

DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL – DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

*Guilherme Madi Rezende**
*e Maurício de Carvalho Araújo***

1. Introdução

A discriminação racial persiste hoje como um problema a ser enfrentado no Brasil e no resto do mundo. O combate à discriminação racial não deve ser travado de uma única forma, mas conduzido através de várias estratégias.

A Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial da Organização das Nações Unidas (ONU), de 21/12/1965, divide em duas vertentes básicas as estratégias para eliminação da discriminação racial: a promocional e a repressiva.

A vertente promocional comporta, em linhas gerais, políticas positivas que visam a promover a igualdade racial, enquanto que a vertente repressiva visa a proibir e eliminar práticas de segregação racial.

O presente estudo pretende fazer uma breve análise da maneira pela qual a legislação – tanto a Constituição, quanto o Direito Penal – tratou a questão racial ao longo da história brasileira. Primeiramente, sendo instrumento útil à manutenção de uma situação discriminatória e segregacionista, até mesmo depois da abolição da escravidão, e muito recentemente, no pós-guerra, como instrumento de punição da discriminação racial.

2. Brasil Colônia

*. Advogado e Mestre em Direito Penal na PUC/SP.

** . Advogado e Mestre em Processo Penal na PUC/SP.

A quadrinha popular, que ainda se ouve em Belém do Pará, ilustra bem a ideologia vigente na colônia, ideologia esta que deita suas raízes no paradigma do cristão-branco, imposto pelos princípios da igreja católica reinantes na sociedade europeia:

*“Branco nasceu para o mando,
O negro pra trabalhar.
Quando o negro não trabalha,
Do branco deve apanhar”*¹.

Desde o descobrimento, o índio e o negro eram vistos como seres inferiores, o que justificava a sua utilização como a mão de obra escrava que compunha toda a força de trabalho existente na colônia. Primeiro foram os índios, chamados de “negros da terra”, a serem escravizados, depois os negros africanos que cruzaram o Atlântico aprisionados.

Apesar de o índio ter sido escravizado no início da colonização, as Cartas Régias reconheciam os direitos dos índios às suas terras, permitindo a escravização apenas quando eram aprisionados em “guerra justa”. A Carta Régia de 9/3/1718 reconhece que os índios “são livres, e isentos de qualquer jurisdição, que os não pode obrigar a saírem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que elles se não agradão...”

Mesmo os índios que podiam ser livres, e os negros ou mestiços que conseguissem a liberdade, eram impedidos de ocupar cargos de confiança e honra, sob a alegação de não possuírem tradição católica e títulos de nobreza. Segundo MARIA LUIZA TUCCI CARNEIRO, “os argumentos empregados eram de natureza teológica e social. Afirmava-se que esses grupos pertenciam a uma raça impura, cujo sangue se encontrava manchado; daí a raça infecta, que aparece nos documentos coloniais”².

Também o Direito Penal se prestava a manter o status discriminatório, seja em relação à raça, seja em relação à origem ou religião. As Ordenações Filipinas – vigentes em Portugal e no Brasil, logo após o descobrimento – incriminavam, no Livro Quinto, condutas típicas como “Do infiel que dorme com alguma Chistã, e do Christão que dorme com infiel” (título XIV); “Dos Mouros e Judeus que andão sem sinal” (título XCIV); ordenava-se no texto “Que não entrem no Reino Ciganos, Armênicos Arabios, Persas, nem Mouriscos de Granada” (título LXIX), bem como “que os escravos não vivão per si, e os negros não fação bailos em Lisboa” (título LXX).

1. MARIA LUIZA TUCCI CARNEIRO, *O racismo na história do Brasil*, São Paulo, Editora Ática, 2002, p. 15.

2. MARIA LUIZA TUCCI CARNEIRO, *O racismo na história do Brasil...*, op. cit. p. 11.

3. Independência e o Império do Brasil

A independência do Brasil manteve a utilização da mão-de-obra escrava de origem africana, mas a Constituição do Império (25/3/1824) não fazia referência ao negro, ao índio, ou à escravidão.

