

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

JONATHAN BARROS VITA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

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

D598

Direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Lucas Gonçalves Da Silva, Jonathan Barros Vita, Valéria Silva Galdino Cardin– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-051-0

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe UFS, ocorreu em Aracaju entre os dias 03 e 06 de junho de 2015 e teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS FUNDAMENTAIS. Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Lucas Gonçalves da Silva e Valéria Galdino Cardin, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido também a maior atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça,

religião e gênero (8, 10, 12, 13, 15, 24 e 27), concretização de direitos fundamentais (1, 5, 9, 11, 16, 18, 19 e 22), liberdade de expressão e reunião (3, 6, 17 e 25), teoria geral dos direitos fundamentais (7, 14) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (2, 4, 20, 21, 23, 26 e 28)

1. A inclusão nos mecanismos de produção de riqueza face à relativização do princípio da igualdade pelos programas de transferência de renda, de Rogério Piccino Braga

2. Benefícios da clonagem terapêutica e as células-tronco embrionárias frente ao princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, de Janaína Reckziegel e Luiz Henrique Maisonnnet

3. As teses revisionistas e os limites à restrição da liberdade de expressão, de Rodrigo De Souza Costa e Raisia Duarte Da Silva Ribeiro

4. A inviolabilidade do domicílio no curso da fiscalização tributária, de Pedro Cesar Ivo Trindade Mello

5. Acessibilidade: um direito fundamental da pessoa com deficiência e um dever do poder público, de Flavia Piva Almeida Leite e Jeferson Moreira de Carvalho

6. Biografias não autorizadas e o direito à privacidade na sociedade da informação, de Narciso Leandro Xavier Baez e Eraldo Concenço

7. O princípio da igualdade e suas dimensões: a igualdade formal e material à luz da obra de Pérez Luño, de Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura

8. Intolerância contra as religiões de matriz africana: uma análise sobre colisão de direitos através de casos judiciais emblemáticos, de Ilzver de Matos Oliveira e Kellen Josephine Muniz De Lima

9. A criança e o adolescente e os direitos fundamentais - o papel das mídias sociais e das TICs sob o prisma do princípio da proteção integral e da fraternidade, de Bruno Mello Corrêa de Barros e Daniela Richter

10. Laicidade e símbolos religiosos no brasil: em defesa da liberdade religiosa e do estado democrático de direito, de Eder Bomfim Rodrigues

11. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social, de Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier
12. Sobre a dominação masculina (re)produzida na publicidade: reações da sociedade vistas a partir de denúncias ao CONAR, de Helio Feltes Filho e Taysa Schiocchet
13. É para rir? A atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos casos envolvendo liberdade de expressão e racismo nos discursos humorísticos, de Caitlin Mulholland e Thula Rafaela de Oliveira Pires
14. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais: ativismo judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs Nunes, de Tassiana Moura de Oliveira e Ana Paula Da Silva Azevêdo
15. Mudança de sexo e a proteção dos interesses de terceiros, de Kelly Cristina Presotto e Riva Sobrado De Freitas
16. Os custos dos direitos fundamentais e o direito prestacional/fundamental à saúde, de Rubia Carla Goedert
17. Democracia na era da internet, tática black bloc e direito de reunião, de Gilton Batista Brito e Lucas Gonçalves Da Silva
18. A pessoa com espectro autista e o direito à educação inclusiva, de Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomao Leite
19. A problemática dos custos no campo de execução dos direitos fundamentais: alternativas e soluções para o cumprimento do mínimo existencial, de Diogo Oliveira Muniz Caldas
20. Direitos fundamentais: questões de princípios entre o viver e o morrer, de Robson Antão De Medeiros e Gilvânklim Marques De Lima
21. A Amazônia e o paradoxo das águas: (re)pensando a gestão hídrica urbana, de Jefferson Rodrigues de Quadros e Silvia Helena Antunes dos Santos
22. Benefício constitucional de prestação continuada: o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o critério da renda per capita à luz da efetividade, de Benedito Cerezzo Pereira Filho e Luiz Fernando Molan Gaban

23. Os "mortos" civilmente: aspectos políticos e jurídicos acerca da invisibilidade do preso provisório em um estado democrático de direito, de Samyle Regina Matos Oliveira e Edinilson Donisete Machado

24. As mulheres no mercado de trabalho: desmistificando a igualdade entre os gêneros, de Deisemara Turatti Langoski e Olga Maria B Aguiar De Oliveira

25. Os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: uma análise sobre o caso dos supostos justiceiros , de Rafael Santos de Oliveira e Claudete Magda Calderan Caldas

26. Tráfico de pessoas para retirada ilegal de órgãos: um crime degradante contra o ser humano, de Fernando Baleira Leão De Oliveira Queiroz e Meire Marcia Paiva

27. O desafio da igualdade: casos de intolerância religiosa na contemporaneidade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de Jose Lucas Santos Carvalho

28. O cadastro ambiental rural como direito à informação e o sigilo de dados, de Luciana Costa da Fonseca e Danielle Fonseca Silva

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS FUNDAMENTAIS, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita - Unimar

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Valéria Galdino Cardin - Unicesumar

É PARA RIR? A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NOS CASOS ENVOLVENDO LIBERDADE DE EXPRESSÃO E RACISMO NOS DISCURSOS HUMORÍSTICOS

IS THIS FUNNY? THE RIO DE JANEIRO STATE COURT DECISIONS IN CASES INVOLVING FREEDOM OF EXPRESSION AND RACISM IN HUMOROUS SPEECH

**Thula Rafaela de Oliveira Pires
Caitlin Mulholland**

Resumo

O presente trabalho expõe o conflito entre o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão no discurso humorístico e o seu emprego como maneira de disfarçar a existência de discriminações raciais constitucionalmente vedadas, além da naturalização de sistemas de dominação e opressão. Para tanto, parte-se da investigação de julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que envolveram o uso do humor com evidente teor racista. O objetivo do artigo é problematizar a própria noção de liberdade de expressão a partir das situações de desrespeito que ela pode produzir, garantindo o seu adequado exercício como direito fundamental inserido no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; racismo; direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

This paper exposes the conflict between the exercise of the fundamental right to freedom of expression in humorous speech and its use as a way to disguise the existence of constitutionally prohibited racial discrimination, beyond the naturalization of domination and oppression systems. Therefore, it is object of the analysis of this article the cases ruled by the State Court of Rio de Janeiro involving the use of humor with clear racist purpose. The objective of this article is to question the very notion of freedom of expression from the situations of disrespect that it can produce, guaranteeing its adequate exercise as a fundamental right in a Democratic State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of expression; racism; fundamental rights

1. Introdução.

O artigo explora a tensão entre o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão e a sua utilização como justificativa para encobrir discriminações, ofensas e naturalização de sistemas de dominação e opressão. A partir da investigação dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro envolvendo uso do humor com teor racista, pretende-se problematizar a própria noção de liberdade de expressão a partir das situações de desrespeito que ela pode engendrar.

