

GUIA DE DIREITOS DO BRASILEIRO AFRO-DESCENDENTE

DIREITO E LEGISLAÇÃO
ANTI-RACISTA

MINISTÉRIO
DA JUSTIÇA

SECRETARIA DE ESTADO
DOS DIREITOS HUMANOS



GOVERNO
FEDERAL
Trabalhando em todo o Brasil

cadernos



O Direito, através da lei, exerce um papel de controle social ao estabelecer normas de condutas que devem ser observadas pelos indivíduos sob pena de sanções.

O modelo de ordem jurídica ocidental, de cunho liberal, se afirmou através da proteção dos indivíduos naquilo que possuem como características universais: a dignidade humana, a vida, a liberdade.

Uma legislação anti-racista tem como escopo proteger um indivíduo afro-brasileiro de qualquer lesão aos seus direitos em razão da discriminação da separação pelas partes.

A discriminação é responsável pela diferenciação de tratamento, constituindo-se um ato antijurídico em si.

DIREITO E
LEGISLAÇÃO
ANTI-RACISTA

Ministério da Justiça



MJU00046223

CEAP - CENTRO DE ARTICULAÇÃO
DE POPULAÇÕES MARGINALIZADAS

F
30.896081
C22GD
2.1D. /EX.2
Dep. Legal

SÉRGIO MARTINS

Cadernos

CEAP

Direito e legislação anti-racista

Vultos negros na história do Brasil

O negro na educação e no livro didático: como trabalhar alternativas

Religião e ética

Por uma educação que promova a auto-estima da criança negra



Ministério da Justiça
Secretaria de Estado dos Direitos Humanos
Departamento de Promoção dos Direitos Humanos

Guia de direitos do brasileiro afro-descendente

Direito e legislação anti-racista

SÉRGIO MARTINS

2ª edição

Brasília
2001

688493

F
305.836081
C122GD
2.ed.
ex. 2
Dep. Legal

Ministério da Justiça
Secretaria de Estado dos Direitos Humanos
Departamento de Promoção dos Direitos Humanos

Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Anexo II, 2º andar, sala 200
70064-900 — Brasília-DF
Fones: 0xx61-429-3152/429-3128
Fax: 0xx61 - 321-5171
E-mail: dpdh@mj.gov.br
Home page : <http://www.mj.gov.br/dpdh.htm>

Reprodução autorizada, desde que citada a fonte de referência
Distribuição gratuita

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Copyright© 2001 by Ministério da Justiça

Tiragem: 5.000 exemplares

Impressão: Imprensa Nacional

Apoio da 1ª edição: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento — PNUD

Projeto BRA/94/014

Agência Brasileira de Cooperação — Ministério das Relações Exteriores

Ilustração de Luiz Carlos Gá

Coordenação-geral: Éle Semog

Normalização: Maria Amélia Elisabeth Carneiro Veríssimo (CRB-1 nº 303)

Referência bibliográfica:

Martins, Sérgio. *Guia de direitos do brasileiro afro-descendente: Direito e legislação anti-racista*. 2.ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2001.
40p. : 20cm. (Série Cadernos CEAP)

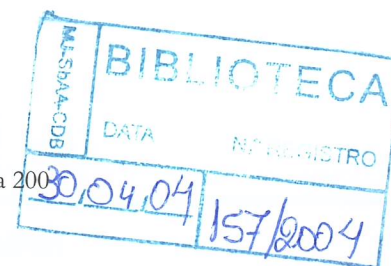
Ficha catalográfica:

345.04 Martins, Sérgio da Silva
Guia de direitos do brasileiro afro-descendente: Direito e legislação anti-racista / Sérgio Martins; ilustração de Luiz Carlos Gá. — 2.ed. — Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001.
40p. : 20cm. — (Série Cadernos CEAP)

Publicado como: Direito e legislação anti-racista. Rio de Janeiro: CEAP, 1999

1. Direitos Humanos 2. Raça — Legislação I. Título
II. Série III. Brasil. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos.
Departamento de Promoção dos Direitos Humanos.

CDD — 345.04



APRESENTAÇÃO

A série Cadernos CEAP, parte integrante do projeto Guia de Direitos do Brasileiro Afro-Descendente, reflete a preocupação do CEAP — Centro de Articulação de Populações Marginalizadas com o processo de formação de consciência crítica para o exercício da plena cidadania. Esse princípio institucional, que traduz uma das estratégias de intervenção da organização no contexto do racismo praticado no Brasil, vem possibilitando novas posturas sobre a questão e ampliando as alternativas para o avanço de propostas efetivas de combate às diversas formas de preconceito e de discriminação.

O maior desafio que o CEAP tem encontrado ao longo desses 12 anos de existência da instituição é o de sensibilizar homens e mulheres, negros e brancos, bem como as crianças e os adolescentes, para a gravidade e os prejuízos que o racismo causa à nação brasileira.

Para vencer esse desafio temos contado com parcerias importantes, sensíveis a essa luta, nos três níveis de governo, na sociedade civil organizada e na solidariedade internacional, pois há um convencimento, ainda que não explícito e não generalizado de que o melhor caminho para a democracia é o respeito às diferenças e singularidades humanas.

SUMÁRIO

O QUE É DIREITO?..... 7

DIREITO E LEI..... 10

DIREITO E CONFLITOS INTERINDIVIDUAIS..... 12

DIREITO E CONSTITUIÇÃO FEDERAL 16

IMPLICAÇÕES DA PRÁTICA DO RACISMO PARA O DIREITO 21

O SUJEITO DA DISCRIMINAÇÃO 24

DA PRÁTICA DA DISCRIMINAÇÃO E DO PRECONCEITO COMO CRIME..... 26

DA PRÁTICA DA DISCRIMINAÇÃO E DO PRECONCEITO COMO ATO ILÍCITO..... 32

CONSIDERAÇÕES FINAIS 35

BIBLIOGRAFIA 36

A primeira tarefa que este trabalho nos impõe é a busca de um conjunto de definições mínimas sobre uma pergunta básica: o que é direito? A questão, aparentemente simples, está presente na cabeça dos profissionais de direito gerando infindáveis debates teóricos com posições bastante antagônicas.

Lévy-Bruhl lembra que, neste debate, a etimologia pouco nos auxiliará. A palavra “direito”, em inglês, *right*; em alemão, *recht*; em italiano, *diritto*, liga-se a uma metáfora na qual uma figura geométrica assumiu, primeiro um sentido moral, e depois jurídico. O direito é linha reta, que se opõe à curva, ou à oblíqua, e aparenta-se às noções de retidão, de franqueza, de lealdade nas relações humanas. Mas essa acepção é muito frágil para definir as complexas redes de significados que o direito nos oferece na organização da sociedade moderna. Hoje, há um consenso, na órbita dos debates sobre direito, de que estamos diante de um fenômeno complexo, portador de diversas faces, que poderá ser objeto de investigação dos diversos ramos de conhecimento da ciência jurídica: História do Direito, Filosofia do Direito, Sociologia do Direito, Dogmática Jurídica, ou áreas afins, tais como, antropologia social e ciência política, todos com plena capacidade de revelar aspectos relevantes sobre o Direito.

Para além das investigações teóricas, qualquer pessoa é capaz de identificar aspectos que dizem respeito à organização de suas vidas no dia a dia, tais como: regras que proíbem ou impõem certos tipos de comportamentos, sob cominação de pena; regras exigindo que as pessoas compensem aqueles que, de alguma maneira, por elas foram ofendidos; regras que especificam o que deve ser feito para outorgar testamentos, celebrar contratos ou outros instrumentos que confirmam

O QUE É DIREITO?

Qualquer pessoa é capaz de identificar aspectos que dizem respeito à organização de suas vidas no dia-a-dia, tais como regras que proíbem ou impõem certos tipos de comportamentos, sob cominação de pena; regras exigindo que as pessoas compensem aqueles que por elas foram ofendidos; tribunais que determinam quais são as normas e quando foram violadas, um poder legislativo para fazer novas regras e abolir as antigas.

O direito elege determinadas categorias de fatos, humanos ou naturais, e qualifica-os juridicamente, fazendo-os ingressar numa estrutura normativa. A incidência de uma norma legal sobre determinado acontecimento o converte em um fato jurídico.

8

direitos e criem obrigações; tribunais que determinam quais são as normas e quando foram violadas, estabelecendo castigo ou compensação a serem pagos; um poder legislativo para fazer novas regras e abolir as antigas.

Isso significa que o Direito exerce uma influência bastante considerável no comportamento da sociedade moderna, definindo as condutas humanas como ações lícitas e ilícitas. Encontramos lei que proíbe o homicídio ou que exige o pagamento do imposto de renda ou, ainda, que estabelece o que fazer para conseguir licença para o casamento.