O Código Criminal do Império, de 1830, por sua vez, incriminava como insurreição a reunião de “*vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força*” (art. 113), cominando, aos “cabeças” deste crime, no grau máximo, a pena de morte. Aos escravos também – e somente a eles – reservou-se a pena de “açoutes” (art. 60), cabendo ao seu senhor aplicá-la, não podendo ultrapassar a 50 por dia, pois o excesso poderia causar a morte do escravo e, com isso, seu senhor sofreria uma perda patrimonial.

A utilidade do Direito Penal daquela época para a manutenção de uma situação de escravidão e discriminação é narrada por BASILEU GARCIA, que aponta a criminalidade do elemento servil como principal argumento para que não fosse abolida a pena de morte. Segundo a narrativa, a criminalidade do escravo era muito difundida, entendendo os conservadores que sem a pena capital “*não se manteria a ordem entre os escravos, os quais, pelo seu teor de existência, seriam indiferentes a outros castigos*”³.

Notícia BASILEU GARCIA que, em 1835, promulgou-se uma lei processual estabelecendo “*que os escravos que houvessem praticado atentado contra a segurança ou a vida de seus senhores ou pessoas da família destes, assim como dos feitores, seriam prontamente julgados pelo Júri do termo mais próximo, e a sentença logo se executaria, mesmo que fôsse de morte, não comportando o recurso de graça. Sendo o Júri composto pelos senhores de escravos, era natural que os julgamentos não primassem pela isenção de ânimo*”⁴.

Segundo MIGUEL REALE JÚNIOR, era tão arraigada a idéia de que os negros eram perigosos e inferiores que NINA RODRIGUES, penalista do final do século XIX, em sua obra *As raças e a responsabilidade penal no Brasil*, sustentava a existência de dois códigos penais, um para os brancos e outro para os negros, estes últimos mais afeitos ao crime⁵.

3. BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, São Paulo, Editora Max Limonad, 1977, vol. 1, tomo I, p. 121.

4. BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal...*, op. cit., p. 123.

5. MIGUEL REALE JUNIOR, *Instituições de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002, nota de rodapé, p. 50-51.

A abolição da escravatura, em 13 de maio de 1888, através da Lei Áurea, não estabeleceu nenhuma indenização para os senhores dos escravos e nenhuma regulamentação para inclusão social do negro, o que o manteve na servidão ou na marginalidade quase absoluta.

Não é difícil entender que a marginalização do negro após a sua libertação tenha sido utilizada como forma de dominação social pela utilização de sua mão-de-obra e restrição de sua liberdade. Assim, o Código Penal continuou sendo largamente utilizado para a punição e o controle da população negra.

4. A República

O Código Penal da República, de 1890, incriminava a prática da capoeira, típica dos negros, incluindo-a no Capítulo XIII, o mesmo que cuidava dos vadios, o que demonstra a forma com que o negro era visto mesmo após a abolição e a forma encontrada para mantê-lo excluído.

Mas não era necessária a criminalização da capoeira, já que todo o Código Penal servia para manutenção do negro como subalterno, servil e disponível.

Os inquéritos policiais (investigações criminais) foram utilizados para dominar, ou controlar ex-escravos, agora empregados nas lavouras. Antigos senhores de escravos, os fazendeiros acumulavam a função de subdelegados (de polícia), utilizando tal atribuição para manter a obediência de seus empregados: “*Os inquéritos policiais da década de 1890, da comarca fluminense de Campos, são registros eloqüentes da tentativa dos senhores de controlar os ex-escravos. A superposição dos papéis de fazendeiro e subdelegado, o uso dessa prerrogativa para forçar os libertos ou na expressão da época, os ‘treze de maio’ a fazer contrato de trabalho nos termos que lhes eram impostos, são eventos corriqueiros*”.⁶

É possível imaginar o quanto foi difícil ao homem negro impor sua presença na sociedade brasileira do início da República. Sem educação, sem a mínima estrutura para enfrentar os desafios da vida de homem livre, desempregado e expulso das propriedades de seus antigos senhores, não é difícil concluir que tenha sido o negro o preferencial destinatário da Lei Penal.

