PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE EDUCAÇÃO E HUMANIDADES
Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas
Mestrado

LEONARDO BECHARA STANCIOLI

A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE RACISMO, O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO MATERIAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CURITIBA
2017

LEONARDO BECHARA STANCIOLI

A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE RACISMO, O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO MATERIAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de pós-graduação *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUC/PR, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas.

Orientadora: Profª. Dra. Priscilla Placha Sá

CURITIBA

2017

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

S784i
2017

Stancioli, Leonardo Bechara
A imprescritibilidade dos crimes de racismo, o poder judiciário e a efetivação material dos direitos e garantias fundamentais / Leonardo Bechara Stancioli ; orientadora, Priscilla Placha Sá. -- 2017
114 f. ; 30 cm

Dissertação (Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Câmpus Curitiba, 2017
Bibliografia: f. 109-114

1. Direitos civis. 2. Direitos humanos. 3. Racismo. 4. Negros - Condições sociais. 5. Igualdade. I. Sá, Priscilla Placha. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-graduação em Direito. III. Título.

Doris 3. ed. – 341.27

Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Escola de Educação e Humanidades

Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direitos Humanos e Políticas Públicas
Stricto Sensu

PUCPR
GRUPO MARISTA

ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE EXAME DE DISSERTAÇÃO Nº. 011/2017

DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO DE

LEONARDO BECHARA STANCIOLI

Aos trinta dias, do mês de agosto de dois mil e dezessete, às dez horas reuniu-se no Salão Nobre - Primeiro Andar da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, a banca examinadora constituída pelos professores: Priscilla Placha Sá, Maria Cecilia Barreto Amorim Pilla e Laura Jane Ribeiro Garbini Both, para examinar a dissertação do candidato **Leonardo Bechara Stancioli**, ingressante no programa de Pós-graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas - Mestrado, no segundo semestre de dois mil e quinze. Área de concentração: Direitos Humanos, Ética e Políticas Públicas - Linha de pesquisa: Políticas Públicas e Educação em Direitos Humanos. O mestrando apresentou a dissertação intitulada: **A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE RACISMO, O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO MATERIAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**. O Candidato fez uma exposição sumária da dissertação, em seguida procedeu-se à arguição pelos Membros da Banca e, após a defesa, o Candidato foi APROVADO pela Banca Examinadora. A sessão encerrou-se às 12 h 00 min. Para Constar, lavrou-se apresente Ata, que vai assinada pelos Membros da Banca Examinadora.

Profª. Drª Priscilla Placha Sá _____
Presidente/Orientadora.

Prof. Dr. Maria Cecilia Barreto Amorim Pilla _____
Convidado Interno

Profª. Drª. Laura Jane Ribeiro Garbini Both _____
Convidada Externa

CIENTE
Profª. Drª. Maria Cecilia Barreto Amorim Pilla
Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direitos humanos e Políticas Públicas
Stricto Sensu – PPGDH PUCPR

À minha família, aos meus amigos e àqueles que sempre acreditaram em mim.

AGRADECIMENTOS

Quando penso em agradecimento, penso em gratidão. Em render graças àquelas pessoas que sempre estiveram ao meu lado. Em reconhecer e, de alguma forma, recompensar todo o apoio e todo o carinho daqueles que estavam comigo e daqueles que estão comigo, ainda que sem sequer saberem.

Hoje realizo um de meus muitos sonhos. Dentre os vários, e das mais diversas cores, concretizo um dos mais especiais. Sempre quis aprender, sempre quis ensinar, sempre quis compartilhar. A conclusão que posso chegar, a cada dia, é que eu aprendo muito mais do que compartilho e aprendo muito mais do que porventura venha a ensinar.

Nas oportunidades em que tive de lecionar, aprendi. Nos momentos em que pude compartilhar, aprendi. Aprendo em tudo e aprendo com tudo. Aprendo que pessoas especiais aparecem em nossas vidas para as tornar ainda mais especiais e que os nossos encontros foram entrecortados pelos sorrisos alegres de nossas convivências, pelas emoções de nossas lágrimas, pela interação e aconchego de nossas vidas. Uns estarão a precisar dos outros e a resposta será os braços abertos e a ação firme na solidariedade e força para vencer.

Quero agradecer à minha família. Sem vocês nada seria possível. Por vocês, tudo se fez possível.

Quero agradecer às pessoas que comigo conviveram e fizeram com que tudo pudesse parecer mais fácil. Quero agradecer à minha equipe, eterna equipe, Nicolle Monteiro Nogari Zanon e Anna Klamas. Muito obrigado!

Quero agradecer aos meus queridos mestres Prof. Dra. Priscilla Placha Sá, Prof.a Dr.a Maria Cecilia Barreto Amorim Pilla, Prof. Dr. Cezar Bueno de Lima, Prof. Dr. Cesar Candiotto, Prof.a Dr.a Jaci Souza Candiotto, Prof.a Dr.a Mirian Célia Castellain Guebert, Prof.a Dr.a Amélia Sampaio Rossi, Prof. Dr. Jelson Roberto de Oliveira, Prof. Dr. Luis Alexandre Carta Winter, Prof.a Dr.a Juciméri Isolda Silveira e Prof. Dr. Lindomar Bonetti. Quero agradecer a Prof.a Dr.a Laura Jane Ribeiro Garbini Both, por aceitar, prontamente, o convite para integrar a minha

banca.

À Priscilla Placha Sá, um agradecimento especial. Mais do que uma orientadora, uma amiga. Mais do que uma amiga, uma professora. Obrigado por tudo. Foram dois anos me justificando e desculpando pelas diversas atribulações proporcionadas pela vida. E, em todas as oportunidades, ou em quase todas, com aquela tranquilidade de mestre, dizia-me: “fique frio, não esquente a cabeça”.

À Professora Maria Cecilia, muito mais do que coordenadora do curso de mestrado. Com sua liderança, soube nos guiar e orientar, com sua humildade e conhecimento ímpar, soube nos ensinar, em todos os sentidos. Muito obrigado Professora! Muito obrigado por tudo!

Agradecer ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e a Associação dos Magistrados do Paraná, por tudo, pela vida, pela minha e pela dos jurisdicionados.

Obrigado!

Fica, assim, portanto, claro como há essência nas substâncias e nos acidentes; e como nas substâncias compostas e nas simples; e de que maneira as intenções lógicas universais se encontram em todos estes; exceto o primeiro que está no limite da simplicidade, ao qual não cabe a noção de gênero ou de espécie e, por conseguinte, nem definição por causa de sua simplicidade; no qual esteja o fim e consumação deste discurso. Amém.

(TOMÁS DE AQUINO, 2014, p. 53)

RESUMO

A presente pesquisa apontada neste trabalho visa demonstrar, à luz dos direitos humanos, a incompatibilidade lógica do sistema jurídico-constitucional, em assegurar a imprescritibilidade dos crimes de racismo, descritos na Lei n. 7.716/89. Para tanto, foi realizada análise comparativa e histórica do modelo jurídico-político, com a utilização dos métodos dedutivo e dialético, bem como a análise da construção lógica do instituto da prescrição. Após a pesquisa, parece restar delineado que, nos casos relacionados aos delitos de racismo, a imprescritibilidade constitucional poderá ser relativizada, mormente quando em colisão princípios que amparam e edificam os direitos fundamentais, a qual poderá sucumbir, quando desarrazoada a intervenção estatal, somente se legitimando se respaldada pela aplicação sistemática dos direitos e garantias fundamentais, cotejando-se os interesses do Estado, com aqueles em que faz *jus* o acusado. Espera-se com o presente trabalho, trazer destaque à ponderação de princípios constitucionais, com a consequente relativização das normas insertas na própria Constituição.

Palavras-chave: Imprescritibilidade. Racismo. Direitos Fundamentais. Colisão.

ABSTRACT

This research aims to demonstrate, based on human rights, the logical incompatibility of the legal and constitutional system, to ensure the imprescriptibility of the crimes of racism, described in law no. 7,716/89. To this end, comparative and historical analysis was performed of the legal-political model, with the use of deductive and dialectical methods as well as the analysis of the logical construction of the statute of limitations. After the search, has been proved that in cases related to crimes of racism, the constitutional imprescritibility may be relativized, especially when it confronts principles that support and build the fundamental rights, which may succumb, in cases of unreasonable State intervention, , which only will be legitimized if it is backed up by the systematic application of fundamental rights and guarantees, comparing the interests of the State with those in which the accused is entitled. It is hoped with this work, bring attention to consideration of constitutional principles, with the consequent relativization of the inserted standards in the Constitution itself.

Key-words: Imprescriptibility. Racism. Fundamental Rights. Collision.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11
1. A SOBERANIA, O BIOPODER E O RACISMO.....19
1.1. A UNIVERSALIZAÇÃO DE UMA ESPÉCIE DE ´ORDEM RACIOLÓGICA´ NO MUNDO.....24
1.2. O NEGRO E A SUBMISSÃO DO NEGRO NO BRASIL 30
1.3. O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL NO BRASIL.....34
2. O RACISMO E SUA CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA.....46
2.1. A PROTEÇÃO CONTRA OS ATOS DE RACISMO NO PLANO INTERNACIONAL.....46
2.2. A PROTEÇÃO CONTRA OS ATOS DE RACISMO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO.....49
2.3. O RACISMO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E A IRRADIAÇÃO DE SEUS REFLEXOS.....53
2.4. A (IM)PRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE RACISMO.....61
2.5. DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO.....65
2.5.1. Aspectos históricos.....65
2.5.2. A prescrição no Brasil: Breves aspectos históricos.....70
2.6. O RACISMO, A PRESCRIÇÃO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....72
3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM COLISÃO. IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE RACISMO VERSUS A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....76
3.1**.** OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RESPECTIVAS GERAÇÕES/DIMENSÕES 81
3.2. O NEOCONSTITUCIONALISMO (PÓS-POSITIVIMO) E A FORÇA NORMATIVA DOS COMANDOS CONSTITUCIONAIS.....86
3.3. O PODER JUDICIÁRIO E A PONDERAÇÃO EMPÍRICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM COLISÃO.....92
3.3.1. A flexibilização da imprescritibilidade constitucional dos crimes de racismo e oportunidade da intervenção judicial 95
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....105
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....**109**

INTRODUÇÃO.

A imprescritibilidade dos crimes de racismo, como elemento principal dessa investigação, insere-se em uma proposta reflexiva mais ampla, quando atrelada ao complexo campo da seara racial e aos desafios para a concreção e a interpretação de seu alcance.

Não obstante a amplitude do termo e a sua enorme abertura semântica, a questão do racismo, embora não se refira nem exclusiva nem diretamente à questão negra, segue atrelada – nesse recorte – à ideia da escravidão, projetando, nesse sentido, quase que uma conexão ou um *habitus* mental, vale dizer, quando se fala no referido instituto, necessariamente, pensa-se na escravidão e submissão da população negra[1].

A questão do racismo em face aos negros, principalmente, está envolta em uma perspectiva inter e multidisciplinar e não se trata de um conceito acabado, haja vista se tratar de um construto sócio-histórico mutável. Não fosse isso, a percepção, pelo saber antropológico, filosófico, sociológico e histórico (apenas como exemplos das ciências humanas e sociais) têm - mesmo nessas áreas - uma concepção polissêmica.

Na presente pesquisa, ainda que de matriz interdisciplinar com o fundamento dos direitos humanos, adotamos um vetor da seara jurídica a partir da definição legal do que é o racismo. O que significa dizer que podemos - a partir de outros saberes - definir, conceituar, e identificar uma prática como "racismo", todavia, no campo do direito e, mais especificamente, no direito penal - para tipificar uma conduta como tal - temos o filtro do tipo legal que se encontra normativamente definido. Nesse mesmo campo (o do direito penal), a população negra não encontra amparo como vítima, sua presença nos fóruns, nas delegacias e nos tribunais - não raro - é na condição de autor de crime, e não o contrário.

O reconhecimento da população negra como sujeito de direitos ainda está distante do efetivo acesso à justiça, sendo que no tema do presente trabalho, a discussão da (im)prescritibilidade dos crimes de racismo no Brasil se vê direcionada,

[1] Destaca-se que a presente pesquisa, muito embora adote o termo racismo utilizado na Constituição da República, como gênero, terá como ênfase a discriminação relacionada à população negra.

mesmo nos casos que ocupam a mais alta corte do País, a outros povos do que propriamente à população negra, ainda que a chamada "lei do racismo" tenha sido aprovada em face de caso concreto a envolvendo (inclusive, antes de 1988)[2].

Quando alçada, portanto, ao *status* de norma constitucional, o que pretende o legislador constituinte é corrigir, na tentativa de encobrir, as distorções morais ao longo dos séculos exploradas, fruto de uma hierarquização social de classes que tem como critério de distinção a raça e a cor.

Sob o mito da democracia racial, cria-se uma barreira legislativa destinada a superar as referências simbólicas que orientam as relações, bem como evitar a perpetuação de atos discriminatórios, buscando-se no campo do direito a solução de perspectivas ainda não consolidadas nem mesmo amadurecidas no seio social.

Comandos normativos, abstratamente delineados pelo legislador, pretendem traçar, ao menos na dimensão formal, o lícito e o ilícito, o legal e o ilegal, aquilo que prescreve e o que não vem a prescrever, assumindo a responsabilidade de consagrar, principalmente à população negra, uma espécie de simetria social, sugerindo um modelo de proteção amplamente vazio em conteúdo e sujeito às próprias armadilhas da sua não legitimação.

---

[2] Apesar do pioneirismo da norma de 1951, que solapou mito da 'democracia racial', ao longo dos seus 37 anos de vigência ninguém chegou a ser preso no país com base nela. Em 3 de julho de 1951, o Congresso brasileiro aprovou a Lei 1.390, que transformava em contravenção penal qualquer prática resultante de preconceito de raça ou cor. Batizada de Lei Afonso Arinos em homenagem a seu autor, vice-líder da bancada da conservadora União Democrática Nacional (UDN) na Câmara, foi ela, mais do que qualquer outro ato de sua longa trajetória política, que tornou nacionalmente famoso o nome do escritor Afonso Arinos de Melo Franco. Sua eficácia, porém, permanece sob questão: quando o autor morreu, em 1990, aos 85 anos, não havia registro de uma única prisão feita com base na lei. A tarefa não era mesmo fácil. Quando um anúncio de emprego exige boa aparência, sabe-se que isso quer dizer pele clara, mas o candidato preterido não tem como provar a discriminação. Um mérito, porém, ninguém tira da Lei Afonso Arinos: com a ampla divulgação que recebeu, ela ajudou a solapar o famoso mito da "democracia racial brasileira". Curiosamente, a inspiração para a lei do racismo foi fornecida a Afonso Arinos pela discriminação sofrida em 1950, no Rio de Janeiro, por uma negra americana. A bailarina Katherine Dunham, em excursão, foi impedida de se hospedar no Hotel Serrador. A imprensa brasileira não deu importância ao caso, mas a repercussão no exterior foi muito negativa. Só em 1988 a criação de Afonso Arinos seria substituída por um texto mais duro, de autoria do deputado negro Carlos Alberto Oliveira, o Caó (PDT-RJ). A Lei 7.716 transformou em crime o que era apenas contravenção penal, ampliando as penas para até cinco anos de prisão. No entanto, manteve, em linhas gerais, os mesmos tipos de crime previstos por Afonso Arinos. Em 1997, foi a vez de o deputado Paulo Paim (PT-RS), também negro, ampliar o alcance da lei antirracismo, incluindo entre as práticas passíveis de punição o xingamento e a ofensa baseados em origem e cor de pele. (Disponível em: <http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/criada-lei-afonso-arinos-primeira-norma-contra-racismo-no-brasil-10477391#ixzz4jk7xfVWY>. Acesso em 12 jun. 2017).

Em uma sociedade ainda pautada pelo critério da diferença[3] e iluminada pelas ideias do multiculturalismo, não se faz possível tipificar criminalmente determinadas condutas, sem qualquer critério materialmente congruente, tornando-as inapagáveis ao longo dos tempos, sob o risco de se produzir e de se perpetuar, ainda mais, o distanciamento entre os povos.

A Constituição da República, em uma interpretação, a *contrario sensu*, dos incisos XLII[4] e XLIV[5], de seu art. 5°[6], adotou, como regra, a prescritibilidade dos crimes, tendo como exceção somente os casos por ela indicados, não cabendo nem mesmo ao legislador abranger ou criar outras hipóteses, sob pena de afronta ao texto constitucional.

Sem perder de vista a importância do enfoque de natureza material, abarcando os fins e as funcionalidades da pena, a pesquisa terá como norte a discussão travada na seara processual, ou melhor, processual-constitucional ou constitucional-processual, propondo-se, portanto, uma releitura da sistemática relacionada ao instituto da prescrição, com a possibilidade de se reconhecer, no caso concreto, ponderando-se a respectiva gama principiológica, e dirimindo eventual colisão, o instituto da prescrição nos delitos descritos na lei 7.716/89[7].

Como instituto de direito tanto material, quanto processual, a prescrição seguirá acompanhada de uma série de preceitos e princípios, constitucionais ou legais, cujas premissas deverão basilar toda e qualquer interpretação ou concretização de seu comando, uma vez que poderão restringir os direitos e

---

[3] "Um elemento que me parece fundamental na questão é essa tensão, presente hoje no debate público e nas relações internacionais, entre igualdade e diferença. De maneira um pouco simplificada, é possível afirmar que toda a matriz da modernidade enfatizou a questão da igualdade. A igualdade de todos os seres humanos, independentemente das origens raciais, da nacionalidade, das opções sexuais, enfim, a igualdade é uma chave para entender toda a luta da modernidade pelos direitos humanos. No entanto, parece que hoje o centro de interesse se deslocou. Quando digo que houve um deslocamento, não estou querendo dizer que se nega a igualdade, mas que se coloca muito mais em evidência o tema da diferença". (CANDAU, Vera Maria. *Direitos humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v13n37/05.pdf>. Acesso em 12 dez. 2016).

[4] Art. 5°, XLII da CF: A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

[5] Art. 5°, XLIV da CF: Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

[6] Art. 5°, *caput*, da CF: 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.

[7] Lei 7.716/89: Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

garantias de *status* constitucional, dentre eles, e em primeiro plano, a liberdade do cidadão.

Pretende-se, portanto, demonstrar a incompatibilidade lógica do sistema jurídico, em assegurar a imprescritibilidade dos crimes descritos na Lei n. 7.716/89, em uma perspectiva principiológica e sistêmica, conjugando os fatores históricos, políticos e sociais que impulsionaram a sua gênese, além do relevante papel conferido pela Constituição da República ao Poder Judiciário, como interprete do real alcance das leis, e garantidor, em última instância, da escorreita materialização dos direitos fundamentais[8].

Ao que se observa, a imprescritibilidade em tela tem como base princípios meta jurídicos, diretamente ligados à ideia de se compatibilizar os conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir uma definição jurídico-constitucional do termo, em uma interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de se obter o real sentido e alcance da norma, visando, ademais, perpetuar o culto de respeito aos direitos humanos, como também o repúdio aos atos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais, por motivos raciais de torpeza inominável[9].

Denota-se, portanto, que em uma interpretação teleológica, sistêmica e histórica do instituto, atrelada aos delitos abarcados pela lei 7.716/89, a exegese que vem a se anelar ao preceito constitucional (imprescritibilidade), será aquela em que o comando descrito no inciso XLII[10], do artigo 5°, da Carta Maior, será destinado unicamente à prescrição da pretensão em abstrato[11], visando impedir que as atitudes proibidas ou impelidas pela norma, em razão da inércia estatal, deixem de

[8] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 21.
[9] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL - HABEAS CORPUS - Relator: Min. MOREIRA ALVES - Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA - Julgamento: 17/09/2003 – Publicação: DJ 19-03-2004).
[10] Art. 5°, XLII da CF: a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.
[11] Art. 107. Extingue-se a punibilidade: IV - pela prescrição, decadência ou perempção; Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois.

ser punidas.

Não se pode correlacionar ou mesmo confundir um *no facere* por parte dos órgãos competentes quanto ao início da persecução penal, o que vai ao encontro da intenção do constituinte, com o fato de já se ter uma manifestação concreta por parte do Estado, com início de um procedimento criminal e recebimento da denúncia, além da interrupção do lapso prescricional.

Certo é que ao longo de vários séculos, buscou o legislador reconhecer e lapidar instrumentos normativos que projetem no mundo empírico a real dimensão material dos direitos fundamentais[12], e não mais a sua mera consagração em ordenamentos jurídicos esparsos, direcionando suas premissas como vetores indissociáveis à legitimação de toda atuação destinada a restringi-los, sob pena de se configurar eventual desvio ou abuso do poder estatal.

Para tanto, sem se vislumbrar o aprofundamento na análise do instituto da prescrição, *strictu sensu*, haja vista a abordagem constitucional que se pretende enfatizar, pode-se aduzir que o mencionado instituto nada mais é do que a perda[13], em razão do desarrazoado lapso temporal, '*do poder-dever de punir do Estado, seja da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) ou da pretensão executória (interesse de executá-la) durante certo tempo'*[14].

Tendo natureza jurídica de extinção da punibilidade, uma vez não exercido o *ius puniendi* dentro de um prazo razoável, perde o Estado, em razão de sua inércia, o direito (que nada mais é do que um dever de cotejar seus atos aos princípios que iluminam o terreno repressivo) de responsabilizar o autor pela prática de determinado fato criminoso.

---

[12] "Fala-se em Constituição em sentido substancial quando o critério definidor se atém ao conteúdo das normas examinadas. A constituição será, assim, o conjunto de normas que instituem e fixam competências dos principais Órgãos do Estado, estabelecendo como serão definidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais Órgãos. Compõe a Constituição também, sob esse ponto de vista, as normas que limitam a ação dos Órgãos estatais, em benefício da preservação da esfera da autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político. Essas normas garantem às pessoas uma posição fundamental ante o Poder Público." (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55/56).

[13] "A renúncia genérica e abstrata do Estado ao direito de punir vinculada ao tempo. Após seu reconhecimento em lei, a prescrição passa para a perda do direito de punir face ao seu não exercício durante o tempo prefixado." (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1964. vol. III, p. 403/404).

[14] CAPEZ, Fernando. *Código Penal Comentado.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 226.

Hodiernamente, cumpre destacar que crescente é a postura adotada pelo Poder Judiciário, na defesa e implementação das normas constitucionais, visando o engrandecimento e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, em um verdadeiro avanço da denominada justiça constitucional, a qual se fortaleceu, principalmente, nos países ocidentais depois da segunda guerra mundial[15].

As Cartas constitucionais do pós-guerra, como se sabe, por sua própria essência, não visam a contemplar de forma casuística, todas as situações que por ventura venham a ocorrer em sociedade, ao contrário, possibilitam, por sua imensa carga axiológica, uma constante valoração pelo operador do direito.

Frente ao dinamismo das relações sociais, tanto os Juízes, quanto as Cortes de Justiça passaram a empregar uma postura proativa na resolução dos problemas, questões individuais e sociais, enfrentando, para tanto, situações não regulamentadas por lei, ou que haja conflito entre dispositivos legais, ou mesmo que possam ultrapassar as suas barreiras, fazendo eclodir uma espécie de tensão, uma verdadeira colisão entre regras e princípios constitucionais.

Ao que se pode perceber, de tamanha relevância é o papel do operador do direito, no sentido de se atribuir força normativa aos comandos constitucionais e resolver eventual conflito ou colisão entre regras e princípios.

No intuito de procurar estabelecer as diretivas orientadoras dessa pesquisa, estabeleceu-se que o objetivo geral se orienta no sentido de demonstrar a incompatibilidade lógica do sistema jurídico, em assegurar a imprescritibilidade constitucional dos crimes descritos na Lei n. 7.716/89.

Os objetivos específicos pretendem: 1) identificar quais seriam os bens jurídicos protegidos pela norma, dentro da conceituação daquilo que se entende por racismo e esclarecer os critérios de distinção histórica entre os indivíduos; 2)

[15] "O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar (...). A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2a. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático". (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, 2011, p. 143).

trabalhar a questão da construção histórica-normativa do racismo e sua proteção no campo internacional e no plano normativo brasileiro. Analisar, também, o racismo na Constituição Federal de 1988 e os seus reflexos, com ênfase na (im)prescritibilidade; 3) analisar a viabilidade de enfrentamento pelo Poder Judiciário, da real necessidade da tutela penal para a proteção dos bens jurídicos em questão, com a ponderação de princípios constitucionais na análise dos casos que lhe são postos à apreciação.

O tema desta pesquisa se desenvolveu sob a perspectiva da linha II do Programa de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, intitulada "Direitos humanos e Políticas Públicas", que vem desenvolvendo estudos relacionados ao tema de direitos humanos e políticas públicas sob a perspectiva interdisciplinar, abrangendo tanto o direito pátrio quanto o direito alienígena.

No primeiro capítulo, será desenvolvida a construção da narrativa do negro, sujeitado nas suas relações políticas e sociais em relação aos demais, principalmente ao branco. Será realizada uma análise do denominado biopoder[16], característico dos Estados Modernos, constituídos a partir do fim do século XVIII e início do século XIX, em que se encontrará por meio do racismo, o mecanismo que justificará – em nome da sobrevivência da população, através da organização, controle e segregação, que terão como pano de fundo o racismo biológico – a gestão daqueles que se farão inseridos ou serão *outsiders* na vida social.

Na mesma linha, será abordado, ainda, o racismo e o mito da democracia racial no Brasil, quando se busca analisar a questão da democracia e da tolerância racial[17] e seus reflexos no século XXI.

No segundo capítulo, será trabalhada a questão da construção histórico-normativa do racismo e sua proteção no campo internacional e no plano normativo brasileiro. Será analisado, também, o racismo na Constituição da República de 1988[18] e os seus reflexos, ressaltando-se a sua (im)prescritibilidade. Será abordado em linhas conceituais e históricas o instituto da prescrição, e a sua análise axiológica

---

[16] FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 289.
[17] GUIMARÃES, Antônio Sérgio A. *Democracia racial: o ideal, o pacto e o mito.* São Paulo, 2001. Disponível em: < http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/95/20080627_democracia_racial.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015.
[18] Artigo 5˚, XLII, da CF/88: A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

pelo Supremo Tribunal Federal, quando atrelado ao crime de racismo.

Já no terceiro e último capítulo, a abordagem será baseada em uma proposta de enfrentamento pelo Poder Judiciário, da real necessidade da tutela penal para questões voltadas às outras áreas do saber.

Através da ponderação de princípios constitucionais, buscar-se-á discutir a incompatibilidade lógica de um sistema jurídico desprovido de legitimação social, pautando-se pelo fortalecimento material da negação a qualquer espécie de discriminação racial, sem perder de vista a efetivação de uma estrutura constitucional penal e processual penal, garantindo-se ao acusado, a partir do início da ação penal, com o recebimento da exordial acusatória, portanto, os atributos inerentes ao próprio ser humano, titular de direitos, muito embora respondendo a uma ação penal.

Para tanto, serão abordados os aspectos da Constituição da República e os direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo (pós-positivimo) e a força normativa dos comandos constitucionais, o Poder Judiciário e a ponderação empírica dos princípios constitucionais em colisão, bem como a tensão entre princípios e suas formas de resolução.

A pesquisa terá como base exames bibliográficos, documentais e jurisprudenciais, por meio da análise dos dados teóricos registrados, bem como fontes de domínio público, alicerçados na pertinência e contemporaneidade com o conteúdo aqui cotejado.

Os métodos utilizados para promover sistematicamente esta pesquisa serão o dedutivo e sua construção lógica, para que se alcance uma conclusão baseada em fundamentos a partir de princípios e teorias, além das leis; e o dialético, considerando os fatos dentro do atual contexto histórico e suas contradições.

Em se tratando dos procedimentos técnicos, serão utilizados o comparativo, que irá abordar as constatações em relação ao tema; e o histórico, a fim de se observar as questões sobre proteção da raça ao longo dos anos e verificar sua influência nos dias atuais.

1. A SOBERANIA, O BIOPODER E O RACISMO.

As possíveis origens do racismo, aliada às premissas apresentadas pelas ciências naturais e a antropologia, as quais remontam à clássica diferenciação racial entre os indivíduos e a sua respectiva hierarquização, não devem seguir desatreladas à ideia da distinção entre os seres humanos e a degenerescência.

Entendia-se o racismo, a partir do século XV, especificamente, como a sistematização de ideias e valores da sociedade europeia, acerca da diversidade racial e cultural entre os diferentes povos, no momento em que a Europa se deparou, pela primeira vez, com tamanha divergência[19].

Ademais do discurso da luta de raças[20], o fenômeno vem edificado em meio à narrativa do negro sujeitado nas suas dimensões políticas e sociais em face do branco, uma submissão baseada em uma verdadeira relação de poder, a qual deverá ser analisada tanto em face do sujeito e da lei, quanto em relação aos denominados operadores de dominação[21].

O poder, suas relações, ou mesmo seus operadores, até pela essência de seu significado, e pelo dinamismo de sua natureza, oscila de acordo com os

---

[19] "Nesta perspectiva, o surgimento do racismo era considerado fruto do conceito de raça, termo que, etimologicamente, vem do italiano razza; este, por sua vez, tem origem no latim ratio e significa categoria e espécie, sentido utilizado pelo famoso naturalista sueco Carl Van Linné (1707 a 1778) para classificar as plantas em 24 classes ou raças". (MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007, p. 21).

[20] "O racismo não precisava mais do conceito de raça, no sentido biológico para decretar a existência das diferenças insuperáveis entre grupos estereotipados. (...) embora a raça não exista biologicamente, isso é insuficiente para fazer desaparecer as categorias mentais que a sustentam. O difícil é aniquilar as raças fictícias que rondam nossas representações e imaginários coletivos. Enquanto o racismo clássico se alimenta da noção de raça, o racismo novo se alimenta da noção de etnia definida como um grupo cultural, categoria que constitui um léxico mais aceitável que a raça". (MUNANGA, Kabengele. *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*. Rio de Janeiro: Ed. UFF, 2000, p. 27).

[21] "O projeto geral, o dos anos anteriores e o deste ano, é tentar desamarrar ou livrar essa análise do poder dessa tríplice preliminar - do sujeito, da unidade e da lei - e ressaltar, em vez desse elemento fundamental da soberania, aquilo que eu denominaria as relações e os operadores de dominação. Em vez de fazer os poderes derivarem da soberania, se trataria muito mais de extrair, histórica e empiricamente, das relações de poder, os operadores de dominação. Teoria da dominação, das dominações, muito mais do que teoria da soberania, o que quer dizer: em vez de partir do sujeito (ou mesmo dos sujeitos) e desses elementos que seriam preliminares à relação e que poderíamos localizar, se trataria de partir da própria relação de poder, da relação de dominação no que ela tem de factual, de efetivo, e de ver como é essa própria relação que determina os elementos sobre os quais ela incide. Portanto, não perguntar aos sujeitos como, por que, em nome de que direito eles podem aceitar deixar-se sujeitar, mas mostrar como são as relações de sujeição efetivas que fabricam sujeitos". (FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 51).

interesses dominantes de determinada época, sociedade ou unidade que o centraliza.

