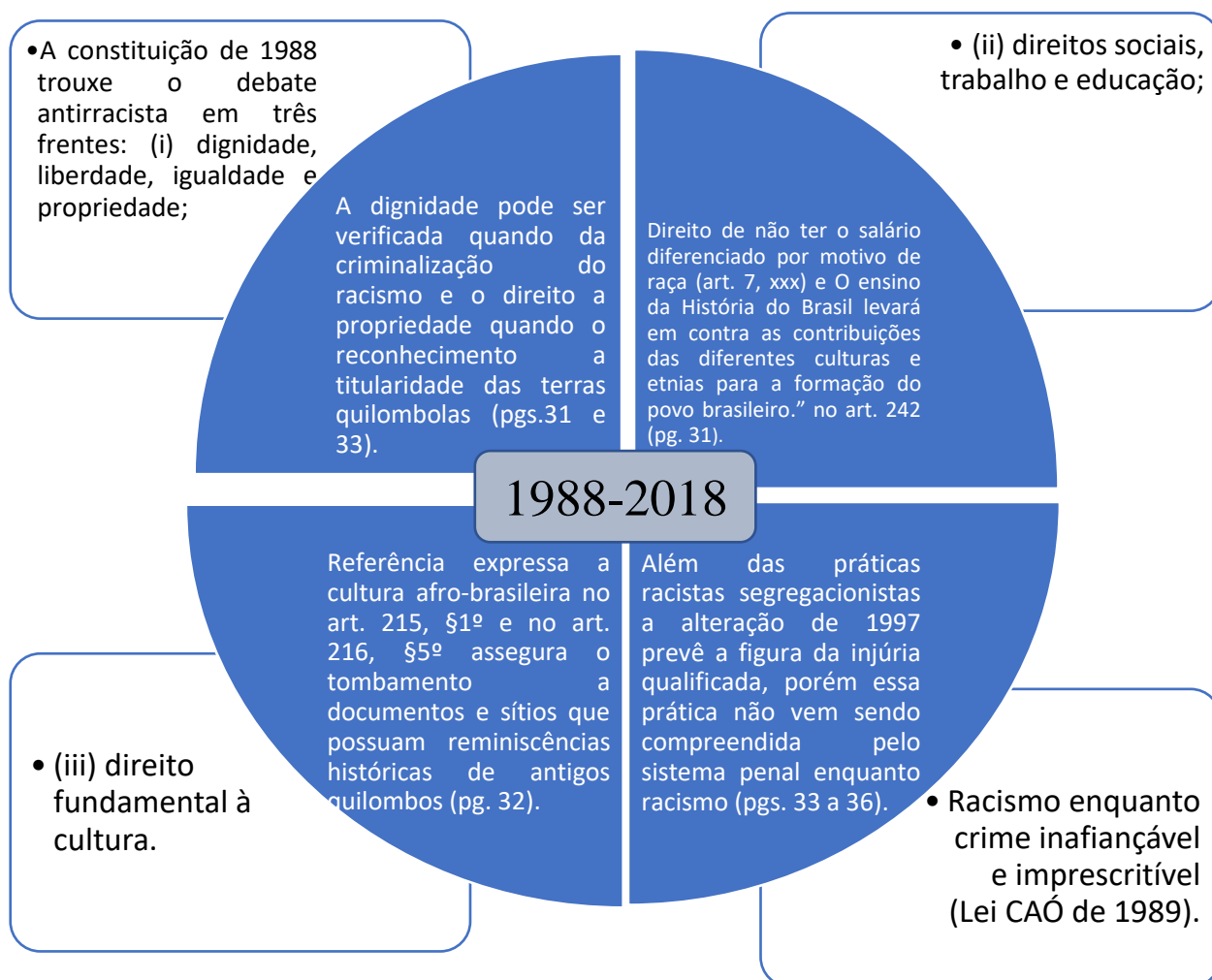
Se as leis tiveram um importante papel há quase dois séculos atrás de naturalizarem e reforçarem uma cultura racista, nos dias de hoje a simples mudança legislativa não é capaz, sozinha, de alterar essa mesma cultura sem que isso seja reconhecido como tal, sem que esse debate adentre as discussões jurídicas.

Os juristas são, antes de qualquer outra coisa, seres humanos sujeitos à cultura e ao meio no qual são criados, passíveis de construções culturais que nascem de perspectivas racistas. Porém, enxergar, estar consciente que essa racionalidade existe e que tem um posicionamento claro ajuda a vislumbrar a melhor forma de superarmos ou repararmos essa cultura excludente. Nesse sentido, o próximo capítulo se deterá nas devidas construções dentro do ordenamento jurídico que contribuem para a figura que se tem do negro enquanto sujeito de direito no Brasil.

Após a análise do funcionamento dos conceitos trabalhados em lei e a forma como eles atuam em suas aplicações, passa-se a uma análise da esfera ativa da legislação: as políticas públicas implantadas em favor da população negra. Entendendo que a formação do negro como sujeito de direito deve ser considerada não só em relação ao combate à discriminação, mas pensando em medidas reparadoras destinadas a essa população diretamente afetada.

• **Figura n.9 – Organograma esquematizado dos direitos raciais na legislação brasileira**

1988-2018



Fonte: Elaborado pela Autora.

Em consonância com a proposição do trabalho, analisa-se a racionalidade jurídica presente em nossa legislação, com o recorte de raça e racismo, buscando perceber de que forma essa racionalidade influencia o trato jurídico do tema, considerando a forte presença de uma racionalidade discriminatória que fortalece a ideia de racismo no funcionamento de nossas instituições. Para tal, adota-se o conceito de diferenciação positiva.

Como descrita no capítulo 1, a diferenciação positiva é uma dimensão positiva do ato de diferenciar, a qual assume o caráter de materialidade da legislação brasileira, que atualmente possui uma ideologia antirracista/igualitária no combate à discriminação racial. Esse combate à discriminação pode ser dividido como frentes repressiva e positiva, sendo cada uma delas destinada a blocos diferentes da população. A frente repressiva visa a combater as ações discriminatórias, com foco em quem as pratica, enquanto a frente positiva visa a reparar o dano sofrido pela população negra, destinando-se, portanto, a esta população.

Racusen (2002) traz a ideia da diferenciação justificada, como aquela que se verifica quando do combate a outras formas de discriminação, na atuação do judiciário no Brasil. Essa figura aparece como justificativa para a diferenciação por gênero, orientação sexual, capacidades físicas, etc., que não estaria servindo a um propósito discriminatório em seu aspecto negativo. Figura essa, que não constituía um conceito integrante da legislação antirracista brasileira e de sua respectiva aplicação.

5.1 A Legislação Antirracista e as formas de promoção da população negra

Conforme analisado nos capítulos anteriores, a legislação brasileira antirracista sempre possuiu foco na esfera repressiva (figuras 5 e 9). Apenas nas últimas décadas, verificou-se uma real efetivação de medidas para além dessa esfera repressiva, consubstanciada em políticas públicas e em ações afirmativas, apesar de ser ainda um debate polêmico em nossa sociedade, com difícil aceitação por boa parte da população. Neste ponto, portanto, analisa-se o porquê da insuficiência atual da esfera repressiva, visando à compreensão do funcionamento das ações afirmativas no Brasil.

A tipificação do crime de injúria racial, constante do art. 140, do Código Penal brasileiro, é considerada por muitos como uma distinção entre discriminação racial e racismo. Nesse caso, presume-se que a ofensa é dirigida a um indivíduo. Já o crime de racismo estaria representado pela Lei Caó, cuja hipótese presume a ofensa dirigida uma coletividade.

No que tange ao crime de injúria racial, há uma atenuação na exigência de um conjunto probatório mais rigoroso, como aquele que é exigido em relação ao crime de racismo, tal qual incorporado na prática jurisprudencial, como por exemplo, a exigência de uma comprovação de que o agente seja inegavelmente racista.

Em relação ao crime de racismo previsto pela Lei Caó, são elencadas classificações com teores segregacionistas, porém, nos flagrantes e encaminhamentos jurídicos geralmente é exigido que se comprove um teor racista do agente em relação a toda a população negra. Considera-se desarrazoada a necessidade de que se comprove que um indivíduo se comportou de forma preconceituosa ou discriminatória de forma pública e notória contra todo o grupo de pessoas negras, para que se configure um ato considerado ideologicamente racista. Vimos ao longo do trabalho como no Brasil, ao contrário, a prática do racismo pode ocorrer sem que seja acompanhada de práticas preconceituosas e discriminatórias ostensivas, tornando dificultosa a missão de se auferir uma manifestação prévia de racismo de modo ostensivo.

Muitas decisões judiciais podem ser motivadas pelo entendimento do julgador de que a penalidade seja desproporcional, caso o racismo se manifeste em uma simples piada. De fato, entende-se que, embora uma simples piada não deixe de ser uma manifestação racista, deve ser diferenciada de outras agressões mais sérias. Portanto, talvez a gravidade da penalidade e a dificuldade de conceituação também contribuam para uma não aplicação adequada da proibição da norma constitucional de racismo em nosso ordenamento jurídico.

O aspecto coletivo do crime de racismo deve ser analisado não para se dificultar a coerção jurídica, mas sim para que se demonstre a necessidade de coibir atos aparentemente individuais, pontuais, ou vistos apenas como “brincadeiras”. A decisão abaixo foi analisada por Lenz-Cesar (2004, p. 220) justamente para mostrar que “essa era certamente uma questão que reclamava um outro tipo de tratamento, como um direito de interesse público, cuja interpretação e decisão afetaria a dignidade de todo um grupo”. Tal comentário refere-se a seguinte decisão:

RESP 157805 STJ. PENAL. INDUZIMENTO OU INCITAMENTO AO RACISMO. ANEDOTA PUBLICADA EM JORNAL. INEXISTENCIA DE DOLO. INEFICIENCIA DO MEIO. Na procura do elemento subjetivo do delito previsto no art. 20 da Lei 7.716/89, é indispensável a análise da conduta pregressa do agente. Não sendo ele racista, mas, ao contrário, tendo ele demonstrado, durante toda a sua vida que jamais teve como meta o induzimento ou incitamento ao preconceito, impõe-se a sua absolvição. Ausente o dolo, inexistente o crime. É da índole do brasileiro encarar com bom humor os temas mais agudos e complexos do cotidiano. A gozação faz parte do seu temperamento, e por isto ninguém levaria a sério, a ponto de provocar o início de uma cisão na sociedade, a referência jocosa a uma pessoa, em face da cor da sua pele, ainda que através de publicação em jornal.

