

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

TEORIA RACIAL CRÍTICA: O PAPEL DO DIREITO NAS (DES)IGUALDADES RACIAIS

RACIAL THEORY CRITICAL: THE LAW ROLE IN RACIAL EQUALITY

Franciele Pereira Do Nascimento

Resumo

O presente trabalho tem por escopo trazer à baila reflexões acerca do papel do Direito nas relações raciais. O Direito enquanto - legislação e jurisprudência - foi utilizado como instrumento para criar e manter desigualdades raciais existentes nos Estados Unidos e no Brasil. Assim, esta pesquisa apresenta um recorte de decisões históricas proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos examinando questões relativas às relações raciais, além de conceituar e analisar criticamente a igualdade enquanto princípio fundamental de um Estado que se pretenda democrático e, por fim, expor algumas pesquisas estatísticas acerca da criminalização da população negra e da violência estatal, pontos muito sensíveis e que demonstram que a igualdade racial é um objetivo ainda longe de ser alcançado. Nesta esteira, o presente trabalho busca demonstrar que as leis e a jurisprudência dos tribunais, nem sempre foram favoráveis ao combate ao racismo e à promoção da igualdade racial, mas que este quadro precisa ser transformado o quanto antes para que se construa uma sociedade verdadeiramente democrática e balizada por ideais de justiça social.

Palavras-chave: Suprema corte dos estados unidos, Relações raciais, Princípio da igualdade, Genocídio da população negra

Abstract/Resumen/Résumé

This research has the scope to bring up reflections on the role of Law in race relations. The Law as - legislation and jurisprudence - was used as a tool to create and maintain existing racial inequalities in the United States and Brazil. Thus, this research presents a clipping historical judgments handed down by the Supreme Court of the United States examining issues relating to race relations, in addition to conceptualize and critically analyze equality as a fundamental principle of a State that is to be democratic and ultimately expose some research statistics about the criminalization of black people and state violence, very sensitive points and to show that racial equality is a goal still far from being achieved. On this track, this study seeks to demonstrate that the laws and jurisprudence of the courts, were not always favorable to combat racism and promote racial equality but that this framework must be transformed as soon as possible for us to build a truly democratic society and imposed by ideals of social justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Supreme court of the united states, Race relations, Principle of equality, Genocide of the black population

1. Introdução

“A lei pode ser usada como um álibi e uma justificativa para perpetuar a desigualdade”. Esta frase que dá título a uma entrevista concedida pelo professor norte-americano Kendall Thomas em sua última estada no Brasil¹, pode servir de pontapé inicial para as reflexões propostas no presente artigo. A lei - entendida aqui como o Direito enquanto legislação e jurisprudência - foi ferramenta de alicerce para perpetrar/perpetuar desigualdades raciais existentes nos Estados Unidos e no Brasil. Assim, no presente trabalho objetivamos fazer um resgate da jurisprudência norte-americana atinente às relações raciais, refletir acerca da igualdade enquanto princípio fundamental de um Estado que se pretende democrático como o brasileiro e, por fim, propor uma análise crítica de um ponto nevrálgico quando se fala hodiernamente de relações raciais, democracia e cultura, seja lá ou cá: criminalização da população negra e violência estatal.

2. Direito e Relações Raciais nos Estados Unidos

Legatário da tradição jurídica do *common law* do Reino Unido, o Direito norte-americano é construído com base no respeito aos precedentes judiciais (*case law*). Este sistema tem por elementos fundamentais da organização judiciária ideais de coerência, consistência, uniformidade e estabilidade que são conferidos ao Poder Judiciário através da aplicação da teoria do *stare decisis*, doutrina que recebe diferentes interpretações como leciona MARINONI:

De regra, o termo *stare decisis* significa tanto a vinculação, por meio do precedente, em ordem vertical (ou seja, como representação da necessidade de uma Corte inferior respeitar decisão pretérita de Corte superior), como horizontal (a Corte respeitar decisão anterior proferida no seu interior, ainda que a constituição dos juízes seja alterada). Esta é a posição adotada, entre outros, por Neil Duxbury e Melvin Aron Eisenberg. Em outra senda, há aqueles que optam por distinguir o termo *stare decisis* de *precedent*, como Frederik Schauer, para quem, "tecnicamente, a obrigação de uma corte de seguir decisões prévias da mesma corte é dita como sendo *stare decisis* (...), e o termo mais abrangente *precedent* é usado para se referir tanto à *stare decisis*, quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma superior." (MARINONI, 2011, p. 27)

¹ THOMAS, Kendall. **A lei pode ser usada como um álibi e uma justificativa para perpetuar a desigualdade**. Curitiba: Gazeta do Povo, Caderno Justiça e Direito, 12 de março de 2015. Entrevista concedida a Joana Neitsch. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/entrevistas/a-lei-pode-ser-usada-como-um-alibi-e-uma-justificativa-para-perpetuar-a-desigualdade-32beanzs33hrtwc19t4fhyu2t>

Cientes destas divergências doutrinária, fato é que a teoria do *stare decisis* tem papel fundamental na caracterização do Direito norte-americano e na distinção deste do Direito brasileiro², ao atribuir força vinculante ao precedente judicial estabelecido a partir do exame de um caso concreto pelo Poder Judiciário que baliza o arbítrio dos demais órgãos jurisdicionais, corroborando para o acréscimo da segurança jurídica e para a previsibilidade das decisões no sistema judiciário daquele país. Neste sentido, Justice Kennedy, Juiz Associado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, afirmou em uma das suas decisões que: “a doutrina do *stare decisis* é essencial para o respeito devido aos julgamentos da Corte e para a estabilidade do direito.” (MARINONI, 2011, p.77).

No sistema de precedentes, ao decidir um caso o magistrado emprega a *ratio decidendi* de outro julgado e esta seria a *legal rule* da decisão que será por ele proferida. Ademais, além de utilizar aqui o que foi decidido anteriormente com efeito vinculante, ao proferir sua decisão o juiz pode ir além e valer-se daquilo que foi ventilado incidentalmente durante a discussão que culminou na decisão antecedente. Os princípios do Direito estão em *Restatements of the Law*, arquivos publicados que expõem regras de julgados e demoram anos para serem elaborados, sendo também fontes que as cortes utilizam para decidir.

Através do *judicial review*, a Suprema Corte intervém nas maiores questões de políticas públicas. A Corte Suprema é um tribunal político, no entanto, deve ficar acima de questões partidárias. A *rule of law* no sistema de *common law* é caracterizada pela razão. O modelo ou a prática desta razão é declarada pelos juízes nas decisões que são documentos públicos que podem ser discutidos pela opinião pública.