No transcorrer dos séculos XVII ao século XVIII, observam-se diversas alterações nas relações de poder até então dinamizadas, quando o poder monárquico vem sucumbir à ideia do poder disciplinar, trasladando a materialização desse poder não mais na figura do rei, mas nos corpos dos sujeitos, individualmente considerados, através de técnicas disciplinares[22].

A partir do século XVII, as técnicas disciplinares passam a ser integradas por outros métodos que não mais possuem, estruturalmente, a simples ideia de disciplina, materializando-se em uma espécie de simbiose, na qual não há exclusão entre ambas, mas a coexistência no tempo e no espaço[23].

Em complemento à ideia disciplinar, que se dirige ao corpo, a nova técnica passa a se direcionar à vida dos homens, ou, nas palavras de Foucault, dirige-se não ao 'homem-corpo, mas ao homem vivo, ao homem ser vivo (...) ao homem-espécie'[24].

O poder disciplinar, como dito, vai incidir sobre a multiplicidade dos homens, na medida em que se estratifica em corpos individuais, vigiados, utilizados e, também, punidos. Essa nova tecnologia de poder, ao revés, instala-se frente à multiplicidade dos homens, mas não na medida em que eles se resumem em corpos, mas na medida em que ela forma uma massa global, afetos por processos de massa inerentes à própria existência, tais como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc. Trata-se de uma ampla tomada de poder, que para Foucault "*já não é uma anátomo-política do corpo humano, mas uma biopolítica da*

[22] FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 288/289.

[23] "Eram igualmente técnicas de racionalização e de economia estrita de um poder que devia se exercer, da maneira menos onerosa possível, mediante todo um sistema de vigilância, de hierarquias, de inspeções, de escriturações, de relatórios: toda essa tecnologia, que podemos chamar de tecnologia disciplinar do trabalho. Ela se instala já no final do século XVII e no decorrer do século XVIIII. Ora, durante a segunda metade do século XVIII, eu creio que se vê aparecer algo de novo, que é uma outra tecnologia de poder, não disciplinar dessa feita. Uma tecnologia de poder que não exclui a primeira, que não exclui a técnica disciplinar, mas que a embute, que a integra, que a modifica parcialmente e que, sobretudo, vai utiliza-la implantando-se de certo modo nela, e incrustando-se efetivamente graças a essa técnica disciplinar prévia. Essa nova técnica não suprime a técnica disciplinar simplesmente porque é de outro nível, está noutra escala, tem outra superfície de suporte e é auxiliada por instrumentos totalmente diferentes". (FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 288).

[24] FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 289.

espécie humana"[25].

Pelo fato de se tratar de poder de massa, que a nova tecnologia, denominada biopoder, vai abarcar a ideia relacionada à cidade e população, as quais passam a ser consideradas questões políticas; problemas relacionados à esfera do poder, problemas coletivos, portanto.

Sob o viés coletivo, quando passa a atingir uma grande parcela da população, suas consequências ou seus fenômenos passam a ser constantemente medidos, através de mecanismos reguladores, podendo-se citar como exemplo o controle do aumento da taxa de natalidade e mortalidade[26].

A disciplina, nesse contexto, passa a ser vista como regulamentação, sendo a norma, o traço comum entre os poderes, disciplinar e regulamentar, e que vem a possibilitar a manutenção do equilíbrio entre a ordem disciplinar do corpo e a ordem fortuita da sociedade.

> De uma forma mais geral ainda, pode-se dizer que o elemento que vai circular entre o disciplinar e o regulamentador, que vai se aplicar, da mesma forma, ao corpo e à população, que permite a um só tempo controlar a ordem disciplinar do corpo e os acontecimentos aleatórios de uma multiplicidade biológica, esse elemento que circula entre um e outro é a norma. A norma é o que pode tanto se aplicar a um corpo que se quer disciplinar quanta a uma população que se quer regulamentar. A sociedade de normalização não é, pois, nessas condições, uma espécie de sociedade disciplinar generalizada cujas instituições disciplinares teriam se alastrado e finalmente recoberto todo o espaço - essa não é, acho eu, senão uma primeira interpretação, e insuficiente, da ideia de sociedade de normalização. A sociedade de normalização é uma sociedade em que se cruzam, conforme uma articulação ortogonal, a norma da disciplina e a norma da regulamentação. Dizer que o poder, no século XIX, tomou posse da vida, dizer pelo menos que o poder, no século XIX, incumbiu-se da vida, e dizer que ele conseguiu cobrir toda a superfície que se estende do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias de disciplina, de uma parte, e das tecnologias de regulamentação, de outra.[27]

Em meio a esse contexto, o que inseriu o racismo nos mecanismos de Estado foi a emergência desse biopoder, introduzindo-o como mecanismo fundamental de poder, tal como se exerce nos Estados Modernos e faz com que quase não haja

[25] FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 289.
[26] FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 290.
[27] FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 302.

funcionamento moderno de Estado[28].

> Com efeito, que é o racismo? É, primeiro, o meio de introduzir afinal, nesse domínio da vida de que o poder se incumbiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer. No continuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo do biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros. Em resumo, de estabelecer uma cesura que será do tipo biológico no interior de um domínio considerado como sendo precisamente um domínio biológico. Isso vai permitir ao poder tratar uma população como uma mistura de raças ou, mais exatamente, tratar a espécie, subdividir a espécie de que ele se incumbiu em subgrupos que serão, precisamente, raças. Essa é a primeira função do racismo: fragmentar, fazer cesuras no interior desse continuo biológico a que se dirige o biopoder[29].

A partir do fim do século XVII e início do século XIX[30], o que se tem, então, é uma espécie de mutação na estrutura desse poder, na qual o soberano que antes o detinha, sobre a vida e a morte dos súditos, passa a encontrar por meio do racismo, um dos mecanismos que justificará, em nome da sobrevivência da população, através da organização, controle e segregação, e que terão como pano de fundo o racismo biológico, a gestão daqueles que se farão inseridos ou *outsiders* na vida social.

> Aquém, portanto, do grande poder absoluto, dramático, sombrio que era poder da soberania, e que consistia em poder fazer morrer, eis que aparece agora, com essa tecnologia do biopoder, com essa tecnologia do poder sobre a "população" enquanto tal, sobre o homem enquanto ser vivo, um poder contínuo, científico, que é o poder de "fazer viver". A soberania fazia morrer e deixava viver. E eis que agora aparece um poder que eu chamaria de regulamentação e que consiste, ao contrário, em fazer viver e em deixar morrer.[31]

---

[28] Não quero de modo algum dizer que o racismo foi inventado nessa época. Ele existia há muito tempo. Mas eu acho que funcionava de outro modo. O que inseriu o racismo nos mecanismos do Estado foi mesmo a emergência desse biopoder. Foi nesse momento que o racismo se inseriu como mecanismo fundamental do poder, tal como se exerce nos Estados modernos, e que faz com que quase não haja funcionamento moderno do Estado que, em certo momento, em certo limite e em certas condições, não passe pelo racismo. (FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 304).

[29] FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 304/305.

[30] Parece-me que um dos fenômenos fundamentais do século XIX foi, é o que se poderia denominar a assunção da vida pelo poder: se vocês preferirem, uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico ou, pelo menos, uma certa inclinação que conduz ao que se poderia chamar de estatização do biológico". (FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 286).

[31] FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 296.

O discurso racista apoiado nas teorias biológicas e de eugenia, ou de superioridade das raças – próprias dos séculos XVIII e XIX – permitirá, para a eficácia dos mecanismos de controle Estatal, o desenvolvimento de estratégias político-sociais e de vigilância policial e higienista, um tipo de racismo de Estado.[32] Isso garantirá a manutenção das estruturas de poder que engendram a segregação social no interior da sociedade.

Nesses paradigmas, edificou-se estratégias de biopoder para garantir uma regulação e controle do homem enquanto espécie, enquanto raça, ao nível populacional. Era o racismo de Estado um exercício de poder capaz de segregar os indivíduos indesejáveis, que encontrava nas teorias biológicas dos séculos XVIII e XIX, vasto campo de justificação da atuação 'assassina' do Estado.[33]

O racismo, assim, pode-se traduzir, não somente no poder daquele que dita o que deve viver e o que deve morrer[34], mas também à ideia de supressão de todo e qualquer perigo para um povo[35], vale dizer, "tirar a vida, o imperativo da morte, só é admissível, no sistema de biopoder, se tende não à vitória sobre os adversários políticos, mas à eliminação do perigo biológico e ao fortalecimento, diretamente

---

[32] "A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo. Vocês compreendem, em consequência, a importância eu ia dizer a importância vital - do racismo no exercício de um poder assim: é a condição para que se possa exercer o direito de matar. Se o poder de normalização quer exercer o velho direito soberano de matar, ele tem de passar pelo racismo. E se, inversamente, um poder de soberania, ou seja, um poder que tem direito de vida e de morte, quer funcionar com os instrumentos, com os mecanismos, com a tecnologia da normalização, ele também tem de passar pelo racismo. É claro, por tirar a vida não entendo simplesmente o assassínio direto, mas também tudo o que pode ser assassínio indireto: o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc". (FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 306).

[33] No caso do Brasil, além das dificuldades de acesso da população negra aos bens sociais, o desenvolvimento do mito da democracia racial, contribuiu para a invisibilidade dessa população e sua manutenção à margem da sociedade.

[34] FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 304.

[35] "De outro lado, o racismo tem sua segunda função: tem como papel permitir uma relação positiva, se vocês quiserem, do tipo; "quanto mais você matar, mais você fará morrer", ou "quanto mais você deixar morrer, mais, por isso mesmo, você viverá". Eu diria que essa relação ("se você quer viver, é preciso que você faça morrer, é preciso que você possa matar") afinal não foi o racismo, nem o Estado moderno, que inventou. É a relação guerreira: "para viver, é preciso que você massacre seus inimigos". Mas o racismo faz justamente funcionar, faz atuar essa relação de tipo guerreiro "se você quer viver, é preciso que o outro morra" - de uma maneira que é inteiramente nova e que, precisamente, é compatível com o exercício do biopoder". (FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 304).

ligado a essa eliminação, da própria espécie ou da raça*".*[36]

> O racismo, tratado por Foucault mais especificamente na última lição, será um elemento constitutivo do biopoder, estratégia surgida no final do século XIX, que irá desembocar no nazismo. A guerra das raças torna-se racismo de estado quando o estado retoma da soberania clássica o direito de vida e de morte sobre os súditos. Cria-se um novo aparato da tecnologia disciplinar do corpo que irá instaurar uma bio-polílica da população, visando regenerar a raça através da eliminação das raças inferiores, da sub-raça, dos indivíduos anormais, dos degenerados para a normalização dos comportamentos. A morte do outro possibilita a vida sã e a purificação da raça. O outro torna-se não um adversário, mas um perigo externo ou interno que deve ser eliminado para a regeneração da população, novo objeto da história, trazido pela demografia.[37]

O racismo, para Cesar Candiotto e Thereza Salomé[38], irá se desenvolver juntamente com o genocídio colonizador e a partir de temas do evolucionismo. As guerras destruirão a raça adversa e regenerarão a própria raça como uma pluralidade unitária e viva. Portanto, a especificidade do racismo moderno não está ligada a mentalidades ou ideologias, mas a vulnerabilidades, a técnicas e tecnologias de poder; está associada ao funcionamento de um Estado que se obriga a utilizar da subdivisão racial da espécie, da eliminação de algumas delas para purificar a outras e, assim, perpetuar uma dominação específica. Depreende-se que um determinado racismo, nesse sentido, tornar-se indispensável para poder subtrair a vida de alguém ou torná-la, simplesmente, corpo vivo relegado ao abandono.

1.1 A universalização de uma espécie de 'ordem raciológica' no mundo.

O fenômeno do racismo vai abrigar as distinções de raça abarcando as relações de exclusão, desigualdades sociais, encarceramento e abandono, ademais das diferenças no corpo físico e no desempenho intelectual. Para Foucault, não há relações de poder sem resistências; e onde há dominação, as resistências são

---

[36] FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 306.
[37] AZEVEDO, Raquel. FOUCAULT, Michel. *Genealogia del racismo*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/viewFile/18734/20797>. Acesso em 20 mar. 2017.
[38] CANDIOTTO, Cesar; SALOMÉ D'ESPÍNDULA, Thereza. *Biopoder e Racismo Político: Uma análise a partir de Michel Foucault*. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2012v9n2p20>. Acesso em 01 abr. 2017.

inoperantes.[39]

Associado a uma visão etnocêntrica de mundo, o racismo, no percorrer de alguns episódios da narrativa da história, é o causador das mais profundas cicatrizes. Edificado pela ideia da sobreposição hierárquica dos povos, tem no preconceito e na exclusão velada, as suas formas mais cruéis de manifestação.

Enquadrado em um tipo específico de ódio que se reflete na organização social de maneira imperativa, deixa de ser uma mera questão de sentimento ou de interação puramente afetiva entre os indivíduos, para se converter em um sistema normativo da realidade social.

> Parece suficientemente óbvio que o racismo corresponde a uma forma específica de ódio; um ódio peculiar dirigido especificamente contra toda uma parte da Humanidade, identificada a partir de seu fenótipo. É o fenótipo dos povos denominados negros que suscita o ódio: um ódio profundo, extenso, duradouro, cujas raízes se perdem na memória esquecida da Humanidade e que remetem a insolúveis conflitos longínquos. Em si, o ódio é parte dos sentimentos catalogados como propriamente humanos, tanto quanto o amor, a inveja, a generosidade. No entanto, na medida em que esse ódio específico se vê concentrado em uma parte igualmente específica da comunidade humana, identificada principalmente pelo seu fenótipo, o ódio racista deixa de ser uma mera questão de sentimento ou de interação puramente afetiva entre os indivíduos para se converter em um sistema normativo da realidade social. De tal sorte, essa forma de ódio grupal, que denominamos racismo, torna-se uma estruturação sistêmica que rege o destino da sociedade racializada. Assim, é impossível virar as costas para uma das mais marcantes realidades da vida nas sociedades chamadas modernas, especialmente no século XXI, a saber, a gestão racializada e monopolista dos recursos da sociedade, tanto em nível nacional quanto em nível planetário. [40]

Alcança, portanto, todo um grupo de pessoas, tendo como critério o fenótipo diferenciado, ao contrário de qualquer tipo de preconceito, que poderia operar a partir de outra simples lógica individual discriminatória. Trata-se de uma prática discriminatória contra uma parcela da população, ou ainda um grupo de indivíduos, e tem consequências concretas no interior da organização social.

Como produto de conflitos entre indivíduos de fenótipos distintos ocorridos

---

[39] CANDIOTTO, Cesar; SALOMÉ D'ESPÍNDULA, Thereza. *Biopoder e Racismo Político: Uma análise a partir de Michel Foucault.* Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2012v9n2p20>. Acesso em: 01 abr. 2017.

[40] MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade*: novas bases epistemológicas para entender o racismo. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007, p. 282.

desde a Antiguidade, tem sua gênese na luta por recursos vitais à sobrevivência dos grupos, tais como recursos naturais, territórios, rebanhos, também pautados na xenofobia[41].

Na busca pela conquista e expansão territorial das civilizações greco-romanas, cuja organização social e econômica era escravocrata e xenófoba, mobilizou-se a mão de obra escrava, ademais da dominação e exploração dos recursos e riquezas dos territórios conquistados. Já em meados dos séculos XV e XVI, a população africana foi alvo de uma rota comercial escravista levada a cabo pelo império muçulmano e Europa Ocidental.[42]

A sua dinâmica, portanto, apresenta-se em pelo menos três níveis[43], partindo-se da fenotipização de diferenças civilizatórias e culturais, da simbologização da ordem fenotipizada por meio da transferência do conflito concreto, para a esfera do fantasmático[44], além do estabelecimento de uma ordem social baseada numa

---

[41] "A Europa que subdesenvolveu o Continente Africano em benefício próprio, já considerava essa região, desde a alta Idade Média, como o "continente maldito", o "refúgio de Satã", o "berço do pecado'. Além de estar povoada de "selvagens primitivos" e de "gente canibal", a África era o lugar de origem dos "pretos", criados por Deus, mas amaldiçoados por ele a serem uma "raça de escravos". Anteriormente desenvolvida pelo mundo greco-romano e árabe semita, a visão raciológica teria precedido o assalto ao "continente negro". Inclusive, de modo significativo, até o condicionou. A consciência racial, as explicações raciológicas e a racialização do "Outro Total" teriam se constituído, assim, como elementos culturais decisivos da trama que conduz o mundo à Modernidade por meio de uma Revolução Industrial assentada nas práticas e filosofia do capitalismo". (MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007, p. 215)

[42] "Tratava-se de uma determinação e não de uma escolha aleatória, visto que a África já era caracterizada pelos árabes, não em termos geográficos, mas em termos raciais, como sendo a Bilad as Sudan (terra dos negros). Essa designação conformava-se com a prática estabelecida durante o longo período de hegemonia greco-romana de também identificar esse continente em termos raciais Aethiopia (terra dos caras pretas)". (MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007, p.105-106).

[43] "a) a fenotipização de diferenças civilizatórias e culturais: o processamento simbológico pelo qual uma coletividade, convertida em grupo dominante, secreta uma consciência grupal para a rejeição de uma alteridade especificamente fenotípica, com a finalidade de exercitar uma dominação grupal permanente sobre essa última; b) a simbologização da ordem fenotipizada por meio da transferência do conflito concreto para a esfera do fantasmático (isso implica fenômenos como a demonização das características fenotípicas do vencido em detrimento da exaltação das características do segmento populacional vencedor); c) o estabelecimento de uma ordem social baseada numa hierarquização raciológica, mediante a subordinação política e socioeconômica permanente do mundo populacional conquistado". (MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007, p. 247).

[44] "Em apoio a essa tese, Moore recorre aos mitos mais antigos das sociedades não africanas onde a repulsa e o medo que causa a cor negra são inequívocos, tais como "luto, tenebroso, maléfico, perigoso, diabólico, pecado, sujo, bestial, primitivo, inculto, canibal, má sorte, etc.". Assim, segundo Moore, surgiram, na maior parte do mundo e de modos totalmente autônomos entre si, estruturas sociais que ele descreve – usando neologismos altamente descritivos – como sendo

hierarquização raciológica.

Essa prática, traduzida na ordem raciológica, passa pela organização sistemática da sociedade segundo um critério especificamente fenotípico e permite uma gestão monopolista dos recursos, de modo a excluir o grupo dominado e subalternizado. O sucesso desse processo se deve, em certa medida, pela elaboração de estruturas intelectuais ideológicas e normativas, destinadas a:

> Primeiro, regulamentar as relações entre dominados e dominantes; segundo, inculcar um sentimento permanente de derrota no segmento subalternizado; e terceiro, criar uma convicção narcísica de inquestionável superioridade permanente e invulnerabilidade no setor dominante[45].

O racismo que passou a permear o imaginário coletivo moderno tem sua gênese desde a Antiguidade, como proto-racismo. Com o passar do tempo e a partir do advento da escravidão (desde as civilizações greco-romanas, passando pelo império árabe-islâmico e depois pela Europa ocidental), passou a ser direcionado, entre os séculos IX e XVI, à população negra africana.

Esse racismo, especificamente, já se apresentou revestido de uma lógica de hierarquização racial, dentro de um contexto de conquista e expansão territorial, cuja base social já era escravocrata. Nesse contexto, a sujeição do outro já estava incorporada à ética dos respectivos sistemas sociais, em outras palavras, já havia na Antiguidade, condições históricas, sociais e culturais-ideológicas para a consolidação e sua posterior justificação na sociedade moderna, operados, a partir de então via instituições capitalistas.

> Esta singular visão das relações entre grupos humanos fenotipicamente diferenciados se consolidou a partir de um fenômeno sem igual na história da Humanidade: a escravidão racial de uma população-alvo na espécie humana – os denominados "negros". Essa realidade, sem paralelo histórico,

---

"fenotipocêntricas". Todavia, essas somente teriam existido como realidades responsivas a um imaginário social preexistente, eminentemente "fenotipofóbico" de origem mitológica (...) Ele defende a tese de que o racismo não se estrutura em torno do conceito biológico de raça, nem a partir da escravização dos africanos, mas sim a partir de um dado universal inegável, o fenótipo; e têm uma profundidade histórica maior que os 500 anos de hegemonia ocidental sobre o resto do mundo. " (MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007, p. 17).

[45] MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007, p. 247.

> teve seu início no Oriente Médio a partir do século IX (tráfico negreiro pelo Oceano Índico) e se estendeu ao restante do mundo a partir do século XVI (tráfico negreiro pelo Oceano Atlântico), para se converter num fenômeno de impacto demográfico, econômico e político planetário: o surgimento e o desenvolvimento do capitalismo mundial. Por essas razões, é necessário proceder a um novo enfoque histórico do racismo como fenômeno simbológico de racialização de conflitos longínquos, hoje esquecidos, surgidos em torno da posse de recursos e de territórios, e voltado para o exercício de um poder total. Ou seja, o racismo paira acima do mundo racional-consciente, na forma de uma metaconsciência envolvente, altamente plástica e mutante, e sempre estruturadora das relações[46].

Essa lógica racializada presente na base da organização social moderna, para além da ideia de preconceito, sentimento de ódio ou rejeição, é operada ideologicamente no processo de manutenção dos recursos sociais, econômicos e culturais:

> Concretamente, o racismo implica a seguinte situação: a supremacia total de um segmento humano que se autodefine como raça sobre outro segmento humano percebido como outra raça. Essa supremacia se expressa por meio de uma hegemonia irrestrita tanto no plano material (poder econômico e político) quanto no plano psicocultural (sentimento de superioridade). Individual ou coletivamente, o racismo confere, ipso facto, vantagens e privilégios exclusivos segundo a posição que se ocupe na hierarquia de uma ordem racializada. Mas, para que tudo isso aconteça sem que os segmentos subalternizados reivindiquem a partilha do poder, faz-se necessária a estruturação de toda uma ordem filosófico-moral sustentadora desses privilégios: a ideologia[47].

Tais aspectos seriam a base para o sustentar desde a gênese, até sua expansão e consolidação. Consequentemente, qualquer tentativa de desconstituí-lo deveria seguir uma certa lógica, atendendo a criação de mecanismos de contenção e desconstrução dessa dinâmica de hierarquização raciológica e fenotipizadora que acaba por se estender por toda a teia social, como é o caso das estruturas socioeconômicas e políticas da sociedade moderna.

> Nesse sentido, está nítido que o antirracismo não consiste, nem pode limitar-se, em declarações abstratas de ordem universalistas, nem em conclamações puramente moralistas, embora essas possam ser meritórias. A luta antirracista implica a adoção voluntarista de toda

[46] MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007, p. 250-251.
[47] MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007, p. 255.

> uma série de ações, estendidas a todos os recantos da sociedade, que atinjam tanto o segmento que, de fato, é racialmente dominante quanto o segmento que, historicamente, é racialmente subalternizado[48].

O racismo possui, aqui, uma dinâmica operacionalizada, na medida em que se apresenta de forma não parente, permitindo sua negação reiterada e rotinizada no interior da sociedade, ainda que se faça presente concretamente em todas as instâncias sociais[49]. E, portanto, seu enfrentamento em igual sentido pressupõe uma tomada de decisão coletiva e difusa.

O racismo contemporâneo ligado ou não às suas heranças ancestrais, ou ainda aos processos modernos de escravização da população negra, veda o acesso aos bens sociais, culturais, econômicos e políticos a uma parcela da população mundial. Ora se reveste de genocídio, ora de discriminações estruturais veladas, e de qualquer forma, continua a perpetuar a ideia de superioridade e de exercício de poder e subjugação de um grupo numa lógica hegemônica, xenófoba e etnocentrista do outro.

O neorracismo, como ressalta Guilherme Castelo Branco[50], que se inicia na era do biopoder, por um lado, exerce-se segundo uma crescente e renovável divisão da população em grupos e subgrupos, em raças e sub-raças, numa escalada sem fim, de modo a que seja sempre possível, no interior de uma sociedade ou coletividade, apontar para grupos inferiores, patológicos, doentes, anormais, em oposição a grupos saudáveis, superiores, viçosos.

---

[48] MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007, p. 248.

[49] "O racismo secreta suas próprias ideologias de sustentação e elas têm em comum o fato de criarem um ambiente de intimidade orgânico entre o grupo racial hegemônico e a própria raça subalternizada. Desse modo, essas ideologias se constituem em Pacto Social que garante a viabilidade e a coerência de uma sociedade multirracial baseada na supremacia racial. As ideologias racistas são abrangentes na medida em que o racismo também é abrangente; na vida cotidiana, ele não aparece mais como um corpo estrangeiro, identificável, chegando a ser fácil negar a sua existência. No seu ponto mais alto de sucesso evolutivo, o racismo, como forma de consciência grupal, não aparece mais como racismo e, até mesmo, se nega como tal. É essa característica de poder se "negar a si mesmo" que lhe confere tal plasticidade e resistência aos esforços de mudança". (MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007, p. 256).

[50] BRANCO, Guilherme Castelo. *Racismo, Individualismo e Biopoder*. Disponível em: < http://www2.pucpr.br/reol/index.php/rf?dd99=pdf&dd1=3244>. Acesso em 01 abr. 2017.

1.2. O negro e a submissão do negro no Brasil.

Em que pese a dificuldade de se estabelecer um marco temporal para a exata introdução dos escravos negros no Brasil, faz-se possível asseverar que, antes mesmo do denominado "descobrimento", já era factível o comércio de escravos africanos na Europa, sendo Portugal a respectiva sede.

A escravidão no país, no escólio de Nina Rodrigues, é contemporânea à sua colonização e o respectivo tráfico, propriamente dito, tendo como um de seus motivos a escassez da mão de obra indígena, iniciando-se em pouco menos de meio século após a descoberta do Brasil, com alguns navios de particulares que foram enviados à África[51].

Trazidos do continente africano[52], principalmente através de sua costa ocidental, os negros foram capturados das centenas de povos e tribos dispersas pelas diferentes regiões, não possuindo, por vezes, qualquer referência comum, nem os costumes, nem o mesmo dialeto[53].

A população brasileira, então, estratificava-se da seguinte maneira[54]:

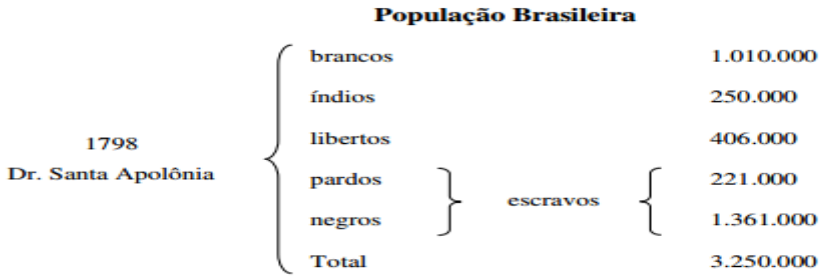
---

[51] NINA RODRIGUES, Raimundo. *Os africanos no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 20-21.

[52] "De norte a sul da costa ocidental da África, gradualmente se foi estendendo o tráfico português ao longo do golfo de Guiné, de modo a não se poder nomear porto ou sítio geográfico importante, em que não tivessem andado. Alguns, pelo valor do elemento negro exportado, merecem citados em particular. Afirma Réclus que, já em meados do século XVI, traficavam eles na baia de Casamansa, conhecedores, no interior, de caminhos de comércio que levavam a Salum por lagunas e canais. Mas, porque era de escravos o seu principal comércio não se podiam aventurar fora dos postos fortificados, e no fim de curto prazo tinham de deslocar as feitorias, porquanto a pouco e pouco em torno deles se fazia o vazio. Reclamam os interesses de um ponto a elucidar mais tarde a menção de um forte português edificado na foz do rio Galinha ou Galina. Mas sobretudo na Costa do Ouro e dos Escravos melhor se empregou a atividade do tráfico português e é a sua história a que mais deve servir ao esclarecimento da colonização africana no Brasil". (NINA RODRIGUES, Raimundo. *Os africanos no Brasil.* Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 33).

[53] "Arthur Ramos (1940, 1942, 1946), prosseguindo os estudos de Nina Rodrigues (1939, 1945), distingue, quanto aos tipos culturais, três grandes grupos. O primeiro, das culturas sudanesas, é representado, principalmente, pelos grupos Yoruba – chamado nagô -, pelos Dahoney – designados geralmente como gegê – e pelos Fanti-Ashanti conhecidos como mircas -, além de muitos representantes de grupos menores da Gâmbia, Serra Leoa, Costa da Malagueta e Costa do Marfim. O segundo trouxe ao Brasil culturas africanas islamizadas, principalmente os Peuhl, os Mandinga e os Hussa do norte da Nigéria identificados na Bahia como negros malé e no Rio de Janeiro como negros alufá. O terceiro grupo cultural africano era integrado por tribos Bantu, do grupo congo-angolês, provenientes da área hoje compreendida pela Angola e a 'Contra Costa', que corresponde ao território de Moçambique". (RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro. A formação e o Sentido do Brasil*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1995, p. 113-114).

[54] NINA RODRIGUES, Raimundo. *Os africanos no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 21.



Os africanos espalhados pelo território brasileiro, e na condição de escravos, foram compelidos a se fazerem inseridos na cultura dessa nova realidade e, aniquilados em seus desejos e vontades, permaneceram escravizados pelos mais cruéis meios de violência, coerção e castigos diversos, passavam a ser considerados nada mais do que simples instrumentos do trabalho.

Sujeitados a esse tipo de compressão, qualquer povo é desapropriado da sua essência, deixando de ser ele próprio, para, primeiro, ser ninguém, ao se ver reduzido a uma condição de coisa ou mesmo animal, para, depois, passar a ser outro, quando transfigurado etnicamente na linha consentida pelo seu senhor, sendo-lhe mais conveniente, até mesmo, para sua sobrevivência[55].

O esforço em permanecer humano surge como um destaque, principalmente, em relação à população negra, a qual, na sua grande maioria, não tinha outra saída senão a morte ou a fuga, seja pela forma voluntária do suicídio ou mesmo pela evasão, quase sempre fatal.

O destino, como se verifica, era morrer de exaustão, morte que poderia ser considerada natural, ou, ainda, ser alforriado pela imprestabilidade, para que o senhor não tivesse que alimentar um negro sem utilidade[56].

> Durante o período colonial, predominou no ideário tupiniquim uma concepção das diferenças entre os seres humanos baseada na perspectiva religiosa – existiam os brancos cristãos e os indígenas e negros, vistos como pagãos ou infiéis. Paralelamente à colonização oficial do país, a colonização particular criou a agricultura latifundiária, fomentou a escravidão, lançou as bases para a expansão territorial e acabou por promover a mistura das "raças". Nesse contexto, num clima de desentendimentos e desinteligência (para além da atmosfera de

[55] RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro. A formação e o Sentido do Brasil*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1995, p. 113-114.
[56] RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro. A formação e o Sentido do Brasil*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1995, p. 113-114.

