

OUTROS ARTIGOS



O Haiti ainda é aqui: a Lei 7.716/89 e o “racismo à brasileira”

Haiti is still here: Law 7716/89 and “Brazilian way racism”

Maíra Cardoso Zapater

Doutoranda em Direitos Humanos (FDUSP) e especialista em Direito Penal (Escola Superior do Ministério Público - SP). Graduada em Direito (PUC-SP) e Ciências Sociais (FFLCH-USP). É professora e pesquisadora em Direito Penal e Direitos Humanos, e autora do blog Deu na TV (www.deunatv.wordpress.com). Contato: maira.zapater@gmail.com

RESUMO

O artigo analisa a Lei 7.716/89, verificando sua eficácia e adequação como instrumento de combate ao racismo contra a população negra no Brasil. O direito à igualdade formal liberal mostrou-se insuficiente para garantir condições de vida igualitárias a todos, e somente com os movimentos sociais do século XIX o conceito se expande para além do tratamento legal igualitário, passando a se demandar que o Estado atentasse para as diferentes realidades sociais de seus cidadãos. Por razões históricas e culturais, verifica-se no Brasil que o segmento negro é a maior vítima de preconceito e discriminação. A Lei 7.716/89 criminaliza atos discriminatórios praticados em razão de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Assim, o argumento será desenvolvido a partir da pergunta: a criminalização de condutas discriminatórias é um meio idôneo para erradicar o racismo?

PALAVRAS-CHAVE:

Racismo – Crimes raciais – Reconhecimento – Discriminação

ABSTRACT

The article will examine the Federal Brazilian Law Against Racism (n. 7716/89), checking its effectiveness and appropriateness as a tool to combat racism against black population in Brazil. The right to formal liberal equity proved to be insufficient to ensure equal conditions to all people, and only with the social movements of the nineteenth century the concept has spread beyond the equal legal treatment, demanding the State to be aware of the different social realities of its citizens. For historical and cultural reasons, in Brazil the black population is the biggest victim of prejudice and discrimination. Law 7716/89 criminalizes discriminatory acts committed because of prejudice based on race, color, ethnicity, religion or national origin. Thus, the argument will be developed from the question: criminalizing discriminatory behavior is a suitable mean to eradicate racism?.

KEY WORDS:

Racism – Racial crimes – Recognition – Discrimination



1. Introdução: o percurso histórico da questão racial no Brasil

De todas as conquistas alcançadas pelas Revoluções Liberais do século XVIII, talvez mais do que as próprias liberdades, o direito à igualdade seja a mais fundamental estrutura do pensamento democrático: somos livres porque somos iguais. Se a liberdade consiste na possibilidade de o indivíduo racionalmente escolher, manifestar e difundir seus valores morais e políticos para realizar a si próprio é porque não há valores individuais mais dignos ou mais preciosos que outros, já que a mera condição de humano atribui ao indivíduo a titularidade de uma dignidade inata. Contudo, a mera garantia de tratamento legal igualitário mostrou ser insuficiente para que se garantissem condições de vida igualitárias a todas as pessoas. Se as Revoluções Liberais tiveram o mérito de solidificar o conceito de igualdade formal (e, importante frisar, tamanha foi a força dos ideais dessas revoluções que hodiernamente não mais se questiona se um ordenamento jurídico pode privilegiar ou excluir pessoas), é bem verdade que em grande medida a ideia permaneceu no campo da abstração jurídica, pois mesmo as primeiras declarações de direitos, datadas da Modernidade, não faziam qualquer alusão a tratamento igualitário a alguns grupos considerados desiguais – caso de crianças, mulheres (com sua praticamente inexistente participação nos processos políticos) e populações negras oriundas do continente africano, que, escravizadas até o final do século XIX encontravam-se despojadas de absolutamente todas as liberdades civis demandadas no século anterior.

É somente com o advento dos movimentos sociais do século XIX que o conceito do direito à igualdade se expande para além da igualdade formal (prevista em lei), passando a se demandar que esse direito fosse implementado materialmente. Isto significa dizer que, a partir de então, não mais se concebe o direito à igualdade como apenas o tratamento igualitário previsto em lei, mas sim que o Estado deveria atentar para as diferentes realida-



1. Trecho de *Haiti*, de Caetano Veloso.

des sociais vividas por todos os seus cidadãos e adotar medidas de forma a garantir (ou tentar, ao menos) que estes pudessem, de fato, ter igual acesso a direitos e bens da vida. Em outras palavras, o Estado deveria passar a estabelecer um tratamento desigual para os desiguais, na medida de suas desigualdades, de forma a tentar superá-las tanto quanto possível.

O conceito de igualdade material será o celeiro onde se desenvolverão as ideias de proteção aos direitos de minorias políticas em face da insuficiência do tratamento legal igualitário. É sob este enfoque que se insere a questão racial e o reconhecimento dos direitos humanos de populações historicamente discriminadas por motivo de raça, embora ainda hoje os avanços jurídicos nesta área sejam um tanto tímidos.

Neste artigo, farei uma análise crítica da Lei 7.716/89, que tipifica os crimes de racismo, procurando verificar sua eficácia e adequação como instrumento de combate ao racismo contra a população negra no Brasil.