Para que haja um entendimento adequado do que se entende por “humor com teor racista” é necessário, na primeira parte do artigo, identificar o conceito de racismo utilizado. Opta-se por uma postura teórica que privilegia a análise das relações raciais no contexto brasileiro, ainda que se possa compartilhar reflexões promovidas por posturas epistemológicas afrocentradas ou eurocentradas. Em seguida, serão abordadas as implicações do uso da raça como critério de estruturação da sociedade brasileira na conformação da noção, constitucionalmente informada, de realização da igualdade racial.

Uma vez definidos os referenciais relacionados ao tipo de desrespeito que se pretende investigar, será apresentada a concepção de liberdade de expressão como direito fundamental. Atento ao fato de que não existe direito fundamental que *a priori* mereça tratamento preferencial, considera-se que há abuso no direito à livre manifestação do pensamento quando este se efetiva para fins de manutenção de uma relação de poder desigual.

Por fim, como intuito de materializar o debate serão analisados três julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que se debruçaram exatamente sobre a tensão entre as noções acima desenvolvidas. Foram selecionados os processos julgados em segunda instância pelo referido Tribunal, entre os anos de 1989 e 2014, nas esferas cíveis e criminais, envolvendo uso do humor com teor racista, cuja metodologia será oportunamente detalhada.

2. Racismo à brasileira.

Primeiramente, destaca-se que a perspectiva epistemológica que orientará a abordagem sobre o racismo no Brasil identifica-se com a trajetória de brasileiros e brasileiras que, como Lélia Gonzalez e Abdias Nascimento¹, se dedicaram a pensar as questões raciais daqui desde

¹ A postura teórica defendida por Abdias Nascimento é chamada de *quilombismo*. Para o autor, o complexo de significações forjado no âmbito dos genuínos focos de resistência física e cultura negra, através de suas associações, irmandades, confrarias, clubes, grêmios, terreiros, centros, tendas, afochês, escolas de samba, gafieiras – os quilombos legalizados pela sociedade dominante – assim como as formas de resistência

dentro. Ainda que se faça referência a contribuições teóricas eurocentradas e afrocentradas, é no âmbito da categoria político-cultural da amefricanidade² (GONZALEZ, 1988) que serão destacados os traços que marcam as relações raciais no Brasil.

Pensar o racismo à brasileira pressupõe abandonar as explicações amplamente difundidas sobre as desigualdades e assumir uma postura que permita, pelo menos, gerar incômodos quando da confrontação entre lugares sociais e as cores que os compõem. Para Oracy Nogueira (2007) a dinâmica das relações raciais no Brasil é estruturada pelo *preconceito de marca* e não pelo *preconceito de origem*. Ao invés de definir os lugares sociais a partir da presença/ausência de gota de sangue negro, o preconceito de marca define o grupo dominante/dominado pelo fenótipo ou aparência racial – a intensidade do preconceito varia em proporção direta aos traços negróides. Tal manifestação de preconceito não impede que sejam formados laços de amizade ou manifestação de solidariedade entre os grupos; as ofensas e percepções de inferioridade atribuídas ao grupo racialmente oprimido tendem a ser escamoteadas, a ideologia é apropriada como assimilacionista no que se refere a traços culturais e miscigenacionista em relação aos traços físicos. Quanto ao modo de atuar, essa forma de preconceito determina uma preterição dos membros do grupo atingido em relação a situações ou recursos pelos quais venham a competir com os membros do grupo discriminador.

O Racismo pode ser definido como uma disposição (ou atitude) desfavorável, culturalmente condicionada, em relação aos membros de uma população, aos quais se tem como estigmatizados, devido à sua aparência, traços físicos, fisionomia, gestos ou sotaque (NOGUEIRA, 2007:292). As hierarquias raciais são determinadas a partir da intensidade das

consideradas ‘ilegais’, “foram uma unidade, uma única afirmação humana, étnica e cultural, a um tempo integrando uma prática de libertação e assumindo o comando da própria história. A esse complexo de significações, a essa *práxis* afro-brasileira, eu denomino quilombismo”. (NASCIMENTO, 2009:203).

² Nas palavras de Lélia Gonzalez (1988:76-77): “As implicações políticas e culturais da categoria *amefricanidade* (“Amefricanity”) são, de fato, democráticas; exatamente porque o próprio termo nos permite ultrapassar as limitações de caráter territorial, linguístico e ideológico, abrindo novas perspectivas para um entendimento mais profundo dessa parte do mundo onde ela se manifesta: A AMÉRICA e como um todo (Sul, Central, Norte e Insular). Para além do seu caráter puramente geográfico, a categoria de *Amefricanidade* incorpora todo um processo histórico de intensa dinâmica cultural (adaptação, resistência, reinterpretação e criação de novas formas) que é afrocentrada, isto é, referenciada em modelos como: a Jamaica e o akan, se modelo dominante; o Brasil e seus modelos yourubá, banto e ewe-fon.[...] Seu valor metodológico, a meu ver, está no fato de permitir a possibilidade de resgatar uma *unidade específica*, historicamente forjada no interior de diferentes sociedades que se formaram numa determinada parte do mundo. Portanto, a América, enquanto sistema etnográfico de referência, é uma criação nossa e de nossos antepassados no continente em que vivemos, inspirados em modelos africanos. [...] Embora pertençamos a diferentes sociedades do continente, sabemos que o sistema de dominação é o mesmo em todas elas, ou seja: o *racismo*, essa elaboração fria e extrema do modelo ariano de explicação, cuja presença é uma constante em todos os níveis de pensamento, assim como parte e parcela das mais diferentes instituições dessas sociedades.”

marcas que o indivíduo é portador. Quanto mais se aproxima do sujeito universal moderno (homem, branco, cristão, proprietário, heterossexual e não portador de deficiência), maiores serão as oportunidades e disponibilidade de acesso a bens materiais e simbólicos necessários ao pleno desenvolvimento da personalidade. A probabilidade de ascensão social é inversamente proporcional à intensidade das marcas do indivíduo, ficando o preconceito de raça subsumido ao de classe ou a outros fatores também geradores de subordinação como o gênero, a etnia, a orientação sexual, opção religiosa, etc.

Lélia Gonzalez prefere usar o conceito de *racismo por denegação* para pensar a experiência do racismo no Brasil e América Latina. Sem a defesa aberta de uma pureza racial (própria do *racismo aberto*³), teorias da miscigenação, assimilação, cordialidade e harmonia entre raças, em última instância é a ideologia do branqueamento a responsável por sustentar a superioridade branca e a subordinação política de negros e indígenas. Assim como a autora, Hofbauer (2006) atribui à herança ibérica importante influência sobre esse comportamento.

De acordo com Hofbauer (2006), processos de exclusão rígidos, sentimentos de desprezo exacerbado e até ódio contra pessoas de pele escura surgiram e consolidaram-se com o movimento expansionista do mundo islâmico, embora já fosse possível detectar em épocas pré-islâmicas atitudes discriminatórias contra pessoas de origem africana. Nesse contexto a cor branca (e em raríssimas vezes, o vermelho claro) passou a fazer referência aos árabes, persas, gregos, turcos e outros povos europeus, reservando-se a cor negra – com nítida conotação pejorativa – para os povos ao sul do Saara.

