



**O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E OS MITOS DA NEUTRALIDADE
JUDICIAL E DA DEMOCRACIA RACIAL**

**THE BRAZILIAN JUDICIARY AND THE MYTHS OF JUDICIAL NEUTRALITY
AND RACIAL DEMOCRACY**

Jurandir Antonio Sá Barreto Junior ¹

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo refletir sobre a relação dos mitos da neutralidade judicial e a democracia racial com a postura indiferente do poder judiciário no que diz respeito aos julgamentos de crimes de discriminação racial. Afirma-se que tanto a neutralidade judicial quanto a ideia de democracia racial constituem-se em mitos criados para assegurar interesses não perceptíveis, que, quando concretizados judicialmente, se revelam enquanto obstáculos para a realização de direitos sociais. O trabalho divide-se em três partes. A primeira delas consiste numa reflexão sobre os aspectos retóricos das sentenças, a segunda parte trata do mito da democracia racial e a terceira parte se ocupa da relação do poder judiciário com o mito da democracia racial.

Palavras-chaves: Poder Judiciário; Neutralidade judicial; Sentença; Democracia racial; Conflito interétnico.

ABSTRACT: This study aims to reflect on the relationship between the judicial neutrality and racial democracy with the indifferent attitude of the judicial power in which refers to the judgement of crimes of racial discrimination. It is affirmed that the judicial neutrality, as well as the idea of racial democracy are myths that had been created to guarantee non-perceivable interests that, when judicially achieved are shown as obstacles for the holding of social rights. The study is divided into three parts: the first one about the reflection on the rhetorical aspects of the sentence; the second part deals with the myth of racial democracy and the third one is about the relationship between the judicial power with the myth of racial democracy.

Key words: Judicial Power; Judicial neutrality; Sentence; Racial democracy; Interethnic conflict.

1 INTRODUÇÃO

Poucos ainda acreditam que o juiz pode ser neutro em uma decisão judicial, tanto os operadores do direito quanto os cidadãos mais esclarecidos. Contudo, por força de certa tradição positivista, que surgiu no século XIX e que se espalhou até nossos dias, o dogma da neutralidade judicial ainda se mantém no horizonte epistemológico da dogmática jurídica.

O Positivismo [com todos os seus referenciais teóricos, como o que diz respeito à neutralidade do juiz] era a teoria jurídica que se mostrava mais adequada aos princípios que inspiraram as revoluções burguesas. Assim, não é sem motivo que ele foi a principal corrente jurídica nos países democráticos durante o século XIX e manteve essa posição até os dias de hoje.

¹ Pós Doutor em Direito Internacional pela Université du Québec à Montréal (UQAM), em Montreal - Canadá. Pós Doutor em Ciências Jurídicas e Garantias Constitucionais na Universidad de La Matanza em Buenos Aires - Argentina; Professor da Universidade Estadual da Bahia (UNEB) e da Universidade Católica de Salvador (UCSAL).

Na medida em que os positivistas não podiam questionar a justiça ou a legitimidade das normas estatais, verificou-se que o Positivismo poderia ser utilizado por qualquer tipo de organização política, mesmo as mais despóticas e autoritárias. Além disso, como as teorias jusnaturalistas haviam sido praticamente abandonadas pelo senso comum dos juristas, desde meados do século XIX, os juízes já não mais podiam deixar de aplicar leis injustas com base em referências a um direito natural. (COSTA, 2001, p. 279)

Ainda que, ao longo do século XX, tenha o juiz ganhado independência no livre convencimento de sua decisão, deixando de ser mero reproduzidor do texto legal, este, sendo formado numa tradição positivista, continua preso à literalidade da lei, tendo dificuldade de enxergar outras perspectivas mais amplas do texto legal no que diz respeito ao contexto social ao qual se destina. Essa postura relaciona-se à própria formação acadêmica.

A formação oferecida aos estudantes de Direito condiciona, em grande medida, as posturas que eles assumirão frente às questões jurídicas quando ingressarem na vida profissional. A tendência atual dos cursos jurídicos é formar operadores do direito que possuam amplo conhecimento das leis vigentes e que sejam capazes de manejar os conceitos da dogmática jurídica. Com isso, produzem-se técnicos capazes de manusear, com habilidade, os instrumentos dogmáticos, mas não se formam juristas com uma consciência crítica desenvolvida, capazes de refletir profundamente sobre os fenômenos jurídicos.

Essa visão tecnicista, que estimula o jurista a pensar-se unicamente como um profissional que deve manejar seus instrumentos com habilidade, sem preocupar-se com as suas conotações éticas nem com suas consequências políticas, é tratada por Habermas como uma nova forma de ideologia. (COSTA, 2001, p. 301)

O próprio texto legal, repleto de ambiguidades, reflete a condição do Direito, que não possui uma linguagem rigorosa e unívoca como a ciência que se pretende universal.

O Direito é a expressão mais alta da tradução ideológica do poder. Ele estabelece os princípios, delimita as condutas, defende atitudes e "ofende" as outras por meio de sanção.

O Direito é fruto de um "regime" político, de um "governo", que não são formados por seres abstratos e separados do mundo, mas seres que pertencem a grupos e classes sociais e que pensam em conformidade com esses grupos, em virtude de eles terem se instituído a partir de posições que ocupam na produtividade material. (AGUIAR, 1990, p. 80)

E, ainda nesse mesmo sentido, conforme José Renato Silva Martins (2007, p. 77),

O Direito não é neutro. A partir dessa posição se poderia afirmar que o operador do Direito que procura a neutralidade está, na verdade, se afastando da neutralidade na mesma proporção em que se afasta do Direito, pois ao buscar sua neutralidade torna-se parcial, visto que omisso.