As regras do Direito consistem na atribuição de efeitos jurídicos aos fatos da vida, dando-lhes um peculiar modo de ser. O direito elege determinadas categorias de fatos, humanos ou naturais, e qualifica-os juridicamente, fazendo-os ingressar numa estrutura normativa. A incidência de uma norma legal sobre determinado acontecimento o converte em um fato jurídico. Intensificam-se, por conseguinte, como realidades próprias e diversas, o mundo dos fatos e o mundo jurídico. Nem todos os fatos da vida são relevantes para o direito. Apenas alguns deles, pelo fenômeno da juridicização, passam do mundo dos fatos para o mundo jurídico. Tomemos como exemplo o fato de um jovem completar 21 anos de idade. Para o mundo jurídico, este é momento em que o jovem adquire plena capacidade cível podendo agir (postular em juízo) em nome próprio, realizar todos os atos e negócios jurídicos sem autorização dos pais ou responsáveis.

Umas das maneiras de distinguir o direito é dividi-lo pelos qualitativos de subjetivo e objetivo. O direito subjetivo seria aquele que pertence a uma pessoa ou coletividade. É a faculdade que lhe é dada de exercer esta ou aquela atividade. Podemos exemplificá-lo como

direito à liberdade, ao trabalho. Seu sentido objetivo entende-se como um conjunto de normas que se aplica aos indivíduos e que deve ser observado sob pena de incorrer numa sanção.

É inegável que o direito, através da lei, exerce um papel de controle social ao estabelecer normas de condutas que devem ser observadas pelos indivíduos sob pena de sanções — como privação da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros —, um mal que é aplicado ao transgressor, mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até força física. No entanto, o próprio Hans Kelsen, que define o direito como um conjunto de ordens coativas, afirma também que não pertence à essência do Direito obter à força a conduta conforme prescrita pela ordem jurídica. Esta conduta não é obtida à força através da efetivação do ato coativo, pois esse ato deve precisamente ser efetivado quando ocorre, não a conduta prescrita, mas a conduta proibida, a conduta que é contrária ao Direito.

Essa afirmação pretende significar que o Direito, pelo estabelecimento de sanções, motiva os indivíduos a realizarem a conduta prescrita, na medida em que o desejo de evitar a sanção intervém em seu comportamento. Deve-se responder que esta motivação constitui apenas uma função possível e não uma função necessária do Direito. A conduta conforme o Direito, que é a conduta prescrita, pode ser provocada por outros motivos e, muito freqüentemente, é provocada, também, por idéias religiosas ou morais. Ou seja, o cumprimento das condutas de direito, expresso na lei, não se dá apenas pela coação psíquica que este exerce junto aos indivíduos. Existem também aspectos educacionais que o Direito desenvolve na sociedade, fundindo-se praticamente com outras normas morais e éticas.

O cumprimento das condutas de direito, expresso na lei, não se dá apenas pela coação psíquica que este exerce junto aos indivíduos. Existem também aspectos educacionais que o Direito desenvolve na sociedade, fundindo-se praticamente com outras normas morais e éticas.

9

A pergunta que nos fazemos é: a lei encerra todo o conteúdo de Direito de uma determinada sociedade ou pode existir um determinado Direito que não esteja contido em lei? Esse é um debate bastante caloroso no mundo do Direito, no qual podemos identificar importantes correntes de pensamento.

A corrente representada pelo juspositivismo define o direito como um conjunto de comandos ditados pelo soberano, considerando normas jurídicas todas as normas criadas conforme determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico prévio, não importando o fato de estas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade. Para o juspositivismo, na definição do direito deve ser excluída toda qualificação fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio Direito em bom e mau, justo e injusto.

Com efeito, o Direito prescinde de seu conteúdo, ou seja, da matéria regulada, porque o conteúdo do Direito é infinitamente variado. Assim, as normas jurídicas são elaboradas a partir de fatos hipoteticamente considerados. Com o surgimento da doutrina realista do direito, no interior do pensamento juspositivista, passou a se afirmar que uma norma que não seja aplicada, isto é, que não seja eficaz, não é, conseqüentemente, Direito, considerando-o como o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade. No entanto, para Bobbio a preocupação da doutrina realista do direito, quando trata de eficácia da norma jurídica, não se refere ao comportamento dos cidadãos, não pretende afirmar que são direitos seguidos pelos cidadãos. Para o autor, quando a escola realista fala de eficácia, está se referindo ao comportamento dos juízes, daqueles que devem fazer respeitar as regras de conduta impostas aos cidadãos. Assim, as verdadeiras normas jurídicas seriam aquelas aplicadas pelos

A lei encerra todo o conteúdo de Direito de uma determinada sociedade ou pode existir um determinado Direito que não esteja contido em lei? Esse é um debate bastante caloroso no mundo do Direito.

juízes, no exercício de suas funções, na resolução das controvérsias. Com efeito, as normas que procedem do legislador, mas que não chegam ao juiz, não são Direito.

Em contraposição ao juspositivismo, o pensamento jusnaturalista estabelece o seu conteúdo como critério de validade de uma norma jurídica. Assim, para que uma norma de direito seja válida, deve ser justa, concluindo que nem todo direito existente é, portanto, válido, porque nem sempre é justo. Para o pensamento juspositivista uma norma jurídica é justa pelo único fato de ser válida, isto é, foi criada por um órgão e autoridade com legitimidade para fazê-lo. O debate sobre validade da norma jurídica, para os segundos, diz respeito à maior proximidade da norma com os valores fundamentais em que o Direito deve se inspirar.

Uma das críticas ao pensamento juspositivista diz respeito ao monopólio que o Estado possui para criar Direito e, ao mesmo tempo, aplicá-lo. Para Eugen Ehrlich a idéia de que todo Direito deriva do Estado, apenas quer dizer que, uma norma, independente de como surgiu, só se transforma em norma jurídica quando é reconhecida como tal pelo Estado. Mas, segundo o autor, é possível encontrar na sociedade um direito vivo que domine as relações sociais. Apesar de não estar fixado em leis promulgadas pelo Estado, exerce um papel de organização da vida em sociedade.

Um dos motivos apontados pelo autor para o fracasso das leis promulgadas pelo Estado é o fato de a iniciativa para garantir sua aplicação depender da ação das partes e esta, muitas vezes, falha por completo. Algumas leis permanecem desconhecidas para a maioria da população e é comum, em outras situações, as partes beneficiadas carecerem de meios para levar à frente suas reivindicações.

É possível encontrar na sociedade um direito vivo que domine as relações sociais. Apesar de não estar fixado em leis promulgadas pelo Estado, exerce um papel de organização da vida em sociedade.

DIREITO E CONFLITOS INTER- INDIVIDUAIS

A existência do Direito como um conjunto de instrumentos que a sociedade dispõe para exercer o chamado controle social — impondo modelos culturais, ideais coletivos e valores, que persegue na tentativa de superar os conflitos e tensões sociais —, nem sempre é suficiente para evitar o surgimento das disputas entre indivíduos e as transgressões às normas jurídicas. Esses conflitos caracterizam-se por situações em que uma pessoa dispensa tratamento discriminatório a uma outra, ou pretendendo um determinado bem, decide tomá-lo, retirando-o do domínio de outra pessoa. A partir da resistência de outrem, há o surgimento de um conflito. A princípio, o direito impõe que, para pôr fim a essa situação, seja chamado o Estado-juiz, que virá dizer, através de uma sentença judicial, qual a vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto. Por isso, é correto afirmar que a decisão judicial, em determinado caso, se constitui no Direito concretizado. Daí a importância que o Poder Judiciário possui na resolução de casos a ele apresentados pelas partes em conflito.

Mas, nem sempre os conflitos entre indivíduos são deduzidos em juízo, podendo existir a autocomposição, presente das seguintes formas: na desistência, com a renúncia voluntária de um dos sujeitos em sua pretensão; na submissão, com sacrifício de um dos sujeitos de seus interesses ou direitos, e na transação, que se dá através de concessões recíprocas. Há ainda a autotutela, onde o sujeito com sua própria força e na medida dela, trata de conseguir a satisfação de sua pretensão.

Podemos afirmar que os indivíduos garantem seus direitos à medida que não se conformam com as intervenções injustas, resistindo às pretensões de outros indivíduos e do próprio Estado. Quando verificamos a ausência da resistência às intervenções injustas, quer sejam nas relações interindividuais ou na ação estatal, ou constatamos, ainda, a inércia

dos cidadãos diante da omissão do Estado em protegê-los ou realizá-los, temos aí um direito morto, que não é exercido pelos seus titulares.