No campo sociocultural, as decisões que precederam o caso que está a ser julgado são acessadas e lidas por advogados ou qualquer cidadão, os quais podem discutir o caso e compará-las. As decisões judiciais são construídas pouco a pouco e, assim, o desenvolvimento do Direito é fruto de um diálogo entre operadores do passado e do presente através de decisões judiciais que concretizam a teoria do *Direito como Integridade* proposta por Ronald Dworkin, como leciona BARBOZA:

“A segurança e a estabilidade que se propõem não estarão na certeza ou na previsibilidade da decisão em si, em se saber o que vai ser julgado, mas na certeza de que os Ministros julgarão de acordo com a integridade, ou seja, comprometidos a uma coerente e defensável visão dos direitos e deveres que

² Entendemos que institutos de Direito norte-americano estão cada vez mais adentrando o Direito brasileiro, mas culturalmente estes ainda guardam muitas diferenças. Sobre o tema ver: BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo.** Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aamericanizacaododireito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2015

as pessoas têm, o que é possível na adoção da doutrina do *stare decisis* que envolve que a vinculação dos tribunais ao passado significa que podem aplicar um precedente, revogá-lo ou distingui-lo, mas nunca ignorá-lo. (BARBOZA, 2011, p. 212)

Apontadas brevemente algumas características do Direito Constitucional norte-americano e pensando o Direito como um instrumento de concretização do poder estatal que equilibra razão e autoridade, passemos à análise do papel do Direito na evolução das relações raciais nos Estados Unidos.

O próprio Direito esteve transversalmente envolvido na consolidação da concepção de raça estabelecendo e mantendo a hierarquia entre grupos de raças diferentes. Há circularidade e interação entre dispositivos legais e normas sociais em sociedades racializadas como a norte-americana e a brasileira. Neste sentido, a construção do Direito - como fruto do contexto econômico, político, social e principalmente ideológico - teve um papel fundamental na segregação da população negra, na manutenção da hierarquia racial e da estrutura de supremacia branca mesmo após o fim do regime escravocrata nos Estados Unidos e no Brasil.

Em 1863, o então Presidente Abraham Lincoln assinou a *Emancipation Proclamation* declarando que todos os afro-americanos estavam livres. No entanto, a efetividade da abolição da escravidão e novos direitos aos afro-americanos foram alcançados apenas com a promulgação das 13^a, 14^a e 15^a Emendas à Constituição dos Estados Unidos. A Seção 1, da 13^a Emenda pode ser assim traduzida “Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado.”³

Acompanhando os avanços nos direitos civis dos afro-americanos as 14^a e 15^a Emendas também ampliavam conquistas, estabelecendo, respectivamente, que:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência; nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer Estado, por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão.⁴

³ Tradução disponibilizada pela Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 15 jun. 2015.

⁴ Tradução disponibilizada pela Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0->

Não obstante estes avanços no campo legislativo, práticas segregacionistas institucionalizadas nas esferas dos estados membros foram mantidas frustrando qualquer expectativa de construção de igualdade racial. Assim, coube ao Poder Judiciário avaliar a legalidade de tais práticas em casos concretos nos chamados *hard-cases*, *standard-cases* ou *leading-cases*, entre os quais podemos citar dois como referências.

O primeiro é chamado *Plessy v. Ferguson* analisado pela Suprema Corte norte-americana em 1896. Neste caso, Homer Plessy, cidadão norte-americano do estado da Louisiana, de descendência mista, desprovido traços fenotípicos negros,⁵ comprou um bilhete de primeira classe em um vagão destinado aos brancos e recusou-se a sair quando requisitado pelo condutor do trem. Ele foi expulso e preso por, em tese, violar a lei estadual que estabelecia que as companhias ferroviárias devessem providenciar acomodações “separadas, mas iguais” para negros e brancos.

Inconformado, Plessy ajuizou uma demanda perante uma Corte Federal, contestando a constitucionalidade do dispositivo legal estadual, por ofender às Emendas Constitucionais 13ª e 14ª acima citadas. A Suprema Corte, entretanto, decidiu pela constitucionalidade do *act* da assembleia geral do estado, afirmando que a Emenda que aboliu a escravidão não vedava leis estaduais que tratassem negros e brancos de forma desigual, garantindo que negros e brancos pudessem permanecer separados. Assim, a teoria do *separate but equal* tornou-se um precedente e foi institucionalizada.⁶

O precedente *Plessy v. Ferguson* de 1896 foi superado - o que é chamado de *overruling* no Direito dos Estados Unidos – apenas em 1954 com o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, ao qual passaremos a análise.

Sob o título de *Brown v. Board of Education* a Suprema Corte decidiu vários casos provenientes de diferentes estados membros (*Briggs v. Elliot*, *Davis v. Prince Edward County School Board*, *Belton v. Gebhart*, e *Bolling v. Sharpe*), os quais tinham como núcleo comum o pedido de admissão de cidadãos afro-americanos em escolas públicas de suas comunidades em um sistema não segregado.

[ria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html](http://cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html). Acesso em: 15 jun. 2015.

⁵ Interessante observar as diferenças entre o racismo de origem (Estados Unidos) e o racismo de marca (Brasil). Sobre isso ver: NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil**. Tempo soc., Jun 2007, vol. 19, no. 1, p. 287-308.

⁶ Caso *Plessy v. Ferguson*. Decidido em: 18 de maio de 1896. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537>. Acesso em: 15 jun. 2015.

A decisão foi de que no campo da educação pública a doutrina do *separate but equal* não se aplicava, pois a segregação com base no critério racial em escolas públicas violava o direito à igualdade protegido pela 14ª Emenda à Constituição, uma vez que o ensino segregado seria inevitavelmente desigual, ainda que as escolas para negros e para brancos dispusessem das mesmas condições materiais.⁷

Dada à importância deste julgado, convém transcrevermos alguns argumentos expostos pelo Justice Earl Warren no caso em tela, *in verbis*:

Separá-las [as crianças negras] de outras da mesma idade e qualificações unicamente por causa de sua raça, gera um sentimento de inferioridade em sua posição na comunidade que pode afetar seus corações e mentes de uma forma que pode jamais ser desfeita. Os efeitos desta separação sobre as suas oportunidades educacionais foram bem demonstrados no julgamento de um caso pela Corte de Kansas, a qual, no entanto, sentiu-se obrigada a decidir contra o pedido dos negros: A separação entre crianças brancas e de cor em escolas públicas tem um efeito negativo sobre as crianças de cor. O impacto é maior quando se tem o encorajamento da lei; a política de separar as raças é geralmente interpretada como se denotasse a inferioridade do grupo negro. Um sentimento de inferioridade afeta a motivação da criança para aprender. A segregação com o encorajamento da lei, portanto, tende a retardar o desenvolvimento mental e intelectual das crianças negras e a privá-las de alguns dos benefícios que receberiam acaso o sistema educacional fosse racialmente integrado.⁸

O caso *Brown v. Board of Education of Topeka* é um marco no que diz respeito ao tema das relações raciais no âmbito constitucional nos Estados Unidos, com reflexos em outros países do globo, fortalecendo o ativismo judicial da Suprema Corte.