> cordialidade inicial descrita pela historiografia tradicional), os mestiços surgiam no Brasil como impuros frutos do pecado[57].

O País, em seu compasso evolutivo, impulsionado pelo processo de industrialização e urbanização, tem fragilizada a sua estrutura arcaica, com a promoção de um deslocamento em massa da população rural para o núcleo urbano, ocasionando tamanha obstrução nas cidades e abandono da área campesina[58].

Com a intensificação da vida nos centros urbanos, destaca-se a sobreposição de classes sociais, em uma estratificação lógica, cujo comando natural se dá pela classe dominante em relação às classes oprimidas, daqueles que são excluídos do contexto social, do sistema de produção e do acesso ao mercado.

Essa distância entre os referidos estratos, e pela própria natureza de sua formação, automatizam os detentores de poder a enxergar a população 'subalterna' sempre como fonte de produção e força de trabalho, sem quaisquer direitos que lhes respalde, salvo os extremamente necessárias à sobrevivência.

> Nesse período, as várias leis que anunciavam o fim da escravidão denotavam também o declínio do Império no Brasil, sendo que a 'conquista' da liberdade dos negros se deu em um período em que o pilar da hierarquia das raças era fornecido pela Ciência, notadamente pelo darwinismo social. Cientistas como Lapouge e Gobineau defendiam métodos de eugenia na 'seleção' de um povo, atribuindo-se a decadência das civilizações aos excessos de miscigenação, que permitiam a mistura de raças "mais capazes" com raças 'inferiores'[59].

---

[57] COSTA CALIXTO, Clarice. *Breves Reflexões Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Racismo*. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7049>. Acesso em: 09 abr. 2017.

[58] "Conforme se vê, vivemos um dos mais violentos êxodos rurais, tanto mais grave porque nenhuma cidade brasileira estava em condições de receber esse contingente espantoso de população. Sua consequência foi a miserabilização da população urbana e uma pressão enorme na competição por empregos. Embora haja variações regionais e São Paulo represente um grande percentual nesse traslado, o fenômeno se deu em todo o país. Inchou as cidades, desabitou o campo, sem prejuízo para produção comercial da agricultura, que, mecanizada, passou a produzir mais e melhor". (RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro. A formação e o Sentido do Brasil*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1995, p. 198-199).

[59] "A estratificação social gerada historicamente tem também como característica a racionalidade resultante de sua montagem como negócio que a uns privilegia e enobrece, fazendo-os donos da vida, e aos demais subjuga e degrada, como objeto de enriquecimento alheio. Esse caráter intencional do empreendimento faz do Brasil, ainda, hoje, menos uma sociedade do que uma feitoria, porque não estrutura a população para o preenchimento de suas condições de sobrevivência e de progresso, mas para enriquecer uma camada senhorial voltada para atender às solicitações exógenas". (RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro. A formação e o Sentido do Brasil*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1995, p. 212).

Oportuna também são as considerações lançadas por Telmo Renato da Silva Araújo, quando, citando Nina Rodrigues, associa a questão racial no quadro do progresso da humanidade, estabelecendo uma dicotomia racial, entre superiores e inferiores, afirmando que:

> No contato direto entre as "raças superiores" e "inferiores", e frente à afluência social, a raça superior venceria. Esse contato seria conduzido pela história que aperfeiçoaria gradualmente as atividades psíquicas, morais e intelectuais das raças ditas inferiores. Via a história como um agente do tempo que moldaria as vicissitudes da cultura, tendo como base primordial a cultura branca europeia. [60]

Ao que se extrai desse contexto, é espantosa a distância que separa, no Brasil, os ricos dos pobres, ademais da discriminação que recai sobre as pessoas não brancas. Mas o que se verifica é que a luta pela legitimação, na busca de acesso à inclusão social é muito menor do que poderia e deveria ser, tanto em relação aos negros, quanto às outras classes sujeitadas, mas não necessariamente negras, na tentativa de se conquistar um lugar e um papel também de protagonista na realidade social.

A nação brasileira, construída sob à luz dessa mentalidade, pouco ou nada fez pela população negra, negando-lhes acesso, ao mais básico pedaço de terra para viver e cultivar, às escolas para educar seus filhos, ademais de vedar qualquer ordem de assistência.

> Só lhes deu, sobejamente, discriminação e repressão. Grande parte desses negros dirigiu-se às cidades, onde encontrava um ambiente de convivência social menos hostil. Construíram, originalmente, os chamados bairros africanos, que deram lugar às favelas. Desde então, elas vêm se multiplicando, como a solução que o pobre encontra para morar e conviver. Sempre debaixo da permanente ameaça de serem erradicados e expulsos.[61]

O racismo no Brasil, pode-se dizer, encontra ambiente favorável a partir de um abolicionismo meramente formal, que deixa de reconhecer o preconceito, a opressão e a discriminação que tramitaram no país e que ainda nele permanecem.

---

[60] ARAÚJO, Telmo Renato da Silva. *Raimundo Ninas Rodrigues e a Questão Racial Brasileira No Século XIX*. Disponível em: <http://periodicos.ufpa.br/index.php/revistamargens/article/view/2841>. Acesso em: 09 abr. 2017.

[61] RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro. A formação e o Sentido do Brasil*. São Paulo: ed. Companhia das Letras, 1995, p. 222.

1.3. O mito da democracia racial no Brasil.

Atribui-se a Gilberto Freyre a expressão 'democracia racial'[62], como forma de explicar a dinâmica das relações sociais raciais no Brasil, a qual, amparada pela ideia de 'paraíso racial', vê-se acobertada pela falsa premissa da inexistência do fenômeno do preconceito[63].

Para Freire, as circunstâncias histórico-sociais até então apontadas fizeram com que o mito da 'democracia racial' surgisse e fosse manipulado por meio de dissimuladas atitudes, comportamentos e ideais de uma aristocracia ou mesmo de uma raça dominante.

A fim de desconstrui-lo, garantindo-se uma linear igualdade entre os povos, seria necessário que se sucedesse o inverso, ou seja, que os negros desfrutassem de autonomia social, como um fator de democratização da riqueza, da cultura e do poder[64].

O fato de supostamente não haver conflito racial deflagrado no Brasil, com um ambiente de aparente tolerância, não significa que vivamos em uma espécie de

---

[62] "A obra de Gilberto Freyre, em torno da ideia de democracia racial contribuiu com uma exaltação à miscigenação, anteriormente concebida como fator de degenerescência da raça e falência da nação. Assim, comparado ao período anterior, quando a miscigenação significava no máximo uma aposta no branqueamento, esse contexto destaca-se na valorização diversa à mistura, sobretudo cultural, que repercute em momentos futuros. Como se houvesse no país uma espécie de 'conformação racial', possibilitada pela miscigenação. De outro giro, as teorias existentes no Brasil no final do século XIX até meados da década de 1930, anteriores à exaltação da miscigenação do ponto de vista cultural, defendiam a eugenia ao passo que enxergavam na hibridização um elemento de atraso à nação. Consideravam ainda que os negros formavam uma raça incivilizável". (SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930.* São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 177-178).

[63] "A ideia de que o Brasil era uma sociedade sem "linha de cor", ou seja, uma sociedade sem barreiras legais que impedissem a ascensão social de pessoas de cor a cargos oficiais ou a posições de riqueza ou prestígio, era já uma ideia bastante difundida no mundo, principalmente nos Estados Unidos e na Europa, bem antes do nascimento da sociologia. Tal ideia, no Brasil moderno, deu lugar à construção mítica de uma sociedade sem preconceitos e discriminações raciais. Mais ainda: a escravidão mesma, cuja sobrevivência manchava a consciência de liberais como Nabuco, era tida pelos abolicionistas americanos, europeus e brasileiros, como mais humana e suportável, no Brasil, justamente pela ausência dessa linha de cor". (GUIMARÃES, Antônio Sérgio A. *Democracia racial: o ideal, o pacto e o mito.* São Paulo, 2001. Disponível em: < http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/95/20080627_democracia_racial.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015).

[64] GUIMARÃES, Antônio Sérgio A. *Democracia racial: o ideal, o pacto e o mito.* São Paulo, 2001. Disponível em: < http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/95/20080627_democracia_racial.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015.

democracia, nem mesmo que o racismo tenha deixado de existir[65].

Democracia, sob esses paradigmas, dependeria da existência de uma igualdade social, econômica e política para todos, inclusive para os negros. Isso implicaria em iguais oportunidades de acesso aos recursos, assim como às posições de poder e prestígio no interior da organização social, a partir da perspectiva de integração social.

O padrão brasileiro de relação social foi construído por uma sociedade escravista, destinada a manter o negro sob a sujeição do branco. Enquanto essa relação não for abolida, o distanciamento econômico, social e político entre ambos perpetuará, embora não reconhecida de modo aberto, honesto e explícito[66].

O mito da democracia racial, na realidade, silenciou as desigualdades raciais, próprias da ordem racial escravocrata, equiparando-as ao prisma do sistema capitalista, das sociedades de classes, conduzindo-se à ideia de que a desigualdade social seria, portanto, resultante da competitividade econômica racional, sem qualquer traço subjetivo capaz de distinguir os indivíduos entre si.

Trata-se do denominado 'racismo à brasileira'[67], aparentemente inexistente,

---

[65] "O termo raça, de uso mais frequente e antigo, refere-se aos atributos dados a povos que compartilham traços biológicos comuns e ocupam áreas continentais desde tempos remotos. As mais recentes pesquisas dos especialistas no assunto, os geneticistas, demonstram que nos genes não se comprovam as teorias das raças humanas. A genética, com vigor para se tornar a principal ciência do século 21, tem afirmado que não há motivos para acreditar que a espécie à qual pertencemos, *Homo sapiens*, possa ser dividida em grupos biológicos distintos e separados. A diversidade biológica é, incomparavelmente, pequena quando analisada com as experiências e as situações ambientais e culturais. Por isso, quando afirmamos que as raças não existem, queremos chamar a atenção para o fato de que somos todos parentes e também somos todos diferentes. Embora os mais renomados cientistas sociais do mundo contemporâneo também defendam a ideia de que as raças não existem, não podemos deixar de lembrar que as expressões raça e racismo se tornaram comuns nas línguas nacionais desde o século 19. Por exemplo, quando vamos escrever a palavra raça, mesmo concordando que as raças não existem, lembramos de imagens biológicas, sendo talvez a mais forte a pigmentação da pele. No mesmo ato de raciocínio, não hesitamos em definir: o branco europeu, o negro africano, o amarelo asiático". (FLORES, Elio Chaves. *Nós e Eles: etnia, etnicidade, etnocentrismo*. In Maria Nazaré T. Zenaide; Rosa M. G. Silveira; Adelaide A. Dias. (Org.). Direitos Humanos: capacitação de educadores. Brasília; João Pessoa: 2008, p. 22).

[66] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *A questão racial brasileira vista por três professores – Florestan Fernandes, João Baptista Borges Pereira, Oracy Nogueira*. In Revista USP. São Paulo, 2005, p. 172.

[67] "O aspecto mais perverso do racismo assimilacionista é que ele dá de si uma imagem de maior sociabilidade, quando, de fato, desarma o negro para lutar contra a pobreza que lhe é imposta, e dissimula as condições de terrível violência a que é submetido. É de assinalar, porém, que a ideologia assimilacionista da chamada democracia racial afeta principalmente os intelectuais negros. Conduzindo-os a campanha de conscientização do negro para a conscientização social e para o combate ao ódio e ao ressentimento do negro. Seu objetivo ilusório é criar condições de convivência em que o negro possa aproveitar as linhas de capilaridade social para ascender, através da adoção explícita das formas de conduta e de etiqueta dos brancos nem sucedidos". (RIBEIRO, Darcy. *O Povo*

em que pese reiteradamente praticado no âmago das cotidianas práticas sociais, vem evidenciado pelos índices de desenvolvimento social estratificado, tendo como consequência, para além da estigmatização social, a vulneração sistemática das populações negras, diretamente atrelada à respectiva condição social precarizada[68].

A democracia, nessa perspectiva, nada mais é do que a metáfora que perpetua a sujeição de determinado grupo social, a uma situação de subjugação e desigualdade sistêmica, sem possibilitar o fomento e o desenvolvimento de mecanismos reais de alteração estrutural, necessários a garantir iguais condições a todos, vale dizer, é um mito que atende aos interesses de manutenção do *status quo*.

Nesse panorama, sustenta-se que o etnocentrismo[69] serviu como uma espécie de argumento ideológico racista, ao que tudo indica universal, que leva indivíduos, grupos e povos à supervalorização de suas próprias expressões de vida, conduzindo-as, consequentemente, a subestimar as características de outros indivíduos, grupos e povos.

Por meio dessa construção, desenvolveram-se vertentes na busca de se justificar a construção social da inferioridade dos negros, permeada pela análise de

---

Brasileiro. A formação e o Sentido do Brasil. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1995, p. 226).

[68] "A institucionalização da violência passa pela vedação aos negros ao acesso a recursos econômicos, sociais e culturais, que desde a abolição da escravatura passando pelo Brasil republicano, até os dias de hoje, estigmatiza, rotula, exclui, controla, e violenta, os que os autores chamam de "vítimas sacrificiais". A imagem do negro no Brasil tem sido a do favelado, malandro, menores de rua, traficantes, suas próprias práticas religiosas de matriz africanas, foram por muito tempo consideradas ameaças à ordem e taxadas como inferiores e desqualificadas em relação à religião católica. Essa institucionalização da violência racista, vitimiza não apenas adultos, mas sobretudo crianças, adolescentes e jovens negros. Os autores apontam para a atual questão das cifras de mortes de jovens negros em relação aos brancos. Que grosso modo, representou, por exemplo, "no ano de 2010, proporcionalmente 2,5 jovens negros para cada jovem branco, vítima de assassinato no Brasil", de acordo com o Mapa da Violência, indicado pelos autores". (SÁ, Priscilla Placha; SÁ, Jonathan Serpa. Racismo e Genocídio da Juventude Negra: A Carne mais Barata do Mercado é a Carne Negra. In BUSATO, Paulo César. *Menoridade penal: crítica ao projeto de redução do patamar biológico de imputabilidade no sistema penal brasileiro.* Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 109).

[69] "O preconceito racial é apenas uma modalidade de preconceito. Em sentido amplo, é encontrado em todas as sociedades humanas. O preconceito é expressão do que em antropologia se denomina etnocentrismo (...) etnocentrismo é a tendência, ao que tudo indica universal, que leva indivíduos, grupos e povos à supervalorização de suas próprias expressões de vida, conduzindo-as, consequentemente, a subestimar as características de outros indivíduos, grupos e povos. Atrás do preconceito está a imagem estereotipada do outro, do estranho, a exaltar qualidade, a enxergar defeitos. Portanto, o preconceito 'racial' é uma elaboração etnocêntrica que tem como ponto de apoio as características somáticas, físicas, biológicas, de determinados grupos humanos". (SCHWARCZ, Lilia Moritz. *A questão racial brasileira vista por três professores – Florestan Fernandes, João Baptista Borges Pereira, Oracy Nogueira*. In Revista USP. São Paulo, 2005, p. 175).

suas características físicas, dos hábitos, valores e crenças culturais e religiosas, comumente associadas à distinção de raças, criando-se uma imagem coletiva extremamente negativa, mas amplamente aceita na sociedade moderna ocidental.

Extrai-se que as teorias sobre as características físicas e morais do negro, serviram para legitimar e justificar duas instituições, quais sejam, a escravidão e a colonização, assim uma forma de se teorizar a inferioridade racional do negro, ajudaria a esconder os objetivos econômicos e imperialistas da empresa colonial[70].

A recusa reiterada ao reconhecimento da existência de um preconceito racial opera e legitima, ainda hoje, a exclusão racial no Brasil, servindo como uma espécie de manto às práticas discriminatórias e à segregação social não explícita.

Esse contexto social, político e econômico demonstra, em essência, que a abolição da escravidão não extirpou o racismo que lhe era inerente, mas o acomodou, simplesmente, no patamar da conformação social às relações de preconceito ali desenvolvidas, uma verdadeira persistência do passado.

> A discriminação que se pratica no Brasil é parte da herança social da sociedade escravista. No mundo em que o 'negro' e o 'branco' se relacionavam como escravo e senhor, este último tinha prerrogativas que aquele não possuía – nem podia possuir – como 'coisa' que era e 'fôlego vivo', uma espécie de 'instrumento animado das relações de produção'. A passagem da sociedade escrava para a sociedade livre não se deu em condições ideais. Ao contrário, o negro e o mulato viram-se submergidos na economia de subsistência, nivelando-se, então, com o 'branco' que também não conseguia classificar-se socialmente, ou formando uma espécie de escória da grande cidade, vendo-se condenados à miséria social mais terrível e degradante[71].

O abolicionismo e a República não deram aos negros condições de competir em equilíbrio com os brancos, as possibilidades de acesso aos recursos básicos, a exemplo da educação, não eram as mesmas entre branco e negros, estes últimos, por sua vez, não conseguiram romper as barreiras sociais que se colocaram entre eles e às possibilidades sociais, acessíveis aos brancos[72].

---

[70] MUNANGA, Kabengele. *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*. Rio de Janeiro: Ed. UFF, 2000, p. 44.

[71] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *A questão racial brasileira vista por três professores – Florestan Fernandes, João Baptista Borges Pereira, Oracy Nogueira*. In Revista USP. São Paulo, 2005, p. 174.

[72] "É sabido que as primeiras elites republicanas, mesmo os setores abolicionistas, desejavam que a população negra fosse desaparecendo do nosso cenário social para dar lugar a uma sociedade brasileira de feições europeias. Essas elites e suas gerações posteriores desejavam a brancura no

A falsa ideia do multiculturalismo, da miscigenação e sincretismo, faz parecer a existência de um pacífico e harmonioso convívio de diferentes etnias, o que em nada se confunde com os índices, institucionalmente discriminatórios de estratificação social por raça, gênero e cor da pele no país, os quais estão em direta sintonia à ideia da "histórica carência institucional".

> Viver em sociedade significa dominar técnicas sociais e assimilar padrões culturais, requisitos indispensáveis para que o indivíduo possa disputar e preservar posições na estrutura social. O negro sofre, portanto, o impacto dessas condições desfavoráveis, na medida em que tal carência ou seus efeitos se projetam até a atualidade, agindo negativamente em seu processo de integração em nossos quadros sociais e culturais.[73]

No Brasil, o preconceito racial não produz segregações geográficas explícitas, ao contrário, impede a integração das populações negras à sociedade, gera uma espécie de segregação implícita, de caráter social, econômico, político e cultural e produz discriminações[74].

Por essas razões, defende-se que o mito da democracia racial gerou sérios entraves políticos quanto ao desenvolvimento de medidas de inclusão social do negro, bloqueando, durante anos, o debate nacional sobre as políticas de 'ação afirmativa' e paralelamente o 'mito do sincretismo social ou da cultura mestiça' atrasou também o debate nacional sobre a implantação do multiculturalismo no sistema educacional brasileiro[75].

O racismo considerado na modalidade institucional é demonstrado em dados oficiais como os fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O negro, o índio, o judeu, o cigano, os retirantes, os boias-frias, os garimpeiros, os

---

pigmento e aspiravam a branquidade no pensamento, isto é, eram ciosos no cultivo das tradições europeias no Novo Mundo". (FLORES, Elio Chaves. Nós e Eles: etnia, etnicidade, etnocentrismo. In Maria Nazaré T. Zenaide; Rosa M. G. Silveira; Adelaide A. Dias. (Org.). *Direitos Humanos: capacitação de educadores.* Brasília; João Pessoa: MEC/UFPB, 2009, p. 24).

[73] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *A questão racial brasileira vista por três professores – Florestan Fernandes, João Baptista Borges Pereira, Oracy Nogueira*. In Revista USP. São Paulo, 2005, p. 176.

[74] "Por diferentes motivos, brancos e pretos evitam desafiar tais padrões e o resultado é que o preconceito e a discriminação se manifestam de maneira velada, às escondidas. Essa dissimulação, aliada ao fato de nossa realidade 'racial' ser examinada à luz de modelos americanos, é que desnorteou alguns estudiosos, levando-os à conclusão de que no Brasil não havia preconceito racial". (SCHWARCZ, Lilia Moritz. *A questão racial brasileira vista por três professores – Florestan Fernandes, João Baptista Borges Pereira, Oracy Nogueira*. In Revista USP. São Paulo, 2005, p. 176).

[75] MUNANGA, Kabengele. *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*. Rio de Janeiro: Ed. UFF, 2000, p. 287.

peões, os mendigos, os bêbados, os gigolôs, os homossexuais, a mulher – sobretudo negra[76] – e toda sorte de marginalizados, destituídos e enjeitados são oculta ou abertamente discriminados no sistema de trabalho, na Justiça, na Economia, na Política e nas demais instituições[77].

A ideia relacionada ao racismo, observa-se, foi ampliada para acobertar outras modalidades que independem da vontade das pessoas, sendo efetivadas institucionalmente, muitas vezes sem atitudes explicitamente consideradas, mas criando obstáculos a prejudicarem interesses de determinada classe, tendo como pano de fundo a raça.

Institucional é a modalidade de racismo que se apresenta por meio de estratégias, aparentes ou não, mas que dificultam, senão anulam, a participação dos negros em situações cotidianas, não por normas e regras explicitas, mas por barreiras formais presentes nas relações sociais e que se reproduzem nos espaços institucionais e públicos[78].

> O conceito de racismo institucional permite uma melhor percepção acerca dos mecanismos de produção e reprodução das desigualdades raciais, inclusive no que tange às políticas públicas. Sua utilização amplia as possibilidades de compreensão sobre o tratamento desigual, assim como permite identificar um novo terreno de enfrentamento das iniquidades no acesso e no atendimento de diferentes grupos raciais dentro das políticas públicas, abrindo novas frentes de combate ao preconceito e à discriminação, assim como novos instrumentos de promoção da igualdade racial. Sua abordagem permite com que se identifique o racismo não apenas pela sua declaração, mas pelas desvantagens que causa a determinados grupos, independentemente de sua manifestação ser consciente ou ostensiva (PNUD, 2005). Nesse sentido, o racismo institucional se instaura no cotidiano organizacional, inclusive na implementação efetiva de políticas públicas, gerando de forma ampla,

[76] "Além de violar os direitos humanos, o racismo institucional acima de tudo, agrava ainda mais a saúde da população negra, especialmente para as mulheres pertencentes a este grupo étnico. Ainda estudos e pesquisas comprovam que as maiores vítimas além de ser entre as mulheres, o maior índice de mortalidade que ocorre antes, durante ou após o trabalho de parto, havendo assim um elevado índice de mortalidade neste grupo". (MOTTA, Aparecida Suely da; BOTH, Laura Garbini. *A Mulher Afrodescendente: sua História, Luta e Vitória* (?). Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/download/779/733>. Acesso em: 30 abr. 2017).

[77] SILVA, Martiniano José da Silva. *Origens, modalidades e formas de racismo*. São Paulo: Fundação Maurício Grabois, 1994, p. 3.

[78] SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. *Direitos humanos e as práticas de racismo.* Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/13516/direitos_humanos_santos.pdf?sequence=2 >. Acesso em: 12 abr. 2017.

> mesmo que difusa, desigualdades e iniquidades[79].

O preconceito, sistêmico e não personificado, projeta-se, sempre, de modo violento, pois atinge diretamente o valor que conduz todos os demais valores, qual seja, a dignidade da pessoa humana[80]. Em razão de sua natureza sistêmica, torna-se mais árdua a identificação e a compreensão, quanto mais internalizado e neutralizado nos discursos da democracia racial.

O racismo institucional cria, literalmente, estratos sociais, dentro das mais diversas instituições, públicas ou privadas (lojas, bancos, supermercados, shoppings, empresas de segurança privada)[81].

> Toda e qualquer forma de preconceito e racismo são extremamente prejudicial dentro de qualquer sociedade, e quando externados ocorre à discriminação racial. O racismo institucional é de longe um dos mais agressivos, pois quando se busca no Estado à satisfação de suas necessidades o que se espera encontrar é uma contraprestação adequada e satisfatória, e quando uma mulher afro-brasileira vai até uma Unidade de Saúde buscar ajuda, não é assim que ocorre, e esse é um dos motivos que afastam cada vez mais essas mulheres dos serviços de saúde.[82]

Sobre a questão do preconceito racial, Oracy Nogueira ainda alerta para o fato de que no Brasil, o fenótipo, as características físicas e a cor da pele são o elemento diferenciador dos indivíduos, a sua aparência física.

> Uma coisa parece certa: enquanto se pode pensar em medidas para atenuar as ações discriminatórias e segregatórias, pois estas se exteriorizam num plano manipulável pelo sistema formal de controle social,

---

[79] JACCOUD, Luciana. *A Construção de uma Política de Promoção da Igualdade Racial: uma análise dos últimos 20 anos.* Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livro_aconstrucao_igualdade_racial20anos.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2017.

[80] "A violação a dignidade humana fica explicitada quando o Estado permite que situações de humilhações sejam impostas àqueles que buscam sua proteção." (MOTTA, Aparecida Suely da; BOTH, Laura Garbini. *A Mulher Afrodescendente: sua História, Luta e Vitória* (?). Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/download/779/733>. Acesso em: 30 abr. 2017).

[81] SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. *Direitos humanos e as práticas de racismo.* Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/13516/direitos_humanos_santos.pdf?sequence=2 >. Acesso em: 12 abr. 2017.

[82] MOTTA, Aparecida Suely da; BOTH, Laura Garbini. *A Mulher Afrodescendente: sua História, Luta e Vitória* (?). Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/download/779/733>. Acesso em: 30 abr. 2017.

> o mesmo não parece ocorrer em relação ao preconceito. Este é acima de tudo uma crença, e, como tal, profundamente enraizada nos domínios das emoções humanas. E esse campo paradoxal e contraditório, diferente do racional, não é facilmente alcançado pelas técnicas de esclarecimento da opinião pública. [83]

Pode-se extrair, portanto, que a destruição da imagem estereotipada do negro na sociedade brasileira e sua consequente integração social se daria pela ampliação do debate, dentro e fora da academia, e também no nível prático, pela efetivação de ações políticas em diferentes níveis, capazes de envolver a questão educacional, a questão cultural, e também os setores políticos e econômicos.

Evidencia-se a necessidade de se institucionalizar a participação do negro nos processos políticos decisórios, como forma de contribuir para uma espécie de reconstrução e reestabelecimento de sua identidade étnica, além de sua ocupação a um "justo lugar" no interior da organização socioeconômica do país[84], fazendo-se imprescindível a coparticipação do Estado e das instituições sociais de inclusão.

Para que se possa promover ou mesmo proporcionar a referida participação e, de alguma forma enfrentar ou mesmo abrandar a problemática da discriminação, destaca-se duas estratégias, uma delas repressivo-punitiva, com o objetivo de reprimir, a outra promocional, almejando promover, fomentar e avançar no campo da igualdade. Faz-se necessário cotejar, nesse plano, a proibição da discriminação, com determinadas incursões compensatórias que venham, assim, acelerar a igualdade em situações que venham a os desigualar.

> São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a

[83] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *A questão racial brasileira vista por três professores – Florestan Fernandes, João Baptista Borges Pereira, Oracy Nogueira*. In Revista USP. São Paulo, 2005, p. 177.

[84] "A leitura política sozinha não oferecia soluções satisfatórias, pois o racismo é portador de símbolos de negação de outras raças consideradas inferiores e, como esse simbolismo opera na imaginação e no inconsciente das pessoas, se precisará de uma ação psicológica capaz de refazer o espírito das vítimas e dos descendentes dos vitimadores. Nisso a reforma do sistema educativo, despojando-o de seu conteúdo embranquecido e embranquecedor; a reorientação dos meios de comunicação de massa (rádio, televisão, cinema etc...), despojando-os da imagem negativa do negro e do referencial branco modelo de beleza e de tudo o que é superior; o desembranquecimento da religião cristã com sua imagem do Cristo branco etc... ofereciam, entre outros meios, a possibilidade de desalienar os negros e os brancos, tirando os primeiros de seus complexo de inferioridade, psicologicamente forjado por brancos e por eles introjetado; e, os segundos, de seu complexo de superioridade, ideologicamente criado e por eles introjetado através dos mecanismos de educação e outras astúcias". (MUNANGA, Kabengele. *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*. Rio de Janeiro: Ed. UFF, 2000, p. 45).

> inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e a intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação.[85]

Como forte instituto de inclusão social, pode-se citar as ações afirmativas, como medidas especiais destinadas a corrigir as discriminações do passado e impulsionar o processo de igualdade material entre os grupos vulneráveis, tais como as minorias raciais e étnicas, buscando-se, assim, assegurar a diversidade e a pluralidade social.[86]

A democracia racial, seu mito, ainda existe e permanecerá na sociedade brasileira como um ideal, como falsa ideologia ou, ainda, como forma de interpretação cultural.[87]

> Na ausência de uma política discriminatória oficial, estamos envoltos no pais de uma "boa consciência" que nega o preconceito ou o reconhece como mais brando. Afirma-se de modo genérico e sem questionamento uma certa harmonia racial e joga-se para o plano pessoal os possíveis conflitos. Essa é sem dúvida uma maneira problemática de lidar com o tema: ora ele se torna inexistente, ora aparece na roupa de alguém outro. É só dessa maneira que podemos explicar os resultados de uma pesquisa realizada em 1988, em São Paulo, na qual 97% dos entrevistados afirmaram não ter preconceito e 98% - dos mesmos entrevistados – disseram conhecer outras pessoas que tinham, sim, preconceito (...) Todo brasileiro parece se sentir, portanto, como uma ilha de democracia racial, cercado de racistas por todos os lados. Em 1995, o jornal Folha de São Paulo divulgou uma pesquisa

---

[85] PIOVESAN. Flávia; SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação/Unesco, 2007. Disponível em: <http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/acoes_afirm_combate_racismo_americas.pdf> . Acesso em: 11 maio 2015.

[86] PIOVESAN. Flávia; SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação/Unesco, 2007. Disponível em: <http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/acoes_afirm_combate_racismo_americas.pdf> . Acesso em: 11 maio 2015.

[87] "Morta a democracia racial, ela continua viva enquanto mito, seja no sentido de falsa ideologia, seja no sentido de ideal que orienta a ação concreta dos atores sociais, seja como chave interpretativa da cultura. E enquanto mito continuará ainda viva por muito tempo como representação do que, no Brasil, são as relações entre negros e brancos, ou melhor, entre as raças sociais (Wagley 1952) – as cores – que compõem a nação". (GUIMARÃES, Antônio Sérgio A. *Democracia racial: o ideal, o pacto e o mito*. São Paulo, 2001. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/95/20080627_democracia_racial.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015).