Como ficamos diante do desconhecimento de algum direito ou diante da banalização de intervenções injustas? Sabemos, empiricamente, que muitos indivíduos não conhecem seus direitos, ou não acreditam em justiça ou no Poder Judiciário como forma de garanti-los de maneira eficaz¹ ou, às vezes, não reconhecem como ilegais e injustas as intervenções sofridas.

Hoje, no Brasil, é muito difícil afirmar que os afro-brasileiros possuem consciência suficiente de seus direitos para resistirem a um obstáculo de cunho discriminatório. Por outro lado, os poucos casos levados ao Poder Judiciário têm recebido um tratamento de matéria sem relevância para o mundo do Direito. Em nossa opinião, isso reflete o papel conservador que o Poder Judiciário tem desempenhado no país desconhecendo reiteradamente seu papel como garantidor dos direitos violados de indivíduos historicamente desfavorecidos.

No Brasil, o exercício da cidadania só adquire universalidade no momento do sufrágio universal. Em seguida, evapora-se como um éter, reingressando o suposto cidadão a um sistema hierárquico que aproxima ou afasta os indivíduos da garantia ao exercício dos direitos segundo critérios tais como: cor da pele, etnia, classe, ocupação, local de moradia etc... Muitas vezes o indivíduo discriminado recolhe-se a uma posição de inércia que se justifica na seguinte máxima: "as coisas são assim mesmo não adianta fazer nada". O quadro de aparente

¹ A pesquisa Lei, Justiça e Cidadania, realizada em conjunto pelo CPDOC/FGV e do ISER procurou investigar como são percebidos, exercidos e garantidos os direitos entre população maior de 16 anos da Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Alguns dados obtidos levam à conclusão de que a população percebe que a Justiça confere tratamento desigual entre pobres e ricos e negros e brancos. Cerca de 93,8% e 66,2% dos entrevistados acreditam que os pobres e os negros, respectivamente, são tratados com maior rigor ao praticarem um crime. Cf. em Comunicações do ISER: Lei & Liberdade, 1997.

Os poucos casos de cunho discriminatório levados por afro-brasileiros ao Poder Judiciário têm recebido um tratamento de matéria sem relevância para o mundo do Direito. Isso reflete o papel conservador que o Poder Judiciário tem desempenhado no país desconhecendo reiteradamente seu papel como garantidor dos direitos violados de indivíduos historicamente desfavorecidos

Os indivíduos garantem seus direitos à medida que não se conformam com as intervenções injustas, resistindo às pretensões de outros indivíduos e do próprio Estado. Quando verificamos a ausência da resistência às intervenções injustas ou constatamos a inércia dos cidadãos diante da omissão do Estado em protegê-los ou realizá-los, temos aí um direito morto, que não é exercido pelos seus titulares.

conformismo revela, em parte, uma sociedade onde a cidadania é de baixa intensidade participativa e o acesso à Justiça ainda não foi universalizado.

Em pesquisa² realizada nas cidades de Nova Iguaçu e Volta Redonda (Estado do Rio de Janeiro), onde procuramos investigar a atitude dos afro-brasileiros quando sofrem discriminação, 57,9 % dos entrevistados afirmaram que nada fizeram e 20,2% apenas reagiram verbalmente. Naquela ocasião constatamos que havia um total desconhecimento da Lei 1.390/51 (Afonso Arinos) que definia a prática de preconceito como contravenção penal.

A pergunta que introduzimos nessa reflexão é a seguinte: o que restou de conflituoso nas relações raciais no Brasil? Fazemos referência à concepção de conflito capaz de forjar um nova forma de tratamento por parte da sociedade e do Estado. A maioria da população negra vive em guetos, sofrendo todas as formas de privações e constantes abusos em seus direitos formais por parte do aparato do Estado, representado pelas corporações responsáveis pela segurança dos cidadãos. Apesar disso, não consegue fazer uma ligação entre a sua condição social e um modelo de exclusão baseado na idéia de raça. O modelo de desenvolvimento adotado no país permitiu que os afro-brasileiros permanecessem praticamente sem mobilidade sócio-econômica. Paradoxalmente, a sociedade incorporou toda a sua produção cultural e religiosa. Daí afirmarmos que (in spirit) os afro-brasileiros foram incorporado na sociedade brasileira, gerando assim um sentimento de integração.

A maioria da população negra sofre todas as formas de privações e constantes abusos em seus direitos formais por parte do aparato do Estado, representado pelas corporações responsáveis pela segurança dos cidadãos. Apesar disso, não consegue fazer uma ligação entre a sua condição social e um modelo de exclusão baseado na idéia de raça

² Pesquisa sobre discriminação racial em Nova Iguaçu e Volta Redonda - IBASE/Comissão de Religiosos(as) Seminaristas e Agentes da Pastoral Negros do Rio de Janeiro, 1987, dados publicados em Negros no Brasil: Dados da Realidade - co-edição com Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE) e Vozes.

Então, se não existem conflitos abertos, por que estamos aqui buscando uma equação no campo do Direito e da cidadania para um problema que não causa cisões na sociedade brasileira? Aí está, no nosso ponto de vista, o marco das reflexões sobre todo o trabalho desenvolvido pelas entidades do Movimento Negro em defesa da cidadania da população negra, muitas vezes acusadas de dividir a população ao denunciarem práticas discriminatórias.

Até onde conhecemos, o modelo de ordem jurídica ocidental, de cunho liberal, se afirmou através da proteção dos indivíduos naquilo que possuem como características universais: a dignidade humana, a vida, a liberdade. Assim, uma legislação anti-racista tem como escopo proteger um indivíduo afro-brasileiro de qualquer lesão aos seus direitos em razão da discriminação — da separação pelas partes. A discriminação é responsável pela diferenciação de tratamento, constituindo-se um ato antijurídico em si.

A lesão se dá no desrespeito ao direito ao tratamento igualitário, à dignidade da pessoa humana, à subjetividade representada na condição de indivíduo afro-brasileiro.

Após relacionarmos algumas peculiaridades do Direito, que segundo os juspositivistas têm na lei sua maior manifestação, podemos afirmar que em diversos diplomas legais existem dispositivos que protegem os indivíduos afro-brasileiros da prática da discriminação e do preconceito racial.

Vale registrar que o dispositivo legal tem como objetivo garantir aos indivíduos-cidadãos a inviolabilidade no exercício de seus direitos, enquanto portador de dignidade humana. Assim, encontraremos dispositivos garantidores de direitos e proibições legais contra a discriminação e preconceito racial, de cor ou etnia, na Constituição Federal,

Uma legislação anti-racista tem como escopo proteger um indivíduo afro-brasileiro de qualquer lesão aos seus direitos em razão da discriminação — da separação pelas partes. A discriminação é responsável pela diferenciação de tratamento, constituindo-se um ato antijurídico em si.

DIREITO E CONSTITUIÇÃO FEDERAL

16

As constituições modernas surgem, no aspecto antropológico, como pactos fundamentais que comportam a confluência de diversos interesses antagônicos a fim de preservar o espaço social onde, supostamente, é possível gozar da igualdade de oportunidades

na legislação civil e criminal, na legislação trabalhista, no Código de defesa do consumidor, no Estatuto da Criança e dos Adolescentes e nos tratados internacionais.

Uma outra forma de classificação do Direito é a divisão entre regras de comportamentos e regras de estrutura e organização. No entanto, para que essas normas sejam colocadas para o conjunto da sociedade é necessário que aqueles que as outorgam estejam investidos de legitimidade. Legitimidade entendida como capacidade de representação política de um conjunto de pessoas. É inegável que as sociedades modernas comportam indivíduos, classes e grupos corporativos que representam os mais variados interesses e ideais.

Com isso, dificilmente, sem um mínimo de consenso, conseguiríamos livrar a sociedade de lutas fragmentárias dos mais diversos interesses. As constituições modernas surgem, no aspecto antropológico, como pactos fundamentais que comportam a confluência de diversos interesses antagônicos a fim de preservar o espaço social onde, supostamente, é possível gozar da igualdade de oportunidades.

No aspecto jurídico-positivo, as constituições exercem a função de fundamento lógico de validade de todo o ordenamento jurídico (conjunto de legislação). Equivalem a normas supremas que regularão a criação de outras normas.