Um trecho do Alcorão liga a cor escura à tristeza, mal e falta de fé, enquanto o branco representa o bom, o divino, a fé verdadeira; a reinterpretação de um trecho do Velho Testamento – a lenda de Noé/maldição de Ham⁴ – ao longo da Idade Média teria estabelecido

³ O *racismo aberto* é identificado como o característico das sociedades de origem anglo-saxônica, germânica ou holandesa, que determina a condição de negro a partir da descendência direta (gota de sangue). Sob esse ideário, a miscigenação não se apresenta como opção de relação entre os grupos raciais, na medida em que a superioridade é afirmada pela ideia de ‘pureza’. “Em consequência, a única solução, assumida de maneira explícita como a mais coerente, é a segregação dos grupos não-brancos” (GONZALEZ, 1988:72).

⁴ A lenda está representada no Velho Testamento, Genesis 9, capítulo 24:

“E os filhos de Noé, que da arca saíram, foram Sem, Cão e Jafé; e Cão é o pai de Canaã.

Estes três foram os filhos de Noé; e destes se povoou toda a terra.

E começou Noé a ser lavrador da terra, e plantou uma vinha.

E bebeu do vinho, e embebedou-se; e descobriu-se no meio de sua tenda.

E viu Cão, o pai de Canaã, a nudez do seu pai, e fê-lo saber a ambos seus irmãos no lado de fora.

Então tomaram Sem e Jafé uma capa, e puseram-na sobre ambos os seus ombros, e indo virados para trás, cobriram a nudez do seu pai, e os seus rostos estavam virados, de maneira que não viram a nudez do seu pai.

E despertou Noé do seu vinho, e soube o que seu filho menor lhe fizera.

E disse: Maldito seja Canaã; servo dos servos seja aos seus irmãos.

E disse: Bendito seja o SENHOR Deus de Sem; e seja-lhe Canaã por servo.

a ligação direta entre imoralidade, culpa, escravidão e cor preta/negra. O contato entre península ibérica e mundo árabe para o abastecimento de escravos impactou significativamente a construção das relações raciais no Brasil.

Antes de apelar para a cor da pele, foi a dimensão religiosa a responsável pela determinação do escravo para os portugueses. O termo mouro, como sinônimo de escravo, referia-se, então, a adeptos de religiões muçulmanas e demais povos não cristãos. No século XV, com a expansão portuguesa no continente africano, após a tomada de Ceuta, o termo mouro passa a ser substituído pela palavra escravo, e passou a não ter mais seu significado social atribuído em virtude de questões religiosas. Amparado em Tinhorão, Hofbauer vai afirmar que “a partir do século XVI que a palavra ‘preto’ começou a ser usada para designar escravo batizado provindo da África pagã, em oposição ao escravo mouro (ou mouro branco), o escravo muçulmano” (2006: 77).

A afirmação do sentimento de ‘ser branco’ surgiu para expressar a tentativa de delimitar-se diante de pessoas da mesma sociedade, a cristã, como critério diferenciador de posição social. (...) Os critérios religiosos de inclusão e exclusão começavam lentamente a ser desafiados por ideias mais naturalizadas a respeito das diferenças humanas. (...) A vontade de ‘tornar-se branco’ espelhava o anseio de incorporar os valores dominantes e de ascender socialmente. (HOFBAUER, 2006:88-91)

A emergência de uma burguesia mercantil europeia, no século XVII, fez com que os parâmetros de classificação e hierarquização entre seres humanos deixassem de desenvolver-se por critérios essencialmente religiosos e morais, aparecendo com mais frequência a referência a aspectos culturais e características físicas. Seguindo essa tradição, os negros representam a alteridade a ser negada na formação social brasileira, aqueles cujos fenótipos,

Alargue Deus a Jafé, e habite nas tendas de Sem; e seja-lhe Canaã por servo.”

A maldição de Noé – que condenou Canaã por causa de um comportamento imoral de seu filho, Ham, o qual passa a ser “o último dos servos dos seus irmãos!” - relacionava culpa e imoralidade com o fenômeno da escravidão. Embora o texto bíblico não faça alusão a características físicas do pecador, Ham, Hofbauer busca em Winthrop Jordan argumentos para defender a hipótese de que escritos exegéticos rabínicos (provavelmente do século V ou VI) teriam estabelecido, pela primeira vez, uma relação clara e direta entre maldição de Ham/Canaã e a cor de pele escura. A ortodoxia islâmica proíbe estritamente a escravização de irmãos-de-fé, essa “leitura” do Velho Testamento, permitia justificar a escravização daquelas populações que viviam ao sul do Saara, as quais se declaravam convertidas ao Islão. Posteriormente, o mesmo discurso ideológico seria adotado pelos cristãos ibéricos e ganharia, no contexto do tráfico transatlântico, uma nova relevância política: “É importante destacar que esta construção ideológica que tendia a igualar o ‘ser escravo’ com a ‘cor negra’ não era usada exclusivamente para caracterizar as populações do continente africano. Enquanto os indígenas do Novo Mundo foram vítimas de escravizações, eles eram qualificados não apenas como ‘índios’ ou ‘gentios’ mas também eram chamados simplesmente de ‘negros’. A denominação de ‘negro’ para indígenas foi inicialmente usada também pelos jesuítas (cf., por exemplo, as cartas e textos escritos por Manuel da Nóbrega) que chegaram a apoiar ‘guerras justas’ contra populações indígenas. Quando o tráfico triangular assumiu formas mais sólidas e os jesuítas começaram a exercer o papel de protetores dos índios, mudaria também o discurso dos padres. Antonio Vieira, por exemplo, já não relacionava a maldição de Ham com os índios. E ainda recriminava severamente os senhores pelo fato de chamarem os indígenas de ‘negros’ com o único intuito de justificar a sua escravização.” (HOFFBAUER, 2003:70-71).

formas de vida e expressões culturais definem o que não se quer ser ou o que não se deve ser em uma sociedade pautada por padrões morais modernos ocidentais.

Em contraste com o modelo de modernidade, civilização e industrialização dos Estados-nação europeus, compostos por sujeitos brancos que a constituíam como tal, estava o Brasil, cuja mestiçagem característica indicava os motivos de seu fracasso. Nesse cenário – positivista e eurocêntrico – para garantir a manutenção do acesso privilegiado aos bens sociais e simbólicos, a construção do *eu* dominante pressupôs a exclusão e classificação negativa daquele que não se aproximava do sujeito universal. Nesse sentido, o Outro passou a corporificar características usadas para justificar moralmente sua subalternização, infantilização e exclusão dos meios materiais, simbólicos e políticos em disputa.

“A diferença é aquilo que separa uma identidade da outra, estabelecendo distinções, frequentemente na forma de oposições” (WOODWARD, 2011:42). Nomear o diferente, construir a alteridade pressupõe estabelecer lugares sociais e hierarquias morais através das quais as relações intersubjetivas irão operar. Separar aquilo que constitui e que ‘representa’ o branco, atribuindo-lhe conotações positivas, daquilo que ‘representa’ os não brancos exerce um importante papel de definição dos espaços a serem conquistados por cada grupo racial.