> sobre o mesmo tema cujos resultados são semelhantes. Apesar de 89% dos brasileiros dizerem haver preconceito de cor contra negros no Brasil, só 10% admitem tê-lo. No entanto, de maneira indireta, 87% revelam algum preconceito ao concordar com frases e ditos de conteúdo racista, ou mesmo ao enuncia-los.[88]

Parece certo que não é possível reduzir o fenômeno da desigualdade social no Brasil à questão racial, como também não é correto confundir essas duas categorias analíticas da organização social brasileira. Entretanto, por outro lado, é certo que essas categorias são, em amplo sentido, interdependentes no interior da complexa realidade social e multicultural da sociedade brasileira.

O desmantelamento do racismo na sociedade requer uma real batalha ético-moral e político-social, direcionada aos mais diversos seguimentos, alcançando, dentre eles, o mundo do ensino, a mídia, as instituições religiosas e os partidos políticos. A eficácia das ações contra o racismo depende de múltiplos e variados fatores de peso desigual.[89]

A sociedade do século XXI nasceu sob os paradigmas da concretização da universalização de direitos humanos, amplamente discutidos nos séculos XIX e XX, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com a constante reflexão, pelo mundo, a fim de se evitar a repetição dos horrores perpetrados, principalmente, pelas duas grandes guerras mundiais.[90]

Passou-se, dessa forma, a tratar de tais mazelas de modo universal, estendendo a responsabilidade às nações, de modo geral, por meio de tratados e

---

[88] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 179.

[89] WEDDERBURN, Carlos Moore; SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação/Unesco, 2007. Disponível em: <http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/acoes_afirm_combate_racismo_americas.pdf> . Acesso em: 11 maio 2015.

[90] "Durante o século XX as diversas lutas sociais existentes, em diferentes âmbitos, países e continentes, intervieram para a ocorrência de grandes transformações no que diz respeito ao debate que envolve os direitos humanos. Um dos fatos mais significativos foi a consideração dos direitos sociais como parte dos direitos fundamentais do ser humano, oriunda - conforme registram Trindade (2002) e Comparato (2008) - especialmente a partir da Revolução Mexicana de 1910 e (mais duradoura, impactante e significativa para o século passado) da Revolução Russa de 1917. Começavam a constituir-se, na disputa dialética em torno de que direitos deveriam ser reconhecidos e promovidos socialmente, germes para futuras novas concepções de direitos humanos. Várias décadas depois, os horrores das duas grandes guerras mundiais teriam, paradoxalmente, papel importante para o desenvolvimento de um processo de internacionalização dos direitos humanos". (RUIZ. Jefferson Lee de Souza. *Direitos Humanos e Concepções Contemporâneas*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 59).

acordos internacionais.

O problema dos direitos humanos, neste caso, é justamente a possibilidade de efetivá-los no interior das nações de maneira universal e irrestrita[91]. No caso do Brasil, como dissemos, o racismo se reveste de um conteúdo complexo, já que não é explícito na sociedade, a não ser por seus índices de desenvolvimento social dos diferentes estratos sociais e étnicos.

Há ainda o desafio de desconstrução do mito da democracia racial, para além das questões estruturais que devem fazer parte da agenda governamental nacional. O racismo no Brasil, para além do preconceito e da discriminação, também é elemento integrante da composição social e das (im)possibilidades históricas de acesso aos recursos materiais e culturais por parte da sua população, sobretudo a negra.

Dessa forma, reveste-se de outras especificidades, ainda que a lógica da dominação e exclusão se tenham perpetuado ao longo da história, há também um elemento de poder e hierarquização social que organiza a distribuição e as possibilidades de se obter acesso aos recursos sociais e econômicos.

> Nas sociedades atuais, os recursos vitais se definem em grande medida em termos de acesso: à educação, aos serviços públicos, aos serviços sociais, ao poder político, ao capital de financiamento, às oportunidades de emprego, às estruturas de lazer, e até ao direito de ser tratado equitativamente pelos tribunais de justiça e as forças incumbidas da manutenção da paz. O racismo veda o acesso a tudo isso, limitando para alguns, segundo seu fenótipo, as vantagens, benefícios e liberdades que a sociedade outorga livremente a outros, também em função de seu fenótipo.

[91] "Tomando como parâmetro a Revolução Francesa e seus ideais, é possível perceber o que se colocaria como dilema do início do século XXI no que diz respeito aos direitos humanos: efetivar acesso aos diversos direitos sociais, civis, políticos e econômicos, de forma universal e inter-relacionada. Embora obtendo diversos avanços do ponto de vista se sua previsão positivada – especialmente nas declarações e documentos internacionais –, os direitos humanos não vinham sendo efetivamente protegidos e promovidos pelos Estados. Neste sentido, há que se considerar o papel determinante das lutas populares no processo que viabilizou a conquista de direitos, ao contrário de considera-los em uma perspectiva Marshalliana, como um processo evolutivo daquilo que se poderia entender como autoaperfeiçoamento do direito. Assim, uma reconstituição social da história dos direitos humanos nos leva à conclusão de que demandas transformadas em lutas concretas, especialmente as produzidas por segmentos subalternizados, são as que, ao longo dos anos, se reconhecem como tais direitos. Isto não significa que eles sejam automaticamente garantidos, o que ocorre ainda menos numa perspectiva de universalidade. Sua efetivação depende de efetiva pressão de mobilizações sobre o Estado e seus poderes (Legislativo, Executivo, Judiciário), sobre o capital (caso especial dos direitos trabalhista), bem como de sua legitimação junto à sociedade." (RUIZ. Jefferson Lee de Souza. *Direitos Humanos e Concepções Contemporâneas*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 59).

[92]

O racismo no século XXI ainda se reveste de genocídio de Estado e de impedimento à concretização universal dos direitos humanos, colocando às nações, o desafio de concretizar a igualdade em contextos de alteridade e diversidade humana, bem como a sua efetiva gestão por parte do Estado, que deve atuar a partir de seus três poderes.

Ainda que a efetividade e garantia de direitos passe pelos movimentos sociais de reivindicação e participação popular, constitui-se um dever do poder estatal para com os indivíduos e um dever das nações em zelar pela dignidade da pessoa humana, universalmente.

Nesse sentido, devem os Estados buscar efetivar o desenvolvimento de políticas e ações sociais de integração de todos os seus cidadãos. Do mesmo modo, devem também lançar mão de todos os recursos que lhe são inerentes, visando, por exemplo, implementar o dever de dar efetividade aos dispositivos legais que pretendem coibir o crime de racismo em suas respectivas legislações.

[92] MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007, p. 284.

2. O RACISMO E A SUA CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA.

2.1. A proteção contra os atos de racismo no plano internacional.

Na busca de se superar as desigualdades edificadas ao longo dos séculos, verifica-se no decorrer da história brasileira, constantes conflitos pelo pleno reconhecimento da cidadania, do enfrentamento e da resistência em face das mais variadas projeções de dominação e de opressão exercidas por determinados grupos em relação aos demais.

As questões raciais passam ou transpassam a seara política e encontram no campo normativo a pretensão de emancipação da referida classe social, tendo no uso do direito[93] a tentativa de se corrigir, de alguma forma, o inapagável desrespeito à população negra.

No plano internacional, salienta-se como ponto fundamental no aspecto protetivo, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual expressa em seu artigo 2°:

> Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Após os horrores das duas grandes guerras mundiais, a proteção em relação aos direitos humanos não mais passa a ser vista como pauta interna das nações,

[93] "Desde o período colonial até o ocaso do regime monárquico, a história da sociedade brasileira entrelaça-se com o regime da escravidão; desse modo, as frequentes práticas de preconceito e discriminação racial foram tacitamente institucionalizadas na legislação brasileira e ostentavam baixa reprovação social. Contemporaneamente, não obstante a notável evolução moral, social e jurídica sobre o tema, ainda é possível observar frequentes ofensas de cunho discriminatório veiculadas nos mais diversos segmentos da sociedade brasileira. Além disso, outros fatores acabaram incorporando-se ao ideário de intolerância, como a homofobia e a xenofobia. O cenário do racismo no Brasil demandava a adoção de instituto de nível constitucional que fixasse a obrigatoriedade no combate a tal conduta". (MARCHERI, Pedro Lima. ÁLVARES, Sílvio Carlos. *A epistemologia do racismo no Brasil*. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517702/001055771.pdf?sequence=1>. Acesso em 07/04/2017).

voltando-se além das fronteiras dos Países.

Em 20 de novembro de 1963, por meio da Declaração das Nações Unidas sobre “Todas as Formas de Discriminação Racial” pactuam os Estados em erradicar a discriminação racial no mundo, em qualquer de suas formas de manifestação, destacando-se o profundo respeito à dignidade do ser humano.

Pode-se extrair que dentre os fundamentos que levaram à formação do referido laço, está a premissa de que eventual discriminação entre seres humanos em razão da raça, cor ou origem étnica será uma “ofensa à dignidade humana e será condenado como uma negação dos princípios da Carta das Nações Unidas, como uma violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como um obstáculo às relações amigáveis e pacíficas entre as nações e como um fato capaz de perturbar a paz e a segurança entre os povos” [94].

No âmbito internacional, torna-se inadmissível quaisquer atos de diferenciação ou mesmo superioridade racial, sendo consideradas moralmente condenáveis e socialmente injustas, tanto na teoria, quanto na prática.[95]

O que se pleiteia é a cooperação entre países na permanente busca da promoção e do encorajamento do respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sem qualquer espécie de distinção. Proclama-se que todos nasceram iguais em dignidade e direitos merecendo, portanto, a integral proteção contra atos dessa natureza.

Em 1965, foi promulgada a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial pelas Nações Unidas, sendo ratificada pelo Brasil em 1968, consignando que “a expressão ‘discriminação racial’ significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou

[94] “A discriminação entre seres humanos em razão da raça, cor ou origem étnica é uma ofensa à dignidade humana e será condenado como uma negação dos princípios da Carta das Nações Unidas, como uma violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como um obstáculo às relações amigáveis e pacíficas entre as nações e como um fato capaz de perturbar a paz e a segurança entre os povos”. (Artigo 1°, da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial).
[95] Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública*"*. [96]

Nesse mesmo diapasão, dentre as diversas Convenções e Tratados direcionados ao combate aos atos discriminatórios, de toda natureza, pode-se citar, em 1958, no seio da Organização Internacional do Trabalho – OIT, a Convenção Concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão[97], a qual considera discriminação toda distinção, exclusão ou preferência, fundada na raça, na cor, no sexo, dentre outros atributos, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Ressalta-se, nesse mesmo painel, Convenção Contra a Discriminação na Educação - UNESCO (1960)[98], ademais da Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição dos Crimes de Apartheid (1973), que passam a ser

[96] Adotada pela Resolução n.º 2.106-A da Assembléia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 23, de 21.6.1967, ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. Entrou em vigor no Brasil em 4.1.1969, promulgada pelo Decreto n.º 65.810, de 8.12.1969 e publicada no D.O. de 10.12.1969.

[97] "1. Para fins da presente convenção, o têrmo "discriminação" compreende: a) Tôda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, côr, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprêgo ou profissão; b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprêgo ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. 2. As distinção, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprêgo não são consideradas como discriminação. 3. Para os fins da presente convenção as palavras "emprêgo" e "profissão" incluem o acesso à formação profissional, ao emprêgo e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego" (Artigo 1º, do Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Convenção Concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão).

[98] "Para os fins da presente Convenção, o termo "discriminação" abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino, e, principalmente: a) privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas do acesso aos diversos tipos ou graus de ensino; b) limitar a nível inferior à educação de qualquer pessoa ou grupo; c) sob reserva do disposto no artigo 2 da presente Convenção, instituir ou manter sistemas ou estabelecimentos de ensino separados para pessoas ou grupos de pessoas; ou d) de impor a qualquer pessoa ou grupo de pessoas condições incompatíveis com a dignidade do homem. 2. Para os fins da presente Convenção, a palavra "ensino" refere-se aos diversos tipos e graus de ensino e compreende o acesso ao ensino, seu nível e qualidade e as condições em que é subministrado". (Convenção Contra a Discriminação na Educação).

considerados como atos desumanos e crime contra a humanidade.[99]

Cita-se ainda a Declaração sobre os Princípios Fundamentais Relativos à Contribuição dos Meios de Comunicação de Massa para o Fortalecimento da Paz, do Entendimento Internacional, da Promoção dos Direitos Humanos e a Penalização do Racismo, do Apartheid e do Incitamento à Guerra (1978)[100], a Declaração sobre Raça e Preconceito Racial (1982)[101] e a Convenção Contra o Apartheid nos Esportes (1985).[102]

2.2. A proteção contra os atos de racismo no plano normativo brasileiro.

Ressalta-se ainda na época do Império, que o negro era considerado pelo arcabouço normativo brasileiro, na seara cível, como um simples bem móvel, um objeto, e, no âmbito afeto ao direito penal, como seres humanos passíveis de serem privados de liberdade, todavia, não foram verificadas[103], nessa época, nenhum embrião da legislação antirracista.[104]

Em 1830, mesmo com a proclamação da Independência e a promulgação do Código Criminal, o qual era iluminado pela Constituição do Império de 1824, nada foi

[99] "Os Estados Partes da presente Convenção, declarar que o apartheid é um crime contra a humanidade e que os atos desumanos resultantes das políticas e práticas de apartheid e outras políticas e práticas de segregação e discriminação racial, conforme definido no artigo II da Convenção, são crimes de violação os princípios do direito internacional, em particular os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, e que constitui uma séria ameaça à paz e segurança internacionais". (Artigo 1º, da Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição do Crime de Apartheid).

[100] Proclamada em 28 de novembro de 1978 na vigésima reunião da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e à Cultura, celebrada em Paris.

[101] Aprovada e proclamada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, reunida em Paris em sua 20ª reunião, em 27 de novembro de 1978.

[102] Convenção Internacional contra o Apartheid nos Esportes, entrou em vigor 03 de abril de 1988.

[103] "No cenário do Brasil Colônia, as Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) não possuem referência a nenhum tipo de preconceito. Ao contrário disso, a escravidão era uma realidade (para negros e índios) amplamente admitida pelo Estado, sendo inclusive abordada pelo diploma filipino como prática lícita. Com efeito, pode-se afirmar que havia, de certa forma, um estímulo ao preconceito étnico-racial, já que existiam". (CALIXTO, Clarice Costa. *Breves Reflexões Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Racismo*. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7049>. Acesso em: 09 abr. 2017).

[104] Lei Eusébio de Queiroz de 1850, Lei do Ventre Livre de 1871, Lei dos Sexagenários de 1885 e Lei Aurea-1888.

mencionado em relação à tipificação dos atos de racismo.

Até a edição da Lei Áurea de 1888, a escravidão perdurou em relação à população negra, ao passo em que somente com o advento da República, em 1890, e promulgação da Constituição de 1891, que se passou a vislumbrar a proteção da igualdade, todavia, de forma genérica e sem o devido cuidado com o contingente de pessoas que havia acabado de sair da condição formal de escravo.

> A abolição tampouco significou o início da desconstrução dos valores associados às "designações de cor". Ao contrário, não apenas se observou a continuidade de fenômenos do preconceito e da discriminação racial, como estes foram fortalecidos com a difusão das teses do chamado "racismo científico". A adoção pela elite brasileira de uma "ideologia racial" teve início nos anos 1870, tendo se tornado plenamente aceita entre as décadas de 1880 e 1920. A disseminação das teses racistas no Brasil e sua reconstrução na forma de ideologia racial ocorreram no período final da escravidão, enquanto estava em curso o processo de adaptação da sociedade à mudança do status jurídico dos negros. A formulação e a consolidação da ideologia racista ocorridas nesse período permitiram a naturalização das desigualdades raciais que foram, assim, reafirmadas em novo ambiente político e jurídico. Como destaca Mattos (2000), a abolição coincide com o nascimento da República (1889) e com a disseminação das ideias de igualdade e cidadania que lhe são associadas. A coincidência entre a expansão dos princípios republicanos e liberais e a adesão às formulações racistas parece refletir a dificuldade então observada para operar o direito individual e o reconhecimento da cidadania em uma sociedade fundamentalmente hierárquica. O enfrentamento do problema racial brasileiro seria, pois, identificado como exigência nacional e associado ao princípio de que somente um país branco seria capaz de realizar os ideais do liberalismo e do progresso.[105]

A democracia racial, a partir de 1930[106], começa a se delinear, na busca da

[105] JACCOUD, Luciana. SILVA, Adailton. ROSA, Waldemir. LUIZ, Cristiana. *Entre o Racismo e a Desigualdade: Da Constituição À Promoção De Uma Política De Igualdade Racial (1988-2008)*. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4329/1/bps_n.17_vol03_igualdade_racial.pdf> Acesso em: 09 abr. 2017.

[106] "Após os anos 1930, as teorias racistas e o projeto de branqueamento foram progressivamente sendo substituídos pela chamada ideologia da democracia racial. Nesta nova formulação da questão racial, que se consolida após os anos 1950, destaca-se a dimensão positiva da mestiçagem e afirma-se a unidade do povo como produto da miscigenação racial. Com a mistura das raças e a fusão dos grupos presentes na formação da Nação, haveria espaço para o nascimento de uma sociedade integrada, mesmo que socialmente heterogênea. A democracia racial forneceu nova chave interpretativa para a realidade brasileira da época: a recusa do determinismo biológico e a valorização do aspecto cultural, reversível em suas diferenças. O enfraquecimento do discurso das hierarquias raciais e sua gradual substituição pelo mito da democracia racial permitiram a afirmação e a valorização do "povo brasileiro". Todavia, cabe lembrar que tal análise, ancorada na cultura, não implica a integral negação da inferioridade dos negros. De fato, se por um lado o ideário da democracia racial busca deslegitimar a hierarquia social fundamentada na identificação racial, por outro reforça o ideal do branqueamento e promove a mestiçagem e seu produto, o mulato. Ao mesmo tempo, ao negar a influência do aspecto racial na conformação da desigualdade social brasileira, ela

reafirmação da figura do negro no processo de formação social. Com a constituição de 1934, incorporou-se, com mais efetividade, a ideia de proibição da determinação de privilégios, edificados nos caracteres de sexo, raça, profissão, riqueza e crenças religiosas ou ideias políticas.

Movidos pelo crescente processo de democratização, após a ditadura do Estado Novo, observou-se uma série de reclamos à Constituinte de 1946, dentre as quais, com enquadramento entre os crimes de lesa pátria, a criminalização dos atos de racismo. Envoltos ao mito da democracia racial, não houve a inserção na referida Carta[107], sendo que, somente em 1951[108], através da Lei Afonso Arinos que as situações dessa natureza passam a ser consideradas Contravenção Penal.

> A Constituição de 1946, além de reafirmar a igualdade de todos perante a lei, tal como previsto nas Constituições anteriores, assegurou a liberdade de manifestação do pensamento, porém, proibindo a propaganda de preconceitos de raça ou de cor. Sob a égide dessa Constituição, proclamou-se a já referida Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

---

representou um obstáculo no desenvolvimento de instrumentos de combate aos estereótipos e preconceitos raciais que continuavam atuantes na sociedade, intervindo no processo de competição social e de acesso às oportunidades". (SCHWARCZ, Lilia Moritz. *A questão racial brasileira vista por três professores – Florestan Fernandes, João Baptista Borges Pereira, Oracy Nogueira*. In Revista USP. São Paulo, 2005, p. 176).

[107] Artigo 141: A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes a vida, a liberdade, a segurança individual e a propriedade, nos termos seguintes: § 5° - E livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. E assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependera de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

[108] "A demanda pelo enquadramento criminal do racismo não é nova na sociedade brasileira. O primeiro projeto de lei que se conhece sobre o tema é de autoria do senador Hamilton Nogueira e foi apresentado à Assembleia Constituinte de 1946. Tendo por base o manifesto resultante da Convenção Nacional do Negro, Nogueira elaborou um projeto que tornava crime a discriminação racial. Os constituintes rejeitaram a proposta, utilizando, entre outros argumentos, a carência de provas reais da existência de discriminação racial no país. Mas, nos anos seguintes, eventos de grande repercussão na mídia legitimaram o reconhecimento da discriminação racial, se não como crime, ao menos como contravenção penal. A Lei Afonso Arinos, aprovada em 1951, foi a primeira peça da legislação federal voltada ao enfrentamento do problema da discriminação no Brasil. Mas sua proposição não teve como motivação o reconhecimento do processo persistente ou sistemático de discriminação sofrida pela população negra do país, mas, ao contrário, os eventos de discriminação sofridos por estrangeiros no país. Entretanto, o seu valor está em ser a primeira e, durante muito tempo, a única legislação penal que abordava, com vista a uma solução antirracista, a problemática racial no Brasil". (JACCOUD, Luciana. SILVA, Adailton. ROSA, Waldemir. LUIZ, Cristiana. *Entre O Racismo E A Desigualdade: Da Constituição À Promoção De Uma Política De Igualdade Racial (1988-2008).* Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4329/1/bps_n.17_vol03_igualdade_racial.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2017).

> Finalmente, em 1951, com a Lei 1.390, a "Lei Afonso Arinos", consagra-se legalmente o combate ao preconceito, à ação discriminatória. Tal lei tipificou como contravenção penal uma das formas de discriminação racial, qual seja, a recusa de entidades públicas ou privadas em atender pessoas em razão da cor ou raça, como, por exemplo, recusar hospedagem em hotéis, proibir a entrada em estabelecimentos públicos, obstar a inscrição de alunos em estabelecimento de ensino. Além de as sanções previstas no diploma terem sua aplicação restrita às escassas hipóteses ali elencadas, a jurisprudência firmou-se no sentido de que caberia à vítima provar o elemento subjetivo do injusto, "o especial motivo de agir", de modo que a Lei Afonso Arinos mostrou-se inócua, ocorrendo pouquíssimas condenações pela prática da contravenção que instituiu.[109]

As Cartas de 1967[110] e 1969, enfatizam a punição dos crimes de racismo, associando a ideia de igualdade à proibição de descriminação da raça. Mesmo pela não aceitação no plano interno do problema racial pela ditadura militar, durante a década de 1960, o País se comprometeu perante a comunidade internacional com o respectivo combate, internalizando em seu ordenamento diversos documentos internacionais, os quais vieram a se efetivar, de fato, já na década de oitenta.[111]

Vale destacar que entre os anos de 1970 e 1980, torna-se ainda mais patente

---

[109] CALIXTO, Clarice Costa. *Breves Reflexões Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Racismo*. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7049>. Acesso em: 09 abr. 2017.

[110] "No Brasil, o primeiro mandado constitucional de criminalização do racismo foi editado no texto da Carta de 1967 em seu artigo 150 §1o. Previa-se, de forma nominativa, a norma de combate ao racismo, que foi denominado "preconceito de raça". Note-se que não houve expressa referência à legislação criminal, bastando que o racismo fosse "punido pela lei", de forma genérica. Contudo, a previsão penal já se encontrava satisfeita com a tutela exercida pela Lei Afonso Arinos (Lei n. 1.390/1951), que considerava as práticas racistas como contravenção penal". (MARCHERI, Pedro Lima. ÁLVARES, Sílvio Carlos. *A epistemologia do racismo no Brasil*. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517702/001055771.pdf?sequence=1>. Acesso em 07 abr. 2017.

[111] "O não reconhecimento da discriminação racial como fenômeno ativo na sociedade brasileira e como objeto legítimo da preocupação pública começou a ser duramente questionado durante a década de 1970. No período de 1964 até fim da década de 1970, houve grande refluxo nos movimentos sociais de militância antirracista. O período dos governos militares caracterizou-se pela negação da existência de um problema racial no Brasil, e sua abordagem passou a ser definida como questão de "segurança nacional". Neste contexto, até mesmo a pergunta sobre "cor" foi eliminada do Censo Demográfico de 1970. Embora prevalecesse no discurso oficial uma suposta irrelevância da questão racial, o governo militar foi signatário de três importantes tratados internacionais sobre este tema: a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) Concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (1968); a Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino (1968); e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação (1969), e a se fazer presente nas duas conferências mundiais contra o racismo em 1978 e 1983". (SCHWARCZ, Lilia Moritz. *A questão racial brasileira vista por três professores – Florestan Fernandes, João Baptista Borges Pereira, Oracy Nogueira*. In Revista USP. São Paulo, 2005, p. 176).

o movimento de fortalecimento da reconstrução da dignidade e do desenvolvimento da autoestima da população negra.[112]

O denominado Movimento Social Negro Unificado, já em 1978, impulsiona a resistência em face do autoritarismo e da repressão estatal, voltando-se ao enfrentamento do mito da democracia racial e na afirmação dos direitos fundamentais.[113]

Impulsionado pelo engrandecimento axiológico normativo de proteção aos valores e à cultura negra, o legislador constituinte, em 1988, com a denominada Constituição Cidadã, avança na interdisciplinaridade das áreas do conhecimento, indo além da proteção meramente cultural e adentrando até mesmo em aspectos materiais e formais, a fim de se evitar a perpetuação das desigualdades raciais no Brasil.

2.3. O racismo na Constituição da República de 1988 e a irradiação de seus reflexos.

Estabelece o artigo 5°, XLII, da Constituição Federal, que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

Não obstante a simplicidade que se extrai da literalidade do texto constitucional, cumpre destacar que qualquer das interpretações que se pretenda empregar, todos os sentidos hermenêuticos deverão estar voltados há séculos de verdadeiras batalhas da população negra, na permanente busca pela erradicação das diferenças, da opressão e do preconceito.

---

[112] JACCOUD, Luciana. SILVA, Adailton. ROSA, Waldemir. LUIZ, Cristiana. *Entre o Racismo e a Desigualdade: Da Constituição À Promoção De Uma Política De Igualdade Racial (1988-2008).* Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4329/1/bps_n.17_vol03_igualdade_racial.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2017.

[113] JACCOUD, Luciana. SILVA, Adailton. ROSA, Waldemir. LUIZ, Cristiana. *Entre o Racismo e a Desigualdade: Da Constituição À Promoção De Uma Política De Igualdade Racial (1988-2008)*. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4329/1/bps_n.17_vol03_igualdade_racial.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2017.

Observa-se, nesse panorama, que o comando constitucional, pela própria natureza de sua força normativa[114], impõe ao Estado, através de seu legislador infraconstitucional, a publicação de uma legislação específica sobre o racismo, chamando à atuação o direito penal, considerado a lâmina mais afiada do ordenamento jurídico, a fim de se tutelar o bem jurídico da igualdade, considerando-o fundamental a uma vida digna de ser vivida.

Não se pode olvidar, como dito, que a Constituição Federal ao catalogar o racismo como crime, traz consigo uma enorme carga de valor, construída ao longo dos tempos, em razão da tamanha desigualdade que marcava a sociedade brasileira.

> A elaboração da Constituição de 1988 foi fortemente marcada pelo debate sobre a chamada dívida social, refletida na desigualdade que marcava a sociedade brasileira, na parca distribuição de riqueza derivada do crescimento econômico e na precária cobertura das políticas sociais. De fato, o combate à pobreza e a promoção da democracia apareciam no discurso político oposicionista dos anos 1980 – e, posteriormente, no discurso consagrado pelo texto constitucional – como as duas faces da mesma moeda. Neste discurso, definia-se a pobreza como um processo de exclusão dos benefícios do desenvolvimento econômico enquanto a cidadania era definida por uma dupla característica: a participação nas decisões públicas e o acesso a direitos sociais. Direitos políticos e direitos sociais seriam, pois, complementares. Viabilizar-se-ia, assim, o combate à situação de exclusão sofrida por parte significativa da população: exclusão

[114] "A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição se mostre em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes. Abstraídas as disposições de índole técnico organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido (O fato de a Constituição americana estar assentada nesse princípio configura não a única, mas, certamente, a fonte essencial de sua incomparável vitalidade). Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente — no mais tardar em momento de acentuada crise — que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. A íntima conexão, na Constituição, entre a normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com o seu objeto, o Direito Constitucional se conscientize desse condicionamento da normatividade". (KONRAD, Hesse. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14-15).

> do processo político-decisório e do processo de desenvolvimento econômico. Os direitos sociais e a proteção social, que se organizaria sob o manto da seguridade social, deveriam garantir o acesso das camadas mais pobres da população aos benefícios do desenvolvimento econômico e à própria democracia. Com relação à população negra, observa-se, nesse período, a reafirmação de um diagnóstico no qual o negro é associado à situação de miséria que predomina nas camadas de menor renda da população. O enfretamento das condições de pobreza e a oferta de melhores condições de educação, de trabalho e de cidadania definem uma pauta importante das demandas do Movimento Negro. Com elas, colocava-se a ênfase na necessidade de reconhecimento da discriminação racial como um fenômeno recorrente no país e de sua condenação, e a defesa da preservação e valorização do patrimônio cultural dos negros. A associação entre pobreza e negritude pode ainda ser observada na descrição de Santos (2007, p. 151), sobre as propostas apresentadas pelo Movimento Negro paulista em meados da década de 1980, onde se destacam, além da demanda pela criminalização da discriminação racial, a reivindicação de garantia de reserva de vagas nas instituições públicas de ensino, do primeiro grau à universidade, à população carente".[115]

Frente a esse conteúdo valorativo e ao contexto histórico em que se encontrava imerso o legislador constituinte, emerge a necessidade, diante do repúdio aos atos de racismo, de se envidar esforços para sucessão da denominada Lei Afonso Arinos, visando categorizar como crime os atos motivados pelo preconceito de cor ou raça, oportunidade em que veio à baila a Lei 7.716/89, de autoria do então Deputado Federal Carlos Alberto Oliveira, taxada de Lei Caó.

O Projeto de Lei nº 668/88, e sua justificativa, foi exposto na 47ª Sessão, da 2ª Sessão legislativa da 48ª legislatura, em 14 de junho de 1988 e publicado em 15 de junho de 1988, aduzindo que:

> O ano do centenário da Lei Áurea e da Assembleia Nacional Constituinte constitui um momento particularmente importante para uma reavaliação histórica. Pensar e repensar o Brasil é uma tarefa histórica que se impõe a todos nós de tal maneira que possamos captar as raízes da crise brasileira atual: o que somos enquanto Nação e o papel da população negra, despossuída e excluída de qualquer representação no Estado que se formou ao longo desses cem anos de vida republicana. O negro deixou, sem dúvida, de ser escravo, mas não conquistou a cidadania. Ainda não tem acesso aos diferentes planos da vida econômica e política. É mais do que evidente que as desigualdades e discriminações raciais marcam a sociedade, o Estado e as relações econômicas em nosso País. Passados cem anos da Lei Áurea, esta é a situação real. Embora os valores culturais - em suma, a herança cultural africana - mantenham a capacidade de

[115] THEODORO, Mário. JACCOUD, Luciana. OSÓRIO, Rafael Guerreiro. SOARES, Sergei. Soares. *As Políticas Públicas e a Desigualdade Racial no Brasil. 120 anos após a abolição*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/Livro_desigualdadesraciais.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.