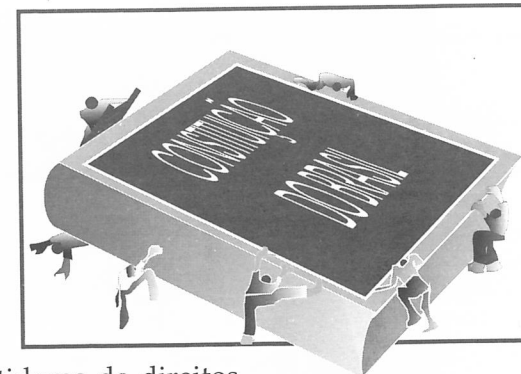
A história constitucional brasileira apresenta uma alternância entre constituições democráticas, que se originaram de um órgão constituinte composto de representantes do povo eleitos com o fim de as elaborar, como são exemplos as de 1891, 1934, 1946 e 1988; e as outorgadas,

elaboradas e estabelecidas sem a participação do povo, impostas pelos governantes, como foram as cartas de 1824, 1937, 1967 e 1969. Tal fenômeno de instabilidade constitucional revela a constante turbulência sócio-política e econômica em que o país vive, e seus reflexos na forma de organização político-jurídica do Estado brasileiro.

Para o nosso trabalho, interessa aprofundar mais detidamente as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais. Segundo o prof. José Afonso da Silva, existem diversas expressões utilizadas para designar os direitos fundamentais e seus significados: direitos naturais, por se entender que se tratava de direitos inerentes à natureza do homem, também chamados de direitos inatos, que cabem ao homem só pelo fato de ser homem; direitos humanos, expressão preferida nos documentos internacionais; direitos individuais, referente aos direitos do indivíduo isolado, correspondendo ao que se tem denominado direitos civis ou liberdades civis.

É utilizado na Constituição para exprimir o conjunto dos direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade; direitos públicos subjetivos, constituem um conceito técnico-jurídico do Estado liberal, que exprime a situação jurídica subjetiva do indivíduo em relação ao Estado, onde por meio do Direito Constitucional concede-se um conjunto de direitos objetivos.³

³ Direito Subjetivo é entendido como o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse. A norma jurídica de conduta caracteriza-se por sua bilateralidade, dirigindo-se a duas partes e atribuindo a uma delas a faculdade de exigir da outra determinado comportamento. Forma-se, desse modo, um vínculo, uma relação jurídica que estabelece um elo entre dois componentes: de um lado, o direito subjetivo, a possibilidade de exigir; de outro, o dever jurídico, a obrigação de cumprir. Quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor do particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo público.

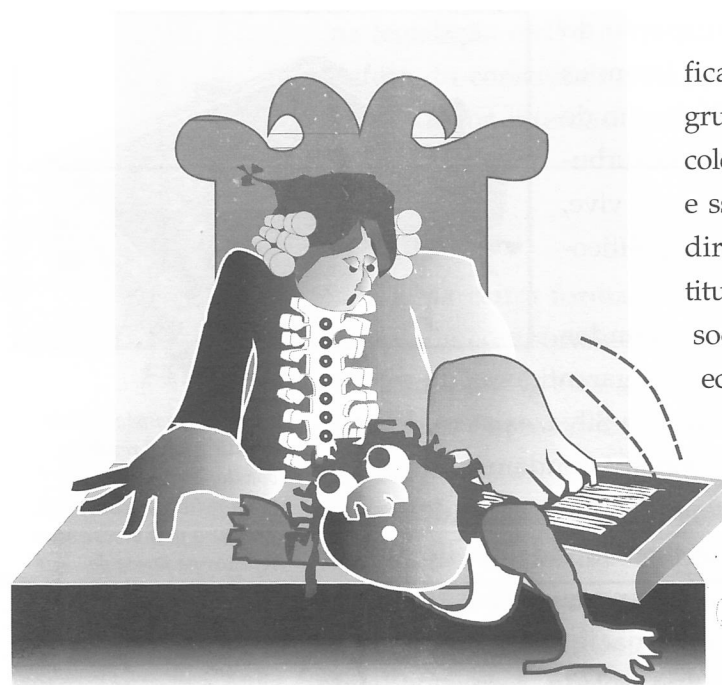


No Brasil, a instabilidade constitucional revela a constante turbulência sócio-política e econômica em que o país vive, e seus reflexos na forma de organização político-jurídica do Estado brasileiro.

17

Muitas vezes, para que o direito seja garantido, será necessária ação de resistência à violação por parte de seu titular, conduzida pelo entendimento de que aquela invasão é injusta e não tem amparo no sistema de direitos que regula nossa vida em sociedade, porque interfere no gozo e exercício dos "meus" direitos de cidadão.

momentos de violação nas relações interindividuais e ocasiões onde se verificará a omissão das autoridades em desempenharem seus papéis de garantia e realização de algumas obrigações que lhes são impostas pela Magna Carta. Muitas vezes, para que o direito seja garantido, será necessária ação de resistência à violação por parte de seu titular, conduzida pelo entendimento de que aquela invasão é injusta e não tem amparo no sistema de direitos que regula nossa vida em sociedade, porque interfere no gozo e exercício dos "meus" direitos de cidadão.



Segundo José Afonso, podemos classificar os direitos fundamentais em cinco grupos: direitos individuais, art.5º; direitos coletivos, art.5º; direitos sociais, art.6º e 193 e ss.; direitos à nacionalidade, art. 12 e os direitos políticos, arts. 14 a 17. A Constituição Federal não incluiu entre os direitos sociais os direitos fundados nas relações econômicas. Podemos encontrá-los estabelecidos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Art. 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Mas não basta que o direito esteja declarado e reconhecido na Constituição, porque sempre existirão

ALGUNS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS GARANTIDORES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Art. 5º

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Comentários: A Constituição Federal consagrou como direito fundamental o dever do Estado de tratar a todos com igualdade sem qualquer forma de distinção; ainda estabeleceu como bens fundamentais sujeitos à proteção: a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. O princípio da isonomia acima consagrado não se aplica apenas ao Estado, deverá ser tomado pelo conjunto dos cidadãos como um valor constitucional que deveremos garantir nas relações cotidianas.

I -

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

Comentário: O Estado Democrático de Direito tem como principal objetivo livrar o indivíduo da tirania dos poderosos e da arbitrariedade dos ditadores. Neste inciso fica bem claro que a lei é o instrumento de mediação das relações dos cidadãos com o Estado. Assim o cidadão possui inteira liberdade para fazer tudo que não seja proibido pela lei.

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Comentário: A constituição proíbe a tortura que poderá ser física ou mental e o tratamento desumano e degradante. Este dispositivo aplica-se aos órgãos estatais e a todos os cidadãos.

É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação.

20

IV -

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Comentário: A Constituição Federal inovou atribuindo aos cidadãos o direito de ingressarem na justiça quando houver algum dano moral, ou seja algum ato que traga dor psíquica ou prejuízo à reputação dos indivíduos.

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação;

Comentário: o dispositivo declara invioláveis a honra e imagem das pessoas. A honra é conjunto de qualidade que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. A imagem consiste nos aspectos físicos inseparáveis do indivíduo.

VEDAÇÕES CONSTITUCIONAIS DA PRÁTICA DE QUALQUER FORMA DE DISCRIMINAÇÃO E DA PRÁTICA DO RACISMO.

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

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

Comentário: A Constituição Federal faz uma rigorosa proibição de qualquer forma de discriminação contra os direitos fundamentais e as liberdades fundamentais (direito de ir e vir, liberdade de pensamento, de culto etc.). No inciso XLII foi rigorosa no sentido de proibir a prática da discriminação racial considerando um crime em que não se admite o pagamento de fiança para o acusado aguardar o julgamento em liberdade e poderá o responsável ser punido a qualquer momento.

Nas interações que vivemos diariamente é muito comum encontrarmos pessoas que afirmam possuir determinado direito ou que, vivendo determinadas situações conflituosas, clamam por uma certa medida de justiça. Na maioria da vezes, sustentam suas pretensões jurídicas em um conhecimento geral da legislação vigente ou em um sentimento de justiça que, em muitos casos, equipara-se à idéia da existência de um princípio natural de justiça que teria como objetivo corrigir a situação que emergiu, diante dos padrões de comportamento, como algo injusto, desleal.

No entanto, para nós, não resta a menor dúvida de que, no momento em que emerge a situação conflitiva, que se tornará o objeto da demanda judicial, há uma vinculação imediata entre o suposto direito lesado com um valor — de Justiça — que deverá ser garantido através da ação do Poder Judiciário, que resolverá, definitivamente, o conflito. Com isso, queremos afirmar que, para o senso comum, há uma vinculação entre as idéias de Direito e Justiça, dando origem a algo que contém um valor que revela o que há de mais reto possível produzido pela comunidade humana. Neste sentido, a garantia da eficácia de uma legislação que regula determinados comportamentos, possui maiores possibilidades de êxito quando a comunidade para qual foi elaborada consegue internalizar o comando normativo que emana dessa legislação como valores a serem observados pela sociedade.