Diante disso percebe-se a impossibilidade da neutralidade judicial, preocupação própria da perspectiva positivista, que esconde a intenção ideológica de manter o *status quo* da realidade social vigente, ao não preocupar-se com questões como a legitimidade e a justiça,

razão pela qual tem sido duramente questionada nos lugares onde teve origem, somente continuando a existir em países de pouca tradição democrática como o nosso.

Na América Latina, inclusive no Brasil, o Positivismo foi utilizado especialmente nos períodos ditatoriais, como uma forma de evitar a discussão sobre a legitimidade do Direito Positivista e, assim, como um elemento de reforço da ideologia conservadora dominante. (COSTA, 2001, p. 279)

2 ASPECTOS RETÓRICOS DAS SENTENÇAS

Relacionada ao mito da neutralidade judicial encontra-se a crença, segundo a qual, a sentença seria o resultado do desencadeamento lógico dos requisitos formais exigidos na lei processual, a fim de que esta possa impor-se à comunidade jurídica.

Sob essa perspectiva, o pensamento tradicional acredita que, se o juiz seguir religiosamente os requisitos formais da sentença, estará exercendo a justiça no caso concreto. Como exemplo de requisitos formais pode-se tomar por modelos aqueles constantes no art. 381 da Comissão de Conciliação Prévia (CCP) quais sejam: I- Os nomes das partes ou, quando não for possível, as indicações necessárias para identificá-las; II- A exposição sucinta da acusação e da defesa; III- A indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundam a decisão; IV- A indicação dos artigos da lei aplicados; V- O dispositivo e VI- A data e a assinatura do juiz.

Contudo, os estudos mais recentes vêm insistentemente apontando que, longe de representar tão somente a conclusão lógica da alegação dos fatos do paradigma legal, a sentença constitui-se num discurso persuasivo. Neste sentido, vem-se cada vez mais questionando a arraigada tradição do direito processual que concebe a sentença estruturalmente como um silogismo em que a norma jurídica constitui a premissa maior, o fato sub judice, a premissa menor e a aplicação da norma ao fato, a conclusão. Tal concepção, que não corresponde à realidade prática, encerra uma postura ideologicamente comprometida.

Ora, somente quem não queira ver ou quem não tenha nenhuma vivência forense, há de acreditar que, em termos de processo judicial, exista uma verdade real ou material em oposição à verdade formal. Essa oposição é uma ficção retórica que tem a utilidade de proporcionar argumentos de grande força qualificadora ou desqualificadora nos contextos decisórios, pois, na realidade, a verdade sobre o fato sub judice será sempre aquela que o juiz ou tribunal reconstruir e estabelecer em uma decisão passada em julgado. Trata-se de uma presunção de verdade inferida das provas que foram consideradas mais convincentes, presunção que admite prova em contrário (*juris tantum*) enquanto houver oportunidade para atacá-la por meio de recurso, e que não admite prova em contrário (*juri et de jure*) depois de tornar-se inatacável por meio de recurso ou revisão.

A vinculação à lei e, ao mesmo tempo, à equidade são logicamente incompatíveis, pois se a vinculação à lei fosse absoluta sequer teria sentido falar-se em equidade: apela-se para equidade quando a legalidade aparece como iníqua.

A neutralidade do juiz é um mito concebido pelo direito romano e fortalecido pela Escola Exegética Francesa por motivos históricos hoje bem conhecidos, pois o juiz em sendo homem está mergulhado na formação social em que vive como produto culturalmente condicionado pelo seu meio social. Na sua sentença influirão sua formação jurídica, suas crenças políticas e religiosas, seu caráter e temperamento, sua condição econômica e os interesses dos grupos sociais com os quais se identifica. (BRUM, 1980, p. 8-9)

Dentro dessa perspectiva, um dos temas que tem sido estudado e visitado profundamente é a teoria crítica da prova judicial, em razão da crescente consciência de que a sistemática da prova tem oferecido pouca viabilidade de controle racional da atividade valorativa dos juízes. Tal situação incide principalmente na área penal, haja vista que, nesta, mais que na civil, as possibilidades de manipulação de prova são quase ilimitadas, graças ao predomínio do princípio da livre convicção do juiz, bem como, também, por existir uma flexibilidade maior no uso das diversas técnicas de interpretação da lei. O fato de imperar, no direito penal, o rígido modelo penal dogmático de interpretação da lei (Teoria Dogmática do Delito) faz com que os juízes criminais busquem as soluções de equidade ou segurança, concentrando sua atividade manipuladora na reconstituição e valoração dos fatos, ou seja, da prova.

Para a teoria crítica, as provas (documentos, testemunhas, perícias, etc.) nada mais são que suportes sobre os quais vai agir um cabedal de recursos argumentativos fornecidos pela lei, doutrina e jurisprudência específicas, sendo que a aplicação desse saber, acima das massas de prova, vai dar sentido ao conjunto probatório. Contudo, é nos próprios recursos argumentativos que incide o caráter retórico/ideológico no sentido de forjar o conhecimento probatório construído pelo juiz.

Em um sistema processual baseado no livre convencimento, não é fácil (diríamos que é praticamente impossível) reconstituir os reais motivos que levaram um juiz a decidir conforme decidiu. No que se referem à avaliação da prova, os códigos são lacônicos; a doutrina, extremamente plástica, e a jurisprudência, vacilante. Com tais instrumentos, os juízes podem manipular os fatos segundo seu temperamento, sua formação pessoal, sua ideologia enfim, o que não implica que isso seja feito de forma consciente ou premeditada.