Esta histórica decisão judicial, contudo, não foi suficiente para por fim ao regime de segregação entre negros e brancos nas escolas do sul dos Estados Unidos, haja vista que deixou uma grande brecha ao ter expressamente assinalado que a segregação precisaria ser superada progressivamente (*with all deliberate speed*), ao invés de mencionar imediatamente (*immediately*). Deste modo, não foram definidos metas e prazos para a total supressão do sistema segregacionista.

Já pelo viés inclusivo, a doutrina majoritária aponta os Estados Unidos como berço das denominadas políticas de “ações afirmativas”. A expressão *affirmative action* surge em 1961 na *Executive Order* 10.925 de iniciativa do Presidente John Kennedy, a qual tinha o escopo de combater à discriminação racial e ampliar as oportunidades no mercado de trabalho aos afro-americanos. Com a morte de Kennedy, o Vice-Presidente Lyndon B. Johnson

⁷ Caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Decidido em: 17 de Maio de 1954. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483>. Acesso em: 15 jun. 2015.

⁸ Caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Decidido em: 17 de Maio de 1954. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483>. Acesso em: 15 jun. 2015.

prosseguiu com seu programa de governo, aprovando em 1964 foi aprovado o *Civil Right Act*⁹ e em 1965 o *Voting Rights Act*.¹⁰ (MENEZES, 2001, p. 87-90)

Todavia, a elaboração destes diplomas legais não foi suficiente para dar efetividade à promoção da igualdade racial naquele país e o Poder Judiciário novamente teve um papel fundamental nesta seara.

Já em 1967, o caso *Loving v. Virginia* refere-se às bodas entre uma mulher afro-americana, Mildred Jeter, e um homem branco, Richard Loving, que aconteceu no Distrito de Columbia. No entanto, após o casamento eles voltaram para o estado da Virginia, no qual, assim como em muitos outros, vigorava uma *lei de integridade racial* que vedava casamentos inter-raciais, os quais eram punidos com um ou até cinco anos de prisão.

Após serem condenados pelo órgão de primeiro grau e pelo Tribunal de Apelação o caso chegou ao exame da Suprema Corte norte-americana, a qual entendeu que a decisão violou a cláusula do devido processo legal e da igual proteção, pois uma lei que afete direito fundamental não pode ser regulada de modo que prive este direito de forma desigual com base ilegítima. Assim, cabe transcrever em parte dos argumentos do Justice Earl Warren:

A liberdade de se casar já foi há muito reconhecida como um dos direitos individuais vitais, essenciais na busca pacífica da felicidade para os homens livres. (...) Negar esse direito fundamental com arrimo em tão insuportável base como as classificações raciais, incorporadas nessas leis, classificações tão diretamente subversivas do princípio da igualdade (existente) no âmago da 14ª Emenda é, por certo, privar todos os cidadãos dos estados de liberdade sem o devido processo legal. A 14ª Emenda exige que a livre liberdade de escolha para se casar não seja restringida por discriminações raciais odiosas. Sob nossa Constituição, a liberdade de casar-se, ou não se casar, com uma pessoa de outra raça está no (próprio) indivíduo, e não pode ser infringida pelo Estado.¹¹

Não obstante, a adoção de ações afirmativas e as decisões judiciais acima no sentido de promover a inclusão de negros na sociedade norte-americanos, a igualdade racial ainda está longe de se concretizar e muitos avanços ainda se fazem necessários, como abordaremos no terceiro item do presente trabalho.

3. A Igualdade como Princípio Democrático no Estado Democrático

As discussões acerca da conceituação e da representatividade dos princípios são algumas das mais importantes e atuais no constitucionalismo, sendo que sobre a temática se

⁹ Diploma legal que pôs fim aos diversos sistemas estaduais de segregação racial, em vigor entre 1876 e 1965, conhecidos por Leis de *Jim Crow*.

¹⁰ Diploma legal sobre os direitos de voto que garantia aos negros o direito de votar e de ser votado.

¹¹ Caso *Loving v. Virginia*. Decidido em: 12 de junho de 1967. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/388/1>. Acesso em: 15 jun. 2015.

debruçam diversos pensadores exponenciais da Ciência Jurídica. A palavra princípio remete à ideia daquilo que vem antes, que está no início, no começo, mas recebe outra conotação na ordem constitucional, como veremos adiante.

Ronald Dworkin, jus-filósofo norte-americano, foi um dos primeiros a elaborar uma teorização acerca dos princípios. Partindo de uma crítica ao Positivismo¹², o autor organizou uma diferenciação em regras (*rules*), princípios e políticas (*policies*).

Assim, regras seriam padrões que obedeceriam à lógica do “tudo ou nada” (*all-or-nothing fashion*), sendo que sua aplicabilidade estaria sujeita à sua validade e à hipótese fática nela prevista. Já princípios e políticas não devem ser interpretados à maneira do “tudo ou nada” como explica o autor:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover o assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. (DWORKIN, 2002, p. 36)

DWORKIN afirma que os princípios possuem a dimensão do peso e, assim, no caso de colisão, um princípio pode predominar sobre outro em determinado caso concreto, mas esta predominância pode inverter-se em outro caso concreto, sendo que o princípio que foi preterido não deixa de fazer parte do ordenamento jurídico.

Seguindo a classificação inicialmente proposta por DWORKIN, Robert Alexy afirma que princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras. Destarte, neste atual entendimento norma é compreendida como um gênero, que se divide em duas espécies: princípio e regra (BONAVIDES, 2010, p. 271).

Em sua obra célebre *Teoria dos Direitos Fundamentais*, ALEXY defende que princípios são *mandamentos de otimização* - normas as quais determinam que um objetivo deva ser realizado na maior medida possível, face às possibilidades fáticas e jurídicas presentes.