Delito, no direito penal, e ato ilícito, no direito civil, são definições que deverão ganhar vida nas práticas cotidianas, sob pena de as normas que as definem perderem completo sentido. Por outro lado, não podemos perder de vista que a regulação jurídica, no que diz respeito a comportamentos, se dá no campo da garantia e delimitação da atuação dos indivíduos, à medida que garante a extensão de direitos para todos, delimitando automaticamente

IMPLICAÇÕES DA PRÁTICA DO RACISMO PARA O DIREITO

Ao cidadão é permitido tudo que não é proibido, ou, tudo que não ocasionar prejuízo ao direito alheio, sob pena de ser chamado a repor o prejuízo causado na esfera civil ou arcar com as sanções decorrentes da norma proibitiva que foi descomprida.

21

A prática da discriminação e o preconceito devem ser tratados pela sociedade e o Estado como uma questão de Direitos Humanos, em uma sociedade que não tem como tradição a universalização da cidadania enquanto respeito à dignidade humana. Temos a lei mas não temos o sentimento de valor (protegido) de justiça.

a esfera de interferência de todos em relação aos seus concidadãos. Os direitos garantidos a cada pessoa na sociedade impõem um elevado grau de renúncia a certos comportamentos que prejudicariam os demais. Assim, ao cidadão é permitido tudo que não é proibido, ou ainda, tudo que não ocasionar prejuízo ao direito alheio, sob pena de ser chamado a repor o prejuízo causado na esfera civil ou arcar com as sanções decorrentes da norma proibitiva que foi descomprida.

Constantemente, as entidades da sociedade civil que atuam na defesa jurídica dos discriminados, são interrogadas sobre a veracidade do problema racial no Brasil, e, conseqüentemente, sobre a relevância do trabalho desenvolvido. São questionamentos que trazem as próprias respostas: "No Brasil não tem racismo, isso só existe lá fora, nos Estados Unidos e na África"; "Aqui as pessoas chamam os outros de macaca ou asfalto brincando"; "Essas pessoas que falam de racismo é que são racistas, recalcadas"; "Não sou discriminada porque conheço o meu lugar". Temos constatado que os argumentos acima citados surgem de todos os estratos sociais.

Por que a prática da discriminação no Brasil foi naturalizada? É possível mudarmos esse quadro? Temos força para impedir que a própria legislação caia na ineficácia, reforçando a cultura da impunidade? É exatamente nesse ponto que afirmamos que o problema da prática da discriminação e do preconceito devem ser tratados pela sociedade e o Estado como uma questão de Direitos Humanos. O conjunto da sociedade brasileira, principalmente o poder judiciário, precisa se posicionar de forma nítida contra a prática da discriminação racial demonstrando um compromisso com a garantia dos direitos constitucionais e reconhecendo a condição de humano e cidadão deste povo que tanto contribuiu com o país. Temos diversos diplomas legais que protegem o cidadão contra

qualquer forma de discriminação, mas não temos o sentimento de valor (protegido) de justiça. Na prática, é como se o problema da discriminação e do preconceito não se constituíssem um problema para o direito e para justiça, nem para a sociedade, nem para o poder judiciário.

Anthony W. Marx, em seu trabalho comparativo entre as relações raciais no Brasil, na África do Sul e nos Estados Unidos, sustenta que a ausência de exclusão formal em nosso país, restringiu a possibilidade de desenvolvimento de uma solidariedade baseada na identidade racial. Assim, o mito da democracia racial teria sufocado uma reação com base na identidade racial. Conseqüentemente, as mobilizações contra as desigualdades e ausência de oportunidades. Por sua vez, o *apartheid*, na África do Sul, e Jim Crow, nos Estados Unidos, teriam incentivado o desenvolvimento da contramobilização por parte dos negros.

Concordamos, em parte, com Anthony W. Marx, embora a identidade africana tenha sido inoperante, no sentido de constituir-se em elemento de internalização para produção de uma solidariedade, ao menos, na maioria da população. Essa mesma identidade racial constituiu-se um elemento de resistência na área religiosa e produziu uma matriz cultural extensamente incorporada à cultura nacional.

Se por um lado a ausência de racismo legal impediu o desenvolvimento de uma solidariedade com base na identidade, por outro lado no Brasil, os Afro-brasileiros não contaram com a existência de espaço público capaz de garantir a legitimidade de um debate sobre igualdade de tratamento. Os chamados princípios do Estado Moderno. O espaço público que por natureza trata-se de uma dimensão da sociedade onde se prioriza os princípios basilares do Estado Moderno, ou seja, a busca do bem comum e o tratamento igualitário dos cidadãos em oposição aos interesses privados e particulares, a rigor, no Brasil, é frágil e instável.

O SUJEITO DA DISCRIMINAÇÃO

Com efeito, não favoreceu o desenvolvimento de uma cultura de respeito e garantias ao exercício de direitos.

Na maioria dos casos suscitados à esfera judicial os acusados que respondem pelas práticas discriminatórias de cunho racial defendem-se afirmando que possuem amigos negros ou que também descendem de negro, na tentativa de demonstrarem que suas práticas não possuem intenção discriminatória ou preconceituosa; outros afirmam que as expressões pejorativas utilizadas são recorrentes nas práticas cotidianas como atos de brincadeiras. Aqui nos deparamos com a idéia de que somente as práticas discriminatórias manifestadas pelo chamado "ódio" racial seriam capazes de produzir uma espécie de dano racial. Este pensamento opera com a premissa de que a sociedade brasileira é miscigenada e as relações raciais são harmônicas. Assim as práticas discriminatórias seriam menos perniciosas.

Acreditamos que a respeito deste pensamento bastante solidificado em nossa sociedade devemos refletir a seguinte questão: Se não há ódio racial no Brasil, a partir de qual motivação o racista brasileiro discrimina um indivíduo negro. Poderemos chegar à conclusão de que para discriminar não seja necessário o ódio racial. Se observamos a prática da discriminação racial no país verificaremos que o racista no Brasil opera com a idéia de que os indivíduos negros devem ser rejeitados tanto no plano material como no plano imaginário. Os indivíduos negros são encarados como incompatíveis com alguns lugares e funções tais como: secretárias, atendentes de shopping centers, garçons em restaurantes ditos nobres, cargos de chefia etc.. Há em nossa sociedade uma construção mental negativa e racista a respeito dos negros que está viva e se

Na maioria dos casos levados à esfera judicial, os acusados que respondem pelas práticas discriminatórias de cunho racial defendem-se afirmando que possuem amigos negros ou que também descendem de negro, na tentativa de demonstrarem que suas práticas não possuem intenção discriminatória ou preconceituosa.

manifesta nas práticas discriminatórias. Ora, qual a diferença para o indivíduo que foi discriminado se o ato teve como fundo o ódio racial ou a rejeição racial? O sujeito discriminado suportará os mesmos ônus em qualquer forma de discriminação concretizada. Serão sempre humanidade negada, oportunidades perdidas, direitos lesados etc...

A discriminação e preconceito são práticas que exigem do praticante uma conduta a priori que se consubstancia em uma identificação negativa da vítima, tais como (negro incapaz, mulher incompetente, sujeito gordo, sujeito feio), para que posteriormente perpetue-se o tratamento diferenciado em face da vítima. No momento da exteriorização da discriminação o agressor conhece quem está sendo atingido pelo seu ato e tem o exato conhecimento dos parâmetros utilizados para fazer a identificação negativa de sua vítima.

O sistema que permite a comparação é binário e exclui a vítima do merecimento de uma postura igualitária por parte do agressor. É o negro x branco, mulher x homem, judeu x não-judeu. Em se tratando de discriminação e preconceito racial, os parâmetros utilizados para a justificativa da exclusão na forma de tratamento são informados por pensamentos baseados na idéia de superioridade racial, bastante presente na sociedade.

O sujeito da discriminação e do preconceito não é qualquer sujeito, e sim aquele cuja identidade não se coaduna com uma determinada identidade idealizada e tida como superiora. O sujeito da discriminação e do preconceito racial de cor, no Brasil, é o negro, que na definição do Antropólogo Jacques D'ask pode ser "qualquer pessoa de origem ou ascendência africana, suscetível de ser discriminada por não corresponder, parcial ou totalmente, aos padrões estéticos ocidentais e cuja projeção de uma imagem inferior ou depreciada representa a negação

No momento da exteriorização da discriminação o agressor conhece quem está sendo atingido pelo seu ato e tem o exato conhecimento dos parâmetros utilizados para fazer a identificação negativa de sua vítima.