A Constituição da República, de 24/2/1891, posterior ao Código Penal Republicano (1890), apesar de estar fundada em princípios iluministas tais como o da legalidade, da anterioridade da lei, da liberdade religiosa, e

6. LUIZ FELIPE ALENCASTRO et al., *História da vida privada no Brasil: Império*, São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998, p. 375.

expressão e de imprensa, da inviolabilidade do domicílio, do direito de petição (art. 72) e fundamentalmente no princípio da igualdade (art. 72, § 2º) - deixou de enfrentar a questão da discriminação racial ou de inclusão social do negro, recém libertado das senzalas.

Pelo contrário, a Constituição trouxe em seu texto expressa disposição no sentido de desenvolver (estimular) a imigração (art. 35, § 2º), o que serviu para obtenção de mão-de-obra assalariada que não fosse a negra, reforçando a marginalização dos ex-escravos.

A Constituição de 1891 não previu nenhum tipo de compensação ao negro em razão dos séculos de escravidão e exploração. Nenhuma referência sequer ao negro ou ao fato de nossa sociedade ter acabado de sair de um regime escravista. Isso demonstra que, deliberadamente, se perdeu a oportunidade de incluir a questão racial na formação da República.

A Constituição de 16/7/1934, promulgada por Getúlio Vargas, pela primeira vez faz referência à questão racial, dispondo que não poderia haver distinções ou privilégios por motivo de raça⁷.

Não espanta notar que a Constituição de 10/11/1937, do Estado Novo, de clara inspiração fascista, tenha suprimido do texto a feliz disposição do texto de 1934 acima citada, estabelecendo apenas a vedação à criação de distinções entre brasileiros natos (art. 32), o que é muito mais vago de que a vedação à distinção racial.

Seguindo a mesma linha, o Código Penal de 1940, ainda em vigor, foi omissivo no tocante à questão racial.

5. O pós-guerra: a mudança de foco

O holocausto nazista despertou o mundo para a internacionalização dos direitos humanos. A jurisdição doméstica e o positivismo jurídico de um Estado não poderiam legitimar a prática de atrocidades contra populações inteiras. O Direito internacional, no pós-guerra, possibilitou a punição criminal dos indivíduos que colaboraram para a ocorrência do nazismo. A punição fundamentou-se na “*violação dos costumes internacionais*”⁸.

7. Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos Paes, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéas políticas (grifos nossos).

8. FLÁVIA PIOVESAN, *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 5ª ed., São Paulo, Editora Max Limonad, 2002, p. 137-138.

Com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, surgimento de uma nova ordem internacional possibilitou a internacionalização dos direitos humanos e disseminou uma série de princípios, entre os quais a necessidade de eliminação da discriminação racial.

O Brasil teve uma nova Constituição democrática, a de 18/9/1946, esteve inserido nesse contexto internacional do pós-guerra, na criação da ONU, na elaboração da Carta da Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

O Direito Penal brasileiro tem finalmente uma mudança de foco, pela primeira vez utilizado como instrumento de repressão de práticas discriminatórias e não de manutenção da discriminação racial.

Em 1951, a Lei Afonso Arinos, Lei 1.390, de 30 de julho ineditamente, tipificou na esfera penal as condutas de discriminação racial. Trata-se de uma mudança radical na forma com que o Direito Penal lida com a questão até então. Foram tipificadas como contravenções penais basicamente, as condutas de recusar, negar ou obstar a entrada de pessoas em hotéis, restaurantes, bares, estabelecimentos oficiais de ensino, etc., e razão de preconceito de raça ou cor. As penas eram privativas de liberdade variavam de 15 dias até 3 meses de prisão simples.