Nesse processo, atuam não apenas as forças de afirmação da hegemonia branca como também aqueles a quem são impostas imagens distorcidas e depreciativas de ser. Não há uma assimilação acrítica e acomodada por parte dos não brancos em relação ao modelo colocado, tampouco se oferece a eles a escolha autônoma e livre do papel subalterno. Não são responsáveis pela situação de desigualdade vivenciada nem tem acesso às condições necessárias para que a resistência se propague política e culturalmente. De outro lado, não há em toda elite a consciência de que estão afirmando situações de dominação e que a constante reprodução de estereótipos opressivos priva os Outros de uma necessidade humana vital, o reconhecimento (HONNETH, 2003), essencial à sadia conformação de suas identidades.

Ocorre que algumas vozes ecoam e outras são abafadas. Uma sociedade que se moderniza a partir de um processo de produção capitalista, ancorado em formas de atuação política que reproduzem o modelo escravista, patriarcal, paternalista e não comprometido com as diversas formas de vida experimentadas em seu território, oferece as bases circunstanciais necessárias para que desigualdades sejam reproduzidas simbólica e materialmente. O sucesso desse modelo pernóstico de categorização de seres humanos deriva, além de circunstâncias econômicas, sociais, políticas e culturais muito bem definidas, da naturalização dessa

hierarquia, do não reconhecimento do sistema de privilégios que ela engendra e da consequente negação/cegueira quanto à sua existência.

3. Igualdade racial: entre autenticidade e dignidade

Independentemente da forma como o racismo se apresente, ele constitui a ‘naturalização das diferenças’, “representa a hierarquia reinventada em sociedades supostamente igualitárias, é uma tentativa de fazer a diversidade ser mais do que é” (SCHWARCZ, 2010:81). Usa-se a alteridade, condição que deveria ser celebrada e protegida em sociedades comprometidas com o sadio desenvolvimento das personalidades, para justificar situações de dominação, opressão, exclusão, invisibilidade e, no limite, aniquilação do Outro.

Diante da dinâmica apresentada, a transformação das relações raciais passa necessariamente pela mudança do olhar que se tem do Outro. Olhar as diferenças como possibilidades de desenvolvimento do eu, por proporcionar uma troca intersubjetiva mais rica e complexa, permite afirmar a promessa moderna de construção das identidades a partir do binômio dignidade/autenticidade.

A *dignidade*⁵, nesse contexto, é o pressuposto do respeito socialmente construído pelo imperativo da igualdade, entendida não apenas na sua dimensão formal, mas necessariamente também na perspectiva material. Tomar cada sujeito como um fim em si mesmo exige por parte dos demais e das Instituições um tratamento igualitário que possibilite a todos o acesso às condições materiais e simbólicas necessárias ao seu desenvolvimento.

Diante do risco de que o tratamento igualitário implique na homogeneização dos seres, ou pelo menos na cegueira em relação às diferenças que fazem de cada sujeito uma existência singular, a *autenticidade* destaca a necessidade do respeito às diferenças frente a um padrão simbólico hegemônico insensível a formas de vida que com ele não se identifiquem.

Maria Celina Bodin de Moraes revela que a ideia do direito à diferença “parte do princípio de que, em lugar de se reivindicar uma “identidade humana comum”, é preciso que sejam contempladas, desde sempre, as diferenças existentes entre as pessoas” (2003:87).

⁵ De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes (2003:85), “o substrato material da dignidade assim entendida [a autora refere-se à proibição da coisificação da pessoa] pode ser desdobrada em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular, iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”.

Continua a autora afirmando que “a humanidade é diversificada, multicultural, e parece mais útil procurar compreender e regular os conflitos inerentes a esta diversidade de culturas e formas de pensar do que buscar uma falsa, porque inexistente, identidade” (2003: 88).

O modelo de relação com o Outro que foi desenvolvido nas sociedades modernas, tal como apresentado anteriormente, faz da diferença um elemento de ameaça, por demarcar uma noção de incompletude e por evidenciar a possibilidade de que os lugares sociais privilegiados sejam ocupados por representantes de outras tradições culturais. Diante da incompletude que desperta nos sujeitos a necessidade de desejar o Outro, pretende-se que a falta passe a ser suprida não pela inferiorização, exclusão e aniquilação do diferente, mas pela aceitação de sua total dependência em relação a ele. Não se trata aqui de uma dependência que implique subordinação, mas despertar para a noção de que o cuidado com o Outro implica o cuidado consigo mesmo.

Respeitar as diferenças deveria significar tão somente reconhecer o traço distintivo da condição humana: a construção dialógica das identidades com parceiros de interação plurais. As tensões geradas pelas relações intersubjetivas entre diferentes permitem que as trocas experimentadas tragam um universo de possibilidades, de representações e de hierarquias morais muito mais rico e autorrefletido do que aquelas estabelecidas entre sujeitos que partilham uma raiz cultural comum.

Nesse mesmo sentido, Douzinas (2009) advoga pela ruptura com o discurso da universalidade que acredita na domesticação dos Outros. O autor defende que o Outro vem primeiro, antes do eu e da constituição de sua identidade, o que exige uma mudança radical no sentido de exigir o respeito à integridade existencial do Outro como condição para a própria existência e para a existência da linguagem e da lei: “minha singularidade é o resultado da interpretação direta e pessoal que o Outro realiza em mim e da minha sujeição, não à lei, mas ao Outro. É a mim a quem o Outro se dirige e não a um ego universal ou a uma personalidade legalizada” (2009:356).

Lidar com diferenças raciais pressupõe enfrentar, na imagem que o Outro reflete, o resultado de práticas sociais que submetem seres humanos a condições degradantes de vida, as quais não se deseja conviver, descobrir ou enfrentar. Quando se vê o Outro, qualquer Outro, como possível parceiro de interação, essencial à construção da própria personalidade, o sujeito passa a exigir para ele(a) a mesma estima e consideração que demanda para si. Diante da constatação de que o(a) parceiro(a) se encontra em condições de opressão, exclusão e subalternidade que não se justificam racionalmente, o sujeito compromete-se com a

transformação da realidade que, ao privar o Outro das condições materiais e simbólicas necessárias a um desenvolvimento sadio, priva a si mesmo da autorrealização (HONNETH, 2003). Nesse sentido, o reconhecimento do Outro é condição essencial para construção refletida e sadia das identidades. Mais do que tolerância e condescendência, o essencial é lutar por respeito, promovendo a igualdade substancial e a solidariedade social, e impedindo ações que transformem esta luta por reconhecimento em atos de opressão e exclusão, tal como ocorre por meio de programas de televisão e outros em que a questão racial é tratada pretensamente como uma forma de realização da manifestação de expressão humorística.

4. Liberdade de expressão como direito fundamental: a manifestação humorística e a questão racial.

No campo do Direito, a questão do “humor racial” levou a um debate profícuo e engajado, tendo de um lado os defensores de uma absoluta e constitucional liberdade de expressão, representada pela manifestação humorística (livre manifestação do pensamento artístico e cultural); e de outro lado os defensores da igualdade, também constitucional, e da vedação do discurso de ódio.