DA PRÁTICA DA DISCRIMINAÇÃO E DO PRECONCEITO COMO CRIME

Para o direito penal brasileiro, a prática da discriminação e do preconceito por raça, etnia, cor, religião ou procedência nacional consiste em delito previsto na lei 7.716/89, alterada pela lei 9.459/97. Trata-se de crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

do reconhecimento igualitário, fonte de uma exclusão e de uma opressão fundamentadas na dupla negação dos valores da identidade grupal e das heranças cultural e histórica”.

No Brasil, a identidade racial é elemento que interfere em um maior ou menor reconhecimento dos direitos à cidadania. Isso significa que temos um recorte de cunho racial, historicamente construído, que opera na sociedade fazendo a seleção dos indivíduos conforme sua identidade étnica para fins do reconhecimento ao direito de exercício da cidadania e ao tratamento igualitário. Possuir características ocidentais confere maior proximidade a cidadania.

A conduta que contrariar a norma, incidindo no tipo penal definido em lei, será denominada como ato antijurídico, ou seja, um comportamento contrário ao que prescreve o Direito. Deve o infrator responder pela responsabilidade penal, se a conduta praticada estiver expressamente proibida em dispositivo penal como um delito ou um crime. Citemos como exemplo, o fato de um pessoa que dispara uma arma de fogo contra alguém, vindo este a falecer. Na esfera penal o infrator estará sujeito a um processo criminal porque sua conduta incidiu no tipo penal (matar alguém), contrariando a norma que estabelecia como dever legal “não matar”. Será julgado pelo fato imputado, definido como crime no Art. 121 do Código Penal, sujeito às penas cominadas, se for condenado, de reclusão de seis a vinte anos.

Para o direito penal brasileiro, a prática da discriminação e do preconceito por raça, etnia, cor, religião ou procedência nacional consiste em um delito previsto na lei 7.716/89, alterada pela lei 9.459/97. As referidas legislações foram promulgadas em consonância com o Art. 5º, inciso XLI, que estabeleceu, em foro Constitucional, a prática

do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

A lei 9.459, de 13.05.1997, corrigiu a Lei 7.716, de 15.01.1989, modificando os arts. 1º e 2º, e revogando o art. 1º da Lei 8.081 e a Lei 8.882, de 03.06.1994. Além de punir, com penas de até cinco anos de reclusão, e multas, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, introduziu no Art.140 do Código Penal o parágrafo terceiro, tipificando a injúria com utilização de elementos relacionados a raça, cor, etnia, religião ou origem, com penas de reclusão de um a três anos, mais multas.

a) Condutas definidas como crime de prática de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, ou procedência nacional.

Lei nº 7.716, de 05 de Janeiro de 1989, alterada pela Lei 9.459, de Maio de 1997.

Art. 1º

Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação e de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Acrescentado pela Lei 9.459, de 13 de maio de 1997.

Comentários: O Artigo primeiro estabelece que as condutas abaixo descritas são consideradas crimes de discriminação ou de preconceito. Portanto estão proibidas sob pena do infrator estar sujeito a um processo criminal que será movido pelo Ministério Público. O bem jurídico protegido pela lei é o direito ao tratamento igualitário. Neste sentido a lei reforça o dispositivo do Art. 5º "caput" e regulamenta o inciso XLII.

Art. 2º (vetado)



A lei 9.459, de 13.05.1997, corrigiu a Lei 7.716, de 15.01.1989, modificando os arts. 1º e 2º, e revogando o art. 1º da Lei 8.081 e a Lei 8.882, de 03.06.1994. Além de punir, introduziu no Art.140 do Código Penal o parágrafo terceiro, tipificando a injúria com utilização de elementos relacionados a raça, cor, etnia, religião ou origem, com penas de reclusão de um a três anos, mais multas.

O Artigo 5º refere-se a quem se recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador, com pena de reclusão de um a três anos. Porém, caracteriza também como crime se for permitido o ingresso e a pessoa não for atendida, servida, ou recebida, calçado em preconceito ou discriminação.

Art. 3º

Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.

Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Comentários: Impedir é criar obstáculo, proibir, obstruir, estorvar, embaraçar, de qualquer maneira, o acesso de alguém, que esteja habilitado, a qualquer cargo, nas entidades descritas. Obstar é opor-se, causar embaraço. Ambos os verbos são sinônimos. O dispositivo visa proteger o tratamento igualitário entre os postulantes devidamente capacitados a cargos no serviço público.

Art. 4º

Negar ou obstar emprego em empresa privada.

Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Comentários: Basta a negativa ou impedimento para que se materialize o crime. São figuras semelhantes (esta e a hipótese infra) tratadas de forma diversa. O dispositivo visa proteger o tratamento igualitário ao acesso a vagas de trabalho oferecidas pelas empresa da iniciativa privada.

Art. 5º

Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador:

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Comentários: Permitir o ingresso mas não o atender, servir, ou receber, calçado em preconceito ou discriminação, também caracteriza o crime. Cometerá o crime o preposto, o dono ou o empregado do estabelecimento. O dispositivo visa proteger o tratamento igualitário nos estabelecimentos comerciais.

Art. 6º

Recusar, negar, ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público de qualquer grau.

Pena: reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

Comentários: Recusar e negar têm o mesmo sentido: opor-se, rejeitar. É bastante a recusa de inscrever ou impedir o ingresso de aluno em estabelecimento de ensino,

não importa se público ou privado, nem o grau em questão. O dispositivo visa proteger o tratamento igualitário no acesso aos estabelecimentos de ensino.

Parágrafo Único - Se o crime for praticado contra menor de 18 (dezoito) anos a pena é agravada de 1/3 (um terço).

Art. 7º

Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar.

Pena: reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

Comentários: Hotel, estalagem, pensão ou qualquer estabelecimento similar: quando impedido o acesso ou negada a hospedagem. Não importa onde estejam localizados esses estabelecimentos. O simples obstáculo ou a oposição à hospedagem é indicativo do crime. Permitir o ingresso mas recusar hospedagem configurará o crime, porque de nada adiantará o ingresso nesses locais se houver recusa em hospedar a pessoa. O dispositivo visa proteger o tratamento igualitário no acesso aos serviços acima mencionados.

Art. 8º

Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes, abertos ao público.

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Comentários: vide anterior

Art. 9º

Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público:

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Comentários: vide anterior

Art. 10º

Impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, bares, termas ou casas de massagem ou estabelecimentos com as mesmas finalidades:

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Comentários: vide anterior

O Artigo 11º trata do impedimento a qualquer pessoa de ter acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos, sob pena de reclusão de um a três anos. Visa proteger o tratamento igualitário no acesso às entradas sociais em edifícios públicos e privados.

O Artigo 13º confere pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos a quem impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica. As polícias militares e os corpos de bombeiros, como forças auxiliares e reserva do Exército, não escapam a essa norma, assim como, também é crime obstar ou impedir o acesso ao serviço dessas corporações. Visa proteger o tratamento igualitário dos postulantes, devidamente capacitados, no acesso ao serviço das Forças Armadas.

Art. 11º

Impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos:

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Comentários: Consuma-se o crime ao se impedir qualquer pessoa de ter acesso a esses locais, determinando-lhe uma entrada específica e causando-lhe constrangimento e vergonha. O dispositivo visa proteger o tratamento igualitário no acesso às entradas sociais em edifícios públicos e privados.

Art. 12º

Impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcos, ônibus, trens, metrô, ou qualquer outro meio de transporte concedido:

Pena: reclusão de 1(um) a 3 (três) anos.

Comentários: Incide também o tipo penal em restrições ao acesso ou uso de helicóptero, táxi aéreo, charrete, táxi, motocicleta-táxi. O dispositivo visa proteger o tratamento igualitário no acesso aos meios de transportes.

Art. 13º

Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas:

Pena: reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Comentários: As forças Armadas constituem-se da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. As polícias militares e os corpos de bombeiros, como forças auxiliares e reserva do Exército, não escapam a essa norma, assim como, também é crime obstar ou impedir o acesso ao serviço dessas corporações. O dispositivo visa proteger o tratamento igualitário dos postulantes, devidamente capacitados, no acesso ao serviço das Forças Armadas.

Art. 14º

Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar ou social:

Pena: reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Comentários: Meio é o recurso empregado para atingir um objetivo. Forma é a maneira, o jeito, o modo. O dispositivo visa proteger o convívio familiar e social e a liberdade para contrair núpcias entre os indivíduos.