A Lei Brasileira dos Crimes de Racismo e/ou Preconceito não se dirige especificamente à população brasileira negra, pois criminaliza atos discriminatórios que venham a ser praticados em razão de se considerar a vítima como pertencente a qualquer raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Porém, por razões históricas estreitamente relacionadas à escravidão, verifica-se no Brasil ser este o segmento da população que mais comumente é vítima de preconceito e discriminação. Desta forma, discutirei a lei sob o recorte da população negra, partindo de uma pergunta central: a criminalização de condutas discriminatórias é um meio idôneo para erradicar o racismo, o preconceito e a discriminação contra negros?

Kabengele Munanga (1998) distingue os três termos, definindo o racismo como um “fenômeno global” a ser decomposto “em três elementos distintos e inter-relacionados”, quais sejam: a ideologia racista enquanto doutrina que empresta da biologia, de forma falaciosa, argumentos que forneceria base supostamente científica para classificar e hierarquizar os seres humanos em função de sua aparência física; o preconceito racial, consistente na crença na inferioridade de alguns grupos (“raças”) em relação a outros, crença esta que pode ou não vir acompanhada do terceiro elemento do racismo, que é a discriminação racial, definida como “um comportamento coletivo observável” (MUNANGA, 1998), ou, em outras palavras, seria a



manifestação do preconceito racial por meio de condutas que dispensam tratamento diferenciado, restringindo direitos em razão daquilo que se conceitua no senso comum como “raça”².

Embora não seja o tema central aqui discutido, é importante mencionar ainda que rapidamente alguns aspectos históricos do racismo contra o negro no Brasil, para contextualizar o enfrentamento legal do racismo.

O Brasil compõe a lista dos países que adotaram a mão de obra escrava dos negros, tendo-o feito durante a maior parte de seu período colonial e pelas primeiras seis décadas posteriores à sua independência, sendo que a abolição da escravatura em 1888 coincide com o período histórico em que ganhavam força as teorias sociais científicas (determinismo biológico, darwinismo social, eugenia), nas quais se buscava legitimar diferenças (de gênero, classe, origem, “raça” etc.) entre as pessoas pela via da “verdade científica”, que atribuía de forma vinculante traços de caráter e personalidade a características biológicas determinantes (SCHWARCZ, 1993). Este resumo dos primórdios da História do Brasil, ainda que sintético, contém dois pilares fundamentais que caracterizaram a inserção do negro na população brasileira: sua condição originária de escravo o destituía de praticamente todo e qualquer direito (na qualidade de escravo, sequer seu corpo lhe pertencia), posicionando-o em um polo social do extremo da exclusão e completa negação de reconhecimento enquanto ser humano; e o contexto cultural no qual se lhe concede o direito formal à liberdade e propriedade sobre seu corpo está impregnado de ideias de diferenças hierarquizadas e avalizadas pelo poder da palavra daqueles que Lilia Schwarcz chama de “homens de ciência” (SCHWARCZ, 1993). No período compreendido aproximadamente entre 1880 e 1920, as obras de autores como Sílvio Romero, Oliveira Viana e Nina Rodrigues são ilustrativas da percepção da questão racial na época, na qual se encontrava:

(...) o seguinte quadro de generalizações e expectativas: modelo científico determinista/positivista das ciências naturais irradiado para as ciências sociais (literatura, sociologia, discurso jurídico etc.); aceitação incontroversa da determinação pela raça; interpretação da mestiçagem

2. O termo “raça” é empregado aqui como a designação de um agrupamento de indivíduos baseado em semelhanças físicas e supostos elementos genéticos comuns, associados a fatores comportamentais e culturais.



à luz da experiência local, creditando ao *branqueamento* a possibilidade de reconciliação entre raça e nação; políticas eugênicas de incentivo à imigração europeia no contexto de resgate da civilização branca; desaparecimento gradual de negros e índios pela infalibilidade da seleção natural, respectivamente a sua desqualificação moral (imprevidentes, indolentes, improgressivos, desequilibrados, insensíveis, doentes, lúbricos, criminosos atávicos, etc.). (MARTINS, 2006) [destaque no original]

Se nesse primeiro momento do século XX as teorias científicas contribuem para a construção de uma representação coletiva do negro associada a estereótipos negativos supostamente determinados pela biologia, com o declínio dessas teorias começa a emergir nos anos 1930 o ideal da democracia racial brasileira, segundo o qual o alto índice de miscigenação da população ensejaria uma “não percepção” de supostas diferenças entre as raças, o que explicaria a ausência de preconceito e discriminação racial no Brasil. Nas palavras de Daniela Ikawa:

O mito da democracia racial foi um avanço igualitário em relação à fase anterior de explícita supremacia branca, no que se refere a um aspecto: pautou-se na construção de uma identidade nacional – a mestiçagem – que buscava sensibilizar os indivíduos para uma igualdade racial que tornaria ainda mais irracional qualquer discriminação com base na raça. Contudo, já nos anos 50, percebeu-se que o mito da democracia racial impedia que se combatesse a discriminação racial existente: **para que pensar em solucionar o problema, se esse não existe sequer?** (IKAWA, 2010) [destaques meus]

O mito da democracia racial e o escamoteio da discriminação dele decorrente contaminaram por décadas o pensamento brasileiro acerca da questão racial, e a composição majoritária das classes economicamente mais pobres por pessoas de pele negra contribuiu para fortalecer o argumento de que, se havia discriminação no Brasil, seria por uma questão de classe, e não de raça.