A nossa legislação, de fato, fornece elementos restritos, confusos e lacônicos acerca do racismo e prática no Brasil. Porém, ainda que tenha havido uma evolução social que deu ensejo à mudança legislativa, não foi reconhecida a necessidade de se compreender o conceito de racismo. Quando não há uma difusão real do conhecimento no seio da população, necessariamente se condiciona a atuação dos juristas, cuja formação pessoal e intelectual ocorre no mesmo meio sociocultural. A atuação dos juristas é parte essencial da concretização das ideias trazidas na legislação. É essencial, portanto, a importância em se compreender os temas abordados nessas páginas, com a devida contextualização no território brasileiro e considerando outros elementos que pairam em torno da legislação antirracista.

O caso Siegfried Ellwanger com condenação confirmada pelo Superior Tribunal Federal (STF), em 2000, constitui um marco jurisprudencial no Brasil acerca do conceito de raça em seu sentido jurídico, visando à proteção de grupos socialmente vulneráveis. No caso, as discussões conceituais acerca de raça eram voltadas ao grupo de judeus, mas as discussões em seus planos teóricos extrapolam a aplicação restrita àquela lide e traz uma boa visão sobre a temática também para a população negra brasileira. O caso dizia respeito a obras que negavam o holocausto e atribuíam aos judeus os males da humanidade.

A defesa de Ellwanger queria livrá-lo da acusação do crime de racismo, ao afirmar que os judeus não poderiam ser considerados um povo, e, no sentido antropológico da categoria não poderia se falar em raça. Se esse fosse o pressuposto para o crime de racismo, não seria possível, portanto, o seu enquadramento. Trouxe ainda, a mesma defesa, o argumento de que a legislação do

crime de racismo possui como principal tipo o segregacionismo derivado da cor, usando a lei Caó como base para tal sustentação.

O representante do Ministério Público (MP), apesar de rechaçar a condenação, acerta ao refutar o argumento da defesa de inexistência de racismo por falta de elementos que configurem uma raça. O MP enfatiza que o entendimento de raça deve ser jurídico e não puramente antropológico, devendo se verificar o enquadramento à lei caso haja uma discriminação ilegal a grupo determinável de pessoas.

Sobre isso, vimos ao longo da pesquisa que, de fato, as categorias utilizadas pela lei remetem diretamente ao modelo segregacionista de discriminação racial, e esse apontamento pela defesa de Ellwanger pode trazer outras contribuições teóricas. A referida defesa poderia ser considerada tecnicamente correta, se fosse feita uma análise completamente mecânica da lei. O STF condenou, sem unanimidade e o Juiz de primeira instância no Rio Grande do Sul havia absolvido em 1995. No entanto, resta margem para uma interpretação restrita facilitada pelos conceitos trazidos em lei e pela cultura ainda dominante no pensamento comum do brasileiro.

O que mais chama a atenção, no estudo deste caso, é o fato de a defesa, ao delongar-se no argumento de inexistência de raça e, por conseguinte, de racismo, nega o enquadramento no crime de racismo, mas admite que pudesse ter havido o enquadramento no crime de discriminação racial. Este ponto é elucidativo quanto à distinção dos conceitos de racismo e discriminação racial. Acredita-se que o que se infere do crime de discriminação racial seja o tipo penal da injúria qualificada previsto no art. 140 do Código Penal. O tipo da injúria qualificada é menos gravoso do que o crime imprescritível e inafiançável previsto na Lei Caó. Entretanto, gera um desconforto ver que essas categorias têm sido utilizadas de maneira intercambiável, gerando confusão e ainda mais dificuldades na aplicação da lei.

Essa tese apresentada pela defesa de Ellwanger, apesar de afastada pela maioria dos votos, foi aceita pelo relator do processo, Ministro Moreira Alves e acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio, esse último conhecido pelas decisões que não seguem qualquer padrão de racionalidade verificável, tendendo a se colocar como voto vencido, ainda que difira o espectro ideológico da posição em maioria.

O crime de injúria qualificada traz o enunciado de “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: [...] §3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa.” Considerando os termos enfocados no capítulo anterior, verifica-se que, de fato, a injúria consiste em ato discriminatório. Porém, quando esse ato se utiliza de elementos referentes à raça e à cor, no caso da população negra principalmente, o subtexto legal aqui citado também significa racismo. Já a Lei Caó, Lei n. 7.716 de 1989, se dispõe a definir os ‘crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor’. Definindo no seu primeiro artigo que, na verdade, os crimes são resultantes de discriminação. Em síntese, conceitualmente, todos esses crimes são resultantes da prática de racismo.

No entanto, os tipos trazidos pela Lei Caó definem discriminações segregatórias, que podem ser mais explicitamente vistas como atos racistas, quase como uma caricaturização, quando se pensa na forma como o racismo de fato opera no Brasil, mas, no entanto, muito natural quando se pensa nos regimes oficiais segregatórios. O tipo penal da injúria qualificada tentou estender a visão ainda restrita do racismo enquanto crime, para que os insultos raciais passassem a ser vistos com o devido peso discriminatório que geram nos seios das relações sociais. A Constituição criminaliza o racismo (figura 9). A lei Caó e o código penal, em seu tipo de injúria qualificada, definem diferentes tipos de expressão do racismo que resultam em práticas discriminatórias distintas.

Feitas essas considerações, lembre-se que esses casos acima grifados trazem a ideia clara de que a lei não tem o poder de mudar categorizações naturalizadas culturalmente, e os juízes podem construir caminhos jurídicos para confirmar convicções pessoais, conforme será um pouco mais detalhado no tópico sobre a Norma como construção. Em princípio, conclui-se que, assim como o racismo é um fenômeno condicionado aos elementos históricos e culturais, é também a nossa legislação. Enquanto lidarmos com seres humanos, esses elementos sempre influenciarão na ordem e no funcionamento das coisas e das ideias.

Uma das esferas que resulta da reflexão acerca da limitação do poder das leis sobre a sociedade é o caráter ativo, positivo, que é inerente à natureza das políticas públicas. Para Lenz-Cesar (2004), esse caráter ativo que é subtexto das políticas públicas vem como elemento de viabilização da ideia de igualdade material. O art. 3º da Constituição é verificado como forte exemplo, pois expressa enquanto objetivo a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades, indo além de uma exigência de coerção/proibição por parte do Estado.

Para Lenz-Cesar (2004) esse aspecto constitucional vai além dos ideais que deram ensejo aos moldes dos Estados Liberais, e para tanto estaria importando características de um Estado Social, trazendo em si aspectos de Justiça distributiva. Nesses casos, há uma exceção ao princípio da isonomia, pois a própria constituição prevê a criação de cotas e tratamentos especiais para grupos sociais que merecem proteção focalizada nesse sentido, originando a diferenciação em um sentido positivo, para promover populações que, pelas vias habituais de funcionamento das instituições não possuem o devido e correto acesso a seus direitos. Para a Autora (2004, p. 234) “O reconhecimento da diferença produz uma nova identidade cultural, cujas demandas comprometem substancialmente o ideal do tratamento igualitário preconizado pelos liberais.”

Nesse sentido, a diferenciação deve seguir diversos critérios para que se encaixe em um ordenamento jurídico de um Estado democrático sem que se configure como um atentado a igualdade como basilar do Estado. Assim assinala Lenz-Cesar (2003, p. 250):

[...] a proporcionalidade da norma não pode ser excessiva para uma das partes. O justo meio deve ser necessário, razoável segundo o interesse público, e dentro dos padrões de medidas legais, aceitáveis pelo senso comum. [...] Por fim, no caso concreto, deve haver a adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de fundamento. Assim a discriminação não pode ser leviana ou arbitrária. Mas deve ser fundada em razão valiosa para o bem público, e guardar uma conexão lógica com o tipo de tratamento jurídico dispensado. Qualquer disparidade no tipo de tratamento afeta o princípio da isonomia.

Com atenção aos critérios justos e justificáveis que viabilizam a diferenciação em um aspecto positivo, supera-se também a discussão acerca da legitimidade conferida pelo ordenamento jurídico e Lenz-Cesar (2003) estabelece que, a partir disso, principalmente após a conferência de Durban e o compromisso em adotar medidas de promoção da população negra, o passo que se seguiu para idealização das políticas foi a verificação com dados oficiais da desigualdade dessa população. Os dados apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2000, demonstram que os indicadores mais flagrantes da desigualdade proveniente de um racismo em nossa sociedade são no nível educacional, na renda familiar e na estrutura ocupacional do negro no mercado de trabalho. Justificando a focalização das principais políticas públicas voltadas para a população negra no Brasil: promoção do acesso à educação e ao mercado de trabalho.

A implementação das ações afirmativas no Brasil teve como marco temporal a Conferência de Durban ocorrida em 2001 em Durban, África do Sul, com escopo de se combater o racismo no

mundo, os países apresentaram as ações afirmativas que já implementavam, expondo a dinâmica de seus funcionamentos, assumindo o compromisso de combate à desigualdade e de promoção da população negra. À época, o Brasil ainda não possuía nenhuma ação afirmativa em andamento, e o compromisso firmado na conferência acelerou a sua implementação (ALVES, 2002).

Heringer (2003) registrou um mapeamento nacional da criação das ações afirmativas em nível nacional, verificando um total de 124 iniciativas no Brasil, sendo 38 na área da educação; 25 voltadas para trabalho e geração de renda; 24 em Direitos Humanos e *Advocacy* ; 3 na área da saúde; 12 na informação; 8 através de leis; e 10 em cultura, com algumas outras não especificadas (LENZ-CESAR, 2003).