Art. 15º (vetado)

Art. 16º

Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior 3 (três) meses.

Art. 17º (vetado)

Art. 18º

Os efeitos de que tratam os arts. 16 e 17 desta Lei não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Art. 19º (vetado)

Art. 20

Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Acrescentado pela Lei 9.459, de 13 de maio de 1997.

Pena: reclusão de um a três anos e multa

Comentários: Praticar o crime é realizá-lo com esforço próprio. O próprio agente o comete. Induzir é persuadir, aconselhar, argumentar. Pressupõe a iniciativa à prática, que pode ocorrer por qualquer meio. Incitar é instigar, provocar a prática do crime, por qualquer meio ou de qualquer forma, sem necessidade de que isso aconteça através de meios de comunicação social ou publicação. O dispositivo penal visa proteger o tratamento igualitário que todos os cidadãos possuem como direito subjetivo independente de raça, cor, etnia ou procedência nacional.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação ou publicação de qualquer natureza.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

Induzir é persuadir, aconselhar, argumentar. Pressupõe a iniciativa à prática, que pode ocorrer por qualquer meio. Incitar é instigar, provocar a prática do crime, por qualquer meio ou de qualquer forma, sem necessidade de que isso aconteça através de meios de comunicação social ou publicação. Visa proteger o tratamento igualitário que todos os cidadãos possuem como direito subjetivo independente de raça, cor, etnia ou procedência nacional.

O Art. 1º da Lei nº 9.455, de 07 de Abril de 1997 constitui crime de tortura: constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental; a) com fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminoso; c) em razão de discriminação racial ou religiosa.

32

DA PRÁTICA DA DISCRIMINAÇÃO E DO PRECONCEITO COMO ATO ILÍCITO

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar que seja ouvido o Ministério Público, ou que, a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cassação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito de condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

b) conduta definida como crime contra honra utilizando-se de elementos referentes à raça, cor, acrescentado pela Lei 9.459, de 13 de maio de 1997.

Código Penal

Art. 140

Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro:

Pena: detenção, de 1 (um) a 6(seis) meses, ou multa.

§ 3º Se a injúria consiste da utilização de elementos relacionados à raça, cor, etnia, religião ou origem:

Pena: reclusão, de 1(um)a 3 (três) anos e multa.

Comentário: De acordo com a intenção da lei nova, chamar alguém de "negro", "preto", "pretão", "negão", "turco", "africano", "judeu", "baiano", "japa", etc. desde que com vontade de lhe ofender a honra subjetiva relacionada com a cor, religião, raça ou etnia, sujeita o autor a uma pena mínima de 1 (um) ano de reclusão, além de multa.

Na esfera civil, a responsabilidade se define pelo dever de reparar os interesses privados, não importando tenha o ato praticado infringido disposição penal. A responsabilidade civil, de forma simples, pode ser definida como sendo a obrigação de reparar o dano causado a outrem. O dever de reparação tem fundamento na culpa ou no risco decorrente

do ato ilícito do agente. O fundamento está na razão da obrigação de recompor o patrimônio diminuído com a lesão ao direito subjetivo.

O réu pode ser civilmente obrigado à indenização do dano, e o fator gerador do prejuízo poderá não ser considerado uma conduta definida como crime. Isso quer dizer que pode um réu ser absolvido no juízo criminal, pela prática de um fato inicialmente considerado delituoso, e ser obrigado a indenizar à vítima, ao seu representante legal ou aos seus herdeiros, ou, ainda, reparar o dano provocado, perante o juízo cível.

Vejam algumas hipóteses em que em caso de absolvição a vítima ainda poderá ingressar com Ação Cível de indenização:

I - Absolvição criminal pela ausência de prova sobre a existência do fato.

Dá-se quando não é reconhecida categoricamente a inexistência do fato material, nem que o fato existiu, por força da dubitoriedade da prova, dando ensejo à aplicação do princípio "in dubio pro reu". Na área cível poderá ser provada a existência do fato, pois, para tanto não haverá impedimento ao exercício da ação de reparação do dano originário da conduta do agente.

II - Absolvição criminal por não constituir o fato infração penal. Trata-se de caso atípico narrado na denúncia. Uma vez absolvido o réu poderá ingressar com ação cível e demonstrar que ainda que não tenha sido um ilícito penal, pode constituir ilícito civil.

III - Absolvição criminal por não existir prova de ter o réu concorrido para a prática da infração penal. Se nos autos do processo não tiver prova suficiente da participação do acusado na prática criminosa, o mesmo poderá ser absolvido. No entanto, se o ofendido obtiver prova poderá ingressar com a ação cível.

IV - Absolvição criminal por não existir prova suficiente para condenação. Ocorre quando nos autos do processo não tenha prova suficiente para convencer o julgador da veracidade do conjunto dos elementos para comprovação de um crime. Contudo, nada obstará o direito do exercício da ação de reparação.

O ato ilícito pode ser entendido como todo ato que venha a produzir lesão a um bem jurídico. Logo, o ato ilícito pressupõe uma lesão de direitos personalíssimos ou reais, ou a violação de preceitos legais de interesses privados. A ação ou a omissão envolvendo infração de um dever legal, contratual ou social, pode constituir ato ilícito.

33

Dano quer dizer, de forma genérica, ofensa, mal. Na esfera jurídica a concepção é mais ampla, correspondendo ao prejuízo originário de ato de terceiro que cause diminuição no patrimônio juridicamente tutelado. O sentido normal de dano está sempre ligado à idéia de prejuízo ou perda, caracterizando a diminuição do patrimônio atingido. O dano pode ser patrimonial ou moral.

O ato ilícito pode ser entendido como todo ato que venha a produzir lesão a um bem jurídico. Logo, o ato ilícito pressupõe uma lesão de direitos personalíssimos ou reais, ou a violação de preceitos legais de interesses privados. A ação ou a omissão envolvendo infração de um dever legal, contratual ou social, pode constituir ato ilícito.

Dano quer dizer, de forma genérica, ofensa, mal. Na esfera jurídica a concepção é mais ampla, pois corresponde ao prejuízo originário de ato de terceiro que cause diminuição no patrimônio juridicamente tutelado. O sentido normal de dano está sempre ligado à idéia de prejuízo ou perda, caracterizando a diminuição do patrimônio atingido. O dano pode ser considerado como:

- a) Patrimonial, quando ocorre prejuízo ao patrimônio. Corresponde ao dano material, porque refere-se à perda ou ao prejuízo praticado diretamente a um bem patrimonial diminuindo o valor, anulando ou não a utilidade dele.
- b) Moral, quando são alcançados os bens de ordem moral, tais como: direito à honra, à família, à liberdade, ao trabalho. Existem duas modalidades de danos morais a saber: o dano moral com reflexo violador que cause perdas no patrimônio material e o dano moral que cause lesões ao patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, compreendendo tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico: a dor moral, a ofensa à dignidade, etc... Na prática, torna-se difícil estabelecer a quantia em dinheiro que corresponda à extensão do dano moral experimentado pela vítima. Recomenda-se que o valor a ser estabelecido leve em consideração a extensão do dano moral experimentado pela vítima. Neste sentido, temos entendido que o dano causado por discriminação e preconceito, com base na raça, cor ou etnia extrapolam a competência

dos Juizados Especiais Cíveis que fixam em 40 salários mínimos o valor da ação a ser apreciada.

a) fundamento legal para reparação de danos morais e materiais

Código Civil

Art. 159

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1537 a 1553.

Comentários: A prática da discriminação constitui-se, em matéria civil, um ato ilícito praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano à vítima criando o dever de repará-lo. No momento em que se verifica a ocorrência dos fatos discriminatórios surge o direito da vítima propor uma ação de ressarcimento dos danos que podem ser patrimoniais ou morais. Teremos a hipótese de danos morais, em strict sensu, danos morais com reflexo patrimonial e danos patrimoniais.

Neste momento especial da história da sociedade brasileira em que o Estado reúne esforços para desenvolver uma prática conseqüente de direitos humanos nos órgãos estatais, acreditamos que a sociedade civil precisa o mais urgente possível tomar para si esta bandeira de proteção dos direitos humanos para que possamos aprofundar ainda mais nosso gozo e fruição de nossas liberdades e direitos sem quaisquer obstáculos. Assim, estaremos realizando a cada dia o ideal da democracia e o direito que temos de ser o mais humano possível com todas as nossas diferenças e peculiaridades, enriquecendo ainda mais a história do nosso Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Brasília, Ed. UNB, 3ª Edição, 1969.