Não obstante, em 1951, a Lei Afonso Arinos passou a prever condutas discriminatórias como contravenções penais, tecnicamente definidas como delitos mais leves em termos de punição.

Com o processo de redemocratização e a promulgação de uma nova Constituição Federal em 1988, o desejo geral de se instituir uma democracia real



e não meramente formal, sob os parâmetros de reconhecimento de minorias³ enquanto sujeitos de direitos⁴, o debate sobre a existência de preconceito e discriminação contra a população negra no Brasil ganha novo fôlego⁵ e é possível afirmar que houve então o reconhecimento do problema racial, acompanhado por uma demanda social por propostas de solução.

Pela primeira vez na história dos sete textos constitucionais brasileiros⁶, reconhece-se oficialmente na Constituição Federal a existência do racismo, e também pela primeira vez se menciona sua criminalização:

Art. 5º, XLII- A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Diante dessa previsão constitucional, localizada no artigo reservado aos direitos e garantias fundamentais individuais (e, portanto, de forte apelo aos valores democráticos), a maioria dos juristas brasileiros entendeu que a criminalização da prática do racismo era um imperativo constitucional⁷ e em 1989 o Congresso Nacional publica a Lei 7.716/1989, cujo texto original se propunha a definir “os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”, retirando as condutas do campo da mera contravenção penal.⁸

Nesse rápido apanhado histórico, sem dúvida há de se notar um evoluir positivo em relação a algum reconhecimento da existência de uma questão racial no Brasil, ao menos no tocante ao plano jurídico. E a proposta de criminalização da prática de uma conduta simboliza o intenso sentimento de reprovação social em relação àquela. Assim, sob este prisma, o fato de se encontrar em vigor desde 1989 uma lei que pune criminalmente o preconceito e a discriminação racial representa um avanço.

Porém, é aqui que retomo a pergunta que pretendo respon-

3. Na acepção política e não numérica do termo.

4. É com o advento da Constituição Federal de 1988 que se estabelecem no texto constitucional disposições que igualam homens e mulheres em direitos (art. 5º, II) e que se fala expressamente em direitos de populações indígenas e de crianças, só para citar alguns exemplos.

5. Embora o Brasil houvesse ratificado a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial em 27 de março de 1968.

6. 1824, 1889, 1934, 1937, 1946, 1969 e 1988.

7. O penalista Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, afirma categoricamente que “qualquer lei que diga respeito a racismo deve necessariamente prever crimes” (*Leis Penais e Processuais Penais comentadas*). Já Janaína Conceição Paschoal entende que a Constituição Federal não impõe ao legislador ordinário a obrigação de criminalização de condutas, mas apenas uma orientação (*Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*).

8. A redação atual foi determinada pela Lei 9.459/97, que incluiu o preconceito de etnia, religião e procedência nacional. O projeto de lei 122/2006 pretende incluir o preconceito por orientação sexual e gênero, o que vem gerando o debate acerca do esvaziamento do sentido da lei. Íntegra disponível em <http://www.plc122.com.br/plc122-06/#axzz1wkzD5dL2>. O texto atualmente em vigor está disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm



der nesse artigo: a criminalização proposta pela Lei 7.716/1989 é um instrumento jurídico adequado para combater e erradicar o racismo, o preconceito e a discriminação racial?

Em meu entendimento, a lei brasileira dos crimes de racismo mostra-se desde sua origem inadequada a seus propósitos, e em mais de duas décadas em vigor revelou-se ineficiente para erradicar os graves problemas a que se pretendia. Passo agora a expor duas razões que sustentam meu argumento.

2. O racismo à brasileira e a inadequação da Lei 7.716/89

Ao abordar, ainda que brevemente, os aspectos históricos da questão racial no Brasil, restou evidente a insustentabilidade do mito da democracia racial, e não há como afastar o reconhecimento da existência de preconceito e discriminação racial contra a população negra. Todavia, a questão racial no Brasil não pode ser descolada do contexto histórico de sua formação, o que lhe conferiu particularidades culturais. Nesse sentido, é de grande valia o ensinamento de Oracy Nogueira, ao distinguir dois tipos básicos de preconceito racial:



Considera-se como preconceito racial uma disposição (ou atitude) desfavorável, culturalmente condicionada, em relação aos membros de uma população, aos quais se têm como estigmatizados, seja devido à aparência, seja devido a toda ou parte da ascendência étnica que se lhes atribui ou reconhece. **Quando o preconceito de raça se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para as suas manifestações os traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, o sotaque, diz-se que é de marca; quando basta a suposição de que o indivíduo descende de certo grupo étnico para que sofra as consequências do preconceito, diz-se que é de origem.** (NOGUEIRA, 1985) [destaques meus]