Importa destacarmos que a realização de um princípio muitas vezes é dificultada pela realização de outro princípio, a chamada *colisão*¹³ de princípios, impasse que deve ser

¹² Para o autor, o Positivismo, que entende o Direito apenas como sistema de regras, não consegue fundamentar decisões em casos complexos nos quais não há nenhuma regra jurídica aplicável.

solucionado através do sopesamento para que se possa alcançar um resultado ótimo (SILVA, 2003, p. 611).

Em face desta necessária limitação para se chegar a um resultado ótimo, explica Virgílio Afonso da Silva que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento de princípios colidentes (SILVA, 2003, p. 611). Neste ponto o autor esclarece ainda mais a diferença entre as duas espécies de normas:

Diante disso, a diferença entre princípios e regras fica ainda mais clara. As regras ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. Nos casos dos princípios, o grau de realização pode, como visto, variar (SILVA, 2003, p. 611).¹⁴

Partindo da classificação exposta, a igualdade é qualificada como princípio no sistema jurídico. Este princípio ganha especial importância no Direito contemporâneo. Rotulado como liberal igualitário, DWORKIN sustenta que o princípio da igualdade representa o dever do Estado de tratar a todos os cidadãos com igual respeito e consideração.

No livro *Uma questão de princípio*, Ronald Dworkin lembra que, não há muito tempo, o liberalismo foi quase uma teoria política de consenso entre filósofos políticos e jurídicos nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha. Sobre esse *individualismo igualitário* defendido pelos liberais, o autor declara:

(...) acreditavam que a política devia ter duas ambições: primeiro, promover o poder dos cidadãos, um por um, de levar a vida da maneira que achasse melhor para si, e, segundo, reduzir a grande desigualdade de recursos que diferentes pessoas e grupos da comunidade têm à sua disposição para esse propósito. (DWORKIN, 2001, p. 12)

¹³ Contrária é a opinião de Humberto Ávila sobre a questão. Para o citado autor a própria idéia de “conflito” deve ser repensada, pois se o conteúdo normativo de um princípio “depende” da complementação (positiva) e limitação (negativa) decorrentes da relação dialética que mantém com outros princípios, parece inconcebível a ocorrência de efetivas “colisões” entre eles. Tratar-se-ia, prossegue o autor, de um conflito aparente e não-uniforme, já que a ideia de conflito pressupõe a identidade de hipóteses e campos materiais de aplicação entre as normas eventualmente contrapostas, o que no caso dos princípios está previamente afastado pois eles são definidos justamente em função de não terem uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica abstratamente determinadas. Dessarte, conclui Humberto Ávila, “o problema que surge na aplicação dos princípios reside muito mais em saber qual deles será aplicado e qual a relação que mantém entre si. ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a definição do dever de proporcionalidade**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 215:151-179, jan./mar.1999 (nota 48, à p. 162) *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

¹⁴ Em sentido contrário, o próprio autor cita Humberto Bergmann Ávila, o qual sustenta que a diferença entre regras e princípios é uma mera diferença no grau de abstração, sendo os princípios mais abstratos do que as regras. ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a definição do dever de proporcionalidade**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 215:151-179, jan./mar.1999, p. 167. *Apud* SILVA. Virgílio Afonso. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *Obra Citada*, p. 615.

Para o referido autor, o liberalismo pode assumir duas formas básicas. Uma baseada na neutralidade que considera fundamental a ideia de que o governo não deve tomar partido em questões morais e apoia apenas as medidas igualitárias que sejam, comprovadamente, resultado deste princípio. Outra forma se baseia na igualdade e considera fundamental que o governo trate seus cidadãos como iguais e somente defende a neutralidade moral quando a igualdade a exige (DWORKIN, 2001, p. 305).

Deste modo, apesar de negar as acepções marxistas de igualdade,¹⁵ Dworkin defende o intervencionismo estatal a fim de que seja garantida e efetivada a igualdade. Contrário à chamada “igualdade de resultado”, autor é partidário de uma igualdade de recursos e assim inicia a exposição de sua teoria: (...) “as pessoas não começam suas vidas em termos iguais; alguns partem com acentuadas vantagens de riqueza de família ou educação formal ou informal. Outros sofrem porque sua raça é desprezada” (DWORKIN, 2001, p. 308).

Neste ponto o autor demonstra sua insatisfação com um modelo de igualdade que não considere essas desigualdades inequívocas:

Assim, algumas pessoas que estão totalmente dispostas, mesmo ansiosas, a fazer exatamente as mesmas escolhas de trabalho, consumo e economia que outras pessoas fazem, acabam com menos recursos, e nenhuma teoria plausível da igualdade pode aceitar isso como algo justo (DWORKIN, 2001, p. 308).

Ronald Dworkin defende uma teoria que chama de igualdade de recursos, segundo a qual o governo deve atribuir a mesma quantidade de recursos a cada cidadão, para que este os consuma ou invista da forma que quiser (DWORKIN, 1999, p. 357).

Sobre o papel do governo na concretização da igualdade, o autor afirma:

Admitimos que o governo tem um dever geral e abrangente que os cidadãos não possuem enquanto indivíduos. O governo deve examinar e alterar constantemente suas regras de propriedade, usando o radicalismo se necessário, para aproximá-las mais do ideal de tratar as pessoas como iguais segundo a melhor concepção (DWORKIN, 1999, p. 372).

Deste modo, partindo da tese do liberalismo igualitário apresentada por DWORKIN, defendemos que a postura do Estado no que tange à igualdade deve ser ativa, no sentido de garantir a concretização dos ideais políticos de igualdade e liberdade, essenciais na consolidação de uma sociedade democrática.

A Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 - denominada de Cidadã e produto de um processo de redemocratização do país após vinte e um anos de ditadura

¹⁵ Dworkin é contrário à chamada “igualdade de resultado”, isto é, que cada cidadão deve ter a mesma riqueza, em qualquer época de sua vida. (DWORKIN, 2001, p. 306).

militar - instala outra ordem constitucional, estabelecendo o Estado Democrático de Direito,¹⁶ baseado em ideais e princípios liberais que fundamentaram as revoluções e democracias norte-americana e europeias: liberdade, solidariedade e igualdade.