A simples edição da Lei não impediu a prática da discriminação racial nem elevou os negros à condição de cidadãos respeitados. A prática da discriminação racial continuava disseminada em nossa sociedade, pois a experiência da escravidão era ainda recente. O estigma do negro criminoso que ainda hoje está presente em nossa sociedade, com muito mais força estava presente nos anos de 1950. Mas não deixou de ser uma novidade o fato de o Direito Penal, além de ter o negro como seu preferido destinatário (em razão de sua marginalização histórica), prever tipos que punissem uma das faces da discriminação racial.

Seguindo a mesma tendência de se punir a discriminação racial, o Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei 4.117, de 1962, em seu art. 5 alínea “e”, estabeleceu, como abuso no exercício da liberdade de radiodifusão, o emprego deste meio de comunicação para promover campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião.

6. O Brasil, a ditadura militar e a Convenção internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ONU), de 21/12/1965

A ONU elaborou a Declaração Contra a Discriminação Racial em 1963. A partir desta declaração foi elaborada a Convenção internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965).

Como já mencionado, a Convenção de 1965 utilizou duas estratégias para buscar a igualdade racial (art. 2º): a vertente repressiva, que visa a proibir e eliminar a discriminação racial, e a vertente promocional, que visa a promover a igualdade racial.

Curioso é notar que o Brasil, em plena ditadura militar, se fez representar na ONU para discutir a Convenção adotada em 21/12/1965. Neste mesmo mês de dezembro de 1965, segundo o jornalista ELIO GASPARI, houve no Brasil “oitenta e quatro denúncias de torturas e três mortos. Um deles, desaparecido. Segundo o Governo, os outros dois enforcaram-se em suas celas”⁹.

O Brasil assina a Convenção em 7/3/1966, no governo do General Castello Branco, aproximadamente um mês após a edição do Ato Institucional n. 3, que tornou indiretas as eleições para governadores.

O Congresso Nacional aprova a Convenção em 21.6.1967 (Decreto Legislativo n. 23). A ratificação da Convenção ocorre apenas em 27/3/1968, ano que terminou com a edição do Ato Institucional n. 5 (13/12/1968), e segundo ELIO GASPARI “com 85 denúncias de torturas. Morreram 12 manifestantes nas ruas, e o terrorismo matou seis militares e dois civis”¹⁰.

A vigência do tratado ocorreu apenas no ano de 1969, sendo que o Decreto n. 65.810, assinado pelo General Emílio G. Médici, foi promulgado em 8/12/1969, ano que terminou com 1027 denúncias de tortura no Brasil¹¹.

É importante questionar o papel do Brasil, comandado pela ditadura militar desde 1964, em participar da elaboração, assinatura e ratificação da Convenção para Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, que é um tratado de direitos humanos.

Talvez essa postura explique o fato de as diferenças étnicas não importarem aos militares, o que seria louvável, mas não deixa de parecer estranho tal empenho em subscrever o tratado em pleno regime de exceção, até porque não houve durante o regime militar a adesão a qualquer outro tratado internacional de direitos humanos, ou mesmo a implementação da vertente promocional proclamada na Convenção.

O que parece é que a ratificação pelo Brasil da Convenção para Eliminação da Discriminação Racial foi mais uma medida tomada para que

9. ELIO GASPARI, *A ditadura envergonhada*, São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2002, p. 384.

10. ELIO GASPARI, *A ditadura envergonhada...*, op. cit., p. 388.

11. ELIO GASPARI, *A ditadura escancarada*, São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2002, p. 470.

o regime pudesse circular de cabeça erguida no âmbito internacional, do que uma real aspiração de implementação das suas disposições.

De qualquer forma, a Constituição de 24/1/1967, com a redação dada pela Emenda 1/1969, e alterações das Emendas 2 a 27, assegurou aos brasileiros a igualdade sem distinção de raça¹².

Na esfera do Direito Penal, além da Lei Afonso Arinos e do Código Brasileiro de Telecomunicações, a repressão à discriminação racial ficou também por conta da Lei de Segurança Nacional, de 1967, que tipificou criminalmente a incitação pública à discriminação racial, cominando pena de detenção de 1 a 3 anos.