Os dois tipos de preconceitos identificados por Oracy Nogueira podem ser exemplificados pelas questões raciais do Brasil e dos Estados Unidos: em razão dos elementos históricos e culturais que contribuíram para a construção do preconceito racial contra negros no Brasil, tem-se que a prática discriminatória se dará principalmente a partir da identificação (especialmente) visual de características do indivíduo (cor da pele, textura do ca-

belo, as roupas que veste, as gírias empregadas, seu gestual etc.) que não só o associam ao que o senso comum denomina “raça negra”, mas também sobrepõem uma série de outros estereótipos (de classe e origem geográfica, por exemplo, mas em geral relacionados com representações de marginalidade) que o colocam em situações de desvantagem social, o que em sua esmagadora maioria ocorre de forma velada, quer dizer, sem que o fator “pertencimento à ‘raça’ negra” seja colocado explicitamente como um estigma e um critério de exclusão.

Os exemplos, tristemente, são intermináveis, mas seleciono aqui dois casos que ilustram o que chamo de “racismo à brasileira”: em 2006, o *site* da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão veiculou notícia⁹ sobre pesquisa realizada pela Fundação Osvaldo Cruz sobre o atendimento a grávidas pelas unidades do SUS do Rio de Janeiro, na qual se constataram situações discriminatórias em relação a negras, como, por exemplo, o fato de 21,8% das gestantes negras não terem recebido anestesia durante o parto normal, enquanto que apenas 13,5% das gestantes brancas teriam passado pela mesma situação. Os dados estatísticos¹⁰ apresentados demonstram, de forma inquestionável, o tratamento diferenciado dispensado às gestantes negras, sem qualquer outro fator de discrimen perceptível que não a cor da pele (já que todas as pesquisadas, sendo usuárias do SUS, presumem-se provenientes de um mesmo estrato social), mas, ainda assim, a fala oficial a respeito da pesquisa no site insistia na justificativa da exclusão social, que atingiria indistintamente brancos e negros.

Outra situação paradigmática de “racismo à brasileira” pode ser facilmente identificada no sistema de justiça criminal. No estudo *Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo*, realizado pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP em 1995¹¹, constataram-se as diferenças estabelecidas no sistema de justiça entre réus brancos e negros. Dentre os muitos dados estatísticos obtidos na pesquisa que permitem concluir pela existência de tratamento diferenciado para brancos e negros em situação de réu, destaco,



9. Abordei especificamente a forma de veiculação desta notícia em paper e pôster (categoria open space) publicado no IX Graduação em Campo no ano de 2010, intitulado “E preto não sente dor, meu irmão?” A notícia analisada está disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/2006/negras-recebem-menos-anestesia-do-que-brancas>.

10. Estes dados são analisados de forma mais aprofundada por Maria do Carmo Leal, Silvana Granado Nogueira da Gama e Cynthia Braga da Cunha no artigo *Desigualdades raciais, sociodemográficas e na assistência ao pré-natal e ao parto, 1999-2001*. Para os fins do presente artigo, porém, opto por ressaltar o posicionamento manifestado pelo site da PFDC, por ter sido no sentido de negar a discriminação contra as parturientes negras que, a meu ver, foi evidente.

11. Disponível em: http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=1413&Itemid=55

para os fins deste trabalho, as diferenças dos dados sobre o encarceramento de réus brancos e negros: do total de prisões em flagrante contabilizadas, 58,1% foram feitas com negros, enquanto que 46% com brancos; em relação aos processos que tramitavam com o réu em liberdade, verificou-se que 27% dos réus brancos tiveram esse direito assegurado, contra 15,5% dos negros (ADORNO, 1996). O argumento do senso comum (contaminado, como já dito, pelo mito da democracia racial combinado à ideia do preconceito de classe sobreposto ao racial) poderia afirmar que essas proporções se devem ao fato de a maior parte da população pobre ser negra e, por sua condição social, ver-se mais frequentemente envolvida com o crime, seja pela exclusão social, seja pela maior dificuldade em obter os serviços de um advogado contratado¹², entre outras razões. Contudo, em relação às prisões em flagrante, por exemplo, Sérgio Adorno observa perturbadoramente que “tal aspecto parece traduzir maior vigilância policial sobre a população negra do que sobre a população branca”. E pondera a respeito destes resultados:

Negros – homens e mulheres, adultos e crianças – encontram-se situados nos degraus mais inferiores das hierarquias sociais na sociedade brasileira, como vêm demonstrando inúmeros estudos e pesquisas. A exclusão social é reforçada pelo preconceito e pela estigmatização. No senso comum, cidadãos negros são percebidos como potenciais perturbadores da ordem social, apesar da existência de estudos questionando a suposta maior contribuição dos negros para a criminalidade (Sellin, 1928 apud Pires & Landreville, 1985). Não obstante, se o crime não é privilégio da população negra, a punição parece sê-lo. (ADORNO, 1996) [destaques meus]

Vale observar que essa sobrevigilância policial direcionada à população negra parece permanecer inalterada: no estado de São Paulo, em 2011, em cada grupo de 100 mil negros, 1,4 foi vítima de ação letal da polícia; enquanto que num grupo de 100 mil brancos a taxa de letalidade por ação da polícia é de 0,5. Em 2012, em relação aos presos em flagrante, quando desagregados pelo item cor/raça, tem-se que 35/100 mil eram negros e 14/100 mil eram brancos¹³.