O principal eixo do debate jurídico se dá porque, tanto numa hipótese como na outra, os direitos garantidos são constitucionalmente previstos numa mesma categoria e numa mesma hierarquia. Tanto a liberdade de expressão, como o direito à igualdade - assim como o direito à honra, comumente relacionado a ambos - são direitos fundamentais cobertos no artigo 5º da Constituição Federal, sendo considerados com o mesmo grau de relevância. Como então versar sobre direitos que possuem uma mesma "força" normativa, uma mesma característica, um mesmo patamar de importância dentro do ordenamento? Qual deles deve prevalecer concretamente, especialmente quando diante de ações civis?

O direito contemporâneo se vincula à ideia de preeminência da tutela do ser sobre a tutela do ter, de modo que a autonomia privada existencial passou a gozar do protagonismo antes referido à autonomia patrimonial. Cuida-se, portanto, da autonomia com vistas à tutela integral da pessoa humana, assumida pela teoria civilista como fruto do movimento de repersonalização. Trata-se, então, de uma autonomia voltada para a constituição de um sujeito singular, concretamente considerado, que carece ao mesmo tempo de tutela existencial e patrimonial e que deve, por fim, ser considerada como parte fundamental de um sistema

jurídico privado voltado para a realização das potencialidades humanas, através dos espaços democráticos e relacionais de direito que formam uma sociedade de valores plurais.

A realização desta renovada concepção de autonomia existencial depende, pois, de que as escolhas existenciais sejam vistas através das lentes da igualdade, a fim de refutar a lógica de um Estado paternalista que pretende tomar decisões por seus filhos – sempre incapazes de reconhecer o que é o melhor – em busca de um Estado que reconheça a liberdade e autonomia de seus representados, tendo como objetivo inafastável a realização dos diversos planos de vida que certamente surgirão, inclusive os que se referem ao direito à diferença. Isso porque não se pode olvidar que o exercício da autonomia privada existencial não encontra espaço em um Estado que dá conteúdo excessivo ao que é bom, e que reconhece, apenas retoricamente, a capacidade crítica e liberdade de escolha de seus partícipes.

O direito à livre manifestação de ideias através das formas mais diversas sempre foi tido como uma das maneiras mais evidentes e essenciais de proteção e constituição de um Estado Democrático. Trata-se, para alguns, de verdadeiro direito fundamental com caráter preferente, ocupando uma posição privilegiada quando em conflito com demais interesses ou direitos fundamentais também constitucionalmente garantidos. Na realidade, os defensores desta ideia sustentam que a liberdade de expressão é o fundamento para o exercício das demais liberdades asseguradas constitucionalmente.

Assim entende Fabio Leite, para quem,

devemos considerar que a importância da liberdade de expressão, compreendida aqui como a efetiva proteção do conteúdo, é diretamente proporcional ao tom crítico daquilo que é divulgado. Quanto mais contundente e forte for o comentário, a opinião, a crítica, podendo inclusive ser ofensivos (DIMOULIS e CHRISTOPOULOS, 2009), maior será a importância da garantia da liberdade de expressão. Entender de outra forma significaria reconhecer que a liberdade de expressão protege apenas o conteúdo que a ninguém interessaria censurar. Portanto, a liberdade de expressão, nas situações em que se revela importante, necessariamente ou provavelmente afeta a honra de alguém. (LEITE, 2014: 401).

Aqueles que sustentam a plena admissibilidade do “humor racial” têm como fundamento maior para sua tese o direito à liberdade de expressão e o direito à cultura, direitos estes garantidos constitucionalmente na condição de direitos fundamentais⁶. Para eles, qualquer tipo de cerceamento à manifestação humorística seria considerada como censura – prévia ou restrição judicial *a posteriori* –, o que seria contrária aos ditames de um Estado Democrático de Direito.

⁶ O direito à liberdade de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação está previsto na Constituição Federal, art. 5o, IV e IX. O direito difuso da cidadania à informação está previsto na Constituição no art. 5o, XIV.

Ainda, segundo Fábio Leite,

a restrição imposta pelo Poder Judiciário, no entanto, não é compreendida como um problema sequer semelhante ao que decorre da censura. E isso, por uma série de razões: (i) nestes casos é assegurada a liberdade de expressão, na medida em que não há censura prévia; (ii) a liberdade de expressão não é nem poderia ser um direito absoluto; (iii) a Constituição protege outros valores, como a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade (art. 5º, X); (iv) cabe ao Poder Judiciário a função justamente de dirimir uma lide, dizendo o direito num caso concreto; (v) a própria Constituição, após estabelecer que “é livre a manifestação do pensamento”, assegurou, como contrapartida, não apenas o “direito de resposta, proporcional ao agravo”, como a possibilidade de indenização por dano material, moral ou à imagem” (LEITE: 2014, 395).

No entanto, a afirmação de que haveria uma solução *a priori*, com a prevalência do direito à liberdade de expressão, não soluciona o impasse de modo a proteger os interesses não patrimoniais envolvidos. Ao contrário, esse caminho parece negligenciar que, no discurso do “humor racial”, pode haver um quadro de importantes violações aos direitos – igualmente fundamentais e, neste caso, coletivos – dos envolvidos naquela narrativa. Portanto, a frágil sensação de segurança jurídica trazida por este posicionamento deve ser afastada em nome de um real esforço para a concretização dos valores democráticos que envolvem os interesses pessoais, e não só os coletivos.

Por isso, parece razoável sustentar que a saída verdadeiramente democrática é aquela que não radicaliza a defesa da liberdade de expressão quando esta entra em conflito com os valores da dignidade da pessoa humana – destacadamente a igualdade e a honra. Abre-se, então, caminho para que as questões sejam ponderadas concretamente, levando-se em conta fatores diversos que permitem a solução de fato mais democrática no caso real, por meio da tutela jurisdicional.

5. Violação da igual dignidade através do discurso humorístico: estudo de casos.

A discussão teórica enunciada será desenvolvida através da análise de dois julgados criminais e um cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A atuação do referido Tribunal, de 1989 até 2014⁷, nos casos envolvendo discriminação racial foi apurada

⁷ O período de avaliação foi determinado a partir do advento da Lei Caó. A Lei 7.716/89 foi a primeira norma brasileira a criminalizar atos que representam condutas discriminatórias motivadas por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Fruto de demanda do movimento social que luta pela defesa dos negros no Brasil e da

pelo levantamento dos julgamentos em segunda instância, selecionados a partir das seguintes palavras-chave: “racismo”, “preconceito racial”, “injúria racial”, “discriminação racial”, “preconceito de raça” e “*animus jocandi*”.

A consulta deu origem a 370 processos criminais e 175 processos cíveis. Como este trabalho faz referência à atuação do Poder Judiciário nos casos envolvendo liberdade de expressão, racismo e discursos humorísticos, do universo pesquisado, adéquam-se ao objeto três julgados: um processo criminal envolvendo quadro humorístico e manifestação pública de Francisco Anysio de Oliveira Paula Filho e outros dois relacionados à letra da música "Veja os cabelos dela", de Francisco Everardo Oliveira Silva, o Tiririca. No último caso, com processo criminal julgado pela Segunda Câmara (1998.050.01069) e outro cível com decisão da 16ª Câmara (2000.001.16893). Os processos originários estão arquivados e, conseqüentemente, dificultado o acesso às denúncias e outras peças processuais. Nesse sentido, as críticas que se seguem partem do que consta nos acórdãos anteriormente identificados.

No acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal, no processo 1998.059.00118, foi concedida ordem de *habeas corpus*, por unanimidade de votos, ao paciente Francisco Anysio de Oliveira Paula Filho. Considerou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz da 28ª Vara Criminal da Capital que recebeu denúncia oferecida pelo Ministério Público. O tipo penal descrito na exordial era o artigo 20 da lei 7.716/89: “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional”, em razão de dois fatos. O primeiro deles relacionava-se a uma entrevista concedida por Chico Anysio ao jornal *O Dia*, em que o artista teria dito: "Estou me lixando para essa gente. Eu mostro a realidade. Se os negros se sentem tão injustiçados, que parem de assaltar e passem a estudar mais". A segunda acusação de conduta racista atrelava-se a quadro humorístico produzido e apresentado pelo réu sob o título “Café Bola Branca”.

necessidade de regulamentar o indicativo criminalizante trazido pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, XLII: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, inaugura nova fase da legislação brasileira na luta antirracismo. Antes, o racismo era considerado contravenção penal, delito de menor potencial ofensivo, conforme lei 1390/51, conhecida como Lei Afonso Arinos.

Segundo o Desembargador Murta Ribeiro, houve abuso do poder de denunciar do Ministério Público ao instruir a demanda com a transcrição de parte da entrevista, “escamoteando sua complementaridade”. Na visão do julgador, o trecho suprimido “Não posso ser racista porque sou caboclo e também já fui discriminado” refletiria expressão incontestável de que a conduta não poderia ser considerada prática de racismo, de forma alguma.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que o tipo penal refere-se à prática, indução ou incitação, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, da discriminação ou preconceito racial. Há na fala expressão direta a negros (como grupo social) e a sua vinculação necessária com a figura do criminoso (“parem de assaltar”) e do ignorante (“passem a estudar mais”) A identificação racial do acusado não interfere na sua concretização. A cor da vítima importa no resultado, não a do autor. Ser negro ou, na hipótese, ‘caboclo’ não é, por si, capaz de descaracterizar uma conduta como racista, assim como não constitui causa de exclusão da culpabilidade ou de diminuição de pena.

Ao contrário, a desigualdade racial existente na sociedade brasileira traz consequências nefastas para a conformação sadia das identidades. Conforme Carlos Moore:

O racismo é um fator destruturante na sociedade, pois gera patologias das quais ninguém escapa, tanto no segmento dominado quanto no segmento dominador. Na população-alvo, ele destrói a autoestima e conduz a uma desconexão psicológica com a sociedade como um todo, propiciando o surgimento de indivíduos cuja identidade destruída os lança num terreno baldio onde podem frutificar atitudes antissociais. (...) No segmento dominador, o racismo cria uma complexa rede de atitudes de cumplicidade amoral, e de insensibilidade humana, que por sua vez propiciam um alto grau de permissividade diante de condutas patologicamente antissociais. (MOORE, 2005:324-325).

No processo de formação social brasileira, as identidades do grupo racial composto por pretos e pardos foram forjadas a partir de estereótipos negativos sobre si mesmos. O ideal de branqueamento acabou por vincular a figura do negro a características negativas, não apenas durante a vigência da escravidão, mas depois de sua abolição formal. Além de preguiçosos, degenerados, depravados sexuais e incivilizados, ganharam entre os intelectuais brasileiros a pecha de criminosos e responsáveis pelo enfraquecimento biológico da população, estando sua imagem assinalada sempre como representativa dos principais males da sociedade brasileira. (PIRES, 2013)

A internalização de características pejorativas e inferiorizantes exerce um efeito devastador no processo de constituição de identidades individuais e coletivas. Nessas

circunstâncias, não é surpresa que a subjetivação do negro seja influenciada: 1) por uma imagem distorcida sobre si mesmo, decorrente da internalização de noções de inferioridade e subalternização; 2) pela crença na necessidade de negação de suas referências de pertencimento racial (embranquecimento) como condição de aceitação e mobilidade social; e 3) pela assimilação de um ideário que coloca no negro a responsabilidade pelas desigualdades raciais.

Longe de justificar condutas racistas, por quem quer que seja o autor da ofensa, pensar a questão através dos possíveis efeitos que o ideal de branqueamento gera na formação das identidades permite uma nova leitura das desigualdades raciais, o enfrentamento mais responsável dos atos discriminatórios e uma gramática alternativa de resistência. Pelo menos desde a década de 60⁸ já não é mais possível defender academicamente o mito da democracia racial no Brasil, não é razoável que os Tribunais continuem a decidir questões como estas com argumentos rasos e insustentáveis como o que considera que a frase “*Não posso ser racista porque sou caboclo e também já fui discriminado*” reflete “expressão inquestionável de que aqui não se cuida de prática de racismo de forma alguma”.

Em relação ao quadro humorístico “Café Bola Preta”, a decisão considera atípica a imputação de racismo. Entende o desembargador que “no teatro o que se tem é o *ridendo castigat mores* e não qualquer intenção maléfica de se atingir qualquer minoria”. O quadro retrata um bar onde só é admitida a entrada de não brancos, nele atores brancos pintados de negros retratam de maneira pejorativa, inferiorizante e caricata os negros. São reforçados os estereótipos de preguiçosos, hipersexualizados, ignorantes, entre outros de mesma natureza. Sob o manto do “Rindo, castigam-se os costumes”, naturalizam-se as representações subalternizadas e depreciativas do negro em programa veiculado em rede nacional, pela mídia de massa.

⁸ O chamado Projeto UNESCO foi desenvolvido entre os anos de 1950 a 1970 e teve como pensadores de destaque: Costa Pinto, Florestan Fernandes, Roger Bastide, Thales de Azevedo, Guerreiro Ramos, Fernando Henrique Cardoso e Octavio Ianni. Após a Segunda Guerra Mundial, a UNESCO, influenciada pela imagem externa do Brasil como paraíso racial, realiza o projeto para tentar identificar os fatores responsáveis por manter, no território brasileiro, a convivência harmônica entre as raças. Diferentemente do que o órgão internacional esperava, os referidos pensadores acumularam evidências de que “os brancos brasileiros foram preconceituosos e que os negros, apesar de não terem sido legalmente discriminados, foram ‘naturalmente’ e informalmente segregados” (COSTA, 1979: 228). Nas décadas de 50 e 60 destacaram-se os trabalhos que denunciaram o descompasso de uma sociedade industrial estruturada sobre o mesmo modelo de distribuição material e simbólica do período escravista. Nos trabalhos da década de 70, o ‘racismo’ se transforma em conceito analítico. Carlos Hasenbalg e Nelson do Valle Silva, por exemplo, chamam atenção para o *ciclo cumulativo de desvantagens dos negros*, apontando a cor como variável independente para explicação das desigualdades de renda e escolaridade.