A única garantia que o sistema oferece é a imposição legal que obriga os juízes a fundamentarem suas decisões, permitindo, assim, que os inconformados possam atacá-las, voltando contra elas os mesmos instrumentos oferecidos pelo sistema.

Não se deve perder de vista que esse instrumental, em que pese aparecer como um conjunto de técnicas prestigiadas reflete anseios, aspirações, crenças e contradições de uma época histórica, fixados por um saber regional que se manifesta como repositório para onde vão confluir os mais diversos setores do saber e do poder. Corresponde, pois, à ideologia particular de um setor social específico: a comunidade de juristas. Essa ideologia setorial pode ou não estar em relação de sincronia com as demais ideologias dominantes na sociedade,

mas, historicamente, tem demonstrado ser sempre capaz de assimilar (às vezes com certa resistência) as novas ideologias que se tornam hegemônicas. A reflexão acerca da dimensão retórica da prova leva-nos a concluir que, ao contrário do que se costuma pensar, a fixa, cão do fato sub judice não está determinada unicamente por juízos descritivos, mas principalmente por juízos de valor e que a legitimação das decisões judiciais passa pela justificação persuasiva também no que se refere à esfera fática. (BRUM, 1980, p. 71)

Como se tem percebido, as provas não têm valor em si mesmo, mas o valor que lhes dá o magistrado, que as organiza a partir de sua compreensão, que corresponde à sua mundivivência e mundividência, a sua “pré-compreensão”.

Geralmente, chegado o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu ou, ainda, pela repugnância que determinado delito (em si) provoca no espírito do juiz. Por outro lado, o fiel da balança pode ter pendido para a absolvição em razão da grande prole do réu ou em virtude do fato de estar ele perfeitamente integrado na comunidade ou, ainda, pelo fato de que o delito cometido nenhuma repugnância causa ao juiz, o que o faz visualizar tal figura penal como uma excrescência legislativa ou um anacronismo jurídico.

Sabe o julgador, entretanto, que essas motivações não seriam aceitas pela comunidade jurídica sem uma roupagem racional e tecnicamente legítima. Se declarar francamente que condena o réu em razão dos seus péssimos antecedentes ou que o absolve porque é trabalhador e tem muitos filhos, sua sentença fatalmente será reformada por falta de base jurídica. Em caso de recurso, os órgãos judiciais superiores, por sua vez, podem até concordar emocionalmente com as valorações do juiz, mas não podem abrir precedentes que enfraqueçam a segurança jurídica, seja confirmando a sentença condenatória que teve como razão preponderante os antecedentes do réu, seja ratificando a sentença absolutória que teve como tônica decisória prole do acusado. No primeiro caso, afetar-se-ia a segurança individual que se pretende garantir através do princípio da reserva legal e, no segundo, enfraquecer-se-ia o valor prescritivo do direito penal, criando-se insólita causa de excludente de crime ou de extinção de punibilidade pelo elevado número de filhos.

Buscará, então, o julgador outro caminho que pode ser através da avaliação da prova ou por meio da interpretação da norma. Geralmente, pelo menos entre nós, os juízes preferem o primeiro caminho, já que a prova é produzida longe dos tribunais e a possibilidade de controle é mais difícil. Além do mais, a interpretação do direito penal é bastante rígida. Aqueles que frequentam as varas criminais sabem que o maior número de absolvições, por exemplo, dá-se com base no inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal vigente. Este é, realmente, o caminho mais fácil para justificar uma absolvição discutível, já que a valoração da prova - como vimos - encerra operações muito subjetivas e dificilmente haverá um processo judicial que não contenha, pelo menos, duas versões verossímeis. Na determinação da verdade processual haverá quase sempre opções ao livre convencimento do juiz. (BRUM, 1980, p. 72)

3 O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL

A crença, segundo a qual vivemos numa democracia racial, foi reforçada por Gilberto Freyre, que escreveu, nos anos 30, “Casa Grande e Senzala”, dando a entender que, no Brasil, não havia distinções rígidas entre brancos e negros, havendo apenas discriminação social, feita aos pobres.

Conforme Jacob Gorender, Gilberto Freyre, ao opor-se ao enfoque racista ainda em voga na sua época, contestou a inferioridade do negro, valorizando a contribuição racial e cultural dos africanos na formação da nação brasileira, vendo na miscigenação não um motivo da degenerescência biológica e moral, como queriam as teorias raciais do final do século XIX, mas, como um viés de convivência salutar entre os diversos segmentos raciais. Contudo, tal contribuição positiva de Gilberto Freyre ficou submersa e distorcida no conjunto de sua versão sociológica.

Em Casa-Grande & Senzala, como nos livros que se lhe seguiram, o autor expôs sua visão histórica sobre a família patriarcal, atribuindo a esta a condição de grande fator de conagração entre senhores e escravos e, consequentemente, entre brancos e negros. Conjugada à priorização da família patriarcal, veio a tese sobre suposta propensão genésica e cultural dos portugueses ao contato com os povos de cor. Toda essa argumentação confluiu para a conclusão sobre a existência da “democracia racial” no Brasil. Conquanto esta expressão esteja ausente do texto freiriano, foi a partir de sua obra que ela ganhou força e adeptos, particularmente no meio institucional local. (GORENDER, 2000, p. 57)

A difusão do mito da democracia racial, concomitantemente à ascensão da ideia do Estado Moderno e unificado, fez desaparecer, progressivamente, o discurso racista do debate sobre a questão racial, sendo que a ideia de raça passa a dar lugar, tanto no âmbito da política oficial quanto nas ciências sociais, à ideia de cultura. Nesse sentido, o antigo ideal de branqueamento, enquanto projeto nacional, cede espaço à construção ideativa do povo brasileiro consubstanciado numa só cultura, una e indivisível, fundida e integrada na nação. Tal ideologia torna-se difundida mesmo entre a população, que enxergará a convivência racial de maneira democrática, diferente do racismo virulento norte-americano.