12. Levando-se em conta os obstáculos encontrados nos serviços de Assistência Judiciária, que no estado de São Paulo eram prestados até 2006 exclusivamente pela Procuradoria de Assistência Judiciária, quando se criou a Defensoria Pública em cumprimento à determinação constitucional já existente neste sentido desde 1988.

13. Os dados foram apurados na pesquisa *Desigualdade Racial e Segurança Pública*, 2014. Íntegra do sumário executivo disponível em: http://www.ufscar.br/gevac/wp-content/uploads/Sum%C3%A1rio-Executivo_FINAL_01.04.2014.pdf. Acesso em fevereiro de 2015



Nos dois exemplos mencionados – menor percentual de anestesia no parto para parturientes negras e sobrevigilância policial sobre negros –, entendo que as conclusões não podem ser outras que não a existência da discriminação racial contra a população negra, praticada de forma velada, havendo em ambos os casos relatados a busca de argumentos oficiais (seja pela opinião pública, seja nas instituições estatais) para construir uma justificativa de cunho social ou econômico para o fato de que as pessoas foram discriminadas a partir da combinação de uma série de elementos estigmatizantes encontrados especialmente em sua aparência: parecer negra e pobre em um hospital público brasileiro pode evocar a imagem preconceituosa da negra mais resistente à dor (ou cuja dor não tem a menor importância), dispensando-se a anestesia; *parecer negro* (e em geral pobre) em um espaço público atrai maior vigilância da polícia e gera mais prisões em flagrante e abusos ou violência por parte da polícia, situação esta discriminatória e que persiste no decorrer do processo judicial, já que a manutenção das prisões provisórias nesta fase talvez possa ser atribuída em parte pela extensão das representações sociais que associam a pessoa classificada como da “raça negra” a situações de marginalidade à mentalidade dos julgadores.

Por outro lado, o que Oracy Nogueira chama de “preconceito de origem” pode ser observado nas políticas segregacionistas adotadas em alguns estados norte-americanos até aproximadamente os anos 1960, as quais, a exemplo das leis de apartheid sul-africanas, estabeleciam rígida e legalmente quem deveria ser considerado “branco” ou “não branco” a partir de sua ascendência e independentemente da cor da pele ou aparência física¹⁴. A partir dessa divisão, determinavam-se lugares e direitos distintos e hierarquizados, com evidente prejuízo à população não branca. Tratava-se, portanto, de um racismo que, para além da legitimação social, era compulsório e legalmente instituído.

A Lei Brasileira dos Crimes de Racismo criminaliza condutas que impedem o exercício dos chamados *direitos humanos de 1ª geração* (quais sejam, os direitos civis, com forte ênfase nos direitos à igualdade e à liberdade de ir e vir) em razão da pertença a raça, cor, etnia, religião ou procedência

O que ficou conhecido como critério da “gota de sangue”, como ilustrado no filme *Imitação da vida* (filmado em duas versões, em 1934, por John M. Stahl e 1959 por Douglas Sirk), que aborda a história de uma atriz que procura esconder sua verdadeira origem familiar, pois embora tenha aparência considerada branca, é na verdade filha de uma mulher negra



nacional. Várias modalidades de comportamentos discriminatórios foram definidas como crimes na tentativa de se garantir, por meio da punição dos infratores (ou seja, aqueles que praticam a discriminação), o tratamento igualitário a que todos os indivíduos têm direito. Muito embora a lei vise punir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito, **nenhum de seus 22 artigos prevê qualquer conduta semelhante àquelas praticadas nos dois exemplos descritos**. Punem-se condutas tais como o impedimento de acesso a cargo público (art. 2º), a recusa em estabelecimento comercial (art. 3º), impedir o acesso em transportes públicos (art. 12), e ainda a incitação ao preconceito ou discriminação (art. 20).

Não se faz qualquer menção a recusa de atendimento médico ou prestação de serviços deficientes ou a tratamento mais gravoso em processo criminal em razão da raça. Juridicamente, isto implica que o autor de tal conduta está sujeito apenas (e em tese) ao pagamento de uma indenização por danos morais, mas não responde por crime algum, mesmo em face da existência de uma lei que pune condutas discriminatórias – mas que não prevê outras discriminações além daquelas arroladas em seus 22 artigos.