Marcada pela constitucionalização do combate ao racismo, a Carta Magna estabeleceu garantias individuais com o escopo de dar maior eficácia aos direitos fundamentais consagrados, prevendo a intervenção do Poder Judiciário em caso de ameaça ou lesão a tais direitos, os quais recebem lugar especial na nova ordem constitucional, como esclarece Flávia PIOVESAN:

Com efeito, a busca do texto em resguardar o valor da dignidade humana é redimensionada, na medida em que, enfaticamente, privilegia a temática dos direitos fundamentais. Consta-se, assim, uma nova topografia constitucional, na medida em que o texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias, elevando-os, inclusive, à cláusula pétrea, o que, mais uma vez, revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e garantias fundamentais (PIOVESAN, 2000, p. 55).

A dignidade humana é valor que irradia toda a Constituição Federal e os direitos fundamentais devem ser efetivados para garantir que o Estado seja de fato democrático como assevera a autora:

Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora (PIOVESAN, 2000. p. 26).

No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais - entre os quais se enquadra a igualdade - são os alicerces do princípio democrático. Dada sua tamanha importância, é dever primordial do Estado materializa-los, conforme assevera Ingo SARLET:

Outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que de modo incontroverso exercem a função de direitos subjetivos, como ocorre com os direitos de liberdade, entre outros) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Neste contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais. Cumpre assinalar, ainda no que concerne a este aspecto, que esta ordem genérica de efetivação inerente a todos os direitos fundamentais obviamente não se confunde e não afasta a existência de normas (princípios ou regras) de direitos fundamentais específicas de cunho impositivo, que - exclusivamente ou para além de

¹⁶ Compreende-se, hodiernamente, como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

consagrarem direito subjetivo individual - impõem ao legislador (ao menos em primeiro plano) a concretização de determinadas tarefas, fins e/ou programas mais ou menos genéricos, o que nos remete - entre outros aspectos - ao exame das normas assim denominadas de programáticas e à atual discussão em torno do constitucionalismo dirigente e da eficácia dos assim denominados direitos sociais (SARLET, 2005).

Destarte, neste molde a figura estatal abandona o papel de omissão e a sua intervenção assume particular importância para que se realizem os objetivos de status constitucional, os quais são resultados da positivação das escolhas políticas democraticamente estabelecidas pelo povo como valores essenciais daquela sociedade. É imperioso que a comportamento do Estado seja ativo, através da promulgação das leis, da realização de atos administrativos e de pronunciamentos judiciais, com a finalidade de concretizar os desígnios constitucionalmente instituídos.

No bojo dos anseios constitucionais está a igualdade, a qual não pode ser compreendida apenas pelo seu viés formal - vedação do tratamento desigual entre indivíduos que fazem jus a tratamento idêntico – mas deve ser interpretada acima de tudo como igualdade material - igualdade substancial que carece ser gerada pelo Estado com o intuito de erradicar a discriminação racial.

Conforme o texto constitucional estabelece, o princípio fundamental da igualdade visa à redução das desigualdades de todo tipo e a sociedade brasileira deve ser “fraterna, pluralista e sem preconceitos”, repudiar o terrorismo e o racismo, garantir a liberdade de crença e culto e preservar a cultura afro-brasileira, além de reconhecer os territórios quilombolas como patrimônios culturais. Assim, o Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário) deve atuar com o escopo de realizar tais fins.

Importa destacar o papel fundamental atribuído à Constituição em um Estado Constitucional de Direito como o fundado em 1988. Com a finalidade de evitar qualquer crise constitucional, é imprescindível vincular a Carta Maior à realidade e para tanto é preciso entender a união indissolúvel entre Estado, Constituição e política.¹⁷

Seguindo este raciocínio, defendemos neste estudo que o compromisso com o fim da desigualdade racial perpassa o âmbito do Estado enquanto mero cumpridor de normas constitucionalmente postas, devendo estar umbilicalmente ligado à realidade social desigual do Brasil. Entendemos aqui que o Estado deve ter um compromisso político de realizar a justiça distributiva e promover a integração da sociedade como um todo, uma vez que a

¹⁷ Sobre o tema ver: BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição**. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Gilberto Bercovici; José Filomeno de Moraes Filho; Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. (Org.). *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, p. 75-150.

classificação como democrático somente se realizará completamente quando os indivíduos tenham pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A atuação estatal na promoção da igualdade racial por meio de políticas constitucionalmente aceitas deve acontecer em duas frentes, como aduz Flávia PIOVESAN:

a) Repressiva Punitiva (que tem por objetivo punir, proibir e eliminar a discriminação);

b) Promocional (que tem por objetivo promover, fomentar e avançar a igualdade).

Na vertente repressiva punitiva, há a urgência de erradicar-se todas as formas de discriminação. O combate à discriminação é medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais. Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, por si só é, todavia, medida insuficiente. Vale dizer, é fundamental conjugar a vertente repressiva punitiva com a vertente promocional. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto como processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais (PIOVESAN, 2005, p. 48).

Em concordância com o exposto pela autora, entendemos que a importância da criminalização do racismo como mecanismo de erradicação da discriminação é mais simbólica que visível. Ela representa o repúdio de toda a sociedade a atos discriminatórios e excludentes. Todavia, a proibição de discriminação não significa produção de igualdade fática.

Portanto, defendemos que o combate à desigualdade racial acontecerá somente com a promoção de políticas estatais sérias que promovam a igualdade de oportunidades à população negra, cumprindo o que determina o Direito Constitucional.

Neste cenário, as ações afirmativas recentemente declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal têm se apresentado como instrumento importante na intervenção estatal na promoção de igualdade racial, estando em total consonância com o que dispõe a Constituição, mas não são suficientes.

Não obstante, no tocante à criminalização e ao genocídio da população negra isto não vem acontecendo, o que podemos notar é que o Direito Penal tem sido utilizado muito mais contra do que a favor da promoção da igualdade como veremos no item que segue.

4. Direito, criminalização da população negra e violência policial

*Mais uma vida desperdiçada e é só.
Uma bala vale por uma vida do meu povo.
No pente tem quinze, sempre há menos no morro, e então?
Quantos manos iguais a mim se foram?
Preto, preto, pobre, cuidado, socorro!
(Rapaz Comum - Racionais Mc's)*

Sem desconsiderar a evolução acima exposta sobre o papel do Direito na promoção da igualdade racial, fato é que ainda há muito que se avançar. Prova disso é que nos últimos meses do ano de 2014, manchetes de jornais em todo o mundo foram tomadas pelos protestos ocorridos nos Estados Unidos contra assassinatos de civis negros desarmados por policiais brancos, reacendendo a discussão no país sobre racismo e militarização da polícia. Um episódio de grande repercussão foi o que vitimou Michael Brown, jovem negro de 18 anos, sem antecedentes criminais, morto em agosto do referido ano na cidade de Ferguson, no Missouri¹⁸, após ser atingido por seis tiros disparados por um policial branco, o qual não foi indiciado pelo fato por falta de provas.¹⁹ As manifestações populares foram contidas com pelotões de choque e imposição de toque de recolher pelos aparelhos repressivos do Estado norte-americano.