Atualmente, a partir de levantamento realizado pelo instituto GEMAA (Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa), 2011, foi verificado o percentual de negros e pardos por região do Brasil em contraponto ao percentual de cotas raciais no ensino superior nessa mesma região. No Nordeste, tem-se um total de 70,8% de pretos e pardos, em um conjunto de 12,3% de cotas raciais (razão de 0,17); no Norte são 75,8% e 9,3% de cotas raciais (razão 0,12); no Centro-Oeste são 57,3% de pretos e pardos e 13,5% de cotas raciais (razão 0,23); no Sudeste, são 42,3% de pretos e pardos em contraponto a 5% de cotas raciais (razão 0,12); e por fim, no Sul, são 20,9% de pretos e pardos e 7,6% de cotas raciais (razão 0,36).

Analisando-se as regiões brasileiras também pela perspectiva das desigualdades, em níveis regionais, realmente não há uma correlação imediata a ser feita a partir desses dados. As regiões Nordeste e Norte, com as maiores populações negras, ficam atrás somente do Sudeste, em quantidade de ações afirmativas proporcionais. Porém o Sudeste é a região economicamente mais rica do país, concentrando 55,4% do PIB do Brasil, em 2014, e a região Sul que aparece em seguida concentrava 16,2% do PIB.

É, portanto, bastante problemático que a região com mais recursos do país apresente o menor número de cotas raciais implementadas. Principalmente porque, como vimos no primeiro capítulo, o racismo também se manifesta no preconceito ao nordestino, muito fortemente nas regiões Sul e Sudeste. No ponto seguinte, ao se falar brevemente sobre os discursos presidenciais, demonstrar-se-á a importância destes e como o presidente eleito, em 2018, demonstrou expressamente ter ideais que vão de encontro ao que se defende com as ações afirmativas. Dito isso, auferiu-se nas

eleições que 68% dos votos do atual presidente eleito vieram do Sul e Sudeste, obtendo apenas 15% de seus votos do Nordeste, o qual representa 27% do eleitorado (BBC, 2018, *online*).

Esses dados demonstram que as ações afirmativas, com escopo de emancipar a população preta e parda e tornar ambientes predominantemente brancos cada vez mais heterogêneos, deveriam ser mais fortalecidas em seu objetivo nas regiões que apresentam dados mais contundentes de consequências diretas da discriminação racial. Porém, o Sul, uma das regiões na qual mais se apoia o discurso representado pelo presidente Jair Bolsonaro, aliado a uma posição política alinhada à direita e que se proclama conservadora nos costumes e liberais na economia (com fortes aspirações discriminatórias), é apresentado no infográfico do GEMAA (2011) como a região com o mais elevado índice de implementação de cotas.

Isso põe em cheque a noção de que a criação de cotas por si só representa uma reparação, um fim em si mesmo, quando na verdade as cotas raciais são medidas que devem gerar o debate na população, que deve acolher os estranhamentos sociais para que se desdobrem em discussões didáticas e informativas sobre a situação de desigualdade em nosso país. A mera ocupação de vagas, nas escolas e no mercado de trabalho por pessoas negras, poderá ser vista como um favor, e continuar a ser implementada sem a real intenção da sua criação, que é de dar apenas um pontapé inicial, para que mais e mais espaços passem a ser ocupados por negros.

Iniciado o movimento de implementação de ações afirmativas, foram elaboradas leis que incluíram os ensinamentos de História e Cultura Afro-brasileira nas diretrizes e bases da educação nacional. Considerando que essas leis foram elaboradas em 2003 e 2008, pesquisa realizada em escola da rede estadual em Florianópolis/SC (SILVA, 2015), com entrevista aos professores constatou a atualidade da implementação dessa alteração do currículo escolar obrigatório e dá certa dimensão da efetividade dessa alteração legislativa. A Autora elaborou entrevistas visando compreender se houve de fato mudança nos livros, se havia alguma capacitação dos professores nesse sentido e como essa medida estaria afetando os alunos.

Dentre os professores entrevistados, o que se constatou foi que os livros seguiam atualizações de suas edições antigas e não buscavam se enquadrar nas alterações legislativas acerca do currículo escolar. Os cursos sobre o tema eram ofertados, mas os professores sentiam que existiam muitos entraves burocráticos para se inscreverem nesses cursos e, ainda, que eram ofertados em caráter excepcional.

O relato de um dos professores, sobre o tema é bem elucidativo (HABIB apud SILVA, 2015, p. 47):

sinceramente se alguém me perguntasse o que é a Lei 11.645 eu não saberia a que se refere, mas o enunciado ajudou. Olha, eu até ouvi falar na escola sobre alguns cursos relacionados à temática sobre cultura afro-brasileira. O estado mandaria alguns professores, mas eram tantos os critérios para ir a estes cursos que eu nem me interessei. E na verdade acho que não é de interesse deles também que a gente saiba sobre o assunto, porque se não eles poderiam tratar da temática nos mil cursos de formação que fazem por aí.

Acredito que a inclusão do tema nos “mil cursos de formação que fazem por aí” fosse justamente a intenção do movimento negro, quando se teve como demanda a inclusão do tema no currículo oficial do ensino básico. Houve, na pesquisa, um professor que demonstrou trabalhar a temática, porém o declarou que fazia desde muito antes da lei, por interesse e esforço próprio. Sobre os relatos, houve ainda importantes verificações a demonstrarem que o pouco que se tentava trabalhar sobre o tema em sala, era respondido com estranheza por parte dos alunos e brincadeiras pejorativas direcionadas aos alunos mais identificáveis pelo fenótipo negro.

Introduzir, portanto, a História e a Cultura Afro-brasileira impescinde de um preparo profissional não só afeito aos conteúdos, mas também com cunho pedagógico e psicológico. Há de ser realizado com razoável consciência e saber no trato desses temas, para que os alunos não se fechem, para que os alunos negros não sejam penalizados. É uma mudança significativa, e enquanto não se tiver meios para sua concretização de forma humana, os agentes responsáveis provavelmente acharão fugas como meio de evitar situações conflituosas em salas de aula, as quais já são parte de um cotidiano indesejado e exaustivo para os nossos professores da rede pública de ensino.

As conclusões trazidas por pesquisa realizada em quatro escolas públicas no Acre (GATINHO, 2017) se coaduna com os efeitos comprometidos da mudança curricular, frente à realidade da dinâmica do ensino. Nessa pesquisa demonstrou-se como essa mudança parece ser pouco importante dentre os saberes mais valorizados na nossa visão educacional atual, contribuindo para que o trato dessas temáticas permaneça na esfera dos folclores e dos estereótipos.

Acerca, ainda, do currículo em si, Ponciano, Gebran e Luvizotto (2011) analisaram o currículo da rede de ensino no Estado de São Paulo, verificando que:

Após esse estudo destacamos que as proposições contidas na disciplina de História não remetem à atual situação do afro-brasileiro em nossa sociedade, não propiciam um debate sobre a diversidade cultural, o preconceito e o racismo. Esses temas são tratados com superficialidade. A ideia de um Brasil sem diferenças tem sido difundida na escola e nos livros didáticos, minimizando as diferenças culturais e, às vezes, subordinando uma cultura à outra. Difunde-se, então, uma concepção de cultura uniforme, menosprezando as diversas contribuições que compuseram e compõem a identidade nacional.

De acordo com Cicalo (2013), ainda que os dados mostrem que a disparidade no acesso ao ensino fundamental seja maior, as cotas reservadas para pretos e pardos no ensino superior tem sido o maior foco, por representar um nicho de ensino público que já é de boa qualidade e possui relação direta com o acesso ao mercado de trabalho, representando, portanto, uma solução mais imediata. Guarnieri e Melo-Silva (2017) analisaram a produção acadêmica realizada em dois períodos restritos, situados entre a implementação e o tempo da publicação, em torno do tema de cotas universitárias especificamente. O resultado demonstrou que no período inicial, compreendido entre 2003 e 2008, a referida produção se concentrou sobre a constitucionalidade e viabilidade institucional das cotas, em vieses justificativos de sua implementação, enquanto no segundo período, entre 2009 a 2013, se concentrou na análise dos efeitos, ou seja, no desempenho acadêmico dos alunos cotistas e no perfil socioeconômico que vem sendo associado ao ingresso por cotas raciais.

Cicalo (2013) ao analisar o caso da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), infere que o desempenho acadêmico dos alunos cotistas tem sido similar ao dos alunos ingressos por ampla concorrência. Ele verificou, por meio de entrevistas, que essa percepção é do corpo docente e também discente, constatando que os alunos são, em geral, bastante comprometidos. Em entrevista a alunos cotistas, notou que a grande maioria era composta pelos primeiros membros de suas respectivas famílias a ingressar em uma universidade e que enxergavam ali uma possibilidade de ascensão familiar que antes sequer vislumbravam, ainda que dentro do curso tivessem as mesmas potencialidades cognitivas e disciplina dos demais alunos. Guarnieri e Melo-Silva (2017) observaram que um desempenho similar entre cotistas e não cotistas foi um padrão encontrado nas publicações que analisaram as cotas universitárias.

Valente (2018) analisou o perfil socioeconômico dos alunos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, faculdade que sedia a presente pesquisa, e observou que a cota racial, por não se restringir a um critério econômico, acabava por favorecer alunos que não estavam

em condição econômica desfavorável, inclusive oriundos de escolas públicas de boa qualidade, como por exemplo o Colégio Militar. No entanto, a verificação geral do perfil dos alunos demonstrou ser mais plural após a implementação das cotas, mostrando uma incidência modificadora na realidade do ambiente universitário alvo da referida pesquisa.

É difícil se quantificar os efeitos das cotas na realidade de cada um dos alunos que se beneficiaram dessa política. O que se pode denotar da realidade atual é que ainda possuímos espaços de trabalho em geral pouco ocupados por pessoas negras. A presença de um corpo negro nesses espaços ainda é vista com certa estranheza. Um beneficiário da cota universitária ainda encontrará outras dificuldades em sua jornada profissional, o que não significa que a política não esteja sendo efetiva, pois a sua proposição se dá em consonância com o reconhecimento dos limites de incidência modificadora que possui.

As cotas universitárias representam uma pequena medida dentro da perspectiva de se materializar o ideário antirracista e igualitário presente em nossa Constituição, mas não é a única estratégia responsável, pela emancipação da população negra. As cotas devem ser consideradas como uma estratégia necessária, porém limitada, que funcionou dentro do que se propôs a alterar.