Esta colocação ganha relevo pela inevitável conclusão à qual nos conduz: nem mesmo ao próprio legislador que visou punir exemplarmente os autores de crimes raciais¹⁵ ocorreu que semelhantes situações pudessem decorrer de preconceito racial. Ou, por outra: o legislador não interpretou situações como as descritas nas pesquisas mencionadas como modalidades de discriminação racial. Verifica-se que a legislação brasileira para punir crimes de preconceito e discriminação parece ter sido pensada para desconstruir uma situação de segregação racial nos moldes norte-americanos ou sul-africanos, muito diversa daquela encontrada no Brasil. Isso mostra a completa inadequação da lei à realidade brasileira: como visto nos casos mencionados, há racismo contra o negro, e em que pese a gravidade dos exemplos aqui trazidos (e que, a meu ver, constituem até mesmo flagrantes casos de racismo institucional), ainda que as condutas discriminatórias fossem expressamente racistas (se o médico, o juiz, ou o policial, se justificassem afirmando ter praticado discriminação em razão de considerar a

15. Como já observado, trata-se de crimes imprescritíveis e inafiançáveis, nos termos do art. 5º, inciso XLII da Constituição Federal, apenados com reclusão, a mais severa das penas privativas de liberdade.

pessoa negra), ainda assim não incidiria a lei dos crimes de racismo, simplesmente pela ausência de previsão desse tipo de conduta.

Não é demais observar também que, não obstante a questão racial brasileira envolva evidentemente a população negra de forma preferencial, o caso paradigmático de aplicação da Lei de Racismo no Brasil é o Caso Ellwanger¹⁶, em que o Supremo Tribunal Federal julgou o direito de Siegfried Ellwanger negar o holocausto em um livro de sua autoria, sendo que a análise jurídica do caso se deu sob a chave da incitação ao preconceito (prevista no artigo 20 da Lei 7.716/89), na qual a mencionada corte se deteve longamente nas minúcias do que entendeu ser o conceito de “raça” em relação à população judia. Ainda que se reconheçam todos os efeitos deletérios da vertente negacionista do holocausto, é de causar perplexidade que o caso paradigmático de discussão de crimes de racismo no Poder Judiciário brasileiro não diga respeito à população negra. Aliás, pouco se tem aplicado a maioria dos artigos da Lei 7.716/89, sendo possível afirmar, mesmo em uma exploração superficial de julgados sobre o tema, que grande parte da jurisprudência diz respeito ao artigo 20 (incitação) ou se desqualifica para injúria racial, prevista no Código Penal como crime contra a honra, mais severamente apenado em razão do motivo de preconceito.

É sintomático dessa rara aplicação da Lei 7.716/89 às condutas discriminatórias praticadas contra negros o Caso Simone Diniz, que levou à responsabilização do Estado brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2005. Em paralelo ao popular “Caso Ellwanger” - que chegou às últimas instâncias de julgamento no país -, o “Caso Simone Diniz”¹⁷ diz respeito a uma mulher negra que se candidatou a vaga de empregada doméstica, tendo sido expressamente recusada em razão da cor de sua pele. Mesmo tendo notificado a autoridade policial do crime de racismo que sofrera e registrado boletim de ocorrência, o inquérito policial foi arquivado “por falta de indícios suficientes de discriminação racial”, e esta inércia do Estado brasileiro foi causa de pedir em petição apresentada ao sistema in-

16. Julgado no *habeas corpus* 82.424/RS, em que Ellwanger foi acusado de racismo, na modalidade de apologia a ideias preconceituosas. O acusado foi absolvido em primeira instância e condenado em segunda instância à pena de dois anos de reclusão.

17. Segundo consta do Relatório 66/06 da CIDH, “em 2 de março de 1997, a senhora Aparecida Gisele Mota da Silva, fez publicar no jornal *Folha de S. Paulo*, jornal de grande circulação no Estado de São Paulo, na parte de Classificados, nota através da qual comunicava o seu interesse em contratar uma empregada doméstica onde informava que tinha preferência por pessoa de cor branca. Tomando conhecimento do anúncio, a vítima Simone André Diniz, ligou para o número indicado, apresentando-se como candidata ao emprego. Atendida pela senhora Maria Tereza - pessoa encarregada por D. Aparecida para atender os telefonemas das candidatas, foi indagada por esta sobre a cor de sua pele, que de pronto contestou ser negra, sendo informada, então, que não preenchia os requisitos para o emprego



teramericano de proteção aos Direitos Humanos. A Comissão reconheceu que houve discriminação racial e que o Estado brasileiro era responsável pelo ocorrido, especialmente por não ter levado a cabo os processos judiciais criminal e cível decorrentes da conduta discriminatória, e apresentou uma série de recomendações às autoridades brasileiras, tais como reparação material e moral e reconhecimento público da responsabilidade internacional do Estado brasileiro, entre outras – nenhuma delas cumprida pelo governo brasileiro.

A comparação entre os casos Ellwanger e Simone Diniz ilustra a dificuldade das instituições (e, porque não dizer, do povo) do Brasil em admitir a existência e compreender a dinâmica da discriminação racial contra a população negra, sendo razoável supor – especialmente levando em consideração os conceitos de “preconceito de origem” e “preconceito de marca” formulados por Nogueira (NOGUEIRA, 1985) – uma prevalência no senso comum da mentalidade que associa racismo e discriminação racial exclusivamente a políticas segregacionistas como as Leis Jim Crow (referentes à segregação nos Estados Unidos da América) e o genocídio de judeus na Alemanha Nazista. Trata-se de realidades culturais absolutamente distantes da brasileira, mas que foram incorporadas com tal intensidade que parecem ter servido como contexto para a formulação da Lei 7.716/89 – daí não espantar a pouca aplicabilidade do texto e sua ineficácia como instrumento de combate à discriminação.