Em 1983, a Nova Lei de Segurança Nacional, estabeleceu ser crime o ato de fazer em público propaganda de discriminação racial, punindo com detenção de 1 a 4 anos ao infrator, pena esta aumentada de um terço quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio e televisão.

7. A Constituição de 1988

A Constituição de 1988, elaborada após a redemocratização do Brasil, elevou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º), bem como elegeram como objetivos fundamentais da República: a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

A Constituição é permeada de dispositivos que objetivam repudiar e punir qualquer forma de discriminação, seguindo a linha dos tratados internacionais.

Assim é que está previsto no art. 4º, II e VIII, da Constituição Federal que o Brasil seguirá os princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao racismo em suas relações internacionais.

Imprescindível citar o disposto nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta que prevêm: punição a qualquer discriminação aos direitos e liberdades fundamentais e a inafiançabilidade e imprescritibilidade dos crimes de racismo, tudo isso de acordo com Lei Penal posterior.

Importante também a inclusão no texto constitucional de garantias aos povos indígenas que mereceram, depois de quase quinhentos anos, um capítulo na ordem social (Capítulo VIII, do Título VIII).

12. Art. 153, § 1º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. *Será punido pela lei o preconceito de raça.* (grifo nosso)

E a comunidade negra obteve, pela primeira vez, uma previsão constitucional específica. No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o art. 68 determinou: “*Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos*”.

8. A legislação penal atual

Conforme já salientado, a Constituição de 1988 previu em seu art. 5º, inciso XLII, que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

Na esteira da indigitada previsão constitucional vieram as Leis 7.716 de 1989 e 9.459 de 1997, tratando das condutas decorrentes do preconceito de raça e cor.

A Lei 7.716/89, em seus primeiros artigos, segue a mesma linha da Lei Afonso Arinos, tendo como núcleo dos tipos os verbos recusar, negar, impedir, proibir, etc. A novidade fica por conta do art. 14 que incrimina a conduta de impedir ou obstar o casamento ou convivência familiar ou social, por motivo de discriminação racial, e também do art. 20, em que se proíbe a prática do induzimento ou incitação à discriminação racial¹³.

Outro aspecto que merece destaque – e este é um dos pontos a criticar mais adiante – está na severidade das penas. Se na Lei Afonso Arinos elas variavam de 3 meses a 1 ano de prisão, agora variam de 3 a 5 anos de reclusão.

A Lei 9.459, promulgada propositalmente em 13 de maio, alterou os dispositivos dos arts. 1º e 20 da supracitada lei, incriminando também as discriminações em razão da etnia, religião ou procedência nacional. Esta Lei criou também a figura da injúria qualificada, acrescentando o parágrafo 3º ao art. 140 do Código Penal, cominando pena de 1 a 3 anos de reclusão se a injúria consistir na utilização de elementos referentes à cor, etnia, religião ou origem¹⁴.

8. Críticas à política adotada

13. Note-se que a prática de induzimento ou incitação à discriminação racial é novidade em relação à Lei Afonso Arinos, mas já era prevista na Lei de Segurança Nacional.

14. Cumpre esclarecer que, conforme posição que vem se firmando, a injúria qualificada se configura como crime contra a honra e não delito de racismo, não estando, portanto, sujeita àquelas restrições da Constituição, como inafiançabilidade e imprescritibilidade.

Como visto, a política para eliminação da discriminação racial adotada pelo Brasil tem maior inclinação para a vertente repressiva do que para a promocional, tendo o Direito Penal como “carro-chefe” desta política o que está longe de representar a melhor escolha. Não se pode olvidar a importância do Direito Penal como instrumento de combate à discriminação racial, mas ele deve atuar subsidiariamente, e não como instrumento principal.

O Direito Penal, que durante muito tempo foi um instrumento de extrema utilidade para a manutenção de uma realidade discriminatória, neste momento em que preferencialmente se destinava à punição dos negros marginalizados, agora que mudou de foco parece não ter o mesmo efeito para a sua aplicação.