É oportuno destacarmos alguns casos, como exemplos de estranhamento de negros ocupando lugares que ainda hoje não são pensados para negros, como por exemplo, o caso de Valeria Santos, negra, algemada por policiais militares, enquanto participava de uma audiência, na qualidade de advogada, no 3º Juizado Especial de Duque de Caxias/RJ. Todas as seccionais estaduais da OAB repudiaram o ocorrido. Houve uma apuração com oitiva das testemunhas que aparentemente reconheceram um comportamento descontrolado da advogada. Entretanto, ainda nessa apuração, ficou claro o estranhamento da posição de advogada ocupada por uma negra. Fato que ensejou diversas tentativas de desacreditá-la publicamente em sua função enquanto advogada, redundando na naturalidade com foi algemada, com a aquiescência da magistrada que presidia a audiência. A situação, no entanto, parece confusa e não se pode inferir o que de fato ocorreu, ainda que demonstre uma estranheza que ainda ocorre em ambientes jurídicos, ver pessoas negras que não estão em posições subalternas ou posição de partes, as quais não deveriam ser consideradas inferiores em nenhum aspecto.

Renato Freitas é advogado em Curitiba e foi candidato, nas últimas eleições, a deputado estadual pelo Partido dos Trabalhadores – PT, durante o período eleitoral foi atingido com balas

de borracha enquanto panfletava em sua campanha eleitoral em uma praça pública. Mesmo tentando informar que era advogado (Redação Fórum, 2018, *online*), continuou a ser agredido, verbal e fisicamente, e permaneceu detido em delegacia sem qualquer acusação. Renato é um advogado negro que milita em prol de movimentos sociais e sua estética em nada se ‘branqueou’, razão pela qual é comumente desconsiderado intelectual e humanamente. O fato de ser advogado e, por isso, merecer alguma dignidade no tratamento, apesar de ser uma prática vergonhosa, é comum. Todavia não parece ter a mesma eficácia quando são negros que detém esse título, pois, são negros, antes de qualquer outro título e continuam a ser enxergados dessa forma.

As cotas são uma política pública voltada para a população negra, que se baseia em uma ideia de diferenciação positiva e em uma perspectiva de materializar a igualdade preconizada constitucionalmente. Devemos enxergar a política de cotas enquanto exemplo dessa ideia de diferenciação positiva e o fim estratégico que representa. Trata-se de um exemplo bem-sucedido, mas que não representa a totalidade de medidas a serem adotadas e não substitui a conscientização e o fomento às informações sobre o retrato da desigualdade que afeta a população negra no Brasil. Essa esfera positiva, ativa, da legislação deve ser enxergada em conjunto com os demais aspectos que simbolizam o potencial de modificação presente em nossas leis.

5.2 Leis no Brasil e Racismo: Norma como construção, o tempo do direito e a conquista de direitos através dos avanços legislativos

Durante todo o trabalho analisou-se o arcabouço legislativo, constitucional e infraconstitucional, que se propôs a combater a discriminação racial, seja na esfera punitiva ou na esfera da diferenciação positiva, concretizadas através das políticas públicas. Os efeitos, entretanto, ainda parecem um tímido começo de uma longa caminhada. A proposta durante o percurso pesquisado foi demonstrar os argumentos que nesse tópico serão explorados, os quais se cristalizaram durante a pesquisa e que situam todos os elementos até então percebidos e elencados acerca da racionalidade jurídica presente em nossa legislação e que se relaciona direta ou indiretamente às questões de raça e racismo. Tenta-se identificar de que forma essa racionalidade foi capaz de afetar a nossa sociedade, ainda com a mudança do ideário constitucional, que busca agora uma igualdade material e vem com propostas reais dessa concretização.

O nosso atual cenário político, com a eleição de um Presidente que representa graves retrocessos sociais, políticos e econômicos, aliado a uma eleição do legislativo com expressividade

dessa mesma onda de conservadorismo, flagrou um grande caso coletivo de desinformação sobre as melhores e mais eficazes maneiras de se combater as nossas mazelas sociais. Grandes problemas sociais estão retornando, em nível de discussão, a patamares que há muito se acreditava superados. Para os pesquisadores e militantes sociais que trabalham com direitos humanos, configurou-se a importante lição de continuarmos os esforços em disseminar conhecimento, buscar conectar os espaços de discussões intelectuais aprofundadas com os espaços de iniciação às temáticas e didáticas no ensino dessas questões.

No que atine diretamente a causa de raça e racismo, as mais graves ameaças presentes nos discursos do presidente eleito Jair Bolsonaro demonstram desconhecimento sobre o funcionamento do racismo, sobre a Cultura e História do Brasil, sobre o funcionamento do sistema penal e carcerário, sobre as políticas eficientes de promoção de segurança pública. Esses posicionamentos são fortes, se tornando ainda mais inaceitáveis por se basearem no mesmo nível de desinformação apresentados em seus discursos. O Presidente chegou a afirmar que “não existe isso de racismo no Brasil” (RAMOS, 2018, *online*) e que a cota não era necessária, pois ele não “escravizou ninguém” (BOL, 2018, *online*).

Silva e Calmon (2018) analisaram os discursos presidenciais de 2000 a 2014 e suas influências na adoção de políticas públicas para combate ao racismo e promoção da igualdade racial. Para os Autores, o discurso é “o uso social da linguagem, atuando em uma determinada prática social. [...] é uma forma de representação da realidade social e é um meio de ação sobre esta realidade. Dialeticamente atua sobre os demais elementos da prática social” (SILVA; e CALMON, 2018, p. 4).

Cientificamente, é fácil denotar que o discurso de Jair Bolsonaro representa um retrocesso, entretanto não representa um retrocesso tão grande quanto imaginávamos, é mais uma desvelamento de um racismo que conseguiu se perpetuar até os dias de hoje.

A análise de Silva e Calmon (2018) revelou que os discursos presidenciais sofreram mudanças ao longo dos anos, principalmente após a implementação da Constituição de 1988. Assinalam que ao longo dos anos vieram se intensificando o reconhecimento do racismo e a importância da implementação de políticas públicas voltadas a população negra. No entanto, o reconhecimento do racismo continua ocorrendo numa perspectiva externa - pensada por sujeitos que não possuem conhecimento da dinâmica de funcionamento - ancorada ainda em uma

perspectiva de harmonia racial presente no imaginário brasileiro. O efeito desses discursos resultou em políticas públicas que, majoritariamente, acabam sendo “periféricas em sua concepção ou em sua implementação, mitigadas dentro e fora da burocracia” (SILVA; CALMON, 2018, p. 15).

Esses dois elementos são importantes na análise do funcionamento da lei, pois dizem muito a respeito do momento de sua elaboração/concepção, das vias para concretização, do objetivo que de fato pretendem alcançar (para além do discurso) e da força dos momentos políticos em que são vivenciados.

5.2.1 A norma como construção: elaboração e aplicação

A norma legal não pode ser mais compreendida como apenas a letra da lei, mas indo além de uma discussão hermenêutica. Pressupor a norma enquanto construção em analogia, como a ideia que se tem de conhecimento e verdade, é compreender que a norma, por ser elaborada e aplicada por seres humanos, é ela mesma um produto também de processos naturalizados ou pouco racionais dos agentes envolvidos. A ideia de que seja uma construção pressupõe que os próprios legisladores podem trazer para a letra da lei preconceitos e noções que não vêm de processos racionais, mas sim de um racismo enquanto ideia que os faz perdurar ao serem naturalizados.

Luckmann e Berger (1985) trazem importante consideração acerca da construção social da realidade, e, nessa perspectiva, traçam o papel e a essência das instituições, as quais sempre serão produtos de suas próprias histórias e também intermédios para controle da conduta humana. Os seres humanos constroem sua própria realidade, mas, para isso, nas primeiras fases de socialização as instituições, assim como a própria linguagem, são absorvidas como se fossem a natureza das coisas. Com o passar das fases do desenvolvimento humano é possível perceber a natureza convencional das instituições, mas, ainda assim, para nosso desenvolvimento pleno naturalmente adotamos crenças e hábitos como uma certa base para que possamos estreitar nossas opções e aprofundar e desenvolver-nos.

Reflexão que em muito se assemelha a ideia de Kuhn (1962), que analisa as estruturas das revoluções científicas e traz a ideia de paradigma, enquanto conjunto de crenças estabelecidas com fito de não serem questionados para que possamos aprofundar os estudos e, até mesmo, superar os paradigmas iniciais.

As verdades institucionais, portanto, são consensos coletivos que são maiores e anteriores às vontades individuais contemporâneas e permitem atualmente uma vivência coletiva, ou seja, objetivam organizar a vida em sociedade para que haja funcionamento razoável dos serviços demandados do Estado e um respeito pelos direitos de todos e cada um dos cidadãos. Esse consenso é o que legitima que existam regras e instituições. O direito existe, portanto, dentro dessa lógica, enquanto uma instituição que é também produto do contexto histórico, cultural e sociopolítico da sociedade na qual está inserido.

Aftalión, Vilanova e Raffo (2004) classificam as construções de senso-comum como processos a serem naturalizados, sendo as construções de 1º grau as relativas a ações presentes nos meios sociais imediatos e as de 2º grau contidas nas ciências sociais, para formulações de padrões e hipóteses de estudo. Essas construções consistem em um rol de ações disponíveis para os indivíduos, pontos a partir dos quais se pode avançar.

Importante trazer essas discussões acerca da averiguação da verdade e do conhecimento nas ciências sociais, pois o Direito se encontra contido nessa seara e se propõe a não só estudar a sociedade, como a organizá-la e a atender as suas respectivas demandas. Popper (2014) apresenta o método do falsificacionismo para a ciência, dentro de uma corrente de criticismo, que coloca como imperiosa ao ato de se fazer ciência, a adoção de postura crítica e a percepção das inevitáveis falhas inerentes a todas as atividades humanas.

Também as construções de primeiro grau, as quais dentro do Direito seriam as normas jurídicas, são permeadas pela falibilidade humana, ao passo que são também construções, ainda que as normas representem um consenso talvez presumido, sendo por isso primário. Deverão, também, elas, ser passíveis de melhorias, caso a demanda social demonstre a sua inadequação ao ordenamento como um todo.