A democracia racial passou de mito a dogma no período dos governos militares. Em 1970, o Ministro das Relações Exteriores declara que “não há discriminação racial no Brasil, não há necessidade de tomar quaisquer medidas esporádicas de natureza legislativa, judicial ou administrativa para assegurar a igualdade de raças no Brasil” (apud TELLES, 2003, p. 58). De fato, a questão racial desaparece do debate público nacional. É somente com o processo de redemocratização do país que o tema das desigualdades raciais retorna à cena, mas largamente diluído no debate sobre justiça social. Apoiada na interpretação do desenvolvimento como a questão nacional maior, a temática da desigualdade se identifica quase que exclusivamente com a da distribuição de renda (JACCOUD, 2008, p. 56).

A teoria do mito da democracia racial, difundida tanto na política oficial quanto no discurso popular, consagrou-se como suporte ideológico responsável pelo aprofundamento das desigualdades raciais que ainda caracterizam o país e que contribuíram para a marginalização dos negros. A crença numa democracia racial revela-se contraditória frente à desigualdade da condição do homem negro, haja vista que, na realidade existencial social, tanto os preconceitos raciais quanto os estereótipos continuam atuantes, mediando o processo de competição e servindo de instrumento bloqueador ao acesso das oportunidades, restringindo a mobilidade intergeracional e a ocupação dos espaços sociais aos negros.

Como mostrou Hasenbalg, em seu estudo pioneiro de 1979, o racismo opera um mecanismo de desqualificação dos não-brancos na competição pelas posições mais almejadas. Ao mesmo tempo, os processos de recrutamento para posições mais valorizadas no mercado de trabalho e nos espaços sociais operam com características dos candidatos que reforçam e legitimam a divisão hierárquica do trabalho, a imagem da empresa e do próprio posto de trabalho. “A raça é assim mantida como símbolo de posição subalterna na divisão hierárquica do trabalho e continua a fornecer a lógica para confinar os membros do grupo racial subordinados àquilo que o código racial das sociedades define como ‘seus lugares apropriados’” (JACCLOUD, 2008, p. 56-57).

Conforme Telles (2003), o mito começou a ruir, pelo menos no âmbito acadêmico, por volta dos anos 50, quando o Brasil já havia adquirido reputação internacional por sua democracia racial. Tal motivo levou a Unesco a encomendar uma série de estudos para compreender o segredo de tal harmonia, e, para tanto, foi nomeado como principal pesquisador brasileiro do projeto o sociólogo e professor da Universidade de São Paulo, Florestan Fernandes.

Suas conclusões surpreenderam seus patrocinadores por constituírem a primeira contestação de peso à imagem de democracia racial no Brasil, levando a uma primeira ruptura clara com as ideias de Freyre. Fernandes discordou veementemente dos achados de seus parceiros norte-americanos do projeto, inspirados por Freyre, particularmente Charles Wagley e Marvin Harris. Ao contrário destes, Fernandes concluiu que o racismo era muito difundido na sociedade brasileira. (TELLES, 2003, p. 59)

Renato Ortiz acredita que o mito da democracia racial veio atender às demandas ideológicas nacionalistas do Estado Novo de Getúlio Vargas.

(...) A ambiguidade da identidade do ser nacional forjada pelos intelectuais do século XIX não podia resistir por mais tempo. Ela havia se tomado incompatível com o processo de desenvolvimento econômico e social do país. Basta lembrarmos que nos anos 30 procura-se transformar radicalmente o conceito de homem brasileiro. Qualidades como “preguiça”, “indolência”, consideradas como inerentes à raça mestiça, são substituídas por uma ideologia do trabalho. Os cientistas políticos mostram, por exemplo, como esta ideologia se constituiu na pedra de toque do Estado Novo.

(...) O que assiste neste momento é na verdade uma transformação cultural profunda, pois se busca adequar as mentalidades às novas exigências de um Brasil “moderno”. Ao mulato de Aluísio de Azevedo se contrapõe a positividade do mestiço, que diferentes setores sociais procuram orientar para uma ação racional mais compatível com a organização social como um todo. Não tenho dúvidas de que esta ideologia do trabalho se encontra ausente do texto de Gilberto Freyre. O que quero mostrar é que a operação Casa Grande e Senzala possibilita enfrentar a questão nacional em novos termos. Daí eu ter afirmado que o sucesso da obra se encontra também fora dela. Ao permitir ao brasileiro se pensar positivamente a si próprio, tem-se que as oposições entre um pensador tradicional e um Estado novo não são imediatamente reconhecidas como tal, e são harmonizadas na unicidade da identidade nacional. (ORTIZ, 1994 p. 41-43)

O enraizamento do mito da democracia racial, com sua crença de que somos um caldeirão de raças e culturas em harmonia, impediu que os negros denunciassem o racismo e requisitassem melhores condições. Nesse sentido, embora a imagem do negro tivesse uma melhor aceitação, as pessoas de pele negra continuaram pobres. O resultado da crença de que não temos racismo foi um dos piores tipos de racismo que se conhece, haja vista que a forma mais eficiente de reforçar o preconceito é achar que ele não existe.

