

Lei de racismo: um regresso simbolicamente violento alojado nas perspectivas do direito penal

Sofia Vilhena Teixeira¹

Resumo: A lei 7.716/1989 representou um avanço jurídico da área penal na busca pelo fim da discriminação racial. Entretanto, apesar de suas pretensões estarem correlacionados com a possibilidade de se solucionar a problemática do racismo no Brasil, suas consequências se tornaram reveses, afinal, com baixa efetividade, o ato legislativo transformou-se num algoz das próprias agressões raciais que intentou impedir. Dessa forma, a lei de racismo, abusando do direito penal simbólico, íntimo a política criminal, serviu praticamente para a manutenção do status quo dos agressores, em suma, foi o auge transgressor da contínua violência simbólica de Bourdieu que ainda jaz no país.

Palavras-chave: Dominação Política; Lei de Racismo; Política Criminal; Violência Simbólica.

INTRODUÇÃO

Um dos primeiros mandados constitucionais de criminalização explícitos contidos na Carta Magna de 1988 foi o expresse no art. 5º, inciso XLII, o qual preconizou a necessidade de se criminalizar as práticas de racismo, considerando-o desde logo como um crime inafiançável e imprescritível de acordo com os dispositivos de uma lei a qual futuramente seria criada pelo legislador ordinário (BRASIL, 1988). Entretanto, percebe-se que a proposição legal chegou a deliberação das Casas Legislativas com incomum celeridade, afinal, o próprio Deputado proponente do respectivo dispositivo constitucional, Carlos Alberto Caó, também interpretou por bem colocar em pauta o projeto de sua própria autoria, alegando que a conduta discriminatória do racismo, sendo baseada em conceitos pré-existentes aos atos do agente, priva o exercício da cidadania em sua plenitude, se equiparando a decretação de uma morte civil, portanto, a partir de tal gravidade não devendo configurar, no auge de um Estado, agora, democrático como uma mera contravenção penal (Lei 1.390/51), mas o crime sério que o caracteriza (RODRIGUEZ, 2012).

Todavia, embora tenha havido uma preocupação estatal em transformar as condutas raciais discriminatórias em reprováveis, dando-lhe, por óbvio, um aspecto de maior censura inequívoca e severa, percebe-se também que estes avanços apresentam necessário espaço apenas no âmbito simbólico. Afinal, estas, pelo modo como foram legislativamente e concretamente executadas, não passaram de uma reles política criminal, ou seja, apenas configuraram

¹ Graduada do 6º período de Direito, modalidade integral, na Escola Superior Dom Hélder Câmara e integrante do grupo de Iniciação Científica: “O Processo Penal como Instrumento de Justiça e como legitimação de uma exclusão que antecede”.

um bom uso do direito penal simbólico, no qual se utiliza dos artifícios jurídicos penais como solucionadores adequados às problemáticas sociais que são clamadas pela opinião pública, em suma, exploram o direito penal como uma válvula facilitadora a adaptação das demandas sociais. Porque, no fim das contas, os outros meios de controle social, apesar de morosos e financeiramente mais demandantes, seriam ainda mais eficazes para tratarem dessas temáticas, principalmente, a que se refere a presente pesquisa, o racismo.

Nesse viés, a lei de racismo proposta como pilar máximo de uma política criminal exteriorizada propriamente para um Estado Democrático de Direito, nada mais representa que a simbologia de uma falsa tentativa de solução do que a própria resolução, afinal, quando o primeiro ideal é transpassado tem-se a manutenção da ordem violenta simbolicamente vigente, em via do fato da baixa efetividade prática da lei imputar na perpetuação da violência, criando a impunidade e, por sua vez, o favorecimento do agressor, o qual encontra-se na própria elite de poder que criou o mandamento legal, junto a tranquilização do clamor social que vê-se satisfeito com a medida. Em suma, o próprio fazer normativo deficiente é o que caracteriza a violência estatal simbólica branca sobre o grupo menos favorecido da classe negra.