> impregnar a vida do brasileiro, quaisquer que sejam os traços étnicos, o negro está privado do direito à cidadania em uma prática odienda do racismo. Atualmente, a prática do racismo é punida como uma contravenção penal, o que enseja às pessoas que cometem atos discriminatórios, o benefício da primariedade, do pagamento de multas, sem que, de fato, sejam condenados e cumpram penas em estabelecimentos carcerários. Assim, encarada como contravenção penal, a prática do racismo tem sido estimulada de forma crescente, sem que o Estado, detentor de uma máquina policial-judiciária extremamente lenta e ineficiente venha a punir os culpados. A Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, que caracteriza a prática do racismo como contravenção penal, cumpriu à sua época e tempo, o papel de acautelar e diminuir o comedimento odiendo do racismo. Torna-se imperiosa, porém, uma caracterização mais realista de combate ao racismo, configurando-o como crime assim definido em lei. Com a prática do racismo, tornando-se crime, e com penas que possam ser sentidas no seu cumprimento, será possível que o Brasil saia do bloco de países discriminadores (embora tenha vergonha de admitir a existência desse tipo de discriminação em seu território), porque é cometido nas caladas da noite ou, sorrateiramente, nos balcões de lojas, hotéis ou logradouros públicos. [116]

Ainda a título de ilustração do contexto em que foi editada a Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, ressalta-se o parecer do então deputado Amaury Muller, designado pela Mesa, como relator do projeto de Lei nº 668/88:

> (...) O Projeto nº 668/88 de autoria do ilustre e operoso Deputado Carlos Alberto Caó, que orgulha e engrandece bancada do PDT nesta Casa, define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor e estabelece, ao contrário da legislação vigente, penas definidas no Código Penal para aqueles que, de alguma forma, estejam praticando este tipo de discriminação intolerável numa sociedade moderna e desenvolvida. É o relatório. O parecer, Sr. Presidente, é favorável na medida em que o projeto, ao contemplar, na sua amplitude, aspectos fundamentais para que seja coibido o preconceito de raça e cor no País, é apresentado exatamente num momento de indiscutível importância histórica para a sociedade brasileira. O ano de 1989 é significativo porque, num primeiro momento, comemora o centenário da abolição da escravatura, transcorrido 13 de maio último. E, num segundo momento, envolve a elaboração de um novo texto constitucional capaz de promover, em nome da liberdade e da democracia, os necessários avanços econômicos, sociais e culturais que a Nação está a exigir. De minha parte, eu diria que a Lei Áurea ainda não foi aplicada na prática. Se o negro, hoje, não é mais escravo, ele não alcançou integralmente a sua cidadania. E não bastaria invocar, Sr. Presidente, a Lei n' 1.390, de 3 de julho de 1951, conhecida como Lei Afonso Arinos, porque ela, na verdade, caracteriza a prática do racismo como uma simples contravenção penal e já cumpriu a sua tarefa histórica. Hoje, se não

[116] BRASIL. *Congresso Nacional.* Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional (seção I), ano XLIII, nº 054. Ata da 47ª Sessão da 2ª Sessão Legislativa da 48ª Legislatura. Publicado em 15 de junho de 1988, p. 2208/2209. Disponível em: <http://Imagem.Camara.Gov.Br/Imagem/D/Pdf/Dcd15jun1988.Pdf#Page=4>. Acesso em: 12 abr. 2017.

> incorporarmos ao texto legal sanções severas, certamente enfrentaremos, como estamos enfrentando, esta situação inaceitável e intolerável de pessoas serem diferenciadas de outras, porque não têm a mesma cor de pele, porque a cor de seus olhos é diferente ou porque é distinta a cor de seu cabelo. Creio que o valor de um ser humano independe da cor da sua pele, dos seus olhos ou de seus cabelos. Temos que ter pelo negro, que está historicamente embutido no próprio processo étnico-sociológico brasileiro, o respeito que temos por todos, sem combater o racismo de forma contundente e caracterizado na lei como crime. Não teremos, na verdade, avançado um milímetro sequer na construção de uma nova sociedade. Por isso, Sr. Presidente, o parecer é favorável. Quero aproveitar a oportunidade para louvar o extraordinário trabalho desenvolvido pelo nobre Deputado Carlos Alberto Caó, não só vendo aproveitada a sua emenda que transforma o racismo num crime inafiançável e imprescritível, como também dar seguimento, sequência e consequência a este dispositivo constitucional que, de outra forma, seria letra morta na Carta Magna brasileira. [117]

Na mesma sessão plenária, o também Deputado Paulo Paim apresentou o Projeto de lei que dispõe sobre a instituição do Dia Nacional de Denúncia contra o Racismo. Era a "Semana de Comemoração do Centenário da Lei Áurea, quando ressalta que:

> (...). Concluo, lembrando que nesta semana estamos comemorando o centenário da Lei Áurea, e pedimos que esta Casa registre o fato nos Anais. Faço também menção à Cartilha de Minas Gerais, que recebeu o repúdio de todo o movimento negro, a nível nacional, e até telegramas a nível internacional. Essa cartilha incentiva o preconceito e deve ser, em nossa avaliação, arquivada, a fim de que nunca mais, neste País, principalmente na data do Centenário da Abolição, se lembre o quanto é forte o preconceito no Brasil. Na verdade, essa cartilha é um projeto pedagógico que estimula o preconceito e homenageia de forma totalmente infundada o centenário da Lei Áurea. A cartilha não merece muitos comentários. Apenas queremos que se registre de forma negativa, para que, no futuro, quando outras gerações tomarem conhecimento desse fato, vejam o quanto era forte o preconceito racial no Brasil ainda em 1988, quando foi comemorado o Centenário da Abolição. É importante que todos saibam que os negros do Parlamento condenaram a cartilha e entraram na Justiça com processo contra os autores da mesma, tanto a nível estadual quanto federal, e que, devido a essas medidas, ela foi imprimida, mas tirada de circulação. SI. Presidente e nobre Deputado Adylson Motta, único Deputado presente no plenário, funcionários da Casa, que estão assistindo ao nosso pronunciamento, não somos contra a feitura de cartilhas. Pelo contrário, gostaríamos que a história do nosso povo fosse contada nas salas de aula, e nesse sentido apresentamos um projeto, hoje, nesta Casa, para que a luta dos negros e a própria história da África entrassem também nos bancos

[117] BRASIL. *Congresso Nacional.* Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional (seção I), ano XLIII, nº 077. Ata da 70ª Sessão da 2ª Sessão Legislativa da 48ª Legislatura. Publicado em 16 de setembro de 1988, p. 3176/3177. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16SET1988.pdf#page=91>. Acesso em: 12 abr. 2017.

escolares. Gostaríamos que a cartilha' falasse da falsa abolição da Princesa Isabel; dos nossos antepassados; do crime cometido por aqueles que nos tiraram à força da nossa terra natal, a África, acorrentando-nos e marcando-nos com ferro quente, como se não fôssemos humanos, submetendo-nos a uma grande diáspora selvagem, espalhando a nossa gente, hoje, pelos cinco continentes. Tenho a certeza de que muitos de nós gostariam de estar na pátria-mãe, na África. Queremos uma cartilha que diga de que forma fomos escravizados pela força, de como trabalhamos para enriquecer a Nação e que diga que não tínhamos direito a ter uma propriedade, nem de dizer "nossos filhos são nossos filhos". Foram mais de 388 anos de escravidão, submetendo cerca de dez gerações da nossa gente a viver sob a chibata e o pelourinho. Queremos a cartilha da verdade, não a cartilha da mentira. Queremos que nela se conte por que o negro não tem terras ou fazendas, por que o negro não é dono dos bancos ou das fábricas. Enfim, por que O negro não tem acesso aos meios de produção? Por que não se fala do passado e do presente? Por que não se mostra que hoje não é nada diferente? Por que não se fala da história de Zumbi do Quilombo dos Palmares? Foi a única experiência de uma sociedade socialista que o Brasil teve no início do ano de 1600 e que resistiu 95 anos, até 1695. Não dizem porque não está registrado, mas sabemos que é porque não aceitam que a sociedade mais avançada deste País teve como seu comandante supremo o negro Zumbi dos Palmares. Fala-se que temos que dar valor ao trabalho. Mas nós sempre trabalhamos. Por que não se fala que as terras foram sendo passadas de pai para filhos, entre os brancos, e, entre os negros, foi passado somente o trabalho? Por que não, se fala que o preconceito proibia o negro até de estudar? Por que não se fala que pelo mesmo trabalho ele recebia menos que o outro branco? Por que não se fala que a grande parte vive nas favelas, mas por que vivem nas favelas? Qual o motivo? Por que não se fala que nessas condições ele não pode avançar? Queremos uma cartilha, enfim, Sr. Presidente e Srs. Deputados, que fale da liberdade. Que fale de Zumbi, e que fale também que hoje não é muito diferente do que a cem ou 388 anos atrás. Continuamos não tendo terra, casa, trabalho, divertimentos, recebendo menos que os outros assalariados, não possuindo praticamente nem um cargo de ponta no Governo, e não tendo mais do que uma dúzia de parlamentares comprometidos com a luta da raça negra, sem falarmos na área militar e na dos juízes do primeiro escalão. Hoje não é para mim a homenagem aos cem anos de abolição, e sim a homenagem por quase cinco séculos Quinta-feira 12 1705 de resistência da raça negra e, este ano, pelo aniversário - 393 anos - do assassinato do maior Líder de todos os tempos, da raça negra - Zumbi dos Palmares. Seu nome ultrapassou os séculos e está para nós como a chuva e o sol estão para as flores, alimentando-nos na busca da verdadeira liberdade. Trata-se de falar que a polícia nos trata como bandidos, de perguntar, enfim: o que mudou? Temos de falar no absurdo internacional que ocorre na África do Sul; que entramos com o pedido para formação de uma comissão para ir à África do Sul e o Congresso se amarra e não decide, por pressão do Itamaraty. Que País é este que mantém relações diplomáticas com a África do Sul, e que não permite que parlamentares negros pisem no país do apartheid? Queremos ir à África do Sul para demonstrar ao Governo de Pretória o repúdio do Brasil ao apartheid. Queremos ir à África do Sul. Exigir a libertação de negros Mandella, visitar o Bispo Desmon Tutu e estar ao lado dos negros e brancos que são contra o apartheid. Termino, Sr. Presidente, dizendo simplesmente: Viva Nelson Mandella! Viva os 393 anos do aniversário do grande comandante! Negro Zumbi do Palmares. A luta continua rumo à liberdade de toda a classe trabalhadora. [118]

[118] BRASIL. *Congresso Nacional.* Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional (seção I),

Em 1997, o Congresso Nacional aprovou a Lei 9.459/57[119], modificando alguns dos artigos da Lei 7.716/89, dentre eles os artigos 1º e 20, ampliando o alcance criminal também para condutas discriminatórias relacionadas à etnia, à religião ou a procedência nacional. Ainda, incluiu um parágrafo ao art. 140 do Código Penal, dando ensejo à etiquetada "injúria racial"[120].

> O artigo 20 dessa lei muda o eixo de apenação, pois afirma "praticar, induzir ou incitar pelos meios de comunicação ou publicação de outra natureza a discriminação ou preconceito". Deixa-se de fazer menção ao local da prática do racismo e se diz que é crime induzir ou incitar ao racismo e ao preconceito, se for incitado com o uso dos meios de comunicação ou publicação de qualquer natureza. Foi somente em 1997 que houve uma evolução, mais exatamente com a Lei n. 9.459, que rompeu a tradição criada por Afonso Arinos, com a inclusão de situações mais próximas da realidade, como a indução ou incitamento à discriminação e ao preconceito, independentemente do meio utilizado.[121]

Já em 2003, a legislação avança ainda mais na proteção de atos discriminatórios e passa a abarcar, através da Lei no 10.741/2003, 07 fatores, dentre eles, a raça, a cor, a etnia, a religião, a procedência nacional e a condição de

---

ano XLIII nº 39, de 12 de maio de 1988, p. 1704/1705. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD12MAI1988.pdf#page=28>. Acesso em: 12 abr. 2017.

[119] "Em que pesem as dificuldades citadas, outros dispositivos legais foram aprovados no Congresso Nacional, visando coibir práticas discriminatórias contra a população negra. Entre os mais recentes, destaca-se a recente Lei no 9.459, de 13 de maio de 2007, conhecida como Lei Paim. Esta lei inclui na Lei no 7.716 o crime de incitação ao preconceito ou à discriminação, além de permitir o reconhecimento,
pelo Código Penal (CP) brasileiro, do crime de injúria também quando utilizando elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem. Entretanto, no decorrer da década de 1990, analistas e militantes da questão racial passam a destacar, cada vez com maior ênfase, outras limitações no uso da ação repressiva no enfrentamento da discriminação racial. Aponta-se que, ao atacar sobretudo o resultado da discriminação, esta legislação afeta pouco suas causas: o preconceito, o estereótipo, a intolerância e o racismo. Ao mesmo tempo, deixa intocada a forma mais eficaz e difundida de discriminação: aquela que opera não por injúria ou atos expressos de exclusão, mas por mecanismos sutis e dissimulados de tratamento desigual. A chamada discriminação indireta, largamente exercida sob o manto de práticas institucionais, atua também nas políticas públicas por meio da distribuição desigual de benefícios e serviços. Estas preocupações estarão progressivamente presentes no debate sobre o tema do combate à discriminação". (JACCOUD, Luciana. *A Construção de uma Política de Promoção da Igualdade Racial: uma análise dos últimos 20 anos.* Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livro_aconstrucao_igualdade_racial20anos.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2017).

[120] "Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem". (§3º, do Art. 140, do Código Penal).

[121] SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. *Direitos humanos e as Práticas de Racismo*. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/13516/direitos_humanos_santos.pdf?sequence=2 >. Acesso em 12 abr. 2017.

pessoa idosa ou portadora de deficiência[122].

Ao que se observa, o que pretende o constituinte é cotejar os ditames da igualdade ao da dignidade da pessoa humana, reduzindo cada vez mais o campo de incidência das práticas discriminatórias, enrijecendo, pela lei penal, o tratamento ao ódio e à intolerância.

Não obstante a tais considerações, denota-se que tanto as normas constitucionais, quanto os dispositivos legais, fazem-se delineados por conceitos abertos e por que não dizer jurídicos indeterminados, os quais, pela própria natureza, dependem de uma interpretação axiológica, tanto do legislador, quanto do operador do direito, com a necessidade de preenchimento casuístico, nos casos em que lhe são postos à apreciação[123].

> É necessário o aprofundamento doutrinário sobre o tema, dado que a reprovabilidade social de determinadas condutas é sujeita a modificações em razão da moral vigente no próprio meio social, inexoravelmente afetando as decisões jurisprudenciais. Nesse sentido, a própria subsunção jurídica ao título de "prática racista" é inferida sem que existam modificações relevantes na legislação pátria, demandando a fixação exaustiva de sua materialização em legislação própria, ou a pesquisa acadêmica sobre a epistemologia do

[122] "Por fim, destacamos que há outros diplomas historicamente incorporados ao ordenamento pátrio que tem pertinência com o tema: Lei 2.889/56, que define e pune o crime de genocídio; Lei 5.250/67, que regula a liberdade de pensamento e informação, vedando a difusão de preconceito de raça; Lei 6.620/78, que define os crimes contra a segurança nacional, como incitação ao ódio ou à discriminação racial; Lei 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo que estes não podem sofrer qualquer forma de discriminação; Lei 8.078/90, que trata das relações consumeristas e proíbe qualquer prática ou publicidade discriminatória; Lei 8.081/90, que explicita os crimes praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza; Lei 9092/95, que trata de normas discriminatórias para efeitos admissionais e de relações do trabalho". (CALIXTO, Clarice Costa. *Breves Reflexões Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Racismo*. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7049>. Acesso em: 09 abr. 2017).

[123] "Em perspectiva diversa, Brandão (2002) aduz que todas as normas, constitucionais ou infraconstitucionais, que tratam da questão racial são demasiadamente incompletas e ambíguas, constituindo sofismas de interpretação, conclusões contraditórias e injustiças em sua aplicação, se antes não acabarem inócuas. Assim, embora desejável, não é cabível punir alguém por "crime de preconceito ou racismo"; o que se poderia admitir é que as ameaças contidas em abstrato, nas diversas figuras penais distribuídas nos diplomas penais em vigor, só pudessem ser consubstanciadas em atos concretos – a saber, efetivas condutas discriminatórias. Em adição, Santos (2010) descreve que a mera elaboração conceitual psicológica, constitui-se em indiferente penal, sendo somente criminalizável a exteriorização do preconceito ou racismo". (MARCHERI, Pedro Lima. ÁLVARES, Sílvio Carlos. *A epistemologia do racismo no Brasil*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517702/001055771.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 abr. 2017).

racismo no sistema jurídico brasileiro[124].

Nesse compasso, ao se proteger criminalmente o bem jurídico, necessário se faz, de alguma forma, limitar o alcance da norma, vale dizer, o que almeja o constituinte ao se valer do termo racismo, pela própria etimologia da palavra, pois pode significar até mesmo o gênero, do qual o racismo e o preconceito seriam espécies, sob pena de se vulnerar a garantia da segurança jurídica inerente à legalidade penal.

2.4. A (im)prescritibilidade dos crimes de racismo.

Conforme já mencionado anteriormente, a Constituição da República de 1988, no seu artigo 5°, XLII, assevera que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Denota-se que o legislador alçou ao status de norma constitucional uma das maiores exceções do direito penal, qual seja, a imprescritibilidade, pois em se tratando de matéria afeta à restrição de direito fundamental, não se pode permitir a eternização da possibilidade de punir.

> Todos os tipos de crime deveriam estar sujeitos à prescrição, sem qualquer consideração pela sua natureza ou pela sua gravidade. No entanto, este princípio não vem sendo sufragado por todas as ordens jurídico-penais, e, ainda recentemente,' tem-se assistido, em vários movimentos internacionais, a um redobrado esforço em favor da imprescritibilidade— tanto no âmbito do direito penal como no do processo penal—, quanto aos crimes atentatórios à paz e à humanidade, muito especialmente ao genocídio, e a outros, puníveis com pena de morte e de prisão perpétua. Não nos parece existir fundamentação suficiente para isso. Não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentimento jurídico e ao consenso da comunidade, possa merecer a imprescritibilidade, máxime, se atentarmos que as expectativas comunitárias de reafirmação da validade da ordem jurídica não perduram indefinidamente. "A indignação pública e o sentimento de insegurança que o crime gerou amortecem com o decorrer dos anos, do mesmo modo que se atenua a revolta e exigência de justiça dos ofendidos" (...), e nem mesmo as exigências de prevenção especial podem perdurar para sempre. Isto não

[124] MARCHERI, Pedro Lima. ÁLVARES, Sílvio Carlos. *A epistemologia do racismo no Brasil*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517702/001055771.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 abr. 2017.

> exclui a possibilidade de um juízo de reprovação e até mesmo de repugnância perdurarem, como ocorre, ainda hoje, com os odiosos crimes perpetrados pela Inquisição, pelos nazifascistas e durante o stalinismo. Mas isso não se faz perfeitamente suficiente, sob qualquer angulação que se faça do fenômeno, que obrigue a uma punição. Esta, a punição, só poderia encontrar fundamentação na retribuição e no sentimento de vingança, que nos parecem incompatíveis com o direito penal moderno e com um Estado de Direito[125].

Buscando-se entender o alcance do referido comando, o que se pretende é avançar na hermenêutica constitucional e traçar, de alguma maneira, os caminhos seguidos pelo constituinte, para permitir que a qualquer tempo, aqueles que venham a cometer os atos descritos na Lei antirracista, possam ser submetidos aos preceitos secundários das normas penais incriminadoras.

Os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte foram organizados em 7 etapas, as quais, por sua vez, desdobraram-se em 25 fases 5 distintas[126]. O atual inciso XLII do art. 5º da CF, por sua vez, tem origem na emenda aditiva nº 2P00654-0, apresentada no dia 12/01/88 no plenário do Senado Federal, a qual acrescentava o parágrafo 2º ao artigo 6º do Projeto de Constituição, com a seguinte redação[127]: "A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

Da justificativa para a proposição da referida emenda, cumpre destacar[128]:

---

[125] ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Vol. 01 – Parte Geral.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 646.

[126] CONGRESSO NACIONAL. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes>. Acesso em: 11 abr. 2017.

[127] Assembleia Nacional Constituinte. Projeto de Constituição. Emendas n° 2P00001-J a 2P00948-4.

[128] "Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime". (Disponível em: <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/AVULSO/vol-254.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2017).



EMENDA 2P00654-0

CONSTITUINTE CARLOS ALBERTO CAÓ

P D 7-82

PLENÁRIO

12/01/88

EMENDA ADITIVA

DISPOSITIVO EMENDADO Nº ART. 6º PARÁGRAFO 2º

§..... ..A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

JUSTIFICAÇÃO

Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888 Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituida de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime.

Carlos Alberto Caó (CARLOS ALBERTO CAÓ)

Ao se analisar o teor da 192ª Ata da Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, de 1988, em 02 de fevereiro e publicada em 03 de fevereiro de 1988, no Diário da Assembleia Constituinte, cumpre trazer à baila as justificativas apresentadas pelo Deputado Carlos Alberto Caó, ao conteúdo da emenda aditiva, que foi votada e aprovada pela Câmara dos Deputados:

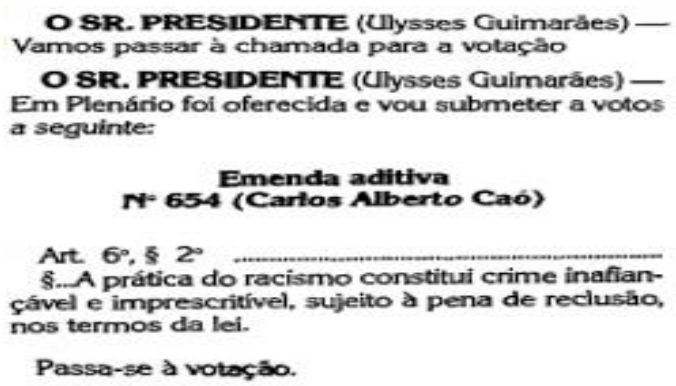
> Ocupamos de novo a tribuna do Congresso Nacional Constituinte, para discutir uma questão de extrema importância para a construção do Estado Democrático no nosso País. Nós somos apenas formalmente autores dessa demanda. Na sua co-autoria tivemos a honra e o prazer de contar com a constituinte Benedita da Silva. Mas, na verdade, Sr. Presidente, são autores material e substancial dessa emenda mais de 60 milhões de brasileiros que, geração após geração, secularmente, estão de tal forma submetidos, que lhes tem sido recusado aquele direito elementar, o direito à cidadania. É em nome desses milhões de brasileiros, é em nome da nossa nação brasileira que nós pretendemos falar aos corações, às mentes e à reflexão dos Constituintes, de todos os partidos, de todas as tendências políticas que aqui se encontram representando essas tendências e esses partidos na

> Assembleia Nacional Constituinte. Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, essa emenda nos remete para o grande dilema, para o grande desafio que nós enfrentamos no final desse século. Incluo-me, dentre aqueles que consideram que a Assembleia Nacional Constituinte a comemoração este ano de cem anos de Abolição e a proximidade da comemoração dos cem anos de República, constitui uma convergência de fatos e situações extremamente positivas. Esses fatos anunciam e prenunciam que estamos no limiar de uma nova época, no limiar de uma nova fase política, social e econômica de nosso País. O que se passa Sr. Presidente, é que hoje nós estamos aqui todos pressurosos, todos empenhados em concluir a transição democrática. Mas há uma outra transição mais antiga, há uma outra transição mais longeva, há uma outra transição que, ao longo de mais de cem anos, vem-se manifestando incompleta, tem sido inacabada, tem sido bruscamente interrompida. A nação brasileira é dinâmica, a nação brasileira é heterogênea, a nação brasileira é pluricultural, a nação brasileira é plurirracional, mas o Estado brasileiro tem uma só cara, uma só face, e não é no antagonismo, na contradição, entre o Estado e a Nação, é aí que está a matriz da crise brasileira, muito mais aí do que em uma simples discussão dicotômica entre presidencialismo e parlamentarismo. Falamos aqui representando milhares de brasileiros sem nenhuma pretensão de arrogância, arrogância que pode parecer firmeza, mas quem a tem, está ao largo do ritmo das transformações históricas. Falamos a V.Exa, também, sem a resignação, de quem pede por um direito que nos está assegurado. Falamos com a certeza de que estamos representando e vocalizando o protesto, o sofrimento, mas também a esperança da nossa nação brasileira. Nesse momento, Sr. Presidente, em que nos empenhamos em construir um Estado Democrático, em trabalhar no sentido de transformar a sociedade civil brasileira numa sociedade civil civilizada é indispensável que tenhamos conta de que a construção do Estado Democrático se inicia pela superação das discriminações raciais, pela superação dessa tentativa de classificar o homem pela cor de sua pele no mercado de trabalho. Em nome dessa nação dinâmica, heterogênea, pluricultural e plurirracial, peço aos senhores Constituintes e a este Plenário, onde a nação brasileira está desigualmente representada, que fujamos, Sr. Presidente, aos pelos, às pressões e à coerção, que o estado patrimonial brasileiro tem feito sobre a nação. É hora de construir a democracia! A realização desses objetivos começa pela determinação de que o racismo constitui um crime inafiançável. É com a criação de mecanismos e de instituições que teremos possibilidade de construir em nosso País, um Estado democrático plurirracional. Concluindo, Sr. Presidente, faço um apelo à consciência democrática de todos os Srs. Constituintes, para que possamos, nem que seja por um instante, estabelecer, através da condenação do racismo como crime, as bases para a construção da democracia em nosso país".[129]

Ao que se pode observar, a imprescritibilidade constitucional dos crimes de racismo, não foi objeto da justificativa no aditivo à emenda, uma vez que a manifestação somente se direciona à inafiançabilidade, conforme se verifica acima. Todavia, sem qualquer fundamentação, na mesma sessão, em 03 de fevereiro de

[129] Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/176anc03fev1988.pdf#page>. Acesso em: 12 abr. 2017.

1988, foi votada a emenda aditiva 654, na qual, expressamente, invocou-se o instituto:



O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães) — Vamos passar à chamada para a votação

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães) — Em Plenário foi oferecida e vou submeter a votos a seguinte:

Emenda aditiva
Nº 654 (Carlos Alberto Caó)

Art. 6º, § 2º .....
§...A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Passa-se à votação.

Em meio a esse painel, em uma interpretação histórica ou mesmo teleológica, não há como se mensurar a pretensão do constituinte, uma vez que, como salientado, não foram aventados os motivos na manifestação imediatamente anterior à votação, a qual veio a considerar os delitos imprescritíveis, e nem mesmo sequer foi mencionado o instituto da imprescritibilidade, mas, ainda assim, foi votado e etiquetado entre o rol das cláusulas pétreas.

2.5. Do instituto da prescrição.

2.5.1. Aspectos históricos.

Para se entender o alcance do instituto da prescrição, faz-se mister sua análise histórica, ainda que de forma suscita, para, através de um recorte temporal, compreender o seu sentido teleológico, suas alterações e sua evolução ao longo dos anos.

Embora difícil de se determinar, precisamente, as suas origens, extrai-se que, com o intuito de evitar acusações prolixas e, por vezes, ineficazes, os romanos instituíram prazos máximos para a conclusão do processo.[130]

[130] "O instituto da prescrição, ao que consta, teve origem no direito romano primeiramente pela praxe judiciária, e, mais tarde, foi disciplinada na lex Julia de adulteriis, do ano 18 a.C, tendo ulteriormente estendido para outros delitos, como estupro, lenocínio, incesto e crimes, exceto o parricidium, o suppositio e o de apostasia, quando já existisse condenação. De início o prazo prescricional era de

O vocábulo prescrição provém do latim *praescriptio*, do verbo *praescribere*, que se compõe de *prae* e *scribere*, cujo significado é escrever antes ou no começo. Em linhas gerais, tem como finalidade harmonizar a incidência da pena ao interesse social presente na punição[131], mutável pela passagem do tempo.[132] Como garantia fundamental do cidadão, a controvérsia sobre a *ratio essendi* da prescrição, com a ausência de manifestação estatal, remonta muitos séculos da história da civilização.[133]

> Não obstante já conhecida no direito grego, a prescrição da ação apareceu pela primeira vez na legislação graças aos antigos juristas romanos, que, interpretando seus textos, descobriram, à época do Imperador Augusto, o texto legal mais antigo relativo à prescrição do procedimento criminal: a "Lex Julia de Adulteriis", do século XVIII a.C. Segundo a "Lex Julia de Adulteriis" (1736 ou 1737 a.C.), após cinco anos, aquele que tivesse cometido um adultério não podia ser mais acusado. A escolha do prazo quinquenal,

---

cinco anos para as ações e de um ano nas ações privadas, tendo sido, ulteriormente, determinação de Diocleciano, ampliado para vinte anos, quando se do crimina pública. Historicamente, noticia-se também que o Código Penal francês 1791 previu a prescrição para a condenação, o que foi seguido por diversas legislações, excetuadas a inglesa, a prussiana e a toscana". (MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. *Prescrição em matéria criminal*. Leme: Mizuno, 2010, p. 13).

131 "O tempo arrasta-se letargicamente num clima de angústia, insegurança e ansiedade, transformando-se em pena por excelência, tão ou mais angustiante que a própria pena privativa de liberdade. Além disso, a inegável restrição da liberdade que o processo acarreta, associada ao sentimento de incerteza a respeito da futura submissão à medida extrema da privação da liberdade, provoca sensação de angústia que, mesmo estando solto o acusado, se confunde, ainda que guardadas as proporções, com as sensações experimentadas dentro do cárcere". (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 886).

132 ABDALA, Vinícius. *Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.* In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, n. 97, p. 485, ago. 2012.

133 "Os costumes e a cultura de cada povo ditavam os parâmetros para que se aceitasse a liberação de um criminoso pelo simples decurso do tempo. O primeiro texto legal que tratou da prescrição foi a *Lex Julia*, datada do ano 18 a.C. para determinados crimes. Estendeu-se, posteriormente, à generalidade dos crimes, com exceção do parricídio, parto suposto, entre outros. O desenvolvimento do instituto da prescrição processou-se lentamente através dos séculos, sendo admitido no direito germânico e no direito de outros povos. Na Idade Média, procurou-se adotar exagerada redução dos prazos prescricionais, motivando enérgica reação, posto que teve como resultado a grande dificuldade em se configurar a ocorrência de prescrição. Mas essa era somente a prescrição da ação, isto é, da pretensão punitiva. A prescrição da condenação, no entanto, surgiu na França, com o Código Penal de 1791. Com efeito, a Revolução Francesa parece ter favorecido esse acontecimento. Outros países, em seguida, também adotaram essa outra espécie de prescrição. No Brasil, somente a partir do Código Penal de 1890, passou-se a adotar a prescrição da condenação (art. 72), sendo que a prescrição da ação penal já foi adotada a partir do Código Criminal de 1830. Na realidade, o art. 65 do Código Criminal do Império (16-12-1830) declarava: "As penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum". Em outras palavras, as penas aplicadas eram imprescritíveis. Quanto à prescrição retroativa, por fim, sua discussão começou antes mesmo de o Código Penal de 1940 entrar em vigor, que foi o primeiro diploma legal a adotá-la. Na verdade, o legislador desse Código adotou o princípio de que a sanção concretizada na sentença, sem possibilidade de agravação diante da inexistência de recurso da acusação, era a sanção *ab initio* justa para o fato praticado pelo agente, revelando-se a pena abstrata muito severa e injusta para regular prazo prescricional". (BITENCOURT, Cezar arrumar todos Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 867-868).