A aplicação dos ensinamentos de Gadamer (1999) na esfera jurídica trouxe atenção da academia para análise do contexto da aplicação das leis. A reflexão trazida pelo autor consiste em perceber que o objeto não existe independentemente do sujeito, mas tão somente dentro da capacidade perceptiva deste, sendo a sua percepção mediada através da linguagem e suas significações específicas dentro de contextos culturais, sociais coletivos e também os individuais. Portanto, dentro de seu pensamento “o Homem não é capaz dessa objetivação porque ele está imerso em um mundo linguisticamente construído” (LOPES FILHO, 2009).

Lopes Filho (2009) assinala também a similaridade do pensamento de Gadamer (1999) ao de Popper (2010), pois os dois autores observam a limitação humana de compreender os fatos do mundo a partir de suas experiências, considerando o coletivo e o individual. A diferença entre os dois pensamentos reside na proposição por Popper (2010) de um método construtivista e a rejeição de Gadamer (1999) de submeter a hermenêutica a um método.

Sobre a demanda social, faz-se relevante trazer as ideias de Agostinho Ramalho de Neto (2001), o qual ressalta a natureza dialética da ciência do direito, a forma como os enunciados normativos pretendem modificar ou regular a realidade, mas sem que deixe de ser afetados por esta mesma realidade. Em outras linhas, o direito regula a realidade dos fatos sociais tanto quanto estes regulam o direito. Portanto, os agentes jurídicos devem assumir postura constante de autocrítica, principalmente nas questões afeitas a direitos humanos e direitos de grupos minorizados.

Compreendendo a forma como funciona o racismo no Brasil, o qual se perpetuou com grande força justamente no elemento da negação do racismo, deve-se reforçar o controle das próprias opiniões e pressupostos, ainda que presumidamente técnicos. Novamente ressalta-se que essa discussão não pretende iniciar aqui o debate hermenêutico, o qual não se poderia esgotar nessa mesma pesquisa, mas tão somente evidenciar a necessidade de trazer o debate teórico de raça e racismo para dentro da esfera de debate jurídico-científico.

5.2.2 O tempo do direito

Aliado ao papel que as normas assumem nas sociedades, deve-se atentar para a importância do momento em que elas são elaboradas e, além disso: dos diferentes tempos que foram contidos em um mesmo ordenamento jurídico, de que forma se perpetuam e se transformam. Para Ost (2005), uma das funções mais importantes do jurídico diz respeito à certificação e instituição da historicidade, do tempo. A coletividade como um todo precisa avançar, continuar a caminhar em acordo com tudo o que já fora construído até ali. Portanto, é para isso que se institui o passado, instituindo a memória.

O passado instituído, então, torna-se um fenômeno complexo do qual pode se extrair quatro dimensões, de diferentes tempos. O tempo das fundações, aquele que se perde de vista, um tempo que pode ser chamado de inaugural, que foge ao que se coletou de dados; o tempo de longo prazo, aquele que é constantemente mantido, o tempo que se institui por força das tradições; o tempo

histórico, que é o passado cronológico, a gama de eventos devidamente datados e irrefutáveis; e, por fim, o tempo intemporal das invariantes jurídicas, que é o tempo instituído que contém o passado histórico, mas que com ele não se confunde (OST, 2005, P. 52).

Dois elementos são essenciais (e polêmicos) à instituição jurídica do tempo: a memória e a tradição. A tradição aparece como figura complexa, pois muitas vezes inimiga do avanço social, do progressismo, mas também é a responsável por uma “identidade narrativa e simbólica” (OST, 2005, p. 61). Para o Autor, o direito em si próprio é uma tradição e as novidades que vem a trazer foram autorizadas em algum momento histórico. Esse conceito parece um tanto perigoso, mas é possível compreender como a metáfora das águas de um rio que, para permanecer o mesmo, é constantemente renovado, e até mesmo as células do corpo humano que se reconstituem sempre para formar o mesmo corpo.

A tradição não implica uma completa aversão às mudanças, mas a manutenção de uma identidade que as conecte com um todo. O perigo reside na utilização perniciosa desse conceito, na tradição como escusa para manutenção de privilégios, de situações que são cômodas para determinadas parcelas da população, mas que não significam e não simbolizam a identidade de um povo.

Essa utilização perniciosa também é possível quando do elemento memória. A memória não pode ser vista como um cenário passivo, mas sim como algo operacionalizado a partir do presente, que objetiva a manutenção ativa de tradições vivas e de imagens da coletividade. Para o Autor (OST, 2005, P. 59): “Não há, de fato, nenhum Estado moderno que possa ficar sem um romance institucional das origens [...]”. Porém, organizar a constituição ativa de uma memória coletiva, significa também uma organização de esquecimento. Portanto: “A memória pode tanto ser fundadora e instituinte, conforme acabamos de sublinhar, como pode mostrar-se manipuladora e mistificadora: estas duas funções são necessariamente solidárias”.

É pertinente notar que a naturalização e a institucionalização de uma ideologia racista constituiu uma utilização perigosa do tempo histórico, que permitiu que a própria história da complexa origem brasileira, com muitas violências, fosse reduzida a um retrato de uma harmonia que nunca existiu e que, até os tempos atuais persiste em impedir que se desconstrua o racismo entranhado e não reconhecido. A racionalidade jurídica de nossas leis tem memória, e guarda em

si aspectos que hoje são rechaçados, mas que permanecem como subtexto em muitos aspectos ou apenas naturalizados no funcionamento de nossas instituições.

Percebe-se que o peso e a leveza das leis, quando associadas à instituição da memória jurídica, podem determinar o funcionamento das instituições de um país, de acordo com a ideologia que pregam. Entretanto, ao tentarem mudar a realidade sem reconhecer a importância da construção da memória coletiva, pouco alteram a dinâmica social de nossas relações. A saída é buscar a reconstrução da memória, perdoar o que já se construiu e apostar no futuro, para reconstruir também identidades.

Em seguida, passa-se a analisar como tem funcionado o atendimento às demandas dos movimentos sociais, por parte do processo legislativo. Atualmente, os tempos de elaboração de leis parecem não atender à urgência cada vez maior dos processos sociais, mas para além dessa questão a lei possui ainda uma importante carga de reconhecimento, e não se ignora a importância para os grupos mais vulneráveis de que haja um reconhecimento oficial de direitos que lhes são negados. Porém, seguindo a proposta da presente pesquisa essa análise deve ser contextualizada em nossa realidade social de país com grandes mazelas sociais e com economia que ainda luta para ser forte e estável.

5.3 Conquistas dos direitos através dos avanços legislativos

Neste quarto capítulo, o recorte do arcabouço legislativo antidiscriminação, traçado em consonância com o detalhamento teórico-conceitual que envolve as discussões de raça e racismo, traduz-se em compreender minimamente de que forma esse estudo possui uma importância social e uma possibilidade de interferir na realidade. Busca-se, portanto, entender outros elementos teóricos que permeiam a materialidade das leis e seus poderes de regulação social.

Notadamente, no âmbito da discussão de raça e racismo no Direito, é recorrente que se analise o papel do Estado e o sistema econômico capitalista, enquanto marco essencial para compreensão de todas as relações coletivas que se estabelecem. Para Mbembe (2011), o capitalismo tem o poder de coisificar os seres humanos, principalmente aqueles que vivem às margens e, ao dialogar com conceitos foucaultianos de soberania e poder do Estado, traça o conceito da necropolítica. A necropolítica seria uma esfera do poder de dominação do Estado, uma esfera do exercício da soberania, que atuaria de forma exterminadora sobre a população marginalizada, estando a

população negra inserida nessa divisão populacional. O poder que o Estado tem de vida e morte sobre a população assume as vertentes de luz e sombra, recaindo sobre a população negra principalmente o lado sombrio.

O Autor, parte também da compreensão do racismo enquanto tecnologia que por muito tempo legitimou e continua a legitimar ações devastadoras, analisando aqui principalmente as ações do Estado, enquanto soberano. Essas populações marginalizadas são percebidas nos países de terceiro mundo e no que o Autor chama de quarto mundo, que seriam as populações que vivem em condições precárias, ainda que vivam em países de primeiro mundo.

Apesar de compreender o capital como uma lógica imperativa que norteia todas as demais relações sociais, lógica a qual se procura justificar no primeiro capítulo não ser adotada para esta pesquisa, há de se entender a importância de se contextualizar a forma como as relações de poder entre Estado e cidadãos são estabelecidas para as populações às quais os melhores benefícios do Estado social não chegam. É sabido e notório que alguns dos direitos básicos, como melhoria da qualidade de vida, direito de ir e vir, moradia digna, educação, trabalho, lazer, etc., constituem-se como verdadeiros privilégios sociais. Portanto, Mbembe (2011) traz justamente um conceito que representa a realidade da parcela protetiva do Estado que alcança esse grupo populacional mais desfavorecido. Para ele a parte do Estado que lhes abarca é a necropolítica.

No Brasil, as teorias puríssimas e europeias não se aplicam sem a devida contextualização ou não se aplicam de forma alguma. Estado, Direito e Lei se tornam conceitos mais deturpados e de funcionamento intrincados. Essas instituições precípuas acabam por depender, em seus desdobramentos das outras instituições e autoridades especializadas e locais. Quando se direciona o foco de uma legislação antidiscriminação para a esfera repressiva, o seu funcionamento dependerá do *modus operandi* do direito penal no Brasil, de que forma as periferias são tratadas pelos policiais, delegados, Ministério Público, juízes penais, e a população em geral. Bem como a ligação imediata que se estabelece, ao pensar em periferia e direito penal: pobres, condenados pelo sistema³⁴.

Não à toa, o Presidente eleito em 2018 proferiu inúmeros discursos se baseando no desejo da maioria populacional, maioria essa que garantiu seu mandato, de ver crescer o número de prisões,

³⁴ Loic Wacquant (1989) é um grande teórico que se debruça sobre a temática, como na obra “As prisões da miséria”.

e atacando as medidas preventivas pensadas para a segurança pública que não envolvessem punição e repressão, presentes nos programas de outros candidatos. Esse discurso pró punitivismo ganhou nas urnas, ainda que haja expressiva e extensa pesquisa demonstrando o absoluto caos que representa o sistema carcerário brasileiro, com dados que comprovam o direcionamento dessas medidas repressivas e o seu caráter eugênico e de higienismo social, e principalmente: a pouca efetividade de políticas de tolerância zero em controlar o avanço da criminalidade.