_____, *O Futuro da democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo*. Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 5ª Edição, 1992.

_____, *O positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*.

BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. São Paulo, Ed. Companhia das Letras, 3ª Edição, 1995.

BRUHL, Henri Levy. *Sociologia do Direito*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1988.

CAMPANHOLE. *Constituição do Brasil*. São Paulo, Ed. Atlas - 11ª Edição, 1994.

CANARIS, Willian Klaus. *Conceito e Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1993.

CASTRO, Hebe Maria Mattos. *Texto: A Cor Inexistente, A Relação Racial e o Trabalho no Rio de Janeiro Pós-Escravidão*.

CEHILA. *Escravidão Negra - A História da Igreja na América Latina e no Caribe*. Petrópolis, Ed. Vozes, 1987.

CHIAVENATO, Júlio José. *O negro no Brasil*. São Paulo, Ed. Brasiliense, 3ª Edição, 1986.

COLEÇÃO Negros em Libertação 16. *Negros no Brasil - Dados da Realidade*. Petrópolis, Ed. Vozes/Ibase, 1989.

COSTA, Emilia Viotti da. *Políticas de Terras no Brasil e nos Estados Unidos: Da Monarquia à República*, São Paulo, 4ª Ed., 1987.

DOCUMENTO. *Por Uma Política Nacional de Combate ao Racismo e à Desigualdade Racial: Marcha Zumbi Contra o Racismo, pela Cidadania e a Vida*. Brasília, Ed. Cultural Gráfica e Ed. LTDA, 1996.

ECO, Humberto. *Como Se faz uma Tese*. São Paulo, Ed. Perspectiva, 1989.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1986.

FERNANDES, Florestan. *Consciência Negra e Transformação da Realidade*. Brasília, Ed. Câmara dos Deputados, 1994.

FLORESTAN. *A integração do Negro na Sociedade de Classes*. Dominus Editora, 1965.

FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens Livres na Ordem Escravocrata*. São Paulo, Ed. Ática, 2ª Edição, 1976.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala*. Rio de Janeiro, Ed. Livraria José Olympio - 14ª Edição, 1969.

HABERMAS, Jürgen. *Fatigada e Validade: Uma Introdução à Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Trad. Provisória, Ed. UFMG.

JÜRGEN. *Luchas por El Reconocimiento en El estado Democrático de Derecho*. Estudios - Internacionales Revista del - IRIPAZ.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

HOPE FRANKLIN, John e MOSG JR., Alfredo A. *Da Escravidão à Liberdade - A História do Negro Americano*. Rio de Janeiro, Ed. Mórdica, 1989.

JAGUARIBE, Hélio. *Raça, Cultura e Classe, na Integração das Sociedades*. Rio de Janeiro, texto mimeografado, 1983.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Arménio, 1984.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª Edição, 1983.

MACHADO, Maria Helena Tolledo Pereira. *Vivendo na mais Perfeita Desordem: Os Libertos e o Modo de Vida Camponês, na Província de São Paulo do Sec. XIX*. Rio de Janeiro, Publicação do Centro de Estudos Afro-Asiáticos, CEAA – Estudos Afro-Asiáticos 25, MCT/CNPq, 1993.

MARX, Anthony W. *A Construção da Raça e o Estado Nacional*. São Paulo, Publicação do Centro de Estudos do Afro-Asiáticos, nº 29, 1996.

_____. *Ideologia Alemã*, São Paulo, 1984.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. Editora Renovar, 1994.

MOURA, Clóvis. *Dialética Racial do Brasil Negro*. São Paulo, Ed. Anita Ltda., 1994.

NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Rio de Janeiro, Ed. Vozes, 5ª Edição, 1988.

ORTIZ, Renato. *Cultura Brasileira e Identidade Nacional*. São Paulo, Ed. Brasiliense, 2ª Edição, 1986.

PETIT, Philip e KUKKATHAS, Chandrian - Raws. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa, Ed. Gradiva, 1995.

RAMOS, Artur. *As Culturas Negras no Novo Mundo*. São Paulo, Ed. Brasileira, 3ª Edição, 1979.

RODRIGUES, José Honório. *A Assembléia Constitucional de 1834*. Petrópolis, Ed. Vozes, 1974.

SANTOS, Wanderley Guilherme. *Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro, Ed. Campos, 1979.

SCHWARCZ, M. Luis. *O Espetáculo das Raças - Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil - 1870-1930*. São Paulo, Ed. Companhia das Letras, 1995.

SILVA, Benedita da. *Zumbi 1969-1965 - 300 Anos de Imortalidade*. Brasília, Ed. Senado Federal, 1996.

SILVA, Jorge da. *Direitos Civis e Relações Raciais no Brasil*. Luam, 1994.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros Editores, 9ª Edição, 4ª Triagem, 1994.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Alberto. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1983.

SOARES, Luiz Eduardo. *Os Dois Corpos do Presidente*. Niterói, Ed. Luam, 1994.

TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento - Fondo de cultura Económica*. México, 1993.

VAINER, Carlos B. *Estado e Raça no Brasil. Pesquisa Políticas Migratórias no Brasil*. Rio de Janeiro, Ed. Centro de Estudos Afro-Asiáticos, IPPUR-UFRJ, nº 18, 1990.

VAINFAS, Ronaldo. *Ideologia e Escravidão - Os Letrados e a Sociedade Escravista no Brasil Colonial*. Petrópolis, Ed. Vozes, 1986.

O AUTOR

Sérgio da Silva Martins é bacharel em Direito e Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC/RJ. Coordena o Programa de Combate ao Racismo do CEAP – Centro de Articulação de Populações Marginalizadas e leciona na Universidade Estácio de Sá no Rio de Janeiro.

Iniciou sua luta pelos direitos humanos nas Comunidades Eclesiais de Base, na cidade de Duque de Caxias. Seu conhecimento sobre o direito sempre esteve a serviço das lutas dos setores desfavorecidos: atuou em movimento de favelados, na defesa de desabrigados por enchentes, na defesa de ocupações, em sindicatos. Acredita no Direito como instrumento de mudança social e tem dedicado sua experiência neste caminho.

“Meu aprendizado sobre cidadania e respeito ao outro não se deu no banco de uma escola, ou na Universidade. Aprendi essas lições ao lado de companheiros que dedicam suas vidas à construção de uma sociedade mais justa e fraterna”.

Direito e Legislação Anti-Racista é uma publicação do Centro de Articulação de Populações Marginalizadas - CEAP, Rua da Lapa, 200 - gr. 809 - Centro, RJ - CEP: 20021-180 - tels: (021) 509-6771/509-4413 fax: (021) 509-2700 e-mail: ceap@ax.apc.org - home Page: www.alternex.com.br/~ceap
Edição e produção: Espalhafato Comunicação e Produção. **Programação Visual:** Clarice Soter.
Revisão: Ricardo Peixoto e Flávia Chapetta. **Fotolito:** TextMaster.

Ilustrações: Luiz Carlos Gá.
Coordenação Geral: Éle Semog.

Brasília, 2001

O CEAP Centro de Articulação de Populações Marginalizadas é uma entidade sem fins lucrativos que atua na luta contra a violação dos direitos da criança e do adolescente, das mulheres e das populações marginalizadas socialmente. Na luta que trava contra todas as formas de discriminação, o CEAP se baseia em estudos, pesquisas e análises, e desenvolve além de ações através de projetos e programas, um trabalho de excelência jurídica no combate ao racismo. Fundado em 1989, o CEAP está aberto a consultas para apoios e assessorias, desde que limitados aos segmentos aqui identificados.

DIREÇÃO

Presidente: Ivanir dos Santos
Secretário : Luis Alberto Bruno
Tesoureiro: Willmann da Silva Andrade
Secretária Executiva: Mayte Ferreira da Silva

ADMINISTRAÇÃO

Coordenador: Samuel Aarão Reis
Fátima Lucia das Neves
Yeda C. Ferreira de Menezes
José Ricardo Bernardino

CEDOM

Coordenador: Mauro Fernandes dos Santos
Marilene de Paula
Michel Weiss

COMUNICAÇÃO

Coordenador: José Reinaldo B. Marques
Éle Semog
Alcenir Félix da Silva

PROGRAMA JURÍDICO/CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Coordenador: Sérgio Martins
Gustavo Proença
Walmir dos Santos
Rosana Lacerda
Andréa Couto

PROGRAMA RACIAL

Coordenador: Jorge Damião V. da Costa
Éle Semog

PROGRAMA DE MULHERES

Coordenadora: Mayte Ferreira
Marilene de Paula
Cecília Rodrigues