> segundo relatam os historiadores, ocorreu em decorrência das festas lustrais comemoradas a cada cinco anos. Fulcrada na ideia de perdão e da purificação do homem, a festa lustral impedia a punição do delinquente, visto que purgado pelo tempo. O tempo, segundo os romanos, não só isentava os indivíduos, ou as cidades, lavando-lhes as culpas religiosas, por meio das festas lustrais, mas também bastava para a expiação do criminoso.[134]

Seu fundamento decorria do fato de que a inércia por parte do Estado significava o não interesse punitivo, não podendo ficar o infrator ao arbítrio da vontade das autoridades, consistindo, em verdade, uma reação à negligência estatal, retirando-se a sua legitimidade de punir. Quer compreendida como purificação ou cessação da expiação, quer por inércia, a prescrição criminal foi sendo aceita pela maioria das civilizações.

> A prescrição da ação penal, de início, foi fixada com um prazo de cinco anos para as ações públicas, sendo, posteriormente, firmada em apenas um ano para as ações penais privadas. Com a evolução do instituto perante as diversas civilizações, todavia, os prazos prescricionais foram alterados, adquirindo grande destaque à época de Deocleciano e Maximiliano (284-305 a.C.), fixando-o em vinte anos quando referente ao crimina pública. Com a "*Lex Cornelia de Injuriis*", novas modificações ocorreram quanto à fixação dos prazos prescricionais, passando para um ano quando aplicável à injúria verbal e para vinte anos quando atribuível à injúria escrita. Não obstante a prescrição do procedimento criminal ter variado seus prazos prescricionais, surgiu, durante a última época romana', a possibilidade de que alguns crimes fossem considerados imprescritíveis. Destacavam-se, dentre eles, o *parricidium*, a *supositio partus* e a apostasia. Cada qual, com sua razão de ser, apresentava motivos justificadores dos mais diferenciados. O *parricidium*, por exemplo, foi declarado imprescritível por motivos puramente sociais, já que a morte do pai representava o fim da família e, como instituição sagrada, exigia a punição do filho criminoso, qualquer que fosse o decurso do tempo. O *supositio partus*, por sua vez, possuía razões específicas, decorrentes do estado das pessoas que praticavam esse crime, a não ser admissível uma não-punição. O crime de apostasia ou de abandono da fé foi declarado imprescritível por injunção da influência da Igreja Católica, que, não podendo perder seu rebanho, amedrontava-o com a eterna punição.[135]

Ainda que se verifique alguma variação dos prazos prescricionais, ora tornando-os imprescritíveis, ora ampliando-os ou mesmo reduzindo-os, a estrutura

---

[134] FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 01-02.
[135] FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 3.

da prescrição ao longo de muitos anos, restou praticamente imutável.

Ocorre que essa instabilidade temporal teria incitado diversas críticas sobre o instituto no procedimento criminal, a ponto de quase ensejar seu desaparecimento. Por essa razão, passaram alguns países, a exemplo a Itália, na idade média, tendo por base as regras da legislação romana, a traçar, indiscriminadamente, os prazos de maneira fixa, sem qualquer conexão com a gravidade da conduta.

Consequentemente, aumentaram-se os atos sujeitos à imprescritibilidade, com forte influência aos crimes considerados “atrozes, excepcionais ou grandiosos, comumente denominados ‘atrocissima’, ‘exepta’ e ‘enormia’”.[136]

O fato é que, em que pesem seus fundamentos, diversas foram as críticas a recaírem sobre a prescrição, dentre elas o fato do instituto contradizer os princípios de Direito Penal, uma vez que importava em esperança de impunidade a alimentar o criminoso, que debilitava o efeito intimidatório da cominação da pena, anulando qualquer tentativa da hoje denominada "prevenção geral negativa"[137], opunha-se ao

[136] “A influência da emenda na prescrição, embora explorada, não alcançou as regiões germânicas. Enquanto os práticos italianos travavam discussões acirradas sobre tal influência, os alemães, segundo informa Von Liszt, sequer conheciam o instituto da prescrição nos delitos públicos, vindo seu ingresso a ocorrer apenas no transcurso dos séculos XVI e XVII. Paradoxalmente restrita ou mesmo desconhecida na Alemanha até o século XV, a prescrição da ação continuou a ser muito discutida entre os criminalistas italianos. Estes, sob o influxo dos romanos, adicionaram novas ideias, fixando o prazo prescricional em vinte anos para a generalidade dos crimes, restringindo o prazo de cinco anos para os crimes descritos na "Lex Julia de Adulteriis". O desenvolvimento intenso na Itália não significava, todavia, que a prescrição tivesse a unanimidade entre seus juristas, sendo prova dessa afirmação o combate dos publicistas do século XVII, a destacar-se Beccaria e Bentham. Dentre aqueles que combateram a prescrição nos séculos XVII e XVIII, imprescindível é a referência ao nome de Cesare Beccaria, um dos pensadores mais célebres e liberais da época. Apesar de liberal, entendia que a prescrição não deveria existir em relação aos crimes atrozes, pois representaria a negação de que a todo delito corresponderia uma pena como consequência necessária e inevitável. Seria, assim, para o nobre pensador, um prêmio à impunidade e um incentivo aos crimes alarmantes a abalar a comunidade, deixando-a em situação de defesa. Relativamente a crimes menores, no entanto, Beccaria entendia ter cabimento a prescrição, pois o cidadão não poderia, em um crime de ínfima perigosidade, ficar durante muito tempo sujeito às incertezas de um processo movido pelo Estado, estando certo de que, com o passar dos anos, o réu poderia recuperar-se, ou mesmo a punição perder a eficácia exemplar”. (FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 5).

[137] “Entre os defensores da teoria preventiva geral negativa da pena destacam-se Bentham, Beccaria, Filangieri,Schopenhauer e Feuerbach, Feuerbach foi o formulador da "teoria da coação psicológica", uma das primeiras representações jurídico-científicas da prevenção geral. Essa teoria é fundamental para as explicações da função do Direito Penal. Analisemo-la. A teoria defendida por Feuerbach sustenta que é através do Direito Penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade. Isto se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado, com a

princípio fundamental de que nenhum delito poderia ficar impune, ou seja, todo crime deveria ter uma pena, constituía um prêmio aos delinquentes mais hábeis que conseguiam elidir a ação da justiça, além de fomentar a impunidade, incitando ao crime, impedindo o alcance da finalidade principal da pena à época, qual seja, o mero retributivismo, ou expiação pelo mal praticado[138].

Apesar dos referidos motivos, dúvidas não existiram, perante as civilizações, quanto ao prevalecimento do instituto da prescrição, aceitas em diversas legislações e nas variadas épocas.[139]

---

aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada. A elaboração do iniciador da moderna ciência do Direito Penal significou, em seu tempo, a mais inteligente fundamentação do direito punitivo. Na concepção de Feuerbach, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma "coação psicológica" com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo. Já não se observa somente a parte, muitas vezes cruel, da execução da pena (que nesse caso serve somente para confirmar a ameaça), mas se antepõe à sua execução a cominação penal. Presumia-se, assim, que "o homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas psiquicamente, levando-o a pensar que não vale a pena". (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158).

138 "Las muy diferentes razones que explican la existencia de la prescripción de la pena son las mismas que explican la prescripción de la acción, porque ambas tienen en común el transcurso del tiempo, que es el único sobre lo cual hay pleno acuerdo. Pero principalmente porque ambas prescripciones constituyen un obstáculo al poder punitivo, por eso resulta indiferente que las regulen normas procesales o penales. Para unos, el fundamento de la prescripción de la acción es el tiempo que borra las pruebas del delito, para otros los que se borra es el recuerdo del hecho. También están los que sostienen que la prescripción se justifica porque el estado, por el transcurso del tiempo, pierde interés de perseguir o penar, o por la misma razón se autosanciona inhibiéndose de perseguir o penar. Pero aparte do que estas razones posan contener algo de cierto, lo determinante de la prescripción es lo determinante para la pena, es decir su naturaleza irracional, sea de la pena como conminación o de la pena impuesta. Con ello se quiere decir que la prescripción evita que un fenómeno de por si nunca de todo irracional se vuelva, con motivo de transcurso del tiempo, en un hecho de mayor irracionabilidad (…)". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 685-686).

139 "A aceitação e a divulgação do instituto da prescrição foram tão intensas que também em França foi acolhida, sendo fixado pela sua jurisprudência um prazo prescricional de vinte anos, sem o que impossível tornar-se-ia a punição. A receptividade da prescrição foi tão grande ao longo dos anos que, no século XIX e, posteriormente, no século XX, alcançou-se o apogeu da codificação da prescrição do procedimento criminal, a destacar-se, dentre sua enunciação nas legislações: o Código grego (1833); o Código de Malta (1854); o Código da República de San Marino (1865); o Código espanhol (1870); o Código alemão (1872); o Código húngaro (1878); o Código holandês (1881); o Código português (1852 e 1886); o Código italiano de Zanardelli (1889); o Código búlgaro (1896); o Código norueguês (1902) e o Código russo (1903). A partir do século XIX, os países da América resolveram codificar a prescrição penal e contemplá-la no Código Penal da Argentina (1921), arts. 59 e s.; Código Penal da Bolívia (1834), arts. 103 e s.; Código Penal da Colômbia (1936), arts. 105 e s.; Código Penal da Costa Rica (1941), arts. 148 e s.; Código de Defesa Social de Cuba (1936), arts. 100 e s.; Código Penal do Chile (1874), arts. 93 e s.; Código Penal do Equador (1938), arts. 103 e s.; Código Penal da Guatemala (1936), arts. 107 e s.; Código Penal de Honduras (1906), arts. 111 e s.; Código Penal do México (1931), arts. 100 e s.; Código Penal da Nicarágua (1891), arts. 115 e s.; Código Penal do Panamá (1922), arts. 86 e s.; Código Penal do Paraguai (1910), arts. 109 e s.;

2.5.2. A prescrição no Brasil: Breves aspectos históricos.

No que tange à história da prescrição do *ius puniendi* no Brasil, ressalta-se que a primeira regulamentação ocorreu com o Código de Processo Criminal de 1832 e, posteriormente, com a Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, e o Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842. Proporcionava-se ao delito cometido, a prescrição do procedimento criminal no país, cotejando-se o decurso temporal à maior ou menor gravidade do crime.

Em 1940[140], entrou em cena o atual Código Penal Brasileiro, conferindo, nos arts. 109 a 118, nova sistemática à prescrição, estabelecendo-lhe causas taxativas de interrupção e suspensão. Em 1969[141], o Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro, dispôs sobre um novo Código Penal brasileiro, não chegando, todavia, a entrar em vigor.

Código Penal do Peru (1924), arts. 118 e s.; Código Penal de Porto Rico (1902), arts. 77 e s.; Código Penal de El Salvador (1904), arts. 83 e s.; Código Penal do Uruguai (1933), arts. 117 e s., e Código Penal da Venezuela (1926), arts. 108 e s". (FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 7).

[140] "Antes da aprovação do Código Penal de 1940, a legislação anterior tratava da prescrição corno sendo causa de "extincção da acção penal e da condemnação"(Título VI do C.P. de 1890 e da Consolidação das Leis Penais). No C.P. de 1940, preferiu-se a rubrica Extinção da Punibilidade "à tradicional da ação penal e da condenação, que corresponde a conceitos reconhecidamente errôneos. Foi igualmente enjeitada a epígrafe adotada pelo Código Italiano, isto é, 'extinção do crime e da pena'. Apesar da brilhante sustentação de Massari, tal epígrafe tem numerosos adversários. O que se extingue, antes de tudo, nos casos enumerados no art. 108 do projeto, é a próprio direito de punir por parte do Estado (a doutrina alemã fala em Wegfall des Staatlichen Staatsanspruchs). Dá-se, como diz Maggiore, uma renúncia, uma abdicação, uma derrelicção do direito de punir do Estado. Deve dizer-se, portanto, com acerto, que o que cessa é a punibilidade do fato, em razão de certas contingências ou por motivos vários de conveniência ou oportunidade política". (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Da prescrição penal: doutrina, prática, jurisprudência: de acordo com as Leis n. 9.268/96 e 9.272/96*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 40).

[141] "Pode-se afirmar que este foi um Código Penal "sem nunca ter sido". As mutações ocorridas no quadro social, político e econômico brasileiro, após a década de 50, levaram o próprio Nelson Hungria a aceitar a incumbência de elaborar um anteprojeto de novo Código Penal, apresentando-o ao Governo no ano de 1963. Esse anteprojeto, submetido à revisão final por Comissão integrada pelo Professores Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo D'Aquino, veio transformar-se, em circunstâncias pouco esclarecidas (consta que o projeto não estava concluído), no C.P. de 1969, editado pela Junta Militar então no poder. Mal recebido - crítica, teve o novo estatuto o seu início de vigência adiado por mais de uma vez até que, no Governo do Presidente Geisel, optou-se pela reforma parcial do C.P. de 1940 e pela revogação definitiva do Código de 1969, o que de fato se deu, respectivamente, pelas Leis n9- 6.416, de 24/05/77, e 6.578, de 11/10/78. Sobre esse diploma, assim se manifestou o Revisor Heleno Fragoso: "é evidente que aquele Código, elaborado em época bem diversa, não correspondia às exigências atuais do nosso Direito Penal, e sua revogação merece aplauso". (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Da prescrição penal: doutrina, prática, jurisprudência: de acordo com as Leis n. 9.268/96 e 9.272/96*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 47).

> Em 1980, o então empossado Ministro da Justiça Ibrahim Abiakel, constituiu, através da Portaria nº 359, de 22 de abril de 1980, Comissão Examinadora do Projeto de Código de Processo Penal, integrada pelos juristas Manoel Pedro Pimentel, Hélio Fonseca e Francisco de Assis Toledo, e, com a Portaria n. 839, de 14 de setembro de 1980, a Comissão encarregada da harmonização do estatuto processual com as normas do Anteprojeto de Código de Execuções a ser elaborado pelo antigo Conselho Nacional de Política Penitenciária. Integravam-na o Prof. Rogério Lauria Tucci, o Dr. Hélio Fonseca e o Dr. Francisco de Assis Toledo.
>
> Porém, com o avanço dos trabalhos, percebeu-se que era necessária a extensão da reforma também ao Código Penal de 1940, sem o qual tornaria desconforme e heterogênea a legislação material e formal.
>
> Diante disso, foi nomeada outra Comissão para elaborar um anteprojeto de reforma do Código Penal (Portaria nº 1.043 de 27/11/80), presidida por Francisco de Assis Toledo e integrada por Francisco Serrano Neves, Ricardo Antunes Andriucci, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti e Hélio Fonseca.
>
> Posteriormente, optou-se pela divisão da reforma em duas etapas: a primeira, objetivando a Parte Geral do Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais; a segunda trataria da Parte Especial do Código Penal e da Lei de Contravenções Penais.
>
> Concluídos os trabalhos da primeira fase, foram encaminhados ao Ministério da Justiça o Anteprojeto de Código Penal – Parte Geral, o Anteprojeto de Código de Processo Penal e o Anteprojeto da Lei de Execuções Penais, em 18/02/81, 27/03/81 e 21//07/81, respectivamente.
>
> Em 1981, os diplomas foram amplamente debatidos era Conferências por todo o País, e, em 24 de junho de 1981 – pela Portaria nº 371 -, foram nomeadas Comissões Revisoras, com incumbência do exame das sugestões, da revisão dos anteprojetos da redação dos textos definitivos.
>
> No ano de 1982 foram concluídos os trabalhos das Comissões Revisoras e, com isso, encaminhados os projetos definitivos à Presidência da República, que, em 29/06/83, submeteu-os ao Congresso Nacional. Em 11 de julho de 1984 os Projetos de Código Penal – P.G. – e da Lei de Execuções Penais foram convertidos em Leis 7.209 e 7.210, respectivamente.
>
> Os Projetos de Código Penal – Parte Especial -, de Código Processual Penal e da Lei das Contravenções não lograram êxito.[142]

Em 1984, portanto, reformulou-se a Parte Geral do Código Penal de 1940 e com ela foram estipulados novos contornos à prescrição, dentre eles, destaca-se os arts. 116 e 117, concernentes à suspensão e à interrupção da prescrição, ademais de suas espécies, quais sejam, a prescrição da pretensão punitiva e da pretensão

[142] SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Da prescrição penal: doutrina, prática, jurisprudência: de acordo com as Leis n. 9.268/96 e 9.272/96*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 48-49.

executória.[143]

Em 2010, entra em vigor a lei 12.234, estabeleceu novas regras para a prescrição da pretensão punitiva, em especial, em sua modalidade retroativa, com as alterações nos artigos 109 e 110 do Estatuto Repressivo, modificando os respectivos limites de retroação, não mais partindo da data do fato até o recebimento da denúncia, mas sim, tendo esse marco, como o termo *a quo* para o início de sua contagem[144].

2.6. O racismo, a prescrição e o Supremo Tribunal Federal.

Pelo que se pode extrair, em uma análise histórica da prescrição, e frente à premente necessidade de se corrigir as distorções raciais, o instituto foi alçado à natureza de norma constitucional, ao *status* qualificado de cláusula pétrea, inserido no texto maior, sem qualquer relação, naquela oportunidade, com atos que se pretendia punir.

Ao se cotejar a pretensão do legislador constituinte com a natureza e a ideia do que vem a ser a prescrição, o Supremo Tribunal Federal busca empregar sentido à imprescritibilidade moldada na Carta Maior, avocando conceitos interdisciplinares

---

[143] "A prescrição da pretensão executória, conceitualmente, já está definida como incidente de execução. Não é preciso grande esforço hermenêutico para compreender que somente é possível prescrever a execução de uma pena já fixada, portanto, não se pode falar em mera pretensão de punibilidade, mas sim em punibilidade assentada e concreta. Só pode prescrever a execução de uma pena já perfeitamente estabelecida". (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 612).

[144] (...) a prescrição retroativa é um corolário dos princípios da personalidade e da individualização da pena, além de demonstrar, in concreto, que é exatamente a sanção merecida desde o momento em que se consumou o fato delituoso (e não aquela abstratamente prevista na norma incriminadora, que apenas tem a função de estabelecer os limites, mínimo e máximo, dentro dos quais o magistrado deverá dosar a pena aplicável ao caso concreto). Trata-se, na verdade, de odioso e equivocado retrocesso imposto pelo legislador infraconstitucional com esse diploma legal, afrontando, além dos princípios da proporcionalidade (proibição de excesso) e da própria culpabilidade, a garantia constitucional da razoável duração do processo, conforme demonstraremos adiante. A irrazoável demora da investigação do processo, enfim, da *persecutio criminis* atinge diretamente a dignidade da pessoa humana (que não pode ficar ad eterno sob suspeita ou investigação estatal). Com efeito, a aplicação da pena depois de decorrido um longo período de tempo encontrará, com certeza, um acusado completamente modificado, distante, diferente daquele que praticou a infração penal; é como se fosse outro homem que estaria sendo julgado, e não aquele que cometeu a infração penal—. Não se pode olvidar que em um Estado Constitucional Democrático de Direito a lei penal não vige somente para punir o infrator, mas igualmente para proteger o cidadão contra os abusos frequentemente praticados pelo Estado, constituindo uma espécie de Carta Magna do cidadão investigado, contra os abusos do poder repressivo estatal. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 991/992).

e buscando na seara da sociologia, da antropologia, entre outras ciências, estatuir a razão de se excepcionar a regra geral da prescrição, levando-se em conta, principalmente o valor da igualdade entre os povos como pressuposto da dignidade humana.

Como salienta a Suprema Corte Brasileira:

> A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. (...) Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da normal[145].

[145] "Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a

Ainda como fundamento para se justificar a tamanha excepcionalidade, a Corte Constitucional salienta a existência de um nexo estreito entre a imprescritibilidade, como uma espécie de tempo jurídico que escoa sem encontrar termo, e a memória, um apelo ao passado à disposição dos vivos, o triunfo da lembrança sobre o esquecimento.

Como bem se observa, a imprescritibilidade aqui levantada tem como base princípios meta jurídicos, diretamente ligados à ideia de se compatibilizar os conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir uma definição jurídico-constitucional do termo, em uma interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, visando, ao que se pôde verificar, a perpetuação ao culto de respeito aos direitos humanos, como também o repúdio aos atos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais, por motivos raciais de torpeza inominável[146].

---

prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem". (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL - HABEAS CORPUS - Relator: Min. MOREIRA ALVES - Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA - Julgamento: 17/09/2003 – Publicação: DJ 19-03-2004).

[146] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL - HABEAS CORPUS -

Resta claro que a Constituição da República de 1988 firmou um termo histórico, no tratamento político e jurídico no tema racial, buscando uma resposta a uma dívida de séculos do país em face da comunidade negra, seja pela escravidão ou mesmo pela exclusão social.

Relator: Min. MOREIRA ALVES - Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA - Julgamento: 17/09/2003 – Publicação: DJ 19-03-2004.

3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM COLISÃO. IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE RACISMO *VERSUS* A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.

Em um afã de se enrijecer a repressão aos atos de racismo, extirpando-se qualquer espécie de preconceito e discriminação, elevou-se ao máximo o lapso temporal do *ius puniendi* estatal, todavia sem se considerar determinados preceitos humanitários, ou mesmo de legitimação do próprio conceito de justiça, os quais serviram de alicerce para o instituto da prescrição penal.

Por mais paradoxal que possa parecer, o legislador constituinte descortinou a função garantidora da prescrição, com o escopo de proporcionar a absoluta proteção à não discriminação, fazendo emergir uma estreita relação entre o direito e a realidade, em meio ao complexo mundo apresentado pelo Direito Penal, necessariamente moldado pelos critérios da denominada política criminal[147].

A seleção, ou não, tanto da tipificação de condutas à etiqueta de delitos, quanto à extrema opção pela declaração de imprescritibilidade, oscilam de acordo com os interesses que predominam em determinada época e contexto social, transitando entre as realidades democráticas e autoritárias, sem perder de vista os demais fatores culturais e aqueles voltados à área da criminologia.

Busca-se, assim, construir uma definição jurídico-constitucional do termo, em uma interpretação axiológica da Constituição da República, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais, a fim de se obter o real sentido e alcance da norma, visando, ademais, perpetuar o culto de respeito aos direitos humanos, como também o repúdio aos atos do passado, que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais, por motivos raciais de torpeza inominável[148].

Seja na seara jurídica ou mesmo nos demais ramos do saber, pela própria história de luta e afirmação diária dos direitos fundamentais, o cenário

---

[147] CALIXTO, Clarice Costa. *Breves Reflexões Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Racismo*. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7049>. Acesso em: 09 abr. 2017

[148] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL - HABEAS CORPUS - Relator: Min. MOREIRA ALVES - Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA - Julgamento: 17/09/2003 – Publicação: DJ 19-03-2004.

nacionalmente estatuído segue a ainda persistente tradição de hierarquia entre os povos, a qual impulsionou a consagração, na própria Constituição da República, de um instituto de natureza penal que vai de encontro ao cipoal principiológico de um sistema jurídico então inaugurado com a constituinte.

Elencar como imprescritíveis os delitos de racismo, alçando-os à envergadura constitucional, sob a roupagem de uma proteção meramente formal, parece vulnerar as garantias da segurança, estabilidade jurídica e a ampla defesa, sujeitando o indivíduo a eterna ameaça da repressão do Estado, sem qualquer preocupação com as consequências do tempo sobre os elementos probatórios que embasam os fatos, sobre o próprio acusado ou mesmo sobre a repercussão social atrelada ao delito[149].

Em meio a esse cenário, o que se pode verificar é a existência de uma incompatibilidade do sistema jurídico, em respaldar a perpetuação dos delitos insertos na lei 7.716/89 (dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), levando-se em conta critérios de política criminal, relegando ao segundo plano uma outra gama de princípios, valores e uma série de considerações de envergadura constitucional penal e processual penal, ademais dos atributos que são inerentes aos próprios seres humanos, muito embora respondendo por uma ação penal.

O atual contexto social, em um progressivo processo que visa o amadurecimento de um Estado que se diz democrático de direito[150], não mais se faz

[149] "Vários organismos internacionais têm se preocupado com a razoabilidade do prazo processual, reconhecendo que o seu alongamento desmesurado ofende, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, nos idos de 1950, assegurou o direito à duração razoável do processo, prevendo em seu art. 6º, n. 1, o seguinte: "Toda pessoa tem direito a um julgamento dentro de um tempo razoável, perante um tribunal independente e imparcial constituído por lei, para fins de determinar seus direitos e deveres de caráter civil ou sobre o fundamento de qualquer acusação penal que lhe seja imputada. A sentença deve ser lida publicamente, mas o acesso à sala de audiência pode ser vetado à imprensa e ao público durante todo o processo ou parte dele, no interesse da moral, da ordem pública, ou da segurança nacional de uma sociedade democrática, quando o exigirem os interesses dos menores ou a tutela da vida privada das partes, em que a publicidade possa prejudicar os interesses da justiça". Na mesma linha, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) estabelece em seu art. 7º, n. 5: "Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo." (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 996).

[150] CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de Direito Constitucional. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 21-22.

plausível a pura e simples concretização, via processo, do direito de punir do Estado.

É possível perceber a busca do legislador em reconhecer e lapidar instrumentos normativos que projetem no mundo empírico a real dimensão material dos direitos fundamentais, e não mais a sua mera consagração em ordenamentos jurídicos esparsos, direcionando suas premissas como vetores indissociáveis à legitimação de toda atuação destinada a restringi-los, sob pena de se configurar eventual desvio ou abuso do poder estatal.

O acusado, em que pese a gravidade histórica dos delitos e os bens jurídicos que se pretende tutelar, amparado pelas premissas, como anteriormente mencionado, de um Estado Democrático de Direito, não mais pode ser colocado na condição de objeto de direito, sendo alçado, portanto, ao *status* de sujeito de direitos, cujas garantias inerentes ao próprio ser humano, também deverão ser consideradas[151].

Deverão ser compatibilizados, portanto, não somente os bens jurídicos avocados à proteção, mas também os princípios constitucionais em constante colisão, pautando-se o operador do direito, no caso o Poder Judiciário, a garantir a efetivação dos valores atrelados à dignidade, seja ela ligada ao repúdio aos mencionados atos de racismo, seja ela ligada ao sujeito passivo de um processo criminal.

Hodiernamente, cumpre destacar que crescente é a postura adotada pelo Poder Judiciário na defesa e implementação das normas constitucionais, visando o

[151] "Em um Estado Democrático de Direito, o processo penal não é apenas um instrumento destinado apenas à efetivação do poder de punir mas também meio de garantia contra os excessos do poder repressivo estatal. A nova ordem democrática procura conter a natural ânsia de exasperação punitiva do poder constituído, exigindo que o processo não se conduza somente com objetivo repressor, mas que se transforme em instrumento de garantia do indivíduo perante o Estado. Na realidade, é inadmissível que se interprete restritivamente o disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República, como, desafortunadamente, vem fazendo, majoritariamente, a jurisprudência brasileira, ou seja, limitando-se a relaxar a prisão cautelar quando eventualmente existente. Dessa forma, a demora excessivamente injustificada em solucionar os casos penais impõe que o Estado, por inoperância, incompetência ou inaptidão "abra mão" de seu poder de punir porque, na verdade, já o exerceu por meio da submissão do acusado ou investigado a intenso e prolongado sentimento de incerteza e angústia enquanto se desenrola o processo." (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 996).

engrandecimento e o fortalecimento da própria democracia, em um verdadeiro avanço da denominada justiça constitucional, a qual se fortaleceu, principalmente, nos países ocidentais depois da Segunda Guerra Mundial[152].

As Cartas Constitucionais do Pós Guerra, em razão de sua própria essência, não visam a contemplar de forma casuística todas as situações que porventura venham a ocorrer em sociedade, ao contrário, possibilitam, por sua imensa carga axiológica, uma constante valoração pelo operador do direito[153].

Frente ao dinamismo das relações sociais, tanto os Juízes, quanto as Cortes de Justiça passaram a empregar uma postura proativa na resolução dos problemas, questões individuais e sociais, enfrentando, para tanto, situações não regulamentadas por lei, ou que haja conflito entre dispositivos legais, ou mesmo que possam ultrapassar as suas barreiras, fazendo eclodir uma espécie de tensão, uma verdadeira colisão entre normas constitucionais.[154]

Se a Constituição Federal, nos países adeptos à *civil law*, é considerada a norma suprema e fonte de validade para todo ordenamento jurídico e se em seu corpo de normas (artigo 5º) contempla os direitos e garantias fundamentais de todo cidadão, constitucionalmente inarredáveis, tendo em uma das vertentes a contenção dos poderes do Estado, não há como se fazer uma interpretação isolada de seus dispositivos, sob pena de fragilizar a força normativa de seus comandos.

Imprescindível se faz a remodelação da norma maior, sem deixar de lado os aspectos valorativos e históricos que levaram o constituinte a elencar como imprescritíveis os crimes de racismo, visando cotejar o comando constitucional, com uma série de outros princípios, também constitucionais, e que iluminam o processo.

Ressalta-se que os acusados da prática de um delito não são meros expectadores do painel procedimental, mas coautores (e sujeito de direitos) do destino do procedimento, sendo que não poderá a pretensão punitiva deixar de ser

---

[152] BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, 2011, p. 143.
[153] BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, 2011, p. 143.
[154] ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 88/111.

iniciada e nem se arrastar por um lapso temporal desarrazoado e desproporcional ao estritamente necessário à entrega da prestação jurisdicional.

O processo penal constitucional[155], edificado por princípios, conforme já amplamente demonstrado, não poderá ser considerado como um sistema autossuficiente, voltado unicamente aos seus fins e objetivos, haja vista também a sua função social, mas considerado como um elo no próprio sistema jurídico, respeitando-se direitos e garantias inerentes à própria pessoa humana.

Não se está defendendo uma menor punição aos delitos dessa natureza, mas sim, a ausência de uma lógica coerente entre o sistema constitucional e legal, quando assegura à imprescritibilidade de delitos dessa natureza (garantia meramente formal), ao mesmo tempo em que são cominadas penas irrelevantes para a adequada repressão e prevenção desses crimes (desproporcionalidade objetiva), ademais da incorreta observância dos critérios para análise dos princípios em colisão (desproporcionalidade subjetiva).

Do mesmo modo, não se pode vislumbrar uma ação estatal destinada a vedar a afronta aos direitos humanos e a desigualdade entre os povos e, ao concomitantemente, vulnerar, como já dito, outra ~~enorme~~ gama de princípios também de natureza constitucional e que legitimam a intervenção da lâmina mais afiada do direito, qual seja, o direito penal.