4 JUDICIÁRIO E O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL

É fato que a sociedade brasileira é racista e que as sentenças que julgam os crimes de discriminação racial em sua maioria são absolutórias. Tais sentenças podem ser justificadas pela visão de mundo dos magistrados, da sua condição social e da ideologia da democracia racial.

A postura dos magistrados, no que diz respeito às sentenças de crimes de discriminação racial, se enquadra nas considerações tecidas por Ledio Rosa Andrade (2008, p. 82, 87 e 88) que se referem à indiferença dos juízes brasileiros em relação a toda manifestação social das minorias ou dos grupos que questionam o poder.

Não é possível levantar-se a verdade jurídica a não ser a partir da realidade social, considerando-se todos os aspectos componentes e de determinantes do agir de uma pessoa. Qual a importância da reconstrução de fatos materiais, sem perquirir e valorar os motivos que lhes deram origem? A instrução processual, ao afastar-se do mundo, deixa de buscar a realidade para contribuir com uma encenação empulhadora, produtora de meias verdades, distanciando as instituições jurídicas do todo social.

(...) Os efeitos do positivismo jurídico transcendem os litígios entre partes, influenciando na divisão de poder. Os movimentos sociais organizados encontram, nas decisões judiciais tradicionais, um forte obstáculo, pois os interesses dos sindicatos, dos posseiros, de grupos minoritários discriminados, dos escritórios de advocacia popular e dos pobres em geral destoam das pretensões dos detentores do poder, aqueles que elaboram o Direito oficial. Os magistrados dogmáticos transformam-se em uma espécie de verdugo

social, sempre a decepar toda e qualquer possibilidade de interferência da massa populacional na administração de seu próprio destino, em especial na distribuição da riqueza. Mesmo assim, tais movimentos são formas de pressionar o Direito oficial, possibilitando distorções e forçando avanços na consideração da vontade da população, criando condições para a quebra de instituições repressivas.

(...) O problema vai além, adentrando em questões filosóficas, como o próprio conceito de Justiça. Já foi dito ser a classe dominante quem determina qual a concepção de Justiça a ser distribuída à sociedade. Ora, sendo o julgador dogmático um simples reproduzidor do conhecimento já estabelecido, nada mais faz do que propagar os conceitos elaborados por essa minoria, eternizando o *status quo*.

Os magistrados, de maneira geral, são oriundos da classe média-alta e até da burguesia nacional, estão confortavelmente instaladas no *establishment*, tendo pouco contato com a realidade sociológica na qual estão inseridos, sendo que, como resultado de um convívio cotidiano afastado da massa obreira, ficam circunscritos ao meio social de que participam, agindo e pensando, naturalmente, a partir de um raciocínio excludente.

Como resultado de um convívio cotidiano afastado da massa obreira, os magistrados, em sua maioria, pensam e agem a partir de um raciocínio excludente, circunscrito ao meio social de que participam. Mesmo aqueles oriundos das classes pobres, quase sempre se esquecem do passado, adoram a nova vida com um pouco de fartura e passam a pensar com um novo imaginário, voltado, por óbvio, para os interesses do seu novo meio, pois ali formam sua consciência. Não se trata, apenas, de um relacionamento discriminador e seus corolários. É algo mais profundo, atinge o sentimento do homem, sua maneira de ver o mundo, de com ele se relacionar.

Ledo engano de uma imaginação febril o daqueles que acreditam que os magistrados, na missão que lhes compete, mesmo pretendendo agir com inteira isenção e projetando a imagem de excelsa equidistância são inteiramente orientados por valores sublimes e princípios inatacáveis que pairam acima das demandas abusivas, das desregrações múltiplas, dos interesses e conflitos de classes. Ora, esses mesmos fiéis guardiões e protetores das ossificadas e empoeiradas codificações, quando da execução legal ou da revelação jurídica nos tribunais, oferecerão quase sempre uma atitude preconceituosa, estereotipada, modelada ideologicamente por um comportamento marcadamente conservador. (ANDADRE, 2008, p. 90 e 91)

A referida condição dos magistrados favorecerá a aceitação acrítica do mito da democracia racial, servindo de empecilho para a aplicação das leis anti-discriminatórias com a Lei n. 7.716/89 e a Lei n. 9.459/97.

Além de ser normatizado pela Constituição Federal, o crime de racismo passou a ser, também, tutelado pela Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989, e pela Lei nº 9.459 de 13 de maio de 1997, que alterou os artigos 1º e 20º da anterior, acrescentando, ainda, um parágrafo ao artigo 140 do Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 que se constitui no Código Penal. Os referidos diplomas legais consubstanciam-se enquanto resultado das lutas do movimento

negro, representando, ao mesmo tempo, um avanço na mentalidade do legislador nacional no que diz respeito aos crimes de racismo.

Contudo, se as referidas leis representaram um avanço na mentalidade do legislador nacional, o mesmo não se pode dizer da mentalidade do Poder Judiciário no trato das questões raciais, haja vista que interpreta tais dispositivos legais de maneira enviesada, influenciado, acreditamos, por um preconceito enraizado e pelo mito da democracia racial, de tal forma que não tem contemplado o pleito das vítimas de racismo.

Nessa perspectiva, os juízes, nos casos concretos que lhes chegam, preferem interpretar ofensas verbais racistas, como a sofrida por uma mulher negra em São Paulo em 27 de novembro de 1989, chamada de "macaca" e "negra", como delito contra a honra, injúria simples, amenizando, com isso, o potencial ofensivo do autor, contribuindo para o relaxamento da prisão em flagrante (GUIMARÃES, 2002).