E, a partir destas postulações, a presente pesquisa pretende, a partir do arcabouço teórico de Pierre de Bourdieu, demonstrar como a lei de racismo, apesar de seus inequívocos avanços normativos simbólicos, não apresenta qualquer desenvolvimento concreto e efetivo relacionado a diminuição e extinção de práticas discriminatórias e preconceituosas racistas, sendo classificada como mera política criminal que se apoia na “Teoria da Proibição por Defeito” (CANOTILHO, 2003). Isto é, alimenta o status quo de uma sociedade elitizada branca que está acostumada a normalizar e demonstrar neutralidade quanto a falta de proteção a direitos correlacionados a igualdades substanciais históricas. Em suma, a representação de uma excelente ação paliativa com apoio social que jamais chegará ao cerne da questão, o qual só poderia verdadeiramente ser solucionado através de outras vias jurídicas de controle social, como políticas públicas administrativas.

Além do mais, a pesquisa, visando o sucesso de suas alegações, se propõe ao uso metodológico da vertente dialético-expositiva. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. Em frente a amplitude e complexidade do tema, o trabalho se propõe a delinear os aspectos ocultos expressos, mesmo que de maneira inconsciente e, por isso, caracterizado como violência simbólica, na lei de racismo, a fim de demonstrar a incompatibilidade dos objetivos e finalidades na qual a legislação especial e a Constituição, proclamando o direito fundamental a igualdade, se propõem com a sua real efetividade prática na tentativa de alcance destes.

A PROBLEMÁTICA DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO E SEUS DESDOBRAMENTOS

Preliminarmente, protelando a discussão cerne da pesquisa, é de indispensável saliência tecer explicações antecipadas quanto ao instituto jurídico do Direito Penal Simbólico,

atribuídas pela doutrina especializada. Afinal, apenas se é possível conquistar uma análise materializada da realidade por meio de seus elementos jurídicos quando bem os compreende, dessa forma, antes de compor o mérito acerca dos vícios formais, materiais e históricos da Lei de Racismo, deve-se entender o que é uma Política Criminal, como e o motivo desta nascer no ordenamento jurídico e quais suas repercussões para que seja tão amplamente criticada, fazendo com que, consequentemente, a própria lei em voga que a instrumentaliza, também apresente vícios que aqui serão escancarados. Obviamente, é necessário demonstrar esse arcabouço jurídico, inclusive anteriormente, ao ideal de violência simbólica, porque é o simbolismo penal um dos principais responsáveis por exteriorizar as digressões sociais deste tipo de violência especulado e teorizado pelo sociólogo Pierre de Bourdieu.

Dessa forma, sem mais ater-se a explicações organizacionais, deve-se entender, de maneira clara, prioritariamente, antes de tudo, as funções do Direito Penal, para que assim, se possa identificar o que seria definido como uma de suas digressões.

Atualmente, o Direito Penal contemporâneo é regido pela Teoria Dogmática Funcionalista Moderada do Delito, prescrita pelo jurista Claus Roxin, o qual define como finalidade do direito penal, nas palavras de Juliana Galdi, “proteger os bens jurídicos essenciais para a sociedade, punindo seus ofensores, mas protegendo-os de suas arbitrariedades estatais” (GALDI, 2015, p. 36), isto é, esta área jurídica deve, com a formulação desta determinação, fazer o reconhecimento dos preceitos penais, os quais seriam aqueles socialmente relevantes e indispensáveis as prioridades de uma comunidade específica, num tempo e espaço bem definidos, e que sejam capazes de desempenhar um papel acertado no sistema jurídico o qual nasça, fazendo com que se alcance funcionalmente consequências práticas consideradas “justas e eficientes” (ROXIN, 2008). Ademais, alguém dessa funcionalização, há também instituída, como uma das responsabilidades do direito penal, a obrigação deste em impor limites ao próprio instituidor e executor das penas penais, o Estado, o qual possui o monopólio sobre o “*ius puniendi*”, o poder de punir e sancionar a quem descumpre suas normativas.

Entretanto, levando em consideração esse viés conceitual estipulado por Roxin e aplicado na hermenêutica da área penal brasileira, há uma contundente crítica, por parte de uma cetera doutrinária, de que esta concepção contemporânea atribuída ao direito permita uma aproximação da dogmática jurídico-penal à elementos da política criminal. Esta posição explica que a teoria impõe que o direito penal deva corresponder a forma através da qual haja a valoração de uma natureza político-criminal que seja passível de ser transferida para o mundo da vigência jurídica, isto é, a dogmática meramente estaria traduzindo elementos socio-culturais capazes de orientar o legislador na elaboração da norma adequada (RODRIGUEZ, 2012).