As leis penais voltadas à tutela do primado da igualdade racial para uma sociedade menos segregacionista e preconceituosa são mais simbólicas do que práticas. A lei penal tem seu caráter simbólico, mas não pode prescindir de racionalidade e efetividade, sob pena de ter diminuída sua eficácia e credibilidade. A exasperação das penas, a previsão de inafiançabilidade e da imprescritibilidade e o próprio dia em que a lei foi promulgada, 13 de maio, denotam o caráter simbólico.

Não é objeto deste estudo uma pesquisa de quantas condenações existem no Brasil por delitos de discriminação racial, o que revelaria, com dados concretos, a crítica ora formulada. No entanto emprestamos, a título exemplificativo, o levantamento feito por CHRISTIANO JORGE SANTOS até o ano de 1999, na obra *Crimes de Preconceito e de Discriminação*, e algumas informações que ilustram o quanto pouco eficaz tem sido o Direito Penal na luta contra a discriminação racial.

No tocante à Lei 7.716/89, o autor aponta que, em relação ao art. 4º¹⁵, há o registro de apenas dois casos no Tribunal de Justiça de São Paulo sendo que nenhum deles resultou em condenação. Quanto ao art. 6º¹⁶, há registro de um caso em que também não houve condenação. Constatamos apenas uma condenação, mantida pelo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 9º,¹⁷ a 1 ano e 2 meses de reclusão, com direito a *sursis*, por ter, um comerciante do município de Cristal, impedido o acesso de três homens à pista de baile de um salão de festas, em razão deles serem

15. Art. 4º negar ou obstar emprego em empresa privada.

16. Art. 6º recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau.

17. Art. 9º impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões ou clubes sociais abertos ao público.

da raça negra. No que tange ao art. 11¹⁸ da supracitada Lei, o mencionado autor noticia a ocorrência de um caso em que o zelador de um condomínio foi condenado em primeira instância por ter determinado a duas visitantes que fossem pela garagem e pela área de serviço ao apartamento de uma moradora, por preconceito de raça. Esta decisão, no entanto, foi reformada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que entendeu de absolver o zelador por falta de provas. Quanto ao art. 14¹⁹, aponta-se um caso em que o réu foi absolvido em primeira e segunda instância. Ele teria chamado a vítima de “negra nojenta”, “urubu” e “macaca”. A justificativa da absolvição é que estes fatos se caracterizavam como injúria e não como delito do art. 14. Já no que diz respeito ao art. 20²⁰, o autor em comentário noticia ter havido várias condenações por este delito²¹.

Extraí-se dos dados acima mencionados, trazidos a título ilustrativo, que é ínfima a quantidade de condenações por delito de discriminação racial. Este dado soma-se à percepção de que a discriminação racial é uma realidade, senão tão grande quanto há poucos anos, ainda muito presente em nosso dia-a-dia. Isto nos leva à conclusão de que o Direito Penal não se mostrou eficaz ao fim a que se destina, fato este que, em nossa opinião, deve-se muito à forma simbólica com que vem sendo utilizado.

No que tange ao crime de injúria qualificada, introduzido pela Lei 9.459/97, destacamos a crítica consistente na desproporcionalidade da pena. Enquanto a injúria comum é punida com detenção de um a seis meses, a injúria qualificada pela utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem, o é com reclusão de um a três anos. Essa desproporção é fruto do simbolismo com que a lei veio a lume.

Também é objeto de crítica o fato de a ação penal para o delito de injúria ser de iniciativa privada, o que, segundo a posição de CHRISTIANO JORGE SANTOS dificulta o acesso da vítima à justiça, seja pela desinformação, seja pela falta de recursos, o que faz com que a vítima, mesmo depois de ter feito lavrar boletim de ocorrência, deixe de contratar advogado para intentar a ação penal²², excluindo o fato da apreciação do

18. Art. 11 impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos.

19. Art. 14 impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social.

20. Art. 20 praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

21. CHRISTIANO JORGE SANTOS, *Crimes de Preconceito e de Discriminação*, ed. Max Limonad, São Paulo, 2001, p. 94-132.

22. CHRISTIANO JORGE SANTOS, *Crimes de Preconceito e Discriminação...*, op. cit. p. 143.

Poder Judiciário²³. O direito de ação deve ser mantido como dependente da vontade da vítima de discriminação, cabendo ao Estado a obrigação de viabilizar o acesso à Justiça do cidadão.