Um processo penal concretizado em procedimento que não observa os termos legais, a razoabilidade dos prazos[156], a segurança jurídica, em afronta ao

[155] "A Constituição da República (CR) foi pródiga em estabelecer uma série de princípios do processo e, em especial, do processo penal. Esse corpo principiológico da CR representa o modelo constitucional de processo brasileiro, podendo-se falar em um 'devido processo constitucional'. As diversas garantias constitucionais, embora tenham operacionalidade em si e isoladamente, ganham força quando atuam de forma coordenada e integradamente, constituindo um sistema ou um modelo de garantias processuais." (BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 03/04).

[156] "A organização política e jurídica de todas as nações independentes confere ao Estado as condições, os meios e toda a estrutura necessária para desenvolver a persecução penal em prazo razoável, nos moldes assegurados não apenas pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos como também pela nossa Carta Maior (art. 5º, inc. LXXVIII). Não se pode ignorar que a excessiva demora (além do prazo razoável) da prestação jurisdicional efetiva deve-se exclusivamente à inoperância do Estado, que, com frequência, não cumpre suas funções institucionais em tempo razoável. O ônus da inoperância do Estado não pode mais recair sobre os

escorreito devido processo legal constitucional, coloca em descrédito o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, restando-se absolutamente maculado em sua própria essência, inapto, portanto, à produção de qualquer efeito.

3.1. Os direitos fundamentais e suas respectivas gerações/dimensões.

Constitucionalizar determinados direitos subjetivos e torná-los fundamentais, de certo modo, nada mais é do que incorporá-los em normas formais e materialmente constitucionais, instituídas por representantes legitimamente instituídos pelo povo e subtraindo-as da mera disposição, por vezes oportuna, do legislador ordinário.

Destaca-se, sob um espectro formal, que as normas condutoras dos direitos fundamentais, são, pela própria natureza, colocadas em um grau ou mesmo um patamar superior da ordem jurídica, vinculando todos os demais poderes constituídos (Judiciário, Legislativo e Executivo), direcionando e respaldando as respectivas atividades, ao passo em que, em um viés material, "*o ponto característico que serviria para definir um direito fundamental seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana"*[157].

Os direitos fundamentais, sabe-se, foram delineados ao longo dos tempos e diretamente vinculados, tanto em sua gênese, quanto em seu processo de amadurecimento, à realidade de determinado contexto social e temporal, um verdadeiro processo de maturação histórica, coerente e cronológico.

A fundamentalidade, registra-se, assume um papel de extremo destaque no

---

ombros do cidadão acusado, preso ou solto. Aliás, nesse sentido, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem recomendando uma releitura do tempo do processo, que não pode ser confundido com o tempo absoluto e objetivo, devendo relacionar-se à subjetividade individual do acusado, que não se interrompe e nem se suspende em momento algum. Beccaria, a seu tempo, já afirmava que, mais que a gravidade ou extensão da pena, é a celeridade processual que pode produzir os melhores efeitos sobre o acusado." (BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 998).

[157] ANDRADE, Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 85.

seio social, quando alterna a tradicional relação entre o Estado e os seus sujeitos, passando-se a reconhecer, antes dos deveres, os direitos inerentes a cada indivíduo, além daqueles denominados de transindividuais.

> O cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo.
>
> Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certos números de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação — o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos.
>
> Essas ideias tiveram decisiva influência sobre a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776 (O art. 1º da Declaração de Direitos de Virgínia proclama que todos os homens são por natureza livres e têm direitos inatos, de que não se despojam ao passar a viver em sociedade. O art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão diz que o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. E o art. 4º da mesma Declaração afirma que o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limite senão as restrições necessárias para assegurar aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos), e sobre a Declaração francesa, de 1789. Talvez, por isso, com maior frequência, situa-se o ponto fulcral do desenvolvimento dos direitos fundamentais na segunda metade do século XVIII, sobretudo com o Bill of Rights de Virgínia (1776), quando se dá a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem, até ali mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do que a normas jurídicas obrigatórias, exigíveis judicialmente[158].

Fruto de realidades históricas distintas, há que se ressaltar que alguns direitos

[158] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55/56.

que antes não se enquadravam na categoria de fundamentais, poderão ser, frente a determinadas circunstâncias, alçados a esse *status* ou mesmo dele não mais fazerem parte, quando ausentes as condições ou mesmo as situações nas quais deverão atuar.

Imprescindíveis, portanto, e indispensáveis para própria existência e convívio pacífico entre os seres humanos, e tendo como características[159] o fato de serem absolutos e universais, a historicidade, a inalienabilidade/indisponibilidade, a constitucionalização, a vinculação aos interesses públicos, os direitos fundamentais possuem como destaque a variabilidade, alterando-se, moldando-se ao longo da história de acordo com as necessidades e interesses predominantes.

Dentre as mais diversas maneiras de se pautar e se justificar os sistemas de pensamentos dos direitos fundamentais, até mesmo filosóficos[160], a fim de se alcançar o compasso referente à afirmação dos referidos direitos, a denominada teoria das gerações/dimensões[161], tendo como norte os ideais franceses referentes à igualdade a liberdade e a fraternidade.

Os direitos fundamentais de 1ª geração/dimensão estão a transitar entre o Estado de autoritário e o Estado de direito, destacando as liberdades individuais, quando o valor da liberdade passa a ser firmado através dos direitos civis e políticos.

> Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou

[159] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p.173/176.

[160] "Assim, para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas, os direitos humanos são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas." (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 207/208).

[161] "Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo "dimensão" substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo "geração", caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo." (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563).

> atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.
>
> Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos e nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico. São por igual direitos que valorizam primeiro o home-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual[162].

Alguns documentos históricos são marcantes para a configuração e emergência do que os autores chamam de direitos humanos de primeira geração (séculos XVII, XVIII e XIX), destacando-se a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei "João Sem terra", Paz de Westfália (1648), Habeas Corpus Act (1679), Bill of Rights (1688), Declarações, seja a americana (1776), seja a francesa (1789)[163].

Os direitos fundamentais da 2ª geração/dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, impulsionados pela revolução industrial europeia, nasceram associados ao princípio da igualdade, tendo esse como a sua *ratio essendi*, em decorrência das péssimas condições de trabalho, visando as reivindicações trabalhistas e normas de assistência social.

> Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e

---

[162] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 565.

[163] Nas revoluções liberais (francesa e norte-americana) ocorridas no final do Século XVIII, a principal reivindicação da burguesia era a limitação dos poderes do Estado em prol do respeito às liberdades individuais. Como observa Dieter GRIMM, "a burguesia partia do pressuposto de que a sociedade só poderia se regulamentar se seus membros estivessem face a face de forma igualitária e livre", razão pela qual o direito era necessário apenas como garantia de igual liberdade individual. Nesse período surgiram as primeiras Constituições escritas, consagrando direitos fundamentais ligados ao valor liberdade, os chamados direitos civis e políticos. Os direitos de primeira dimensão têm como titular o indivíduo e são oponíveis, sobretudo, ao Estado, impondo-lhe diretamente um dever de abstenção (caráter negativo) (NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 472.

> políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.
>
> Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meias e recursos.
>
> De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.
>
> De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma[164].

Os direitos fundamentais de 3ª geração/dimensão estão relacionados aos denominados direitos transindividuais que transcendem a esfera individual dos sujeitos, alcançando a denominada proteção de gênero humano, com elevado grau de humanismo e universalidade[165].

> Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano

[164] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 567.
[165] "O direito à paz, não obstante inserido por Karel Vasak como direito fundamental de 3ª dimensão, ao passo em que para alguns doutrinadores se enquadraria dentre aqueles insertos na 5ª dimensão, Paulo Bonavides sustenta que o direito à paz deveria ser tratado em dimensão autônoma, chegando a afirmar que a paz é axioma da democracia participativa, ou, ainda, supremo direito da humanidade." (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 593).

> mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencial idade concreta. Os publicitas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiam eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, À comunicação e ao patrimônio comum da humanidade[166].

Os direitos fundamentais da 4ª geração/dimensão irão decorrer da globalização dos direitos fundamentais, de uma espécie de universalização, todavia no campo institucional, tal qual o direito à democracia, à informação ou mesmo o direito ao pluralismo.

> Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política[167].

Vale registrar que os direitos acobertados pela 4ª geração traduzem a objetividade daqueles insertos nas duas gerações/dimensões anteriores, sem, entretanto, exclui-los, ademais da subjetividade dos direitos individuais, traçados na primeira geração.

> Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico[168].

3.2. O neoconstitucionalismo (pós-positivismo) e a força normativa[169] dos

[166] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 570.
[167] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 564.
[168] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 565.
[169] "En cambio, si predico que la totalidad de la constitución en la completitud de sus normas goza de fuerza normativa y es de cumplimiento exigible (también ante los jueces) estoy afirmando algo distinto a lo anterior; estoy diciendo que la constitución tiene fuerza normativa, pero que la frustración de ella es susceptible de quedar provocada por la inexistencia de medios, de vías y de controles que la resguarden, la aseguren, o la recuperen." (BIDART CAMPOS, German J. *El Derecho de la*

comandos constitucionais.[170]

Um marco no processo de democratização e de ruptura com o regime autoritário militar, a Constituição da Republica pode ser considerada o principal documento na consagração dos direitos humanos[171] no País, principalmente no que

---

Constitución y su fuerza normativa. Buenos Aires: Ed. Ediar, 2004, p. 51/53).

[170] "No es un secreto que hay constituciones que en materia de derechos "fundamentales", y otros derechos personales que, a veces, ni siquiera vienen descriptos con nombre de derechos, pero surgen de determinadas normas de la constitución. Nos interesa ahora cual es el efecto que se deriva de ese desdoblamiento en las aludidas categorías normativas. Ese efecto tiene que ver con las garantías que acompañan a unos derechos y a otros, sobre todo cuando expresamente las más fuertes se reservan solamente para la protección de los derechos llamados fundamentales, en tanto los otros se reenvían a tipos de procesos judiciales distintos. Esta dualidad de status en los derechos guarda algún parentesco con la fuerza normativa de la constitución porque, aun cuando todas sus cláusulas vinculen a los poderes públicos y a los particulares, la cobertura garantista de unos derechos y otros no siempre tiene la misma intensidad. Lo que más nos interesa destacar es la categorización de algunos derechos como fundamentales, en tanto otros no lo son, las respectivas garantías difieren. Las normas tienen un estilo proprio según las garantías a las que remiten, que todos invisten fuerza normativa. Lo que siempre queda pendiente es el alcance de su eficacia en relación con la intervención que, competencialmente, le pertenece al poder judicial para decidir si la constitución se cumple o no, según en qué ámbito estén insertos los derechos triplemente segmentados. Lo expuesto es más que suficiente para verificar que si en alguna medida es bueno que una constitución defina explícitamente como "fundamentales" a determinados derechos dentro de un plexo en el que no todos los derechos comparten esa categorización, en otro sentido esta complica el panorama de la fuerza normativa cuando el sistema garantista brinda coberturas de tutela diferenciadas, hasta el punto de que pueda reprochársele escasez o debilidad en el siempre difícil espacio de los derechos sociales." (BIDART CAMPOS, German J. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa.* Buenos Aires: Ed. Ediar, 2004, p. 250/255).

[171] "¿Qué entenderemos por "derechos humanos"? Suele ser conveniente, cuando se trata de expresiones que ya poseen una tradición científica, o por lo menos en el habla popular, que las delimitaciones que se propongan no ignoren completamente esas acepciones ya afincadas. Al contrario, cuanto más respeto se les pueda prestar, mejor. Las revoluciones verbales son fáciles de lanzar y llenan de satisfacción a sus detonadores, pero la verdad es que a menudo resultan innecesarias. Con la palabra "derechos", que tiene otros significados más, "principales", "paternos", etc., se suele hacer referencia al poder que alguna persona (o un conjunto de ellas) tiene, para exigir una o varias conductas de parte de otras. Pero no se trata de un poder fundado en la propia fuerza o medios (te puedo matar, porque tengo un arma), sino la aceptación de la comunidad. Al extremo de que, si la conducta en cuestión no es cumplida, el titular del derecho (quien tiene ese derecho, décimos metafóricamente) podría ir ante quien en esa comunidad estuviera encargado de expresar la voluntad social (juez, magistrado, cacique, funcionario, anciano, general, jefe de la banda de ladrones, etc.), y exigir que quien debía cumplir esa conducta la cumpla. O en todo caso, si esto no fuera posible, que se realice otra conducta, dada o respaldada por la comunidad: que sufra un castigo, que pague una indemnización, etcétera. El adjetivo que aparece en la expresión que nos ocupa es "humano". Quiere decir, según la Real Academia Española, "perteneciente o relativo al hombre" (es decir, a cada individuo de nuestra especie, varón o mujer). Así que por "derechos humanos" podríamos entender aquellos poderes amparados por una comunidad, que generan conductas obligatorias en los demás, y de los que se es titular por el simple hecho de ser un miembro de la especie del homo sapiens. Es decir, la nuestra. En cambio, habría derechos que cualquier ser humano tendría, fuera quien fuese e hiciera lo que hiciese. Esos serían, pues, los que llamaríamos derechos humanos". (RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. ¿Cómo se hicieron los derechos humanos? Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas. Vol. I. 1ª ed. Buenos Aires: Didot, 2013, p. 31-32)

diz respeito à afirmação normativa dos direitos e garantias fundamentais[172] e na proteção dos blocos vulneráveis da sociedade.

> Diversamente das visões jusnaturalistas e juspositivistas, nas quais, em regra, há uma separação estanque entre prescrição e descrição, na abordagem pós-positivista esta distinção é diluída em decorrência da busca por instrumentos adequados para a resolução dos casos duvidosos. Dentro desta proposta a teoria jurídica deve desempenhar, ao mesmo tempo, uma função descritiva e prescritiva, por deixar de ser mero instrumento de cognição do direito vigente para se tornar também um auxiliar indispensável para o juiz. A teoria jurídica assume uma dimensão prática e funcional extremamente importante para a redução da incerteza do direito, fornecendo os elementos necessários para a solução de problemas estabelecidos por casos difíceis.
>
> A abordagem pós-positivista faz surgir uma nova visão acerca da relação entre direito e moral que, por sua vez, conduz a um conceito de direito formado por elementos distintos daqueles contidos nas demais concepções.
>
> Na visão pós-positivista, a normatividade dos princípios e a centralidade da argumentação jurídica alteram a relação entre as esferas do direito e da moral que passam a ser pensadas de forma articulada. São respeitadas as especificidades de cada uma delas, mas com o reconhecimento da

[172] "Direitos humanos são tema que se relaciona com muitas dimensões de nossas vidas: democracia; participação política; economia; saúde; educação; habitação; definição de legislações (e o que fazer quando há conflito com as mesmas, que nos leva a temas como aprisionamentos, luta antimanicomial, pena de morte e outros); eles tratam de acordos mínimos para situações de guerra ou conflitos civis; deslocamento pelo espaço geográfico; trabalho; reconhecimento de cidadania em outros países; livre orientação e expressão sexual; desenvolvimento das plenas potencialidades de segmentos como crianças, adolescentes, mulheres, negros, índios e tantos outros; falam de populações ribeirinhas, habitantes de quilombos ou das ruas das cidades, bem como do combate a expressões reacionárias como racismo, homofobia, xenofobia, tortura; têm a ver com desigualdades sociais e suas origens estruturais; assume determinadas características com a divisão da sociedade em classes e com a apropriação privada de meios de produção de riquezas, bens e serviços; dialogam com a formação sócio-histórica de cada país, referem-se à concentração dos meios de comunicação com multidões e, também, com organização política sindical e em outros movimentos sociais. Direitos humanos podem dizer respeito a temas controversos e polêmicos como eutanásia, aborto, novas formas de vida a partir de células-tronco, utilização da evolução da ciência e da tecnologia para fins diversos. Enfim, direitos humanos relacionam-se com os modos de organizar a vida em suas diversas dimensões. Trata-se de discutir como são e devem ser as sociedades em que a humanidade vive, trabalha, se reproduz socialmente, se educa, reconhece novas necessidades e luta por sua satisfação. Relacionam-se com leituras macrossocietárias sobre o mundo e sobre os modos de produção e apropriação da riqueza socialmente produzida. Também sobre questões acerca do patrimônio cultural da humanidade, da sua relação com o meio ambiente e com as condições de vida das atuais e das próximas gerações". (RUIZ. Jefferson Lee de Souza. Direitos Humanos e Concepções Contemporâneas. São Paulo: Cortez, 2014, p. 13-14).

> impossibilidade de serem tratadas de forma segmentada. Ao pregar uma "conexão necessária" entre direito e moral, o pós-positivismo rompe com o paradigma do positivismo metodológico fazendo com que o dualismo entre as duas esferas dê lugar ao gradualismo. A moral penetra no direito, não apenas mediante a consagração normativa de valores morais em princípios, mas também por intermédio da argumentação[173].

Pode-se observar, desde seu preâmbulo[174], que a Carta Maior tem como intenção a instituição de um Estado Democrático de Direito, com vistas a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Em uma análise sistêmica do texto constitucional, extrai-se a preocupação do legislador constituinte em resguardar os valores da dignidade da pessoa humana, consignando em seus comandos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da garantia do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza, da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação[175].

Não resta dúvidas de que a Carta da República deverá ser interpretada através de sua unidade, como um verdadeiro sistema de resguardo a valores fundamentais, elencando-se a dignidade da pessoa humana como essencial vetor e fonte de interpretação e orientação a todos os demais, conferindo um suporte axiológico a todo o ordenamento brasileiro[176].

---

[173] NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 256.

[174] A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana". (Art. 1º, da Constituição Federal de 1988).

[175] Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (Art. 3º, da Constituição Federal de 1988).

[176] "Adotando-se a concepção de Ronald Dworkin, acredita-se que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Esses princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo sistema jurídico. O sistema jurídico define-se, pois, como uma

A Constituição da República, avançando na dimensão dos direitos e garantias, foi além da ideia de se tutelar unicamente os direitos individuais, buscando incorporar os direitos coletivos e difusos, ao contrário da Carta anterior, a qual priorizava a ideia dos direitos individuais.

> Ao mesmo tempo em que consolida a extensão de titularidade de direitos, acenando à existência de novos sujeitos de direitos, a Carta de 1988 também consolida o aumento da quantidade de bens merecedores de tutela, mediante a ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais. Vale lembrar que, ao longo da história constitucional brasileira, as Cartas de 1824 e 1891 foram Constituições liberais, já a Constituição de 1934 et seq. (com exceção da Carta de 1937) podem ser classificadas como Constituições sociais. Ainda que assim o seja, a Carta de 1988 expande, consideravelmente, o universo de direitos sociais, integrando-os na Declaração dos Direitos fundamentais[177].

Extrai-se do arcabouço constitucional o desenho de um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social[178], com a vulneração do anterior modelo e tendo como base a enorme gama de bens que passaram a merecer tutela, fazendo-se necessária uma postura intervencionista e de planejamento, adequando-se a uma nova seara de direitos, que não somente as de cunho individual.

Com vistas a reforçar o caráter imperativo das normas que regem os direitos e garantias fundamentais, esculpiu-se o denominado princípio da aplicabilidade

---

ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos, que apresentam verdadeira função ordenadora, à medida que salvaguardam valores fundamentais. A interpretação das normas constitucionais advém, desse modo, de critério valorativo extraído do próprio sistema constitucional". (PIOVESAN, Flávia. A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro. In: *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, n. 45, p. 283, out./dez., 2003).

[177] PIOVESAN, Flávia. A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro. In: *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, n. 45, p. 285, out./dez., 2003.

[178] "Com o Estado Social, como observa Paulo Bonavides, o Estado-inimigo cede lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem a se transformar num pacto de garantia social. Assim, o Estado Constitucional Democrático de 1988 não se identifica com um Estado de Direito formal, reduzido a simples ordem de organização e processo, mas visa a legitimar-se como um Estado de justiça social, concretamente realizável". (PIOVESAN, Flávia. A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro. In: *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, n. 45, p. 287, out./dez., 2003).

imediata[179], atribuindo-se aos poderes constituídos o dever de implementar a sua máxima eficácia[180], tornando-os, dessa maneira, diretamente aplicáveis aos casos e fatos postos à apreciação.

Nesse cenário, destaca-se que uma das grandes mudanças em termos de perspectiva e de paradigmas, ao longo do século XX[181], foi o reconhecimento à norma constitucional do *status* de norma jurídica, deixando de possuir a natureza de mera carta política, atribuindo-se o caráter vinculativo e obrigatório às suas disposições, conferindo-lhes, ainda, elevado grau de imperatividade, cuja eventual inobservância poderá deflagrar os respectivos mecanismos de coerção.

> O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade.

[179] "Agregou-se à lição da História o prestígio do axioma de que a Constituição – incluindo os seus preceitos sobre direitos fundamentais – é obra do poder constituinte originário, expressão da soberania de um povo, achando-se acima dos poderes constituídos, não podendo, portanto, ficar sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos. Além da Lei Fundamental alemã (art. 1º, n. 3), outras constituições, que também se seguiram a períodos históricos de menoscabo dos direitos fundamentais, adotaram, expressamente, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Assim, na Espanha (art. 33) e em Portugal (art. 18). A Constituição brasileira de 1988 filiou-se a essa tendência, conforme se lê no § 1º do art. 5º do Texto, em que se diz que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". O texto se refere aos direitos fundamentais em geral, não se restringindo apenas aos direitos individuais. O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas. Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles. (Mendes, Gilmar Ferreira - Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 184).

[180] "Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte. A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível. Sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera o poder--dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais." (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 183).

[181] Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em 17 maio 2017).

> Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objectivos são, como se viu atrás, de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como «lei»: o direito constitucional é direito positivo. Neste sentido se fala na "constituição como norma" e na "força normativa da constituição".
>
> A complexa articulação da "textura aberta" da constituição com a positividade constitucional sugere, desde logo, que a garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil, mas se o direito constitucional é direito positivo, se a constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade, (cfr. infra, Parte II, Cap. 3.°) regulando jurídica e efectivamente as relações da vida dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos[182].

Com os reflexos da alteração hermenêutica relacionada às normas constitucionais, necessariamente, passar-se-á a exigir atuação diversa dos Poderes Constituídos, os quais, por vezes, não mais poderão permanecer em um estado de inércia.

Edificado sob esses paradigmas, no que se refere ao Poder Judiciário, surge a ideia enfrentamento das questões empíricas, sob o viés constitucional, em uma visão voltada à interpretação de todo o ordenamento jurídico à luz da Carta magna, atrelada a uma participação mais intensa dos magistrados na implementação e na concretização dos valores, uma participação, de fato, proativa, buscando-se extrair, ao máximo, as potencialidades do texto maior, extirpando interpretações que porventura venham a ferir a Constituição, ademais de ponderar sobre os bens jurídicos e princípios constitucionais em colisão.

3.3. O poder Judiciário e a ponderação empírica dos princípios constitucionais em colisão.

Observa-se que quando se fala em normas constitucionais, faz-se possível a

[182] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 183.

classificação em dois grandes ramos, quais sejam, as regras e os princípios. Por regras se entende aqueles comandos em que, em face da ocorrência de uma situação empírica, vem a exigir, proibir ou mesmo permitir alguma situação, todavia, de modo categórico[183].

Na seara dos direitos fundamentais, a presença de princípios se faz mais presente. Pela própria natureza, os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. São determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai[184].

A solução de eventual colisão[185] entre princípios (diferentemente das regras, que ocorrem na dimensão da validade) deverá ser resolvida na dimensão do peso, definindo qual dos interesses, muito embora abstratamente no mesmo plano, irá prevalecer[186].

---

[183] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 212.

[184] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 212.

[185] "Conflito diante de um caso concreto, hipótese na qual as soluções serão divergentes de acordo com o direito aplicado. Na colisão em sentido impróprio o exercício de um determinado direito fundamental entra em colisão com outros bens constitucionalmente protegidos, como os bens jurídicos da comunidade ("saúde pública", "patrimônio cultural", "defesa nacional" e "família"). A colisão autêntica de direitos fundamentais ocorre quando o "exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular". Esta colisão pode ser entre direitos fundamentais diferentes188 ou entre os aspectos negativo e positivo de um mesmo direito, como no famoso caso ocorrido na Alemanha conhecido como "decisão sobre o crucifixo." (NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 502).

[186] "Mas onde a distinção entre regras e princípios desponta com mais nitidez, no dizer de Alexy, é ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. Comum a colisões e conflitos é que duas normas, cada qual aplicada de per si, conduzem a resultados entre si incompatíveis, a saber, a dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico. Distinguem-se, por conseguinte, no modo de solução do conflito. Afirma Alexy: 'Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (ungültig)'. Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem. Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja

Nesse compasso, em caso de tensão entre princípios que porventura venham a incidir sobre uma situação concreta, o que se deve buscar é uma espécie de solução entre ambos, ou seja, uma forma de conciliação, uma ponderada incursão de cada qual em extensões variadas, segundo a importância/relevância no fato posto à apreciação, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição em face do outro[187].

Fala-se em colisão de princípios, portanto, quando houver a proibição/determinação de um *facere* ou *no facere* por um respectivo princípio, ao mesmo tempo em que é por outro permitido, oportunidade em que um dos dois terá que ceder, mas não ser declarado inválido, nem mesmo introduzida nenhuma cláusula de exceção[188].

---

declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza. Antes, quer dizer – elucida Alexy – que, em determinadas circunstancias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária. Com isso – afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo – se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera. Da posição de Alexy se infere uma suposta contiguidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Aquela se acha subjacente a esta, já que os princípios têm muito que ver com os valores. Teoriza Alexy na mesma direção da jurisprudência dos valores, e aqui reside a inteira contemporaneidade, bem como a importância vanguardeira de seu pensamento jurídico tocante ao valor normativo dos princípios". (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 279/).

[187] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 212.

[188] Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais[82] da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre, 'no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais".[83] A seguir se pretende demonstrar que isso é válido de forma estrita quando as normas de direitos fundamentais têm o caráter de princípios. Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da

3.3.1. A flexibilização da imprescritibilidade constitucional dos crimes de racismo e oportunidade da intervenção judicial.

No que se refere aos delitos de racismo, a imprescritibilidade declarada pela Constituição da República busca perpetuar a repressão àquelas condutas voltadas à prática de qualquer tipo de discriminação e preconceito em razão da raça e da cor[189].

Trata-se da tentativa de se perpetuar a ideia, a ideologia, o princípio da igualdade, em detrimento a uma série de princípios que também regem o processo penal constitucional, dentre eles a duração razoável do processo, a celeridade, a eficiência, sendo que, em ambos os casos, dependendo da exegese que se pretenda aplicar, de um lado ou de outro, vulnerável também estaria o princípio da dignidade da pessoa humana.

> Um processo que perdura por tempo superior aos marcos estabelecidos nos arts. 109 e 110 do CP, ou seja, além do prazo razoável garantido pela nossa Carta Política, sem perspectiva de conclusão final, viola flagrantemente a garantia da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), vulnera o devido processo legal (LIV) e a segurança jurídica (5º, XXXIII), e, por consequência, atinge a própria dignidade da pessoa humana.[190]

Em que pese não mais se reconheça, sob o estrato científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, fruto de uma concepção histórica e política, a qual, não obstante alheia à ciência, não poderá deixar de ser considerada quando da aplicação do direito.

> É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do art. 5°, da Carta Política. (...) Veja-se que, se abstrairmos a questão social, chegaremos, em face das descobertas do projeto genoma, ao absurdo de concluir que o racismo não existe, consequência lógica da ausência de

---

necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 116/118).

[189] Lei 7. 716/89 (Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor).

[190] BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 998.

raças."[191]

A Constituição da República, portanto, quando se refere ao preconceito de raça e de cor, buscou tutelar não somente a população negra, mas também extirpar toda forma de discriminação direcionada a qualquer pessoa, tendo como pano de fundo, sobretudo, a ideia de proteção dos denominados direitos humanos.

Não obstante a relevância dos bens jurídicos em questão, não há como se legitimar um processo cujo trâmite procedimental escoe *ad eternum*[192], estendendo, indefinidamente, em outra vertente, o sofrimento daquele que responde pelo cometimento de um ato, naquele momento tido como criminoso, sujeitando-o, dessa forma, à incursão do Estado, a todo e qualquer momento, em sua liberdade, sem qualquer restrição de tempo, bem como aos demais efeitos deletérios e inerentes às próprias consequências do procedimento[193].

O tempo, sob essa perspectiva, é essencialmente o corolário do *ius puniendi*, especialmente quando submete o indivíduo a um processo penal, que se mostra abusivo ao ultrapassar o prazo razoável.

A título de exemplo, vale colacionar um fato ocorrido no Estado do Paraná,

---

[191] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL - HABEAS CORPUS - Relator: Min. MOREIRA ALVES - Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA - Julgamento: 17/09/2003 – Publicação: DJ 19-03-2004.

[192] "No que se refere ao Direito Penal, o tempo é fundante de sua estrutura, na medida em que tanto cria como mata o direito (prescrição), podendo sintetizar-se essa relação na constatação de que a pena é tempo e o tempo é pena. Pune-se através da quantidade de tempo e permite-se que o tempo substitua a pena. No primeiro caso, é o tempo do castigo; no segundo, o tempo do perdão e da prescrição. Como identificou MESSUTI, os muros da prisão não marcam apenas a ruptura no espaço, senão também uma ruptura do tempo. O tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena. O processo não escapa do tempo, pois ele está arraigado na sua própria concepção, enquanto concatenação de atos que se desenvolvem, duram e são realizados numa determinada temporalidade. O tempo é elemento constitutivo inafastável do nascimento, desenvolvimento e conclusão do processo, mas também na gravidade com que serão aplicadas as penas processuais, potencializadas pela (de)mora jurisdicional injustificada". (LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal.* São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 139).

[193] Não se pode ignorar, por outro lado, os naturais efeitos estigmatizantes do processo penal, cujo alongamento funciona como uma verdadeira pena, sem julgamento, sem condenação e sem individualização. Destaque-se, nessa linha, a eloquente manifestação de Ferrajoli: "é indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena — quase sempre leve ou não aplicada —, mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida, mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje se pode falar em valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena, mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão. (BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 998).

em que o Ministério Público teria ajuizado Ação Penal Pública (2005.10478-3 e 2005.10703-0, feitos em conexão), em face de E.T.D.S, pelos delitos predispostos nos artigos 121, §2º, incisos I e IV[194], c.c. 14, inciso II[195], (por duas vezes) e 288, parágrafo único[196], todos do Código Penal, artigo 20, *caput*[197], e artigo 20, §1º[198], ambos da Lei 7.716/89 e L.R.B., pelos delitos também predispostos nos artigos e 288, parágrafo único, do Código Penal e 20, *caput*, da Lei 7.716/89.