A interpretação judicial prefere não enxergar o disposto no art. 20 da Lei nº 9.459, tipificando-o sistematicamente como de ação penal privada, tratando-o como crime contra a honra, perseguível mediante queixa-crime, tornando inócuo o objetivo do legislador de combater os crimes raciais, os quais são sancionados com a pena de reclusão.

Os juízes preferem entender o ato de racismo de uma maneira puramente técnica, quando consubstanciado na segregação e exclusão violentamente nítida. Assim, nesse tipo de interpretação, para se enquadrar o ofensor por crime de racismo, teria de haver, de maneira explícita, a discriminação segregacionista.

Tal interpretação, mais uma vez, prejudica a vítima de racismo, uma vez que a discriminação é exercida de modo sutil, conforme Antônio Guimarães (2002, p. 36):

O que chama a atenção na lei 7.716 e na sua interpretação, tal como feita pelos juízes de Direito em suas sentenças, é que o ato de racismo era conceituado como limitando-se a um ato de segregação e de exclusão. Os comportamentos criminalizados são desta natureza, por isto mesmo os verbos utilizados na redação da Lei são todos referentes à exclusão, tais como impedir obstar, negar etc., referindo-se seja ao acesso a serviços públicos ou residências, seja ao atendimento em estabelecimentos, seja ao convívio familiar.

Ora, o problema consiste exatamente no fato de que tais formas de discriminação segregacionista são residuais no mundo atual e, quando exercidas, o são de modo sutil, [...]

Disfarçando-se o motivo racial sob alguma transnomação ou tropo, tais como aparência física (boa aparência), uso ocupacional (elevadores de serviço) ou título de propriedade (locais exclusivos para sócios ou proprietários) e escondendo-se sob motivação técnica ou mesmo cultural (mérito escolar, preferência de clientela, qualificações técnicas etc.).

Desta forma, desconhecendo ou fingindo desconhecer os mecanismos sutis e velados de discriminação racial, ao darem sentenças fundamentadas na interpretação literal da lei, que

põem realce aos verbos “excluir”, “negar”, “impedir”, os juízes denegam o pedido da vítima com a alegação de não haver bases concretas e indícios suficientes para a punição do autor.

Tais interpretações, seja tipificando a ofensa verbal como crime contra a honra, ou somente enxergando a segregação racial de maneira explícita, cada vez mais rara em nossa sociedade, contribuem para o aprofundamento das ideias racistas, para a impunidade de tal crime, bem como para desmotivação do combate ao racismo pelo viés do judiciário.

Nesse mesmo sentido, diante do preceito constitucional que afirma ser crime inafiançável a prática do racismo sujeito à reclusão, também tem o judiciário, sutilmente, desprezado a finalidade do legislador de combater o racismo.

Os juízes consideram excessivo o rigor da Lei Constitucional, alegando ser desproporcional a quantidade da pena aplicada, argumentando que, se alguém comete assassinato, tem direito a fiança e o crime pode até prescrever dentro de certo tempo, contudo, tais direitos são negados ao autor do crime de racismo, restando que o entendimento judicial considera, por exemplo, o obstáculo ao acesso de alguém a uma boate ou restaurante em função da cor, menos danoso para a sociedade que o homicídio, razão pela qual preferem amenizar a punibilidade do infrator tipificando-a de maneira mais branda.

Diante do exposto, acredita-se que a constância de sentenças absolutórias, no que diz respeito aos crimes de discriminação, consubstanciam a perpetuação do preconceito. Tais sentenças, motivadas por uma parca compreensão dos conflitos interétnicos vigentes no Brasil, enfraquecem o princípio da igualdade, consolidando e favorecendo os privilégios dos grupos étnicos dominantes, que enxergam a realidade a partir da perspectiva dos seus valores, mesmo nas decisões aparentemente neutras, resultando num impacto negativo para os afrodescendentes.

Este privilégio racial faz com que a cosmovisão e as perspectivas próprias de certo grupo sejam concebidas como “neutros do ponto de vista racial”, constitutivas da “normalidade social”, consideradas “natural”: a branquidade é efetivamente suprimida, desassociada do âmbito racial. Neste contexto, as escolhas e comportamentos com conteúdo racial branco são valorizados e recebem aprovação social, por enquadrados dentro da referida normalidade, ao passo que as demais são desvalorizadas e objeto de suspeição, necessitando justificar-se continuamente. Esta dinâmica tem suas raízes em ideologias abertamente racistas, bem como informa uma abordagem completamente cega para as questões raciais no direito da antidiscriminação.

Um dos efeitos nefastos da desconsideração da teoria institucional da discriminação e do esvaziamento do *disparate impact* é o enfraquecimento do princípio da igualdade, cujo caráter restrito e limitado acaba por legitimar todo racismo que ultrapassa a discriminação intencional (Raupp, 2008, p. 138).

Tal atitude dos magistrados explica-se pela tradição de ausência de uma segregação

legal, que contribuiu para o surgimento da ideia da "democracia racial", crença que limita a percepção dos juízes, que não conseguem, ou não querem, enxergar a realidade da discriminação, desqualificando a motivação de atos que atentam aos direitos fundamentais do cidadão. O efeito da crença dos juízes na democracia racial brasileira pode ser claramente percebido na sentença do Processo número 256/93, 83ª Vara Criminal de São Paulo citada por Antônio Sérgio Alfredo Guimarães (1999):

[No Brasil], os de pele mais escura são ídolos inclusive dos mais claros no esporte e na música, sendo que mulheres popularmente chamadas de mulatas parece que têm orgulho dessa situação e exibem-se com grande sucesso em muitos locais da moda e da fama. No Brasil pessoas ‘brancas’ casam-se com pessoas ‘negras’, e têm filhos normalmente - com naturalidade- e na verdade, somos um país onde aproximadamente a metade é de pele escura, tanto que as Leis 1.390 e 7.716 são até muito pouco conhecidas e lembradas. Aqui não temos racismo rigoroso e cruel como em outras nações, onde os não ‘brancos’ são segregados, separados e não tem reconhecidos os mesmos direitos. “Isso é que é racismo” (Sentença do Processo nº. 256/93 – 8ª vara criminal de São Paulo).