Outro problema decorrente de ser a injúria apurada por ação penal privada é que em muitos casos em que há denúncia por crimes previstos na Lei 7.716/89 fica impossível a desclassificação e a condenação para o crime de injúria, restando o caso impune, a exemplo do que aconteceu em um dos casos acima descritos.

10. Conclusão

A discriminação racial tem raízes profundas na formação de nossa sociedade.

A formação social do Brasil compreendeu relações de domínio dos senhores e submissão forçada dos cativos, primeiro do índio e depois do negro escravo, traficados da África para uma vida de privações nas lavouras nas minas e nas cidades.

A dominação do homem escravizado era feita através da violência, qualquer reação era tratada com mais violência ou com a aplicação da lei penal.

A abolição, da maneira como foi realizada, longe de ter sido uma forma de inclusão social do negro na sociedade, tratou de perpetuar a sua marginalização e a exploração da sua mão-de-obra.

Durante todo este período, o Direito Penal foi largamente utilizado para manutenção da discriminação, primeiro porque punia os crimes praticados por escravos, e depois porque, já na República, a marginalização do homem negro o transformou em principal destinatário da norma penal. Sem dizer as previsões expressas da lei, como a criminalização da capoeiragem.

Segundo JACOB GORENDER “*o passado escravocrata trissecular não foi efetivamente erradicado, mas persiste sob tantos aspectos, inclusive no grau elevado da violência criminal*”²⁴.

No pós-guerra, mudou-se o foco. Passo a passo o Direito vem sendo modificado para ser utilizado como instrumento de combate à discriminação. A Constituição de 1988 é um exemplo importante nesse sentido.

23. A ação penal de iniciativa privada exige que a vítima tenha um advogado para que mesmo promova a ação, o que gera custos a serem suportados pela mesma. Além disso, há exíguo prazo decadencial de seis meses.

24. JACOB GORENDER, *Brasil preto e branco*, Senac, 2000, p. 92.

O combate à discriminação vem sendo travado primordialmente pela via do Direito Penal, privilegiando a vertente repressiva em detrimento da vertente promocional. A eficácia da vertente repressiva depende de sua subsidiariedade. Ou seja, a utilização do Direito Penal para o combate à discriminação racial depende da utilização das políticas públicas da vertente promocional.

Para THEODOMIRO DIAS NETO, é necessário “*romper com a posição de centralidade do Direito Penal na intermediação dos conflitos sociais, criando as condições para que este se converta em alternativa: uma alternativa a ser utilizada subsidiariamente, quando outros meios não são capazes de evitar graves violações de direitos*”²⁵.

Da breve análise de como a questão racial foi tratada pela nossa legislação penal e pelas nossas Constituições, pode-se perceber que houve, a partir do pós-guerra, uma importante mudança de foco. Se, antes, o direito se voltava de forma expressa ou omissa à manutenção de um *status* discriminatório, agora, de forma declarada, se põe como instrumento de combate à discriminação racial.

E, o muito que ainda há para fazer, há de ser feito pela via promocional. Se o problema, como vimos, tem raízes profundas na formação de nossa história, o melhor é ir construindo bases sólidas para a cultura e educação dos brasileiros.

São as medidas inspiradas na vertente promocional de combate à discriminação que devem ser privilegiadas no Brasil a médio e longo prazo, e não a simples repressão penal, de difícil aplicação. Essas medidas adotadas irão forjar a consciência das pessoas na busca da compreensão do outro, como sujeito de direitos e de respeito, conseqüentemente, minando ideologias discriminatórias.

25. THEODOMIRO DIAS NETO, *Segurança Pública: um conceito a ser repensado*, Boletim IBCCrim n. 58, Setembro/1997, p. 12.