Para alguém que em entrevista, portanto fora da ‘proteção’ especial conferida pelo ambiente da dramaturgia, manifestou a representação que tem do negro da forma como descrita acima, parece muito pouco provável que o objetivo pretendido pelo quadro fosse de usar o “humor” para mudar os costumes. Sem sequer perguntar ao paciente a perspectiva de humor que direciona seu trabalho, determinou o julgador como premissa a máxima enunciada. Além da postura de questionamento da realidade, pode-se através do ‘humor’ promover naturalizações de comportamentos e hierarquias morais, notadamente em sociedades já estruturadas sobre essas bases (classista, racista, machista, homofóbica, etc). Ao sujeito universal a liberdade de expressão, às minorias além da luta permanente pela desnaturalização de sua opressão, resta ainda o comportamento esperado de cordialidade e indolência, que há muito é apontado como traço distintivo e justificador de sua escravização.

Em outro trecho da decisão, afirma o desembargador:

Aliás, estas sim, às vezes, mais preconceituosas que aqueles que são por ela atacados. (...) Tomemos então um exemplo clássico de um dos maiores cantores e artista do passado nos EUA, All Johnson, cantor branco, que pintava o rosto de preto, e nem por isso, se lhe pôde imputar a pecha de racista.

Além de transformar em racistas as vítimas das atitudes praticadas pelo réu, sem qualquer elemento fático comprovado nos autos, o julgador utiliza como argumento para afastar a aplicação da lei Caó um dos exemplos mais eloquentes de racismo nos Estados Unidos da América. O cantor a que fez referência o desembargador era Asa Yoelson, judeu lituano que emigrou para os EUA em 1893, iniciando sua carreira artística em 1909. As performances de Asa Yoelson enquadravam-se em um tipo de teatro de variedades norte-americano que surgiu em 1830. Esse gênero consistia em colocar atores brancos de descendência europeia, com a cara pintada de negro, personificando de forma caricatural os negros estadunidenses. Nesses “espetáculos” de dança, música, esquetes cômicas e atos variados, os negros eram retratados como ignorantes, preguiçosos, supersticiosos e musicais. Essa forma de expressão foi radicalmente combatida pelo movimento pelos direitos civis e contra o racismo dos anos sessenta, perdendo totalmente sua popularidade desde então. Uma das representações mais comuns dos negros nesse gênero se dava com a figura do escravo “Jim Crow”. O rechaço a esta prática é tão contundente que foi este o nome escolhido para ‘batizar’ as normas segregacionistas: “Jim Crow Laws”.

O caso envolvendo Francisco Everardo Oliveira Silva, o Tiririca, está relacionado a letra de música de sua autoria, produzida pela Gravadora Sony, com o título "Veja os cabelos dela":

Veja veja veja os cabelos dela.
Parece Bombрил de arear panela
Quando ela passa, me chama atenção
Mas seus cabelos, não tem jeito não.
A sua catunga quase me desmaiou
Olha eu não agüento o seu fedô
Veja veja veja os cabelos dela!
Veja veja veja os cabelos dela! Diz aí
Veja veja veja os cabelos dela!
Parece Bombрил de arear panela
Eu já mandei ela se lavar
Mas ela teimou e não quis me escutar
Essa nega fede! Fede de lascar
Bicha fedorenta fede mais que gambá

Diante dessa letra, o Ministério Público ofereceu denúncia, com base no art. 20 da Lei Caó, alegando teor racista. Trechos da denúncia apontam que:

o vocábulo negra expresso na ‘poesia’ pela corruptela nega significa mulher de cor preta. [...] Além da cor da pele, como traço de identidade e conformador da imagem, possuem as mulheres negras outros traços identificadores, entre os quais o tipo de cabelo, crespo e lanoso, conhecido por “carapinha”. Ora, os versos da música apresentam a mulher negra estereotipada em seus traços físicos, quando compara seus cabelos com uma esponja de aço comumente utilizada para limpeza de painéis (Bombрил), chegando mesmo a animalizá-la quando compara o cheiro de seu corpo ao de um gambá, mamífero conhecido por exalar mau cheiro. Uma das principais formas de discriminação é a transmissão de preconceitos através da inclusão da figura dos indivíduos de cor negra em contextos estereotipados e ofensivos. [...] Os versos da música em questão contém uma carga de racismo na sua forma mais cruel de manifestação, ou seja, a do humor, pois tenta fazer graça, desumanizando e degradando a dignidade da mulher negra.

Diferentemente, entendeu o juiz de primeira instância, que absolveu os acusados sob o argumento de que:

Nem mesmo através de uma simples leitura do seu texto, pude perceber contornos racistas ou preconceituosos na música. Começando pelo detalhe de que a música refere-se a um único personagem, uma ‘nêga’, e não à raça negra como um todo, ao universo de pessoas de cor negra, ou às mulheres negras. Não bastasse isso, logo me veio à mente, ao ler a composição, que estava diante de uma pilhéria, de lago sem seriedade, de versos vazios, despidos de conteúdo, mera brincadeira, e por isso não vislumbrei de antemão o dolo – indispensável à configuração da tipicidade penal – de atingir a dignidade dos negros, de humilhar ou menosprezar as pessoas de pele escura. [...] No crime de preconceito, a finalidade ou ânimo do agente vai além da realização do tipo. Ou ele age motivado pela discriminação ou pelo preconceito, ou inexistente o injusto. [...] Se ele não deseja praticar racismo, não comete ato ilícito, sendo irrelevante o resultado desse comportamento.

Nesses termos, absolveu os réus. O Ministério Público recorreu da sentença, que foi mantida pelo desembargador pelos argumentos que se seguem. Inicialmente, considera que a

letra da música é de “péssimo gosto” e que tendo declarado o Tiririca que a escreveu tendo por inspiração a própria mulher, não haveria o objetivo de ofender quem quer que seja. Se esse fosse um raciocínio defensável, seria impossível falar em violência doméstica não física ou em estupro no casamento. Leviana e não dolosa, essa foi a caracterização da conduta esperada de uma “personalidade simplória”, como o Tiririca. Mais uma vez, escondido no humor e no racismo institucional do Poder Judiciário, atos manifestamente racistas continuam a ser tratados sem a seriedade que merecem, pela gravidade das consequências que geram.

Ultrapassada a barreira técnica de exigência do dolo para promoção da persecução criminal nos casos citados, a responsabilização cível do caso Tiririca propicia que outros aspectos relacionados ao tratamento do caso pelo Poder Judiciário fluminense sejam tratados. A ação civil pública⁹, movida por duas entidades de representação da população afrodescendente (CEAP – Centro de Articulação das Populações Marginalizadas – e Criola), foi julgada procedente por maioria na esfera cível para condenar a Sony Music Entertainment, gravadora e distribuidora do compositor Tiririca, a compensar em R\$300 mil os danos difusos causados à população afrodescendente, a serem depositados no Fundo de Defesa de Direitos Difusos para a promoção de programas contra o preconceito racial. Tais danos se consubstanciaram no “interesse à integração pacífica das diversas etnias que compõem a sociedade brasileira, aí incluído o interesse de preservação da imagem da etnia negra”. Ressaltamos que o pedido das entidades era no montante de R\$ 3 milhões.