Não se pretende adentrar à discussão penalista/criminológica, apenas se intenciona elucidar a ideia de uma mesma lei funcionar de forma diferente para diferentes parcelas da população. Em relação à população negra, pode-se, identificar o racismo como tecnologia que modula os efeitos dessas leis em suas diferentes aplicações.

Neves (2011) é também um autor brasileiro que não se conformou ao ver a importação irrestrita das teorias estrangeiras para uma realidade completamente distinta, principalmente por aqueles que se propõem a estudar o funcionamento do Direito. O estudo, ainda que teórico, deve possuir um nível mínimo de compromisso com a realidade social e com a perspectiva de aplicação dessas teorias. O autor citado era um grande estudioso das teorias alemãs de Luhmann³⁵, dentro da Teoria dos Sistemas, outro universo teórico que foge ao escopo deste trabalho, mas percebeu, entretanto, a grande disparidade da aplicação daquela teoria em uma sociedade na qual para uma grande parcela da população o que se entende por Estado é mais facilmente enquadrado na ideia de omissão.

Neves (2011) adapta, então, essas teorias para o que ele entende por modernidade periférica. No Brasil, os processos de cidadania se consolidaram de maneiras bastante diferentes. A indagação que nos interessa e pode ser extraída dessa digressão, é sobre o papel das leis nesse lócus de ação do Estado e do Ordenamento jurídico enquanto instituição. Se temos um papel bem definido, teoricamente, do exercício do Direito na sociedade ideal, precisamos perceber de que forma esse movimento poderá se destinar a uma parcela da população que é tão marginalizada e que acredita que a ela se destina um outro tipo de Estado, um Estado que pode chegar a atuar a partir de uma necropolítica.

³⁵ Luhmann é teórico das ciências sociais e sua mais famosa obra intitula-se “Teoria dos Sistemas sociais”.

As leis representam, historicamente, importantes conquistas para os movimentos sociais que buscam a efetivação dos direitos humanos, e não ocorreu de forma diferente em relação ao movimento negro. A consolidação atual de uma agenda legislativa que expressamente se destina a combater a discriminação racial e promover a igualdade entre todos é fruto de uma intensa e longa luta da militância negra em nosso território. Por isso, a reflexão acerca dessas conquistas se torna ainda mais importante. A conquista através de uma lei se torna, além de tudo, um símbolo da concretização de uma pauta, de uma demanda histórica.

O simbolismo de uma lei é capaz de munir uma população fragilizada e minorizada em nosso território, conferindo legitimidade às suas pautas e reclamações sociais. O reconhecimento surge como ferramenta importante, capaz de influenciar na consolidação das identidades e no fortalecimento de autoestimas. Entretanto, o simbolismo também pode funcionar como uma falsa conquista. Essa é a crítica que Neves (2011) lança, ao tratar de uma legislação simbólica em uma modernidade periférica. Sendo muitos os elementos que permeiam o funcionamento de uma lei, a simbologia que ela traz pode ser capaz de apaziguar ânimos e desmobilizar militâncias, e, ao mesmo passo, representar uma conquista inócua em sua substância.

A edição de uma lei em nosso país, sem uma previsão de medidas para sua concretização, parece um caminho simples de dar fim a uma demanda social sem, de fato, atendê-la. Ao analisar brevemente o processo dos idealizadores das Leis Afonso Arinos e Caó, percebe-se que as intenções de fato parecem circular em torno de um objetivo igualitário. Apesar de essa ideia crítica de legislação simbólica trazer uma compreensão de utilização estratégica de desmobilização social, nem sempre esse efeito será explicitamente pretendido, a exemplo da prática do racismo e dos preconceitos implícitos em nossa sociedade.

Saliente-se que, ao se analisar os processos que deram ensejo as leis Afonso Arinos e Caó, não houve uma real aproximação científica do tema que se propôs controlar através de uma lei. Por outro lado, não parece ter sido sopesada ineficácia da estratégia adotada pela Lei Afonso Arinos, ao se trazer para a nova lei (Lei Caó) a mesma lógica conceitual de racismo enquanto preconceito, intensificando o caráter repressivo/punitivo e dando continuidade a tipos que se relacionavam diretamente a um modelo segregacionista nunca implantado oficialmente no Brasil.

Neves (2011) assevera também que conquistas legislativas que possuem pouca incidência modificativa e ainda contribuem para desmobilização de importantes demandas sociais, não

necessariamente ocorrem de maneira estratégica. Nas leis antirracismo houve aparente intenção de se combater as práticas discriminatórias através da força legislativa. Essa demanda tem início com a Lei Afonso Arinos, considerada pelo próprio movimento social que deveria ser intensificada, deixando a classificação penal de contravenção e adotando o *status* de crime com a Lei Caó e com a Constituição de 1988.

No entanto, atualmente percebe-se a insuficiência das leis frente ao cenário de relações raciais presente em nosso país. Nesse aspecto, buscou-se analisar de que forma isso ocorreu, concluindo-se que, não por acaso nem necessariamente de maneira estratégica, o insucesso foi uma consequência da combinação de diversos fatores, analisados neste capítulo e demonstrados ao longo de todo o trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho se dispôs a traçar o caminho jurídico brasileiro que surge referente aos direitos raciais. Constatou-se que o Direito precisa se debruçar sobre essa temática e apreender a importância de sua discussão, colhendo elementos em nossa história e na sociologia. Considerada dentro do ramo das ciências sociais aplicadas, a ciência jurídica foi bem-sucedida em manter-se, por muito tempo, fechada em tecnicismos e com dificuldade de aceitar a importância do estudo social, antropológico e filosófico da nossa sociedade.

Assim como o Direito se propõe a regular a sociedade, recebe influências desta, inserindo-se na própria realidade que pretende controlar, identificando que enquanto construção humana e sujeita a falhas, o Direito deve estar sempre atento em sua inadequação empírica aos seus objetivos declarados.

No primeiro capítulo, foi possível perceber que as categorias de raça, racismo, preconceito e discriminação ainda não foram trabalhadas com o rigor conceitual inerente à ciência jurídica, o que permite uma maior abertura para concretização dos preconceitos e valores dos julgadores e operadores do direito. Se o rigor técnico por muito tempo foi o que impediu que o Direito se aproximasse de estudos sociais, filosóficos e hermenêuticos; quando o Direito assume o seu papel e se dispõe a regular temas como o racismo, o rigor técnico deverá ser utilizado para proteger os aplicadores do direito de seus próprios senso-comuns, em uma realidade em que o racismo é um elemento de normalidade.

Conforme analisado no ponto sobre raça, a perspectiva racializada de si e dos outros foi um importante mecanismo da população negra para resgatar e reconstruir sua identidade como povo, indivíduos e sujeitos de direitos. A percepção de uma categoria que já é utilizada socialmente de maneira naturalizada é uma das chaves para se superar os efeitos que o racismo continua a operar.

No segundo capítulo, vislumbrou-se como o Direito brasileiro, através de suas leis, legitimou um modelo socioeconômico baseado no regime da escravidão, trazendo para si o racismo compreendido como ideologia que permitiu essa legitimação. Por outro lado, concluiu-se que, o fato de o fim da escravidão não haver sido acompanhado de uma mudança da racionalidade que

tornou o racismo acoplado a si, permitiu a continuidade, por longo tempo, do fortalecimento de uma realidade social que manteve o negro em um lugar periférico.

No terceiro capítulo, identificou-se que o movimento legislativo assumiu, com o tempo, uma postura de combate às desigualdades, implementando uma luta antirracista. Percebeu-se, entretanto, que, a mudança da legislação não produziu os efeitos desejados, no sentido de modificar a estrutura social corrompida, construída com a participação do Direito, baseada na assimilação do racismo como algo natural intrínseco às relações sociais.

O último capítulo, deteve-se na análise dos efeitos da mudança do posicionamento do Direito, para confrontar a insuficiência dos instrumentos utilizados no combate ao racismo, coadunando-se com o argumento que se delineou no curso do trabalho. Nesse capítulo enfatiza-se a importância que os institutos jurídicos assumem, enquanto construção filosófica influenciada pelos elementos sociais. Essa afirmação parte da análise da estrutura jurídica inserida numa realidade periférica que é a brasileira, a qual possui uma formação étnico-racial baseada na escravidão e na miscigenação, onde nunca houve um movimento de segregação oficial (como o regime do *apartheid*), mas também onde não se buscou combater o racismo com o devido reconhecimento de sua existência condicionante na vida da maioria dos negros no Brasil.

Concluiu-se, portanto, que:

- A identidade negra no Brasil é marcada pela escravidão e mestiçagem. Ser negro no Brasil se associa aos fenótipos e também aos elementos de classe; a identidade negra no Brasil passa por um processo de apagamento, como produto de um discurso oficial de democracia racial que nega as diferenças raciais existentes na prática.

- A legislação brasileira carregou em si durante muito tempo a legitimação da escravidão. Essa legitimação está dentro da ideia que consideramos como racismo, ao acreditar que, de fato, os negros não são iguais aos brancos. Ideia essa que continuou a permear a produção legislativa, limitando-a, mesmo quando ela genuinamente se propunha a combater alguns tipos de discriminações raciais. O não reconhecimento do racismo em seu funcionamento no Brasil fez com que nossas leis combatessem, por muito tempo, um racismo característico da realidade norte-americana e, atualmente, combatem o racismo, ignorando a realidade de que a maioria da

população ainda se encontra presa em uma racionalidade racista, sem uma compreensão razoável dessa problemática Brasil.

Um sintoma de estratégia legal, em descompasso com a realidade social, pode ser percebido, ao se notar que o antirracismo permaneceu por muito tempo concentrado na esfera penal. Esfera essa, que criminalizava a própria existência negra, e que permanece atuando sistematicamente, com o olhar condicionado em combater a existência de pobres e negros. Mudar o funcionamento dessa instituição sem que haja esse reconhecimento é uma tarefa pouco provável. O combate legal na esfera penal se voltou aos casos individuais, porém, a compreensão do que significa, de fato, racismo na esfera individual apenas pode se dar a partir de uma concepção de toda a estrutura social. Os efeitos de um racismo individual apenas se demonstram ofensivos, quando percebidos dentro do panorama maior.