5 CONCLUSÃO

Desenvolvida academicamente por Gilberto Freyre, embora o autor não tenha cunhado o termo “democracia racial”, tal teoria representa uma visão otimista da mestiçagem e da tolerância racial, induzindo-nos a ver que existe, nas relações raciais brasileiras, uma boa convivência, caracterizada por uma unidade na diversidade racial.

A difusão da referida ideia, simultaneamente à ascensão da ideia do estado moderno e unificado, transformou-se em dogma adotado pelo estado no período dos governos militares, cujo discurso ideológico de projeto nacional consubstanciava-se na construção ideativa do povo brasileiro, caracterizado por ter uma só cultura, una e indivisível, fundida e integrada na nação.

A ideia de democracia racial permanece informalmente ou subliminarmente no imaginário social brasileiro, constituindo-se em estrutura mental de longa duração, sendo recentemente combatida pelos estudos críticos das ciências humanas, pelo engajamento dos movimentos negros e organizações sociais, bem como pelas atuais medidas governamentais e legislativas no sentido de combater o racismo e a discriminação. Contudo, em que pese tudo isso, no cotidiano das relações sociais, a ideia de democracia racial encontra-se atuante. Tal noção, que se incorporou no imaginário social brasileiro, tornando-se nociva à condição do homem negro, no que diz respeito ao enfrentamento da questão do racismo, indicando que o caminho para a superação ainda será longo.

O nosso racismo, que não se consubstancia nas lutas abertas entre brancos e negros, revela-se nos detalhes do dia a dia, com a desvantagem no mercado de trabalho, no nível educacional e até nos meios de comunicação que, não raro, retratam os negros em posições inferiores, bem como na discriminação direta e escancarada no jogo das relações cotidianas, objetos das Denúncias prestadas pelo Ministério Público, fundamentadas na lei 7.719/89.

Particularmente, no contexto baiano, o mito da democracia racial teve uma força e importância imprescindível para a manutenção do status quo da elite, concretizando-se em razão da ausência de transformação substancial na vida dos negros, no que diz respeito a sua condição econômico-social. (BACELAR, 1989)

Neste sentido, a abolição da escravidão não trouxe mudanças estruturais que viessem alterar a condição do homem negro e sua consequente valorização social. Portanto, até os anos 30 do século XX, quando surgiu a teoria da democracia racial, em razão da ausência de reais modificações na conjuntura econômica, na capital baiana, a interpretação da realidade consubstanciou-se apenas numa adequação ao que já estava estabelecido, restando que o tratamento dispensado ao negro não diferia muito daquele dado ao escravo, qual seja, mantê-los margem da sociedade, nas estratificações sociais mais baixas.

Assim, por estar associado às camadas mais baixas da sociedade e à contingência da cor de sua pele, desenvolveu-se a estigmatizante imagem dos negros enquanto seres inferiores. Contudo, por razões que, de certa forma, escaparam ao controle das elites, estas tiveram de justificar uma pseudo harmonia da sociedade baiana, fundamentada no mito da democracia racial.

Em decorrência do fenômeno da miscigenação, das revoltas do século XIX, da importância demográfica dos negros e por “estarem em seu lugar”, é que o mito da democracia racial teve maior importância na Bahia.

Dir-se-ia, assim, que a ideologia étnica dos grupos dominantes apresentava-se perfeita. Havia uma sociedade aberta - inclusive porque muitos dos seus componentes eram morenos - e, por sua vez, estava explícito que o negro era inferior. Estas concepções, veiculadas por uma elite auto-identificada como branca e protegidas pela ciência da época, constituíam-se na formulação simbólica majoritária da sociedade, inclusive dos próprios negros. (Bacelar, 1989, p. 80)

Dos anos 30 até o presente, a sociedade baiana passou por diversas transformações. A comunidade negra, a partir dos anos setenta, desenvolveu uma consciência de negritude, responsável por transformações na sua contingência existencial, houve a criação de uma promotoria, única no Brasil, de combate à discriminação. Contudo, a sociedade baiana, ainda

que consoma a cultura negra, adaptada pela indústria cultural, continua discriminadora, embora disfarce o preconceito pelo discurso da democracia racial.

Como foi dito, os magistrados, de maneira geral, formados pela prática de ensino positivista, caracterizado pelo conhecimento das leis vigentes e pelo manejo dos conceitos da dogmática jurídica, que reprime as discussões sobre os motivos éticos e políticos, dificilmente escapam da visão oficial do mito da democracia racial.

Em razão disso não conseguem, nas suas interpretações técnicas, enxergar as formas veladas de discriminação exercidas de modo sutil, limitando a interpretação de discriminação aos atos de segregação e exclusão explícita. A referida limitação e incapacidade de superar o senso comum do mito da democracia racial deve-se ao ensino despolitizado dos cursos jurídicos, cuja formação normativa não possibilita “uma interrogação sobre a dimensão política, as implicações socioeconômicas e a natureza ideológica da ordem jurídica” (COSTA, 2001, p. 302), influenciando as decisões judiciais, sobretudo aquelas relacionadas à condição do negro, concretizando a discriminação indireta.