Primeiramente, para iniciar a reflexão sobre a temática, é essencial pensarmos a centralidade que têm o legado de criminalização, aprisionamento e desumanização das pessoas nos Estados Unidos. O sistema prisional no país que tem como símbolo a *Estátua da Liberdade* é muito grande e nele está concentrada a maior população carcerária de todo o mundo. Uma pesquisa do Centro Internacional de Estudos Penitenciários (*International*

¹⁸ Sobre este caso, e relatando uma realidade muito próxima da brasileira, o acadêmico Kendall Thomas também se manifestou na entrevista supramencionada: “Em Ferguson, estamos lidando com uma comunidade inteira que tem um baixo nível de instrução, com muitos desempregados ou subempregados, privados de direitos, econômica e socialmente excluídos da vida da comunidade. Então, todas essas coisas tomaram espaço. Hoje, não temos leis que excluem formalmente as pessoas de ir a um restaurante, de estudar em uma escola pública, de votar ou de se candidatar a um emprego. Nós sabemos que há muitas formas detestáveis de discriminação racial, disfarçadas e também não tão disfarçadas, que limitam as oportunidades de vida de jovens em comunidades como Ferguson. Para mim, Ferguson representa o desafio e a oportunidade. O desafio é reconhecer que, mesmo em um país que legalmente superou a subordinação, as pessoas continuam a ser excluídas. O direito pode fazer parte desse trabalho. Por exemplo, tratando do comportamento dos policiais para com os jovens descendentes de latinos ou africanos, do racismo de todos os dias por parte dos policiais que deveriam protegê-los.” THOMAS, Kendall. **A lei pode ser usada como um álibi e uma justificativa para perpetuar a desigualdade.** Entrevista citada.

¹⁹ Composto por 12 pessoas, o júri manteve reuniões secretas por meses, uma vez por semana, ouvindo testemunhas e analisando evidências. Os integrantes eram seis homens brancos, três mulheres brancas, duas mulheres negras e um homem negro. Eles tinham a opção de não acusar o policial por crime algum ou decidir que ele deveria ser processado por homicídio involuntário ou assassinato, com sua absolvição ou condenação (e pena) sendo decidida em novo julgamento. A decisão não precisava ser unânime, sendo validada caso fosse aprovada por ao menos nove dos 12 jurados. Disponível em http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141124_decisao_grande_juri_ferguson_lgb. Acesso em: 25 jul. 2015.

Centre for Prison Studies) divulgada em 2013, constatou que a população carcerária mundial chegou a 10,2 milhões de pessoa, sendo que os Estados Unidos concentram o maior número de presos, 2,24 milhões. Essa população cresceu entre 25% e 30% nos últimos 15 anos. Ou seja, a população penitenciária no território norte-americano cresce mais depressa que a população mundial a qual aumentou em 20% no período.²⁰

O sistema de justiça criminal ainda não sentiu o impacto da revolução dos direitos civis e o racismo e as disparidades raciais são refletidas, alcançando a pena capital. A pena de morte é a última sanção e sua prática pelo Estado é um teatro político, ainda que as execuções aconteçam à noite e não sejam públicas. Estatisticamente há uma alteração dos resultados a depender da raça do réu e da vítima, pois há uma desvalorização da vida negra e o fato de ser negro aparece como uma situação agravante. Neste sentido, importante fazer referência ao estudo da Universidade de Iowa realizado na década de 70, sob a orientação do professor David C. Baldus, que - após a análise de mais de dois mil casos ocorridos à época na Geórgia - apontou que negros teriam 1,7 vez mais chances de serem condenados à pena de morte que brancos sob as mesmas circunstâncias e concluiu que negros que cometessem crimes contra vítimas brancas eram 4,3 vezes mais propensos à pena do que nos casos em que a relação fosse inversa.²¹ Tal pesquisa comprovou que ainda que uma lei seja racialmente neutra pode ter uma aplicação díspar inegável.

Nesta esteira, basilar se faz a análise de mais um caso concreto que chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos, ressaltando mais uma vez o lugar fundamental do Direito no combate antirracista ou na manutenção da hierarquia racial. Apesar da pesquisa acima mencionada ter demonstrado numérica e academicamente o que pode ser observado há tempos e de longe ao se pesquisar o sistema penitenciário norte-americano, em 1987, no caso *McCleskey v. Kemp* a Corte rejeitou a alegação de que as sentenças judiciais fossem discriminatórias ao condenar réus afro-americanos à morte, pois as desigualdades raciais não estão positivadas no Direito Criminal e a lei seria cega à cor.

No caso citado, um homem negro, Warren McCleskey, foi condenado em um tribunal da Geórgia por assalto à mão armada e assassinato, decorrente da morte de um policial branco durante o assalto a uma loja. Nos termos da legislação do estado, o júri decidiu

²⁰ Pesquisa disponível em http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wpp1_10.pdf. Acesso em: 25 jul. 2015.

²¹ Sobre o tema ver: BALDUS, David C.; PULASKI, Charles; WOODWORTH, George (1983). **Comparative Review of Death Sentences: An Empirical Study of the Georgia Experience**. *Journal of Criminal Law and Criminology* (Northwestern University) 74 (3): 661-753 e BALDUS, David C.; PULASKI, Charles A.; WOODWORTH, George (1990). **Equal Justice and the Death Penalty: A Legal and Empirical Analysis**. Boston: Northeastern University Press.

pela pena de morte sob a acusação de assassinato e os tribunais inferiores também. Assim, o condenado recorreu à Suprema Corte alegando que o processo de condenação capital foi conduzido de forma racialmente discriminatória em violação à 8ª e à 14ª Emendas Constitucionais. Em apoio do pedido, o peticionário apresentou o conhecido “estudo de Baldus” supramencionado, mas, rejeitando suas reivindicações constitucionais, a Suprema Corte confirmou a decisão anteriormente proferida. A Corte reconheceu a validade do estudo, porém considerou as estatísticas insuficientes para demonstrar a discriminação inconstitucional no contexto da 14ª Emenda ou para mostrar irracionalidade, arbitrariedade ou capricho na análise 8ª Emenda, assim, para os membros da Suprema Corte os padrões estatísticos não eram capazes de invalidar uma decisão em um caso particular.²²