As iniciativas de promoção da população negra, nas quais se verificam a concretização das ações afirmativas, acabam também sendo condicionadas por essa limitação proveniente de um descompasso da dogmática jurídica em relação à realidade. Para se combater o racismo de forma eficiente, é imprescindível compreender o que significa raça e racismo. O presente trabalho se dispôs a empreender uma análise acurada dessa temática, visando a contribuir para fortalecimento de um acervo jurídico-teórico sobre os direitos raciais.

- Além da historicidade das relações étnico-raciais no Brasil, o funcionamento das leis também é orientado por elementos filosóficos e epistemológicos. O direito funciona de uma maneira muito específica em uma realidade periférica como a brasileira, assumindo a função de inaugurar novas eras, mas, ao mesmo tempo, é o responsável por manter tradições e simbologias culturais. Neste sentido, deve apreender seu tempo histórico para agir a partir dele. Enquanto construção humana, o Direito, bem com as normas jurídicas, submetem-se aos efeitos negativos inerentes às limitações próprias dos legisladores e dos aplicadores da lei.

O sujeito negro e a prática do racismo são considerados atualmente em nossa legislação. Há um movimento oficial que se coloca como antirracista, porém, o sujeito negro ainda não é compreendido em sua identidade histórica e cultural. A prática do racismo não pode ser despreendida dessa realidade, ela é produto direto dessa prática e seu funcionamento só pode ser combatido a partir dessa compreensão.

A compreensão da identidade histórica e cultural do sujeito negro, no Brasil, pode e deve ser iniciada no âmbito do ensino jurídico, formando-se um acervo denso relativo ao tema na esfera do Direito. Os conceitos de raça e racismo devem ser difundidos como ensinamentos básicos, parte de um processo de retomada de consciência de um povo brasileiro, em uma perspectiva descolonizada e de uma população brasileira em uma perspectiva afro-atlântica. O negro brasileiro tem uma história que se conecta à África apenas pela ancestralidade, mas que é marcada pelo fenômeno da diáspora africana e calcada em uma subjugação racial, alienação da identidade negra e negação de um lugar social para esses corpos dentro dessa sociedade. Essa estratégia educacional evitaria a necessidade de o operador direito recorrer sempre a outras ciências, em busca de uma compreensão mínima do tema, para o correto cumprimento de sua missão.

Se por muito tempo o Direito negou o lugar de cidadão ao negro, agora precisa passar por um momento de reavaliação e readequação estrutural para atender eficazmente à essa demanda. A partir de uma compreensão do panorama dos direitos raciais no Brasil, será possível criar estratégias de reparação. Deve-se destacar a importância desse termo: o Brasil deve, sim, reparar os erros cometidos em relação aos negros. Há, sim, uma dívida humana, cultural e social. Não se trata de simples inclusão por medidas paliativas, mas de um processo de transformação social profunda e de uma recolocação do negro como sujeito de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 21-37

ALMEIDA, Silvio Luiz. O que é racismo estrutural?. Vídeo publicado no youtube. Canal TV Boitempo. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PD4Ew5DIGrU>> Acesso em 10 set. 2018.

ALMEIDA, Silvio. *O que é Racismo Estrutural?* Editora Letramento, São Paulo: 2018.

ALONSO, Ângela. O Abolicionismo como Movimento Social. *Revista Novos Estudos* n. 100, Novembro, 2014. P. 115- 137. CEBRAP, São Paulo.

ALVES, J.A. Lindgren. A Conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos. *Rev. bras. polít. int.* vol.45 no.2 Brasília July/Dec. 2002 Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000200009>. Acesso em 10 out. 2018.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-liberal. In: *CIVITAS*, v. 15, n.1, p.150-127, jan-março. 2015, Porto Alegre.

BANTON, Michael. *A ideia de Raça*. Trad. Antonio Marqus Bessa. Martins Fontes, São Paulo: 1979.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado da sociologia do conhecimento*. Editora Vozes, 1985: Petrópolis.

BERTULIO, Dora Lucia de Lima. *Direito e Relações Raciais: Uma introdução crítica ao Racismo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 1989.

BOL. Bolsonaro diz que pretende reduzir cotas: nunca escravizei ninguém. 2018, *online*. Disponível em <<https://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/eleicoes/2018/07/31/bolsonaro-diz-que-pretende-reduzir-cortas-nunca-escravizei-ninguem.htm>>. Acesso em 10 out. 2018.

CICALO, A. (2013). Race and Affirmative Action: The implementation of quotas for” black” students in a Brazilian University. *Antípoda: Revista de Antropología y Arqueología*, 16, 113-134.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2000.

D’ANDRADA E SILVA, José Bonifácio. *Representação à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brasil: Sobre a Escravatura*. Impressor D’el Rei, 1825: Paris. Disponível em< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/518681> >. Acesso em: 5 maio 2018.

DIJK, Teun Van. *Elite discourse and racism: Ethnic prejudice in thought and talk*, Londres, Sage Publications, 1993.

DURAO, Aylton Barbieri. Habermas: Os fundamentos do Estado Democrático de Direito. *Revista Trans/Form/Ação*. Vol. 32(1), p. 119-137, São Paulo: 2009.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. Editora Globo S.A, 2008: São Paulo.

FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. Difel, 1972: São Paulo.

FERNANDES, Florestan; BASTIDE, Roger. *Branco e negro em São Paulo: ensaio sociológico sobre aspectos da formação, manifestações atuais e efeitos do preconceito de cor na sociedade paulistana*. 3ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3ª edição. Editora Vozes, 1999: Petrópolis.

GATINHO, Andrio Alves. *Práticas de História e Cultura Afro-brasileira em escolas públicas*. Uneb. Salvador, 2017.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade (O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

GOMES, Laurentino. *1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da república no Brasil*. Globo, São Paulo: 2013.

GRINBERG, Keila. *Liberata: a lei da ambiguidade. As ações de liberdade da Corte de Apelação do Rio de Janeiro no século XIX*. Centro Edelstein de pesquisas Sociais, Rio de Janeiro: 2008.

GUARNIERI, Fernanda Vieira; MELO-SILVA, Lucy Leal. *Psicologia Escolar e Educacional*, Volume 21, Número 2, Maio/Agosto de 2017: 183-193, São Paulo: 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pee/v21n2/2175-3539-pee-21-02-00183.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2018.

GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. *Racismo e Anti-Racismo no Brasil*. Fundação de Apoio a Universidade de São Paulo, São Paulo: 2009.

JONES, James. *Racismo e Preconceito*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo, Edgard Blucher/EDUSP, 1973.

JONES, James. *Racismo e Preconceito*. Trad. Dante Moreira Leite. Edgard Blucher/EDUSP, São Paulo: 1973.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. Ed. Pillares, São Paulo: 2015.

LENZ-CESAR, Raquel Coelho. Acesso à Justiça para minorias raciais no Brasil: é a ação afirmativa o melhor caminho? Riscos e acertos no caso da UERJ. UERJ, Rio de Janeiro: 2003.

LIMA, Danilo Pereira. A discricionariedade judicial e resposta correta: A teoria da Decisão em tempos de Pós-positivismo. In: NOMOS- Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. V. 34,2, jul/dez. 2014. p. 127-148. 2014.

LIMA, Marcus Eugênio Oliveira; VALA, Jorge. As novas formas de expressão do preconceito e do racismo. Estudos de Psicologia. 2004, 9(3), pp. 401-411. 2004.

LOMBROSO, Cesare. O Homem Delinquente. Tradução: Sebastian José Roque. 1. Reimpressão. São Paulo: Ícone, 2010.

LOPES F., Juraci Mourão. Linguagem e Método: Abordagem Hermenêutica do Direito como alternativa ao Pluralismo metodológico. In: Revista Opinião Jurídica, 2009. P. 199-223. 2009.

MACHADO, Luis Fernando. Os novos nomes do racismo: especificação ou inflação conceptual?. Revista Sociologia, Problemas e Práticas, n. 33, pp. 9 -44. Lisboa, Portugal: 2000.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; FERREIRA, Carolina Cutrupi; SANTOS, Natália Neris da Silva. “Legislação antirracista punitiva no Brasil: uma aproximação à aplicação do direito pelos tribunais de Justiça brasileiros”. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 2, n. 1, pp. 60-92, 2015.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; FERREIRA, Carolina Cutrupi; SANTOS, Natália Neris da Silva. “Legislação antirracista punitiva no Brasil: uma aproximação à aplicação do direito pelos tribunais de Justiça brasileiros”. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 2, n. 1, pp. 60-92, São Paulo: 2015.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; LIMA, Márcia. NERIS, Natália. Racismo e Insulto Racial na Sociedade Brasileira. In: Revista Novos Estudos. CEBRAP, 2016: São Paulo. V. 35.03, p. 11-28. 2016.

MALOMALO, Bas'ilele. Repensar o Multiculturalismo e o Desenvolvimento no Brasil: Políticas Públicas de ações afirmativas para a população negra (1995-2009). Tese de Doutorado do Programa de Pós- Graduação em Sociologia da Faculdade de Ciências e Letras – UNESP. São Paulo: 2010.

MARIANI, Daniel; RONCOLATO, Murilo; DUCROQUET, Simon; TONGLET, Ariel. Segregação racial no Brasil. Jornal Nexo, publicado em 9 dez 2015. Disponível em < <https://www.nexojournal.com.br/especial/2015/12/16/O-que-o-mapa-racial-do-Brasil-revela-sobre-a-segrega%C3%A7%C3%A3o-no-pa%C3%ADs> > Acesso em 28 set. 2018.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do Direito: conceito, objeto, método. 2.ed. Renovar, Rio de Janeiro: 2001.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. N-1 edições, Espanha: 2011.

- NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007
- NOGUEIRA, Oracy. (1985 [1954]). Preconceito racial de marca e preconceito de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. In: Tanto preto quanto branco: estudos de relações raciais. São Paulo: T. A. Queiroz. 1985.
- NUSSBAUM, Martha C. Sem fins lucrativos: porque a democracia precisa das humanidades. Ed. WMF Martins Fontes, São Paulo: 2015.
- PIERSON, Donald. Brancos e Pretos na Bahia. Nacional, São Paulo: 1971.
- PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do Racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros. Brasília: Brado Negro, 2016.
- PONCIANO, Deize Denise; GEBRAN, Raimunda Abou; LUVIZOTTO, Caroline Kraus. História e Cultura Afrobrasileiras no Currículo de História para 6º ao 9º anos da rede oficial do estado de São Paulo. Revista Teoria e Prática da Educação. V. 14, n. 2, 2011.
- POPPER, Karl. O problema da indução. In: MILLER, David (Org.). Popper: textos escolhidos. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, p. 101-115: 2010.
- POPPER, Karl.. A lógica das ciências sociais. Tradução de Estêvão de Rezende Martins. 3.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 13-34: 2004.
- RACUSEN, Seth. A mulato cannot be prejudiced”: the legal construction of racial discrimination in contemporary Brazil. Harvard, 2002
- RAMOS, Gabriela. Eleições: Aqui no Brasil não existe isso de racismo. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,aqui-no-brasil-nao-existe-isso-de-racismo-diz-bolsonaro-em-fortaleza,70002375442>>. Acesso em 15 out. 2018.
- RATTS, Alan. Eu sou atlântica: sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento. Imprensa Oficial, São Paulo: 2006
- REDAÇÃO FÓRUM. Renato Freitas, candidato a deputado do PT, é baleado e preso pela Guarda Municipal de Curitiba. Revista Fórum, 2018. Disponível em<<https://www.revistaforum.com.br/renato-freitas-candidato-a-deputado-do-pt-e-baleado-e-presos-pela-guarda-municipal-de-curitiba/>> Acesso em: 10 out. 2018.
- RODRIGUES, Nina. Os Africanos no Brasil. Companhia Editora Nacional, São Paulo: 1935.
- ROSE, Arnold. A origem dos preconceitos. In: Raça e Ciência. Trad. Fernando dos Santos Fonseca, v. 2, p. 161 -194, São Paulo: 1972.
- SADEK, Maria Tereza. O Judiciário em debate (online). Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, Rio de Janeiro: 2010.

SAGRERA, Martin. Los Racismos em America “Latina”. Sus colonialismos externos e internos. Ediciones La Bastilla, Buenos Aires: 1974.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Nem Preto Nem Branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociabilidade brasileira. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. O Espetáculo das Raças. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870- 1930. Companhia das Letras, São Paulo: 2017. Publicação original em 1993.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Racismo no Brasil: quando inclusão combina com exclusão. P. 94-107. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; BOTELHO, André. (Org.). Cidadania, um projeto em construção: minorias, justiça e direito. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

SEARLE, John; SMITH, Barry. Social construction of reality: An exchange. American Journal of Economics and Sociology, vol. 62 no. 1(2003). p. 285-309. 2003.

SEYFERTH, Giralda. A invenção da raça e o poder discricionário dos estereótipos. Anuário Antropológico/93. Tempo Brasileiro. p. 175 – 203, Rio de Janeiro: 1995

SILVA JR., Hédio. “Preconceito deve ser circunstância legal genérica”. Consultor Jurídico, 31 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-31/hedio-silva-preconceito-racial-circunstancia-legal-generica>>. Acesso em: 22 out. 2016.

SILVA, Sabrina Ana Maria. A cultura Afro-Brasileira no currículo: experiencias docentes na rede estadual de ensino de Florianópolis. USJ. Curso de Pedagogia. São Jose: 2015.

SILVA, Tatiana Dias; "O Mito da Democracia Racial está Reduzido a Cinzas"(?): Raça, Racismo e Políticas Públicas no Discurso Presidencial de 2000 a 2014.” Disponível em: <https://www.academia.edu/37892695/_O_Mito_da_Democracia_Racial_est%C3%A1_Reduzido_a_Cinzas_Ra%C3%A7a_Racismo_e_Pol%C3%ADticas_P%C3%BAblicas_no_Discurso_Presidencial_de_2000_a_2014?em.ail_work_card=thumbnail-desktop>. Acesso em 02 set. 2018.

SOUZA, Jessé. Subcidadania Brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro. LeYa, Rio de Janeiro: 2018.

SPENCER, Herbert. The Genesis of Science (1854). Essays: Scientific, Political and Speculative. Herbert Spencer Collected Writings, Vol. X. Routledge & Thoemmes Press. Londres, 1996.

VALENTE, Demitrius Bruno Farias. Análise da justiça, constitucionalidade e efetividade da Política de Cotas no Enem: o estudo de caso da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. 2018. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

VAN DEN BERGHE, Does Race matter?. Nations and Nationalism 1 (3), ASEN. Washington USA. Pp. 357-368, 1995.

WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Paris: Raisons d'Agir. 190 pp. 1999.

WELLE, Deutsche. Cinco anos depois. Avanços do Estatuto da Igualdade Racial são controversos. Revista Carta Capital, 2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/cinco-anos-depois-avancos-do-estatuto-da-igualdade-racial-sao-controversos-7252.html>>. Acesso em 10 jun. 2018.

WIEVIORKA, Michel. L'espace du racism. Seuil, Paris: 1991.

WILLIAMS, Patricia J. "Alchemical Notes: Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights". Harvard Civil Rights -Civil Liberties Law Review, v. 22, n. 401, 1987a.. "Spirit-Murdering the Messenger: The Discourse of Fingerpointing as the Law's Response to Racism".University of Miami Law School Review, n. 42, v. 127, 1987b.

LEGISLAÇÃO:

Constituição de 1824 - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Código Penal de 1830 - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Lei de 7 de novembro de 1831 – Lei Feijó - Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.html>. Acesso em 10 mar. 2018.

Lei n. 1 de 1837 – transformada no decreto n. 15 em 1839 – Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/asphe/article/download/29135/pdf>> Acesso em 4 jan. 2018.

Lei Eusébio de Queiros n. 581 de 1850 - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM581.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Lei 601 – de Terras – em 1850 - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Lei 2.040 – do ventre livre- 1871 - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Lei 3.270 - dos Sexagenários – 1885 - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3270.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Lei 3.353 - Lei Aurea – 1888 - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Decreto 528 – Imigração – 1890 - Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 10 mar. 2018.

Código Penal de 1890 - Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 10 mar. 2018.

Constituição de 1891 - Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Constituição de 1934 - Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34. >. Acesso em 10 mar. 2018.

Constituição de 1937 - Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Código penal 1940 (atual) - Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Decreto- Lei 7.967 – 1945 - Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7967-18-setembro-1945-416614-norma-pe.html>>. Acesso em 10 mar. 2018.

Constituição de 1946 - Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Lei 1390– Lei Afonso Arinos- 1951 - Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1390.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Constituição de 1967 - Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Lei nº 7.170 – de segurança nacional - de 1983 - Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Constituição de 1988 - Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Lei 7716 – lei Caó – 1989 - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Decreto 4887 - 2003 - Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

Lei 12.288 - Estatuto da Igualdade Racial - 2010 - Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em 10
mar. 2018.

ANEXO I

20 DE NOVEMBRO – Poema de Beatriz Nascimento.

O Quilombo é memória, que
não acontece só pros negros,
acontece pra nação. Ele
aparece, ele surge, nos
momentos de crise da
nacionalidade!

A nós não cabe valorizar
a História. A nós nos cabe ver
o continuum dessa História...

Porque Zumbi queria fazer
a nação brasileira, já com
índios e negros integrados
dentro dela. Ele quer
empreender um projeto
nacional, de uma forma
traumática, mas não tão
traumática quanto os
ocidentais fizeram, destruindo
culturas, destruindo a
História dos povos dominados.

ANEXO II

E EU NÃO SOU UMA MULHER? Por Sojourner Truth (1851)

Então, crianças, onde há tanta fumaça, tem que haver algum fogo. Eu acho que essa mistura entre negros do Sul e mulheres do Norte, todos eles falando de direitos, logo, logo os homens brancos vão ficar em apuros. Mas, o que isso nos diz?

Aquele homem lá diz que as mulheres precisam de ajuda para entrar em carruagens e atravessar valas, e sempre ter os melhores lugares não importa onde. Nunca ninguém me ajudou a entrar em carruagens ou a passar pelas poças, nem nunca me deram o melhor lugar. E eu não sou uma mulher? Olhem para mim! Olhem o meu braço! Eu arei a terra, plantei e juntei toda a colheita nos celeiros; não havia homem páreo para mim! E eu não sou uma mulher? Eu trabalhava e comia tanto quanto qualquer homem – quando tinha o que comer -, e ainda aguentava o chicote! E eu não sou uma mulher? Dei à luz treze crianças e vi a maioria delas sendo vendida como escrava, e quando gritei a minha dor de mãe, ninguém, a não ser Jesus, me ouviu! E eu não sou uma mulher?

Daí eles falam dessa coisa na cabeça; como é mesmo que eles chamam isso? [“Intelecto”, alguém sopra] Isso, querido. O que isso tem a ver com os direitos da mulher ou com os direitos dos negros? Se meu corpo está pela metade e o seu cheio, não seria vil da sua parte me deixar sem a minha metade?

Daí aquele homenzinho de preto ali, ele diz que as mulheres não podem ter os mesmo direitos que os homens – “porque Cristo não era mulher!”. De onde veio o teu Cristo? De onde veio o teu Cristo? De Deus e de uma mulher! O homem não tem nada a ver com Ele.

Se a primeira mulher que Deus fez teve força suficiente para virar o mundo de ponta-cabeça sozinha, essas mulheres juntas têm que conseguir pôr o mundo no lugar, na posição certa, de cabeça erguida de novo! E agora que elas estão pedindo pra deixar que façam isso, é melhor que os homens as deixem fazer. Agradecida por me ouvirem, e agora a velha Sojourner não tem mais nada a dizer.

Sojourner Truth (Nova Iorque, 1797). Nasceu com o nome de Isabella Baumfree, foi escravizada e fugiu em 1826. Após a abolição da escravidão no estado de Nova Iorque, retornou para o seu país. Tornou-se símbolo de luta, foi uma das mais célebres oradoras em defesa dos direitos das mulheres negras nos Estados Unidos Este texto é uma transcrição da intervenção proferida por Sojourner em 1851, durante a Convenção dos Direitos das Mulheres em Ohio, nos Estados Unidos.

Fonte: <https://revistaphilos.com/2018/11/29/e-eu-nao-sou-uma-mulher-por-sojourner-truth/>

APÊNDICE



Fonte: ilustrado pela autora.