Ao decidir dessa forma, incorrem os magistrados na discriminação indireta, caracterizada pelas “realidades permanentes que se reproduzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras mas efetivamente discriminatórias” (RAUPP, 2008, p. 138), fomentando e perpetuando o preconceito. Diante disso, uma das pautas da luta do movimento negro deverá dizer respeito à própria formação dos futuros magistrados, no sentido de torná-los aptos a superar o mito da democracia racial. Nesse sentido afirma Boaventura de Souza Santos:

No caso do movimento negro, a luta jurídica está voltada para a implantação dos programas de ação afirmativa e para que os processos por discriminação sejam julgados e não tenham fins inócuos. Nesse sentido, uma reivindicação implícita é a necessidade de uma formação jurídica que desvele o mito da democracia racial e amplie as concepções de injustiça com as quais os magistrados estão acostumados a trabalhar, conferindo mais destaque às injustiças históricas e étnico-culturais. (SANTOS, 2007, p. 80)

REFERÊNCIAS

ABREU, Sérgio. *Os descaminhos da tolerância: o afro-brasileiro e o princípio da igualdade e da isonomia no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 1999.

ADORNO, Sérgio. Violência e racismo: discriminação no acesso à justiça penal. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; QUEIROZ, Renato (org.) *Raça e diversidade*. São Paulo: Edusp/Estação Ciência, 1996.

AGUIAR, R.A.R. *Direito, Poder e Opressão*. São Paulo: Alta-Ômega, 1990.

ANDRADE, Ledio Rosa de. *Juiz Alternativo e Poder Judiciário*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ANDREWS, George Reid. Desigualdade racial no Brasil e nos Estados Unidos: uma comparação estatística. *Estudos afro-asiáticos*, n. 22, 1992.

APPIAH, K. Anthony; GUTMAN, Amy. *Color conscious: the political morality of race*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

ARAÚJO, Joel Zito. *A negação do Brasil: o negro na telenovela brasileira*. São Paulo: Senac, 2001.

BACELAR, Jeferson. *Etnicidade*. Ser Negro em Salvador. Ianamá/PEMBA, 1989.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. *Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo*. São Paulo:Unesco/Anhembi, s.d.

BERGMANN, Barbara. *In defense of affirmative action*. Nova York: Basic Books, 1996.
BORGES, E. MEDEIROS, C. A.; D'ADESKY, J. *Racismo, preconceito e intolerância*. São Paulo: Atual, 2002.

BRITO, Antônio José Guimarães. Etnicidade, alteridade e tolerância. In: *Elemento de Antropologia Jurídica*. Thais Luzia Colaço (org.) Florianópolis: conceito editorial, 2008.

BRITTO, Diná Tereza de. *Discurso Jurídico*, uma análise das vozes num processo crime.
BRUM. Nilo Barros de. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

CASHMORE, Ellis. *Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*. São Paulo: Summus, 2000.

CENEVIVA, Walter. Preconceito e discriminação. *Folha de São Paulo*, de 31-5-1997, c.2, p.2.

COSTA, Alexandre Araujo. *Introdução ao Direito*. Uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

CURRY, George E. *The affirmative action debate*. Addison: Addison- Wesley, 1996.

D'ADESKY, Jacques. *Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.

ECCLES, Peter. Culpados até prova em contrário: os negros, a lei e os direitos humanos no Brasil. *Estudos afro-asiáticos*, n. 20, jun. 1991.

FERNANDES, Newton e FERNANDES, Valter. Criminologia Integrada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. apud Silva Jr. Hédio Direito Penal e Igualdade Étnico e Racial. In:

Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial. São Paulo: Lúmen Júris Editora, 2008.

FERREIRA, Ricardo Franklin. *Afro Descendente. Identidade em Construção*. São Paulo: EDUC, 2004.

FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mucambos*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1968.

FREYRE, Gilberto. Atenção, brasileiros. *Diário de Pernambuco*, 15 maio 1977. Opinião, p. A-13.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala* 33. ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.

GILROY, Paul. *O Atlântico negro*. São Paulo: Ed. 34, 2002.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Ed. 34, 1999.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Classes, raças e democracia*. São Paulo: Ed. 34, 2002.

GORENDER, Jacob. *Brasil em Preto e Branco*. São Paulo: Editora SENAC SP, 2000 .

HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

HASENBALG, Carlos. *Os números da cor*. Rio de Janeiro: Centro de estudos afro-asiáticos, 1996.

HASENBALG, Carlos; SILVA, Nelson do Valle. *Relações raciais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1992.

JACCOUD, Luciana. Racismo e República: O debate sobre o branqueamento e a discriminação racial no Brasil. In: *As Políticas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição*. IPEA, novembro de 2008.

MARTINS, José Renato Silva. *O dogma da neutralidade Judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.

ORTIZ, Renato. *Cultura Brasileira e Identidade Nacional*. São Paulo: Brasiliense, 1994

POUTIGNAT, Philippe e STREIFF-FERNART, Jocelyne. *Teorias da etnicidade*. São Paulo: Fundação editora da UNESP, 1998.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da autodiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo, Cortez, 2007.

SILVA, Jorge da. *Direitos civis e relações raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Luam, 1994.

SILVA, Jorge da. *Violência e racismo no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Eduff, 1998.

SILVA JR., Hédio. *Anti-racismo: coletânea de leis brasileiras (federais, estaduais, municipais)*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA JR., Hédio. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da discriminação do racismo: Aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TELLES, Edward. *Racismo à Brasileira. Uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume Dumari, 2003.