Munanga observa que as práticas discriminatórias tendem a se perpetuar mesmo em face de novas legislações, “pois as estruturas mentais resistem às leis transformadoras da sociedade.” (MUNANGA, 1998). Contudo, vou mais além em uma provocação: terão as leis penais o poder de transformar a sociedade? Sobre a Lei Afonso Arinos, que antecedeu a Lei 7.716/89, observa Fabiano Augusto Martins Silveira: “Afora o conteúdo simbólico, a *Lei Afonso Arinos* nunca esteve entre os instrumentos legais mais eficazes [para combater o racismo]” (MARTINS, 2006). O autor atribui tal ineficácia, porém, às poucas condenações contabilizadas pela aplicação de suas disposições legais, mas questiono se um agravamento da punição, ainda que com maior grau de certeza de sua aplicação, atingiria este objetivo.

Os argumentos debatidos neste item poderiam conduzir à ideia de que a solução seria aumentar o rol de tipos penais, na tentativa de prever todas



as formas possíveis de racismo e assim puni-las exemplarmente. Parece-me, porém, que um entendimento nesse sentido é equivocado: a Lei dos Crimes de Racismo não só é inadequada ao caso brasileiro desde sua elaboração, como também é ineficaz enquanto proposta para erradicar o preconceito racial.

3. O paradoxo da criminalização como forma de implementação de direitos

Para além da inadequação da lei em si, o caminho da criminalização como forma de combate a violações de Direitos Humanos - caso do racismo - é enganoso.

Explico: o pensamento jurídico é frequentemente contaminado pelo equívoco em se supor que a não aplicação do Direito Penal corresponderia automaticamente a uma aprovação tácita – e mesmo um incentivo – à conduta que se pretende reprimir. Parece existir uma sensível dificuldade em propor outra resposta que não a violência estatal¹⁸, com arraigada crença na punição pedagógica e o seu poder mágico de incutir no potencial delinquente o seguinte pensamento: “não devo praticar crime, pois se causar o mal à alguém, **eu** sofrerei”. Mesmo supondo modelos ideais de fiscalização e eficácia (no sentido da certeza da aplicação) da punição, que pudessem surtir automaticamente algum efeito preventivo e redução da prática de crimes, talvez fosse mais interessante, em termos de construção de laços sociais mais sólidos e de um amadurecimento da sociedade, procurar incutir em todas as mentes – e não só de “potenciais delinquentes”¹⁹ – um pensamento diverso: “não devo praticar crime, pois se causar o mal a alguém, o outro sofrerá”. Tomando por base o argumento do reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito de direito desenvolvido por Axel Honneth (2009), pode-se afirmar que o estímulo ao reconhecimento recíproco de “criminosos” (no caso deste trabalho, aquele que pratica a discriminação) e “vítimas” (os discriminados) enquanto pessoas dignas de respeito mútuo, e a construção de relações de empatia por meio deste reconhecimento, talvez trouxessem modificações mais profundas nas estruturas mentais do que a



18. Aqui entendida como a violência lícita praticada no exercício do *jus puniendi*.

19. Cujas frouxidões do conceito traz implicações à função preventiva da pena.

proposta reducionista de “crime-castigo-prevenção pela punição” oferecida pelo Direito Penal.

É falaciosa a ideia de que o Direito Penal deveria trazer para si a atribuição de assegurar direitos às vítimas de crimes. Isto ocorre porque esta área do Direito se presta a assegurar direitos do acusado perante o Estado, e jamais teve o condão – e nem a pretensão, em sua origem clássica – de modificar o comportamento criminoso pela ameaça de sanção grave. Vale dizer, os estudos criminológicos jamais registraram que tal modificação tenha ocorrido para qualquer crime. Consigne-se aqui, a título de exemplo, o recrudescimento da legislação referente a crimes de tráfico de entorpecentes, acompanhado pelo encarceramento cada vez maior de pessoas acusadas deste crime, que continuam a praticá-lo por razões inatingíveis pela ameaça de penas graves.

É tanto pior quando se trata de delito decorrente de preconceitos e intolerâncias para com minorias (como é o caso da discriminação racial), uma vez que estes se fundam em crenças coletivamente compartilhadas e que não podem ser modificadas pela simples criminalização do comportamento que exterioriza tal crença. É imperioso refletir: ainda que o racista (e vale aqui o mesmo argumento para o machista, o homofóbico, e outros indivíduos de crenças preconceituosas) deixe de praticar o comportamento discriminatório em razão da expectativa de punição, ele modificará sua crença no desvalor do grupo objeto de seu preconceito?

Parece-me improvável tal mudança de mentalidade, uma vez que a discriminação é a exteriorização da conduta preconceituosa legitimada pela ideologia, e a criminalização atinge tão somente a ponta final de um problema cujas raízes têm natureza social e cultural, cultivadas no decorrer de muitos séculos de reprodução de comportamentos e estruturas sociais com assimetria de poder.