Diferentemente da ação penal, em que Tiririca foi absolvido, na ação cível movida contra a produtora Sony houve a condenação para a compensação, pois ficou caracterizada a violação de interesses difusos. De acordo com o relator, teria havido culpa da produtora por não ter verificado o conteúdo ofensivo da música que seria produzida e distribuída.

Especificamente quanto à qualificação do dano difuso, o relator afirma:

(...) embora a expressão “nega” possa realmente ser utilizada popularmente dentro de um contexto afetivo, sem qualquer conotação racial, no presente texto, a combinação de tal expressão com a alusão a cabelos característicos da raça negra, que são pejorativamente comparados a “Bombril de ariar panela”, seguidos de referências ao “fedor da nega”, comparado a um gambá, caracteriza a ofensa indiscriminada às mulheres da etnia negra, descritas como feias e cheirando mal, e embora a letra tenha a pretensão de ser jocosa e se refira a uma determinada pessoa, não há como evitar que o ouvinte da música associe tais características com a etnia negra em geral (...). Não é difícil imaginar o sentimento de uma

⁹ De acordo com o relator do acórdão da Apelação Cível nº 16893/2000, julgado na 16ª Vara Cível, Desembargador Mario Robert Mannheimer, “o direito à preservação da imagem das diversas etnias que integram nosso país, entre as quais a negra ou afro-brasileira, constitui direito difuso, ensejando o emprego da Ação Civil Pública para coibir sua violação (...)”.

mulher negra que, se encontrando em lugar público, em meio a pessoas de outras etnias ouvisse a execução da música “Veja os cabelos dela”.

Já o voto vencido utiliza-se da existência da colisão de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos – liberdade de manifestação artística e repúdio ao racismo – para sustentar que não há direitos absolutos, mas que é necessária a ponderação entre estes valores para decidir-se em que medida haverá sacrifício mínimo dos direitos avaliados. Contudo, quando da avaliação concreta do caso, o magistrado, buscando a proteção da livre manifestação artística, afirma:

(...) objetivamente, não ocorreu qualquer manifestação discriminatória à dignidade de tal grupamento étnico”, na medida em que a música ao referir-se à “essa nega” indica pessoa certa e determinada, além de tratar o termo nega de forma carinhosa de referir-se a mulheres de quaisquer etnias. Ao fim, sustenta o magistrado que “a vulgarização dos conceitos e a proliferação de repulsa em relação a tudo que se possa levianamente rotular de discriminação ou preconceito desacredita o verdadeiro e necessário combate e enseja abominável “caça às bruxas” com terríveis consequências culturais e sociais.

Evidentemente, o magistrado ignorou dois fatos relevantes no caso concreto: 1) aliado à expressão “essa nega” foram somados outros atributos negativos, tais como “cabelo de ariar panela” e “fedede como gambá”, para a caracterização de dano à etnia, e não mera manifestação cultural humorística ou jocosa; 2) a ofensa coletiva a aspectos existenciais não corresponde a um desvalor psíquico grupal que reúne todas as pessoas da etnia retratada que eventualmente tenham se sentido humilhadas pela música, mas diversamente, refere-se à violação da dignidade do grupamento, enquanto fator de resistência social e de luta pelo reconhecimento. O dano é causado justamente porque proveniente de uma relação de poder desequilibrada, em que o retratado tem voz marginal.

6. Conclusão

A Constituição Federal ao garantir em seu artigo 5º, IX, a livre manifestação do pensamento artístico, não impõe que haja uma consideração apriorística deste direito fundamental quando em confronto com os demais direitos fundamentais igualmente reconhecidos em nossa Constituição, como é o caso do direito à igual dignidade social (art. 1º, III, art. 3º, I e IV, art. 4º, VIII art. e 5º, XLII).

O argumento de que não há intenção de ofender (*animus injuriandi*) por parte daquele que se manifesta livremente e que a eventual ação penal ou indenizatória condenatória representaria uma forma de censura judicial *a posteriori*, – argumentos estes que são

comumente utilizados pela doutrina defensora de uma ampla liberdade de expressão – não devem prosperar quando o exercício deste direito fundamental implicar a violação direta de direitos também fundamentais que são característicos de um grupo social que luta pela desnaturalização dos mecanismos seculares de dominação e opressão a que estão submetidos.

Mais do que assumir a postura de tutela estatal em relação a determinados grupos subalternizados, está em questão a possibilidade de o Estado afirmar-se como verdadeiramente democrático. A chancela pública de discursos que ofendem e depreciam grupos sociais reforça a invisibilidade e desvalorização de suas falas, trajetórias e ação política. Corroborar-se o entendimento de Owen Fiss, para quem:

Se nada mais estivesse envolvido além dos interesses expressivos de cada grupo, vale dizer, o desejo do racista e o interesse da potencial vítima de cada qual expressar o seu pensamento, então haveria de fato algo arbitrário na escolha do Estado de um grupo em detrimento do outro. Eu acredito que algo mais está envolvido, todavia. O Estado não está tentando arbitrar entre os interesses discursivos dos vários grupos, mas, ao contrário, está tentando estabelecer precondições essenciais para a autogovernança global, assegurando que todos os lados sejam apresentados ao público. [...] Algumas vezes nós devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros. (FISS, 2005:49)

A escolha constituinte pela adoção de um Estado Democrático de Direito impõe a não neutralidade do Estado frente às desigualdades e o compromisso com a igual dignidade de seus cidadãos. A promoção de uma sociedade respeitosa pressupõe o enfrentamento das estruturas de poder (patriarcais, racistas, heteronormativas, etc.) que sustentam hierarquias entre seres humanos e a denúncia de mecanismos de manutenção desta mesma ordem pelas instituições públicas, entre elas, o Poder Judiciário.

7. Referências Bibliográficas:

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Honra, liberdade de expressão e ponderação. In: *Civilística: Revista Eletrônica de Direito Civil*, ano 2, número 2, 2013.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Tradução e prefácio de Gustavo Binbenjy e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. In **Tempo Brasileiro**. Rio de Janeiro: nº 92/93 (jan./jun.). 1998, p. 69-82.

HOFBAUER, Andreas. O conceito de “raça” e o ideário do branqueamento no século XIX – bases ideológicas do racismo brasileiro. In **Teoria e Pesquisa** 42 e 43, janeiro-julho de 2003. Disponível em < <http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/viewFile/57/47>>, acesso em 10 de julho de 2012.

_____. **Uma história de branqueamento ou o negro em questão**. São Paulo: UNESP, 2006.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: Cleve, Clemerson Merlin; Freire, Alexandre (coord.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 395-408.

NASCIMENTO, Abdias. Quilombismo: um conceito emergente do processo histórico-cultural da população afro-brasileira. In **Afrocentricidade**. Uma abordagem epistemológica inovadora. Elisa Larkin Nascimento Org. São Paulo: Selo Negro, 2009, pp. 197-218.

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. In **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 1, 2007, pp. 287-308.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos**. Tese de Doutorado. Orientadora: Gisele Cittadino. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SCHWARCZ, Lilia. **Racismo no Brasil**. 2ª Ed. São Paulo: Publifolha, 2010.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Tomaz Tadeu da Silva (Org.) Stuart Hall, Kathryn Woodward. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.