Em sessão plenária realizada no Tribunal do Júri do Foro Central de Curitiba, no dia 11 de setembro de 2014, os membros do conselho de sentença, em votação específica, reconheceram que o acusado E.T.D.S. não teria dado início à execução de um crime de homicídio de um morador de rua (mendigo), deslocando a competência para a análise do feito, tanto dos delitos de homicídio, quanto daqueles a eles conexos, nos termos do artigo 492, §2º[199] do CPP, para o Juiz Presidente do plenário.

Naquele diapasão, em razão da não existência de laudo complementar, a fim de se analisar o grau da lesão sofrida pela vítima, a conduta do acusado, no que se refere aos delitos de homicídio, deslocou-se para o capitulado no artigo 129, *caput*[200], do estatuto repressivo, sendo reconhecida, em razão do lapso temporal entre o recebimento da denúncia e a prolação da pronúncia[201], a prescrição da pretensão punitiva em abstrato, nos moldes em que preconiza os artigos 107, IV, e

---

194 Art. 121 do Código Penal: Matar alguém: § 2° Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.

195 Art. 14 do Código Penal: - Diz-se o crime: II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

196 Artigo 288 CP: Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente". (Redação dada à época do crime).

197 Art. 20 da Lei 7716/89: Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

198 Art. 20. § 1º da Lei 7716/89: Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

199 Art. 492 do Código de Processo Penal: Em seguida, o presidente proferirá sentença que: § 2o Em caso de desclassificação, o crime conexo que não seja doloso contra a vida será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, o disposto no § 1o deste artigo.

200 Art. 129 do Código Penal: Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

201 Data de 23/11/2005, nos autos 2005.10703-3, e, 16/12/2005, em relação aos autos 2005.10748-3 e prolação da decisão de pronúncia em 02/09/2011.

109, V, todos do Código Penal.

Noutro passo, quanto aos delitos subsistentes 288, parágrafo único[202], do Código Penal; artigo 20, *caput*, e artigo 20, §1º, ambos da Lei 7.716/89[203], também foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva[204], tendo como base a pena

[202] Artigo 288 CP: Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente". (Redação dada à época do crime).

[203] Lei 7.716/89: Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. § 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".

[204] DA PRESCRIÇÃO DECLARADA NA SENTENÇA: Conforme demonstrado acima, extrai-se que entre a data do recebimento da denúncia 23/11/2005, nos autos 2005.10703-3, e, 16/12/2005, em relação aos autos 2005.10748-3, decorreu prazo superior a 04 (quatro) anos, vale dizer, transcorreram-se cerca de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses. Desta feita, no que se refere ao instituto da prescrição, reza o artigo 119 do Código Penal: "No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente". Cotejando o mencionado dispositivo com o inserto no artigo 110 e § 1º: "Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. § 1o A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa". Nesse diapasão, verifica-se que necessária se faz a análise de cada crime isoladamente: Do crime de quadrilha armada: Destaca-se que a pena aplicada para o delito descrito no artigo 288, §1º, do CP, foi de 02 (dois) anos de reclusão. Assim, entre a data do recebimento da denúncia 23/11/2005, nos autos 2005.10703-3, e, 16/12/2005, em relação aos autos 2005.10748-3, decorreu prazo superior a 04 (quatro) anos, vale dizer, transcorreram-se cerca de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses. Desta feita, cotejando os artigos 107, IV e 109, V, todos do Estatuto Repressivo, já se transpassou o lapso superior ao de 04 (quatro) anos, portanto, o reconhecimento da prescrição, para ambos os acusados, é medida que se impõe. Dos crimes descrito no artigo 20, caput, e §1º, da lei 7716/89: No ponto, antes de adentrar na análise da prescrição, necessário destacar que dispõe o artigo 5º, XLII, da Constituição Federal que: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"; Conforme se extrai do comando constitucional, a regulamentação do instituto da prescrição é remetida ao legislador infraconstitucional. Aqui, ao se analisar a legislação que rege a matéria, tem-se que a mesma nada mencionou sobre extinção da punibilidade, o que remete, assim, às regras do Código Penal. Insta salientar que a imprescritibilidade que recai sobre os crimes descritos na Lei 7.716/89, no entendimento deste juízo, está diretamente atrelada ao início de eventual persecução penal e não aos fatos em que já se iniciou o procedimento em juízo, com recebimento de denúncia e consequente interrupção do lapso prescricional, sob pena de se possibilitar a perpetuação do processo, em total afronta ao também princípio constitucional da razoabilidade, da eficiência na entrega da prestação jurisdicional e, mediatamente, colocar em segundo plano o princípio norteador da Carta Maior, a dignidade da pessoa humana, uma vez que sujeitará o acusado ao livre arbítrio do Estado. Ademais, verifica-se que às fls. 1803/1804 foi reconhecida pela Magistrada que prolatou a decisão de pronúncia, a prescrição da pretensão em abstrato, extinguindo-se a punibilidade de delito da mesma espécie, o qual, inclusive, não foi objeto de recurso por parte do Ministério Público. Destaca-se, ademais, que a pena aplicada para o delito descrito no artigo 20, caput, e §1º, da lei 7716/89, foi de 01 (um) e de 02 (dois) anos de reclusão, respectivamente. Assim, entre a data do recebimento da denúncia 23/11/2005, nos autos 2005.10703-3, e, 16/12/2005, em relação aos autos 2005.10748-3, decorreu prazo superior a 04 (quatro) anos, vale dizer, transcorreram-se cerca de 05 (cinco) anos e

concretizada na sentença, retroagindo-se ao lapso temporal existente entre o recebimento da denúncia e a prolação da decisão de pronúncia, conforme expressam os artigos 107, IV; 109, V; 110, caput, e §1º, bem como o artigo 119, todos do estatuto repressivo.[205]

Denota-se que no mencionado caso, baseou-se a sentença prolatada pelo Tribunal do Júri, ao reconhecer a prescrição dos delitos de racismo, não obstante a repisada imprescritibilidade, tendo como base a ponderação de princípios constitucionais, ressaltando que o excesso de prazo afronta o princípio constitucional da razoabilidade, da eficiência da entrega da prestação jurisdicional, relegando ao descaso o princípio da dignidade da pessoa humana, com a sujeição do acusado ao livre arbítrio estatal.

> Insta salientar que a imprescritibilidade que recai sobre os crimes descritos na Lei 7.716/89, no entendimento deste juízo, está diretamente atrelada ao início de eventual persecução penal e não aos fatos em que já se iniciou o procedimento em juízo, com recebimento de denúncia e consequente interrupção do lapso prescricional, sob pena de se possibilitar a perpetuação do processo, em total afronta ao também princípio constitucional da razoabilidade, da eficiência na entrega da prestação jurisdicional e, mediatamente, colocar em segundo plano o princípio norteador da Carta Maior, a dignidade da pessoa humana, uma vez que sujeitará o acusado ao livre arbítrio do Estado.[206]

O magistrado, como já mencionado, nos julgamentos que lhe são postos a apreciação, ao se deparar com bem jurídicos de tamanha envergadura, os quais, por

---

10 (dez) meses. Desta feita, cotejando os artigos 107, IV e 109, V, todos do Estatuto Repressivo, já se transpassou o lapso superior ao de 04 (quatro) anos, portanto, o reconhecimento da prescrição, para ambos os acusados, é medida que se impõe.

[205] Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: IV - pela prescrição, decadência ou perempção; Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. § 1o A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. Art. 119 - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

[206] Capítulo da sentença proferida nos autos 2005.10703-3 e na ação conexa 2005.10748-3.

vezes, alçados à estatura constitucional e respaldados, ou mesmo acobertados, por suas normas, dentre elas, os princípios, deverá avaliar, dentre aqueles que se encontram em rota de colisão, qual irá prevalecer na análise do caso posto.

Caberá sopesar, portanto, os valores constitucionais relacionados ao exercício do poder-dever de julgar, inserto no art. 5º, XXXV, da CF, com o direito subjetivo à duração razoável do processo, denominada de cláusula de eficiência, a qual assegura ao acusado meios que garantam a celeridade em sua tramitação, destacando-se que, eventual dúvida, deverá ser dirimida a favor dos direitos fundamentais do acusado, resguardados pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de outras convenções internacionais.[207]

O problema, nos casos dos delitos abarcados pela lei 7.716/89, é que a imprescritibilidade descrita no artigo 5º, XLII[208], foi inserida entre as denominadas cláusulas pétreas, as quais, nos termos em que dispõe o artigo 60, § 4º, IV[209], da Carta Maior, não poderá ser alterada nem mesmo por meio de emenda constitucional[210].

Não obstante a blindagem conferida pelo texto maior, não se faz legítima a inércia do Poder Judiciário em não avançar na concretização das normas constitucionais, mormente quando verificada que a incongruência interna de seu próprio sistema poderá ocasionar um dano ainda maior a um dos bens jurídicos por ela mesma protegidos, no caso a liberdade.

Não se pode deixar de mencionar que a incongruência é de tal sorte, que o

---

[207] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 998.

[208] Art. 5º XLII, da CF: a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

[209] Art. 60 da CF: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

[210] "A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de "originário") não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validez e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas." (ADI 2.356 MC e ADI 2.362 MC, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, j. 25-11-2010, P, DJE de 19/5/2011).

próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de se conceder fiança a determinados delitos, dentre eles o crime de racismo, não obstante a inafiançabilidade inserta no mesmo dispositivo em que se encontra o instituto da imprescritibilidade[211], o que significa dizer que também se faz possível, em certos casos, a respectiva flexibilização, quando vulnerados outros princípios da mesma envergadura[212].

A atuação jurisdicional, em casos dessa natureza, com o reconhecimento da prescrição, visa, única e simplesmente, impelir o Estado a uma atuação dentro dos parâmetros da razoabilidade, inviabilizando eventual inércia, ou inação, uma vez que poderia, pela norma constitucional, atuar a qualquer tempo, sem se preocupar com os efeitos nefastos de um processo penal.

Não se pretende aqui, em uma suposta perspectiva política, ressaltando-se mais uma vez, propor ou defender qualquer abrandamento na repressão de tais delitos, ao contrário, busca-se afirmar que a coerência na interpretação das normas constitucionais irá, seja através das funções ou funcionalidades da pena, ou mesmo na conscientização da sociedade, afirmar a punição, penal ou moral, pretendida o legislador, muito embora seja esse ramo do direito considerado a *ultima ratio*.

Portanto, a análise aqui traçada será voltada à ponderação dos princípios constitucionais em colisão, sobretudo quando já exista um procedimento processual penal em curso, vale dizer, após o recebimento da denúncia, uma vez que, triangulada a relação processual, atenta ao princípio acusatório, com a presença do Estado-Juiz, do Ministério Público e do acusado, devidamente representado pelos seus defensores, não há como se permitir que uma pretensão se estenda para todo o sempre, permanecendo o denunciado à mercê da vontade do Estado, que lhe pode punir da maneira e como bem entender.

---

[211] Art. 5º, XLII da CF: a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

[212] "Ressalte-se que a simples inafiançabilidade não impede a concessão de liberdade provisória. Daí admitir--se a concessão de liberdade provisória nos crimes de racismo, tortura e nos definidos no Estatuto do Desarmamento (arts. 14 e 15), nos termos do art. 310, parágrafo único, do CPP[516]. Nesse sentido, não haveria inconstitucionalidade nos arts. 14 e 15 do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003), visto que a inafiançabilidade dos crimes neles descritos não proíbe a concessão de liberdade provisória (CPP, art. 310, parágrafo único)". (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 678).

Nesse painel, pretende-se demonstrar que os fatos ou condutas discriminatórias, descritas na lei 7.716/89, podem ser levadas ao Estado-Juiz a qualquer tempo (não há que se falar em prescrição da pretensão em abstrato[213] antes do conhecimento do Poder Judiciário), todavia, uma vez iniciado o procedimento, não se pode desconsiderar a sua razoável duração temporal.

Portanto, nos casos de reconhecimento da prescrição retroativa[214], intercorrente/subsequente[215] ou executória[216], ou mesmo na abstrata quando já iniciada a demanda, nada mais se está fazendo do que se administrar uma relação de tensão entre o dever estatal de assegurar uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente

---

213 Denomina-se prescrição abstrata porque ainda não existe pena concretizada na sentença para ser adotada como parâmetro aferidor do lapso prescricional. O prazo da prescrição abstrata regula-se pela pena cominada ao delito, isto é, pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente prevista para o crime, segundo a tabela do art. 109 do CP. Assim, por exemplo, a pretensão estatal prescreve em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze (art. 109, I), ou em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um (art. 109, VI). (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 985).

214 A prescrição retroativa leva em consideração a pena aplicada, in concreto, na sentença condenatória, contrariamente à prescrição in abstrato, que tem como referência o máximo de pena cominada ao delito. A prescrição retroativa (igualmente a intercorrente), como subespécie da prescrição da pretensão punitiva, constitui exceção à contagem dos prazos do art. 109. Tem — segundo Damásio de Jesus10 — "por fundamento o princípio da pena justa", significando que, ausente recurso da acusação ou improvido este, a pena aplicada na sentença era, desde a prática do fato, a necessária e suficiente para aquele caso concreto. Por isso, deve servir de parâmetro para a prescrição, desde a consumação do fato, inclusive. Nesses termos, a prescrição retroativa pode ser considerada entre a consumação do crime e o recebimento da denúncia, ou entre este e a sentença condenatória (art. 110, § 2º, do CP). A pronúncia, nos crimes contra a vida, também cria um novo marco interruptivo para a prescrição retroativa. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 985).

215 A prescrição intercorrente, a exemplo da prescrição retroativa, leva em consideração a pena aplicada in concreto na sentença condenatória. As prescrições retroativa e intercorrente assemelham-se, com a diferença de que a retroativa volta-se para o passado, isto é, para períodos anteriores à sentença, e a intercorrente dirige-se para o futuro, ou seja, para períodos posteriores à sentença condenatória recorrível. Assim, o prazo da prescrição intercorrente, superveniente ou subsequente começa a correr a partir da sentença condenatória, até o trânsito em julgado para acusação e defesa. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1000).

216 A prescrição da pretensão executória só poderá ocorrer depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regulando-se pela pena concretizada (art. 110) e verificando-se nos mesmos prazos fixados no art. 109. O decurso do tempo sem o exercício da pretensão executória faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na condenação. Os efeitos dessa prescrição limitam-se à extinção da pena, permanecendo inatingidos todos os demais efeitos da condenação, penais e extrapenais. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1000).

consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado.[217]

Essa relação existente entre os princípios em questão, no caso aqueles afetos à ideia de perpetuação da repressão ao crime de racismo e, de outro flanco, os relacionados à legitimação de um processo penal constitucional, com o acusado enquadrado na natureza de sujeitos de direitos, não poderá ser resolvida com a sobreposição absoluta de um sobre o outro, mas sim sopesando qual dos interesses, no caso concreto, possui maior peso.

Nesse compasso, ao se avaliar que os direitos ou os interesses do acusado, respaldados por princípios insertos na Carta maior, empiricamente, possuem um peso sensivelmente maior do que a intervenção estatal, pode-se concluir que o direito de punir, na espécie, viola o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

> Isso ocorre quando se fala, de um lado, do dever de garantir, na maior medida possível, a operacionalidade do direito penal e, de outro lado, do dever de manter incólume, na maior medida possível, a vida e a integridade física do acusado. Esses deveres devem ser aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização. Se houvesse apenas o princípio da operacionalidade do direito penal, a realização da audiência seria obrigatória ou, no mínimo, permitida. Se houvesse apenas o princípio da proteção da vida e da integridade física, a realização da audiência seria proibida. Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é

[217] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 94/95.

possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.[218]

Nesse diapasão, faz-se possível concluir, nos casos relacionados aos delitos de racismo, que a imprescritibilidade constitucional poderá ser relativizada, mormente quando em colisão princípios que amparam e edificam os direitos fundamentais, devendo sucumbir quando desarrazoada a intervenção estatal, a qual somente se legitimará se respaldada pela aplicação sistemática dos direitos e garantias fundamentais, cotejando-se os interesses do Estado, com aqueles em que faz *jus* o acusado, respeitando-se a duração razoável do processo

[218] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 95.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O racismo, em sua análise histórica e normativa, e pela própria etimologia da palavra, traz consigo um ínsito significado de dor e sofrimento, arrastado ao longo de vários séculos, com o inapagável retrato das mais trágicas cicatrizes, nos corpos e na alma dos mais diversos povos e de inúmeras gerações. O termo abstrato esculpido na Constituição da República, como um conceito aberto, de enorme abertura semântica, permeia a raça negra como também grupos de não negros.

O presente trabalho estruturou-se, com maior ênfase, no recorte da população negra. Nesse viés, denota-se que a causa dos fenômenos raciais não se justifica simplesmente na aparência, mas também no sistema de valores construído ao longo dos tempos, estratificando a sociedade em setores distintos, através de critérios relacionados às maiores ou menores oportunidades de acesso aos mais diversos níveis sociais, seja no trabalho, na educação, na propriedade, dentre outros.

De fato, muito há que se dizer entre o racismo e o direito, muito há que se dizer entre racismo e diversas outras áreas do saber, muito há que se dizer, em uma perspectiva inter e multidisciplinar, entre o racismo, o direito e o saber antropológico, filosófico, sociológico e histórico (apenas como exemplos das ciências humanas e sociais).

Como já dito anteriormente, muito embora não mais se reconheça, sob o estrato científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que significa dizer que a existência das mais diversas raças é decorrente não somente de uma concepção histórica, mas também política e social.

O padrão brasileiro de relação social foi construído por uma sociedade escravista, destinada a manter o negro sob a sujeição do branco. Enquanto essa relação não for abolida, o distanciamento econômico, social e político entre ambos perpetuará, embora não reconhecido de modo aberto, honesto e explícito.

Na presente pesquisa, de matriz interdisciplinar e fundamento nos direitos

humanos, buscou-se demonstrar a incompatibilidade lógica do sistema jurídico, em assegurar a imprescritibilidade dos crimes de racismo, descritos na Lei n. 7.716/89, conjugando os fatores históricos, políticos e sociais, além do relevante papel conferido pela Constituição da República ao Poder Judiciário como interprete do real alcance das leis, e garantidor, em última instância, da escorreita materialização dos direitos fundamentais.

Demonstrou-se que não obstante a blindagem conferida pelo texto maior, não há como se legitimar a inércia estatal, quando verificada a incongruência interna do próprio sistema constitucional, do qual poderá ocasionar um dano ainda maior a um dos bens jurídicos por ela mesma protegidos, no caso a liberdade.

Verificou-se que o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de se conceder fiança a determinados delitos, dentre eles o crime de racismo, não obstante a inafiançabilidade inserta no mesmo dispositivo em que se encontra o instituto da imprescritibilidade, o que significa dizer que também se faz possível, em certos casos, a respectiva flexibilização, quando vulnerados outros princípios da mesma envergadura.

Destaca-se, mais uma vez, que não se pretende, em uma suposta perspectiva política, propor ou defender qualquer abrandamento na repressão de tais delitos, ao contrário, busca-se afirmar que a coerência na interpretação das normas constitucionais irá afirmar a punição, penal ou moral, pretendida o legislador, muito embora seja esse ramo do direito considerado a *ultima ratio*.

A abordagem, nesse cenário, voltou-se à ponderação dos princípios constitucionais em colisão, sobretudo após o recebimento da denúncia, não havendo como se permitir que uma pretensão se estenda para todo o sempre, permanecendo o denunciado à mercê da vontade do Estado, que lhe pode punir da maneira e como bem entender.

Pretendeu-se demonstrar que os fatos ou condutas discriminatórias, descritas na lei 7.716/89, podem ser levadas ao conhecimento do Poder Judiciário a qualquer tempo, todavia, uma vez iniciado o procedimento, não se pode desconsiderar a sua razoável duração temporal.

Portanto, nos casos de reconhecimento da prescrição retroativa, intercorrente/subsequente ou executória, ou mesmo na abstrata quando já iniciada a demanda, nos delitos de racismo, nada mais se está fazendo do que se administrar uma relação de tensão entre o dever estatal de assegurar uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado.

No caso de colisão entre princípios constitucionais, ao se avaliar que os direitos ou os interesses do acusado, respaldados por princípios insertos na Carta maior, empiricamente, possuem um peso sensivelmente maior do que a intervenção estatal, pode-se concluir que o direito de punir, na espécie, viola o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Nesses casos, ressai que a imprescritibilidade constitucional poderá ser relativizada, devendo sucumbir quando desarrazoada e desproporcional, a qual somente se legitimará se respaldada pela aplicação sistemática dos direitos e garantias fundamentais, cotejando-se os interesses do Estado, com aqueles a que faz *jus* o acusado, e, como dito, observada a duração razoável do processo

Ressalta-se, por fim e, noutro diapasão, que o desmantelamento do racismo na sociedade requer uma real batalha ético-moral e político-social, direcionada aos mais diversos seguimentos, alcançando, dentre eles, o mundo do ensino, a mídia, as instituições religiosas e os partidos políticos. A eficácia das ações contra o racismo depende de múltiplos e variados fatores de peso desigual.

A sociedade do século XXI nasceu sob os paradigmas da concretização da universalização de direitos humanos, amplamente discutidos nos séculos XIX e XX, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com a constante reflexão, pelo mundo, a fim de se evitar a repetição dos horrores perpetrados, principalmente, pelas duas grandes guerras mundiais.

Passou-se, dessa forma, a tratar de tais mazelas de modo universal, estendendo a responsabilidade às nações, de modo geral, por meio de tratados e acordos internacionais.

Há ainda o desafio de desconstrução do mito da democracia racial, para além das questões estruturais que devem fazer parte da agenda governamental nacional. O racismo no Brasil, para além do preconceito e da discriminação, também é elemento integrante da composição social e das (im)possibilidades históricas de acesso aos recursos materiais e culturais por parte da sua população, sobretudo a negra.

Ainda que a efetividade e garantia de direitos passe pelos movimentos sociais de reivindicação e participação popular, constitui-se um dever do poder estatal para com os indivíduos e um dever das nações em zelar pela dignidade da pessoa humana, universalmente.

Nesse sentido, devem os Estados buscar efetivar o desenvolvimento de políticas e ações sociais de integração de todos os seus cidadãos. Do mesmo modo, devem também lançar mão de todos os recursos que lhe são inerentes, visando, por exemplo, implementar o dever de dar efetividade aos dispositivos legais que pretendem coibir o crime de racismo em suas respectivas legislações.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABDALA, Vinícius. **Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, n. 97, p. 485, ago. 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ANDRADE, Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1987.

AQUINO, Tomás de. **O ente e a essência**. Rio de Janeiro: Vozes de Bolso, 2014.

AZEVEDO, Raquel. FOUCAULT, Michel. **Genealogia del racismo.** Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/viewFile/18734/20797>. Acesso em 20 mar. 2017.

ARAÚJO, Telmo Renato da Silva. **Raimundo Ninas Rodrigues e a Questão Racial Brasileira No Século XIX**. Disponível em: <http://periodicos.ufpa.br/index.php/revistamargens/article/view/2841>. Acesso em: 09 abr. 2017

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.

BARBUJANI, Guido. **A invenção das raças**. São Paulo: Contexto, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em 17 maio 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.** São Paulo: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, 2011.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BIDART CAMPOS, German J. **El Derecho de la Constitucion y su fuerza normativa.** Buenos Aires: Ed. Ediar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Guilherme Castelo. **Racismo, Individualismo e Biopoder.** Disponível em: < http://www2.pucpr.br/reol/index.php/rf?dd99=pdf&dd1=3244>. Acesso em 01 abr. 2017.

BRASIL. **Congresso Nacional**. Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional (seção I), ano XLIII nº 39, de 12 de maio de 1988, p. 1704/1705. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD12MAI1988.pdf#page=28>. Acesso em: 12 abr. 2017.

BRASIL. **Congresso Nacional**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes>. Acesso em 11 de abr. de 2017.

BRASIL. **Congresso Nacional**. Disponível em <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/AVULSO/vol-254.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRASIL. **Congresso Nacional**. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/176anc03fev1988.pdf#page>. Acesso em: 12 abr. 2017.

BRASIL. **Congresso Nacional**. Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional (seção I), ano XLIII, nº 054. Ata da 47ª Sessão da 2ª Sessão Legislativa da 48ª Legislatura. Publicado em 15 de junho de 1988, p. 2208/2209. Disponível em: <http://Imagem.Camara.Gov.Br/Imagem/D/Pdf/Dcd15jun1988.Pdf#Page=4>. Acesso em: 12 abr. 2017.

BRASIL. **Congresso Nacional**. Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional (seção I), ano XLIII, nº 077. Ata da 70ª Sessão da 2ª Sessão Legislativa da 48ª Legislatura. Publicado em 16 de setembro de 1988, p. 3176/3177. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16SET1988.pdf#page=91>. Acesso em: 12 abr. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

BRASIL. **Convenção Concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão**. 1968.

BRASIL. **Código Penal**. 1940.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL - HABEAS CORPUS - Relator: Min. MOREIRA ALVES - Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA - Julgamento: 17/09/2003 – Publicação: DJ 19-03-2004.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Parte Geral.** São Paulo: Atlas, 2013.

CANDAU, Vera Maria. **Direitos humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v13n37/05.pdf>. Acesso em 12 dez. 2016.

CANDIOTTO, Cesar; SALOMÉ D'ESPÍNDULA, Thereza. **Biopoder e Racismo Político: Uma análise a partir de Michel Foucault.** Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2012v9n2p20>. Acesso em 01 abr. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. PRADO, Stela. **Código Penal Comentado.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

COSTA CALIXTO, Clarice. **Breves Reflexões Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Racismo.** Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7049>. Acesso em: 09 abr. 2017.

FANTINI, João Angelo. **A segregação imaginária do outro – políticas de igualdade e processos de racialização**. **Raízes da Intolerância.** São Carlos: EDUFSCAR, 2014.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. 5. ed. Vol. 1. São Paulo: Globo, 2008.

FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas.** São Paulo: Saraiva, 1998.

FLORES, Elio Chaves. Nós e Eles: etnia, etnicidade, etnocentrismo. In Maria Nazaré T. Zenaide; Rosa M. G. Silveira; Adelaide A. Dias. (Org.). **Direitos Humanos: capacitação de educadores**. Brasília; João Pessoa: MEC/UFPB, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio A. **Democracia racial: o ideal, o pacto e o mito**. São Paulo, 2001. Disponível em: < http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/95/20080627_democracia_racial.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015.

JACCOUD, Luciana. SILVA, Adailton. ROSA, Waldemir. LUIZ, Cristiana. **Entre O Racismo E A Desigualdade: Da Constituição À Promoção De Uma Política De Igualdade Racial (1988-2008).** Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4329/1/bps_n.17_vol03_igualdade_racial.pdf. Acesso em: 09 abr. 2017.

JACCOUD, Luciana. **A Construção de uma Política de Promoção da Igualdade**

Racial: uma análise dos últimos 20 anos. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livro_aconstrucao_igualdade_racial20anos.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2017.

KONRAD, Hesse. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.**16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MARCHERI, Pedro Lima. ÁLVARES, Sílvio Carlos. **A epistemologia do racismo no Brasil.** Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517702/001055771.pdf?sequence=1>. Acesso em 07 abr. 2017

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1964.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Prescrição em matéria criminal.** Leme: Mizuno, 2010.

MOORE, Carlos. **Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo**. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007.

MOTTA, Aparecida Suely da; BOTH, Laura Garbini. **A Mulher Afrodescendente: sua História, Luta e Vitória (?)**. Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/download/779/733>. Acesso em: 30 abr. 2017.

MUNANGA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia**. In Cadernos PENESB (Programa de Educação sobre o Negro na Sociedade Brasileira). Rio de Janeiro: EdUFF, 2000.

MUNANGA, Kabengele**. Raízes científicas do mito do negro e do racismo**. In Revista Temas IMESC. Sociedade, Direito e Saúde. São Paulo, 1984.

NOVAIS, Fernando A. **História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea**. Vol. 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NINA RODRIGUES, Raimundo. **Os africanos no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro

Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

ONU. **Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição do Crime de Apartheid**. 1973.

ONU. **Convenção Contra o Apartheid nos Esportes**. 1988.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**. 1963.

ONU. **Declaração sobre os Princípios Fundamentais Relativos à Contribuição dos Meios de Comunicação de Massa para o Fortalecimento da Paz, do Entendimento Internacional, da Promoção dos Direitos Humanos e a Penalização do Racismo, do Apartheid e do Incitamento à Guerra**. 1978.

ONU. **Declaração sobre Raça e Preconceito Racial**. 1978.

PIOVESAN, Flávia. **A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro.** In: Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, n. 45, p. 283, out./dez., 2003.

PIOVESAN. Flávia; SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação/Unesco, 2007. Disponível em: <http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/acoes_afirm_combate_racismo_americas.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. **¿Cómo se hicieron los derechos humanos?Un viaje por la historia de lso principales derechos de las personas.** Vol I. 1ª ed. Buenos Aires: Didot, 2013.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro. A formação e o Sentido do Brasil.** São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1995.

RUIZ, Jefferson Lee de Souza. **Direitos Humanos e Concepções Contemporâneas**. São Paulo: Cortez, 2014.

SÁ, Priscilla Placha; SÁ, Jonathan Serpa. Racismo e genocídio da juventude negra: “a carne mais barata do mercado é a carne negra”. In BUSATO, Paulo César. **Menoridade penal: crítica ao projeto de redução do patamar biológico de imputabilidade no sistema penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. **Direitos humanos e as práticas de racismo.** Disponível em:

<http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/13516/direitos_humanos_santos.pdf?sequence=2 >. Acesso em 12 abr. 2017.

SANTOS, Milton. **Ser negro no Brasil hoje – ética enviesada da sociedade branca desvia enfrentamento do problema negro.** In Folha de São Paulo. São Paulo, 2000.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da prescrição penal: doutrina, prática, jurisprudência: de acordo com as Leis n. 9.268/96 e 9.272/96.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **A questão racial brasileira vista por três professores – Florestan Fernandes, João Baptista Borges Pereira, Oracy Nogueira**. In Revista USP. São Paulo, 2005.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SILVA, Martiniano José da Silva. **Origens, modalidades e formas de racismo**. Fundação Maurício Grabois. São Paulo, 1994.

THEODORO, Mário. JACCOUD, Luciana. OSÓRIO, Rafael Guerreiro. SOARES, Sergei. Soares. **As Políticas Públicas e a Desigualdade Racial no Brasil. 120 anos após a Abolição.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/Livro_desigualdadesraciais.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.
UNESCO. **Convenção Contra a Discriminação na Educação**. 1960.

WEDDERBURN, Carlos Moore; SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas.** Brasília: Ministério da Educação/Unesco, 2007. Disponível em: <http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/acoes_afirm_combate_racismo_americas.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Manual de Derecho Penal – Parte General.** 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2012.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Vol. 01 – Parte Geral.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Disponível em <http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/criada-lei-afonso-arinos-primeira-norma-contra-racismo-no-brasil-10477391#ixzz4jk7xfVWY>. Acesso em 12 jun. 2017.