Essa é outra deficiência decorrente do uso de legislação penal para erradicação de preconceitos: a lei penal, por sua própria natureza, somente produz responsabilização jurídica individual – ora, se a lei penal foi concebida em sua origem liberal como instrumento de proteção do cidadão em face do monopólio da violência do Estado, a pena deve atingir o cidadão de forma individualizada. Este formato acarreta a ideia de que o racismo (ou qual-



quer conduta discriminatória) seria um problema de maldade individual, passível de resolução com o castigo pela má conduta. Com isso, escamoteiam-se as origens históricas do problema e a naturalização da conduta: aquele que discrimina não o faz por má-fé e com a intenção deliberada de prejudicar o discriminado, mas sim por crer na diferença intrínseca entre determinados indivíduos e na justiça do tratamento desigual decorrente dessa diferença.

Enfrenta-se uma encruzilhada de difícil solução: se é fato, como demonstrado nos tópicos anteriores, que as práticas racistas possuem efeitos deletérios e incompatíveis com as bases de legitimidade do Estado Democrático, é igualmente verdadeiro que o Direito Penal não se revela como o meio adequado para modificar essa situação, posto que somente atua quando a conduta repudiada é praticada, gerando um círculo vicioso de prática da conduta e sua punição (em geral acompanhado da celebração dessa última), em completo esquecimento de que houve uma vítima exatamente daquilo que se pretendia evitar. Considerar que punições simbolizam redução de crimes é falacioso e perigoso, pois pode trazer a falsa sensação de que a pedagogia do castigo seria a panaceia contra todos os males.

Todo tipo de comportamento preconceituoso e discriminatório que, por má-fé ou ignorância, cause sofrimento a outro ser humano deve ser colocado no debate público, posto que colide diretamente com os ideais fundamentais da democracia. Contudo, se o diagnóstico que constata o sofrimento e a injustiça acarretados pelo racismo resta bastante claro, há que se cuidar para estabelecer metas para um prognóstico positivo, não de punição do preconceito, mas de sua erradicação. Não prego aqui uma descriminalização das condutas discriminatórias, e menos ainda reduzo sua gravidade ou sua contribuição negativa para o acirramento de diferenças sociais. Ao contrário: o Direito Penal não é a via adequada e eficaz justamente porque não dispõe de meios para modificar a verdadeira fonte do preconceito e da discriminação, que é a crença coletiva no desvalor de um grupo social. E mais: a lei penal não se presta a garantir direitos para a vítima do crime, pois em sua origem democrática foi concebida para garantir direitos do acusado frente ao Estado. Desta forma, qualquer proposta de implementação de direitos humanos por meio da punição à violação destes será, no mínimo, inócua, e, no limite, enganosa, proporcionando às vítimas



de discriminação (e à população em geral) a falsa sensação de resolução do problema.

A erradicação do preconceito se dá pelo debate desarmado, de ânimo calmo e refletido, estimulado pelo convite a repensar crenças, pois nada mais falacioso do que afirmar que determinada crença “é cultural, e isso não muda”. O reconhecimento de direitos visa substancialmente à paz e à redução do sofrimento e da violência, seja a praticada pelo Estado, seja a praticada pelas pessoas entre si.

Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio. *Racismo, criminalidade violenta e justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa*. Rio de Janeiro: Estudos Históricos, nº 18, 1996.

HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: A Gramática Moral dos Conflitos Sociais*. São Paulo: Editora 34, 2009.

IKAWA, Daniela. *Direito às ações afirmativas nas universidades brasileiras*, in Daniela Ikawa, Flávia Piovesan, Melina Girardi Fachin (org.). *Direitos Humanos na Ordem Contemporânea: proteção nacional, regional e global* – v. IV. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

MARTINS, Fabiano Augusto. *A Criminalização do Racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

MUNANGA, Kabengele. *Teorias sobre o Racismo*, in *Estudos e Pesquisas – Racismo: Perspectivas para um estudo contextualizado da sociedade brasileira*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 1998.

NOGUEIRA, Oracy. (1985 [1954]). “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 O. Nogueira (org.). *Tanto preto quanto branco: estudos de relações raciais*. São Paulo, T.A. Queiroz.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Legislação Penal e Processual Penal Especial Comentada* – 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 11ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SCHWARCZ, Lilia. *O Espetáculo das Raças: Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHLITTEr, Maria Carolina; SILVESTRE, Giane; SINHORETTO, Jacqueline. *Desigualdade Racial e Segurança Pública*. Departamento de Sociologia – UFSCar, 2014. Disponível em: http://www.ufscar.br/gevac/wp-content/uploads/Sum%C3%A1rio-Executivo_FINAL_01.04.2014.pdf. Acesso em fevereiro de 2015.

ZAPATER, Maíra Cardoso. *E preto não sente dor, meu irmão? Paper e pôster* (categoria open space) apresentados no IX Graduação em Campo. São Paulo: FFLCH-USP, 2010.



Sites consultados

Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/2006/negras-recebem-menos-anestesia-do-que-brancas>

Núcleo de Estudos da Violência da USP: http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=1413&Itemid=55

Comissão Interamericana de Direitos Humanos – relatório 66/06 (Caso Simone Diniz): <http://cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>

Legislação consultada

Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

Lei Afonso Arinos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1390.htm

Lei dos Crimes de Racismo (7.716/89). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm