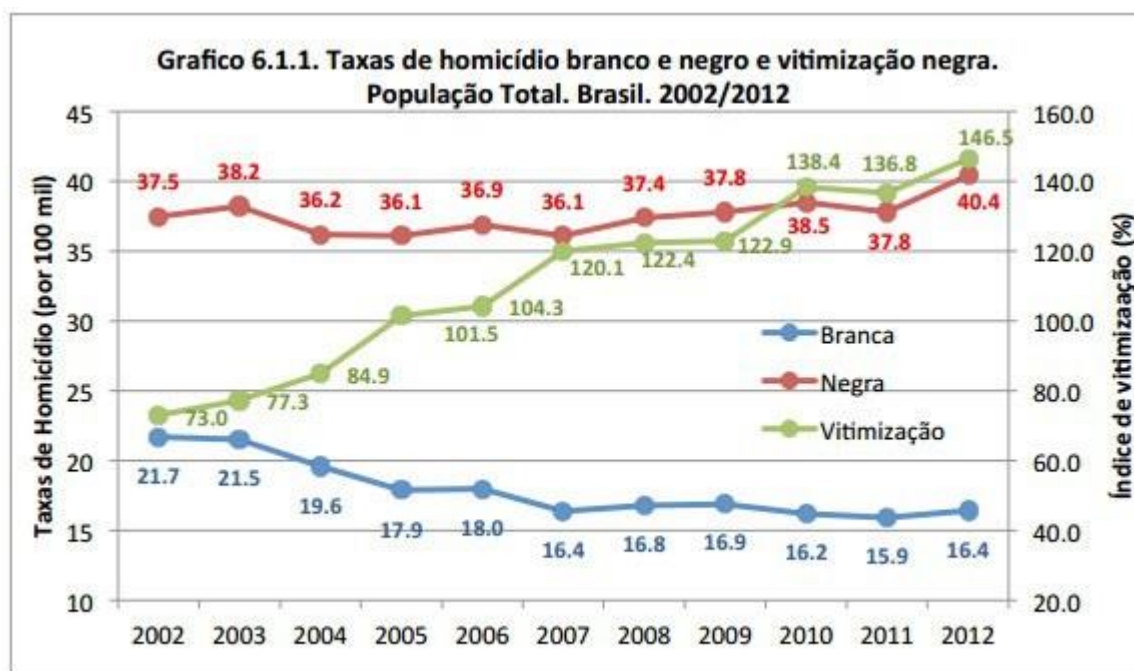
Ainda no âmbito criminal, é mister citarmos mais um caso decidido pela Suprema Corte. O caso *Washington v. Davis* julgado em 1976 versou sobre teste de habilidade verbal para a contratação de policiais. Dois afro-americanos candidataram-se para integrar o Departamento de Polícia em Washington D.C e foram recusados. Eles alegaram que o Departamento utilizou procedimentos discriminatórios por meio de testes baseados na habilidade verbal. Ao decidir a Corte reverteu sua decisão anterior afirmando que era necessária a prova da intenção discriminatória para que a acusação seja examinada sob a cláusula da “proteção igual das leis”. A prática contestada tem que ter um propósito discriminatório comprovado. Assim, o propósito discriminatório não poderia ser inferido por uma demonstração de que a lei tem um impacto desproporcional (*Discriminatory Purpose Doctrine*). Sem definir o que seria um propósito discriminatório, a Corte dar aval para atitudes discriminatórias “sem a intenção específica de discriminar”, ainda que seu efeito seja discriminatório. Assim, dando ênfase na intenção subjetiva, sem que houvesse comprovadamente um desígnio racista não poderia haver culpabilização e sem intuito de praticar dano em relação à raça não haveria condenação.²³

Infelizmente, criminalização da população negra e violência policial – especialmente contra jovens negros – não é uma exclusividade do Estado norte-americano. O Brasil apresenta um elevado índice de mortes violentas, nas quais se incluem homicídios, acidentes de transporte e suicídios. Nestas três categorias, a que mais se destaca ao observarmos os dados apresentados no Mapa da Violência de 2014 é o número de homicídios de jovens negros. O número de homicídios de jovens brancos cai 32,3%, e dos jovens negros aumenta

²² Caso *McCleskey v. Kemp*. Decidido em: 22 de abril de 1987. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/481/279>. Acesso em: 15 jun. 2015.

²³ Caso *Washington v. Davis*. Decidido em: 07 de junho de 1976. Disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/426/229>. Acesso em: 15 jun. 2015.

32,4%, conforme exibido no gráfico abaixo:



Fonte: SIM/SVS/MS.

Segundo dados apresentados pela Anistia Internacional na *Campanha Jovem Negro Vivo*, em 2012, 56 mil pessoas foram assassinadas no Brasil. Destas, 30 mil eram jovens entre 15 a 29 anos e, desse total, 77% eram negros. A maioria dos homicídios é praticada com armas de fogo, e menos de 8% dos casos chegam a ser julgados pelo Poder Judiciário.

No tocante a violência policial perpetrada pelos aparelhos brasileiros, os números são resultado de uma política institucionalizada de criminalização com recorte racial, formada a partir de preconceitos e estereótipos sociais que contaminam o Estado e que muitas vezes é inflamada diariamente pela mídia em programas televisivos sensacionalistas que fazem qualquer coisa por mais pontos nos índices de audiência. O Estado brasileiro através da Polícia Militar, seu instrumento de repressão ostensiva e seletiva, continua a praticar execuções sumárias - também denominadas de “auto de resistência” – e, em média, tirou a vida de seis pessoas por dia em 2013, segundo levantamento do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). O estudo mostra ainda que em cinco anos, a polícia brasileira levou a óbito ao menos 11.197 pessoas, ou seja, mais do que a polícia dos Estados Unidos matou ao longo de 30 anos (11.090 pessoas).

Nesta esteira, embora a pena capital tenha sido formalmente suprimida do país com a retirada da pena de morte do Código Penal após a proclamação da República em 1889²⁴ -

²⁴ Importante destacar que a principal finalidade da pena de morte no Brasil era intimidar e debelar a população negra escravizada e, por isso, esta punição foi retirada do Código Penal em 1889, um ano após a abolição da escravidão.

exceto como punição constitucionalmente prevista em caso de crimes cometidos em tempos de guerra declarada²⁵ - as execuções extrajudiciais, crimes que ocorrem à margem do sistema jurídico, persistem em alta monta.

Também publicada em abril de 2014, uma investigação realizada por pesquisadores da Universidade Federal de São Carlos²⁶ comprovou o racismo na ação da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Através da análise de Inquéritos Policiais, da apreciação de dados obtidos junto à Secretaria de Segurança Pública e de entrevistas com oficiais e praças concluiu-se que os policiais matam e prendem mais pessoas negras do que brancas. Segundo esta pesquisa, em São Paulo, nos anos de 2010 e 2011, entre as vítimas de mortes cometidas por policiais, 58% são negras, ao passo que na população residente do estado o percentual de negros é de 34%. Para cada grupo de 100 mil habitantes negros, foi morto 1,4, ao passo que, para cada grupo de 100 mil habitantes brancos, foi morto 0,5. Em São Paulo, a taxa de flagrantes de negros é mais que o dobro da verificada para brancos. Estes dados expressam que o racismo normalizado nos profissionais de segurança faz com que a vigilância policial reconheça pessoas negras como suspeitos criminais, flagrando em maior intensidade as suas condutas ilegais, ao passo que os brancos gozam de menor vigilância da polícia para suas atividades criminais.²⁷

Consequentemente, o relatório do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN), divulgado pelo Ministério da Justiça, que reúne dados até junho de 2014, apresentou um crescimento de 161% no total de presos no Brasil desde 2000. O país alcançou a marca de 607.731 pessoas presas, contingente que dá ao Brasil o quarto lugar no ranking das maiores populações carcerárias mundiais – atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. Estes dados apontam também que dois em cada três detentos são negros e metade da população prisional não frequentou ou possui ensino fundamental incompleto. Além disso, cerca de 56% deles são jovens, com 18 a 29 anos. Os números demonstram que aqueles envolvidos nos índices de violência se assemelham em características etárias, raciais, sociais e geográficas e a ausência de políticas públicas preocupadas com esta questão faz com que as altas taxas de criminalização e mortalidade por homicídio neste grupo cresçam cada vez mais.

²⁵ O artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988 prevê: - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. Os crimes que podem levar a essa punição estão descritos no Código Penal Militar de 1969, o qual determina que a pena deva ser executada por fuzilamento.

²⁶ Pesquisa coordenada pela Profa. Dra. Jacqueline Sinhoretto, do Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos (GEVAC) do Departamento de Sociologia da UFSCar.

²⁷ Disponível em http://www.ufscar.br/gevac/wp-content/uploads/Sum%C3%A1rio-Executivo_FINAL_01.04.2014.pdf. Acesso em: 07 jul. 2015.

A despeito dos elevados índices de criminalização da população negra, violência policial e assassinatos de jovens negros, denunciado pelo Movimento Social Negro como genocídio, o tema não esteve presente no debate eleitoral e ainda não está na agenda pública nacional, sendo inexistentes políticas públicas efetivas para alterar este quadro, resultado do preconceito racial e de estereótipos negativos associados a estes jovens marginalizados socialmente.

Por fim, além de envolta em manobras procedimentais - na contramão da tendência mundial e da construção de um Estado Democrático de Direito - tramita no Congresso Nacional Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 171/1993) com o escopo de reduzir a maioria penal a qual, além de violar cláusula pétrea ao abolir direitos e garantias individuais, caso aprovada tende a aumentar ainda mais o índice de encarceramento de jovens negros que já representam a maioria da população prisional do país.

5. Considerações finais

Longe de apresentar conclusões sobre a temática que é muito ampla e atual, o presente trabalho visou demonstrar que as leis e a jurisprudência dos tribunais, na maioria das vezes, refletem o momento pelo qual a sociedade passa. Deste modo, no que se refere às relações raciais, a legislação e a jurisprudência norte-americana e brasileira nem sempre foram favoráveis ao combate ao racismo e à promoção da igualdade racial. Neste contexto, importante ressaltar que a construção da jurisprudência é exercício de interpretação, não há interpretação sem ideologia e as questões raciais transitam necessariamente pela ideologia dominante que é a branco-normativa.

O Direito seja pela legislação ou pela jurisprudência, tem um papel crucial como ferramenta de transformação da sociedade. As leis não podem ter um caráter neutro, devem ser elaboradas e interpretadas com o propósito de interferir na realidade social, haja vista que a tarefa fundamental do Estado que se pretende verdadeiramente democrático consiste em instaurar um regime democrático que alcance a justiça social. Assim, o Estado deve atuar concretamente com vistas a trazer efetividade aos direitos e garantias previstos na Constituição, criando mecanismos que possibilitem a concretização das normas de status constitucional e o Poder Judiciário precisa assumir seu papel contra-hegemônico na construção de uma sociedade que objetive concretizar a igualdade racial.

6. Referências Bibliográficas

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea**. 264 p. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1784>. Acesso em: 16 de julho de 2015.

BALDUS, David C.; PULASKI, Charles; WOODWORTH, George (1983). **Comparative Review of Death Sentences: An Empirical Study of the Georgia Experience**. *Journal of Criminal Law and Criminology* (Northwestern University) 74 (3): 661–753

BALDUS, David C.; PULASKI, Charles A.; WOODWORTH, George (1990). **Equal Justice and the Death Penalty: A Legal and Empirical Analysis**. Boston: Northeastern University Press.

BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição**. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Gilberto Bercovici; José Filomeno de Moraes Filho; Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. (Org.). *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2º ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: RT, 2001.

NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil**. *Tempo soc.*, Jun 2007, vol. 19, no. 1, p. 287-308.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/constitui%C3%A7%C3%A3o-e-proporcionalidade-o-direito-penal-e-os-direitos-fundamentais-entre-proibi%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 16 de julho de 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4ª. ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº 1, 2003.

THOMAS, Kendall. **A lei pode ser usada como um alibi e uma justificativa para perpetuar a desigualdade**. Curitiba: Gazeta do Povo, Caderno Justiça e Direito, 12 de março de 2015. Entrevista concedida a Joana Neitsch. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/entrevistas/a-lei-pode-ser-usada-como-um-alibi-e-uma-justificativa-para-perpetuar-a-desigualdade-32beans33hrtwc19t4fhyu2t>

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2014. Os Jovens do Brasil**. Flacso, 2014. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil_Preliminar.pdf. Acesso em: 20 de julho de 2015.