Em suma, se esta norma for separada da sua pretensa funcionalidade sociocultural não gerará efeitos numa sociedade potencialmente voltada a delinquir, daí desencadeando a omissão do Estado e, consequentemente, tolerando-se, com facilidade, a impunidade. Ao

fim, o principal prejuízo desse fenômeno seria a supervalorização de certos bens penais, rechaçando quaisquer condutas delituosas que os firam, além de se propagar a necessidade constante de se punir com eficiência as mesmas e, em contrapartida, haverá uma hiper fragilização de alguns bens penais, favorecendo, com eles, a tolerabilidade de impunidades por parte das estruturas estatais e da própria sociedade que considerará as punições eventualmente deferidas como “rígidas em excesso” (RODRIGUEZ, 2012).

No panorama da crítica explicitada, o fenômeno de supervalorização de específicos e categóricos bens penais formaria uma das típicas exteriorizações do que seria o Direito Penal Simbólico, assim, caracterizado pelo caos normativo-penal, orientado pela tentativa política dos legisladores em responder às mudanças sociais, propondo soluções a partir da utilização indiscriminada da ceara penal, ao partir do pressuposto de que a melhor maneira de se reduzir e, até mesmo, extirpar condutas lesivas e “desagradáveis” a sociedade seria por meio da sua criminalização ou rigidez na penalização (RODRIGUEZ, 2012). Dessa forma, segundo Juliana Galdi, os principais processos de politização do direito penal seria a criação de novos bens jurídicos penais não tão essenciais, intervenção penal em interesses difusos e supraindividuais, aumento da tipificação de crimes de perigo abstrato, penalização desproporcional a conduta praticada e tipificações criminais com caráter mais vago, visando abarcar um maior número de condutas e, consequentemente, ampliando a atuação da normativa em mais possíveis autores (GALDI, 2015, p. 37-38).

Assim, o direito penal que era para, originalmente, caracterizar-se como a “*ultima ratio*”, isto posto, só poderia ser aplicado, materializado na realidade, quando fosse estritamente necessário em via do seu caráter radical, já que lhe é possível, como punição, retirar a liberdade do indivíduo, transforma-se, no âmbito do Direito Penal Simbólico, num instrumento autoritário de pacificação social e imposição de condutas. Em suma, nesse prospecto, a função preventiva da pena (ideário de que através da aplicação da sanção, o criminoso será corrigido e, consequentemente, se evitará a ocorrência de novas infrações penais, protegendo também a sociedade de novos delitos pela sua capacidade de intimidar futuros criminosos que pretendam delinquir, além de fornecer fidelidade desta mesma sociedade ao Estado por meio do exemplo dado pela pena imposta, isto é, se tem a “confiança” de que este ente imanente é capaz de oferecer segurança pela inexistência de impunidade) e a função retributiva (ideia de se devolver ao agressor o “mal” que fora responsável por causar a sociedade) são exacerbadas com tolerabilidade pela legitimação popular que, por sua vez, conduz, num ciclo vicioso, a imprensa e a política a satisfazerem, ainda mais, este anseio coletivo (GALDI, 2015, p. 37-38).

Nesse viés, é de essencial ressaltar o principal motivo responsável pelo desencadeamento do Direito Penal Simbólico dentro da sistemática de um ordenamento jurídico democrático como o brasileiro. E, mais uma vez, para Juliana Galdi, a principal causa desse fenômeno jurídico seria a existência prévia de uma crise moral na sociedade em que esse direito penal nasce e se desenvolve, isto é, quando passa a progredir um processo de moralização autônoma do direito, o qual deveria ser eminentemente heterônomo, expandindo além do necessário o direito penal, porque os outros ramos, para aquela comunidade em específico, lhes

parecem insuficientes para resolverem suas adversidades. Desse modo, adota-se o Direito Penal Simbólico em via de uma vulnerabilidade alojada nos próprios princípios do Direito Penal e pela existência de um clamor social para a solução de supostas inseguranças jurídicas, aqui tecidas, como o descumprimento geral aparente desse direito, traduzido na impunidade associada a soltura do agente ofensor e, não, na efetiva aplicação do direito penal conforme as leis que lhe são dispostas (GALDI, 2015, p. 37-38).

Por fim, como último recurso explicativo aos fenômenos de desenvolvimento paulatino do que seria a Política Criminal ou Direito Penal Simbólico, deve-se destacar que para haver a consolidação desta teratologia jurídico-penal o poder legislativo deve expandir suas atividades, que interferirão diretamente na qualidade da nova norma jurídica, concomitantemente, a abstenção do poder público de implementar políticas públicas, utilizando-se de outras cearas do direito, cujo o caráter preventivo é penalmente mais efetivo. E, a partir disso, cria-se a elitização das penas, isto posto, há penas altas para crimes que chocam e afetam de forma concreta as classes mais abastadas e, em contrapartida, as penas de infrações penais, mais suscetíveis de serem praticados por estas mesmas elites, como os famosos “crimes do colarinho branco” e, até mesmo o crime de racismo, o qual é, em sua maioria, praticado por uma elite branca, permanecem num estado de estagnação, a lei criada com uma certa punição com esta permanecerá até o fim de sua vigência (GALDI, 2015, p. 42-43).

Desse modo, conclui-se, ao final deste subtítulo, que o Direito Penal Simbólico ou a Política Criminal desdobram-se em duas esferas contrapostas, por um lado, aprofunda a relevância de certos bens jurídico-penais, considerados mais essenciais pelas classes mais abastadas da sociedade, funcionalizando o direito penal através de uma maior penalização de seus ofensores, a qual se dá pela imposição de sua moral autônoma sobre a área jurídica, que deveria se portar como heterônoma. E, pelo outro lado, a partir dessa mesma imposição da moral autônoma das elites históricas sobre o direito, há a manifestação desse fenômeno de maneira contrária, estagna-se penas e a criação da tipificação de crimes, fazendo com que estes apenas existam passivamente, propagando impunidades quanto a não penalização adequada de seus agentes ofensores, tornando estes tipos penais obsoletos para os supostos objetivos a que foram criados. Esse é o caso típico da lei 7.716/1989 (lei de racismo) e os motivos para que esta permaneça em vigência, apesar da contínua tolerabilidade de impunidades, serão articulados no subtítulo seguinte.

POSTULADOS DA VIOLÊNCIA SIMBÓLICA E SUA APLICAÇÃO NA LEI DE RACISMO

Conforme auferido nas disposições finais do subtítulo pretérito, o Direito Penal Simbólico configura-se como a instrumentalização da violência simbólica, isto é, este é uma das materializações realística pela qual esta se exterioriza, passando do estado de teoria puramente abstrata, ideologia imanente de contexto, para o espectro concreto que atua nos mecanismos histórico-estruturais da sociedade brasileira.

Nesse viés, levando em consideração estas digressões, antes de haver a explicitação acerca da temática central da pesquisa, aqui em vértice a demonstração acerca das razões da Lei de Racismo configurar-se como um típico exemplo de política criminal de massa e as motivações para que sua vigência perdure, apesar dos inúmeros vícios finalísticos que a englobam, mesmo que, contraditoriamente, perpetuando o silenciamento de violências estruturais racistas, notadamente, a simbólica, é necessário que se teça demais elucidações acerca do que seria e como funcionaria os mecanismos deste tipo de violência postulado pelo sociólogo francês Pierre de Bourdieu, o qual introduziu o termo pela primeira vez em sua obra de mesmo nome, no ano de 1989. Primeiramente, anterior à apresentação do conceito da expressão sociológica, é de importante saliência entender que tal questão, segundo o teórico, fora introjetada nas relações humanas entre classes dominantes e dominadas, objetivando a construção de uma realidade fictícia que distraia os entes oprimidos da existência concreta, assim, desenvolvendo um novo sentido acrítico e imediato do que seria e como funcionaria o mundo (BOURDIER, 1989).

Desse modo, nas próprias palavras de Bourdieu, a violência simbólica seria caracterizada por se apresentar como “poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (BOURDIER, 1989, p. 7-8, tradução nossa). Ou seja, o cerne deste tipo de agressão está no próprio nível de sua abstração, afinal, os entes algozes da referida violência, mesmo que de maneira inconsciente, utilizam de seus subterfúgios preponderados no silêncio e em simbolismos instrumentais de integração social, tal seu nível de introjeção na vida cultural daqueles indivíduos, para normalizar e neutralizar as questões como típicas e próprias daquela organização social já estruturada, fazendo com que sequer os oprimidos percebam suas perspectivas autoritárias, tais quais, por vezes, seus agressores.

É isso que Durkheim também supõe em sua teoria sociológica como “conformismo lógico”, isto é, a concordância de inteligências que, muitas vezes, acontecem de forma implícita ao utilizar-se constantemente de uma linguagem simbólica como instrumento de integração social (DURKHEIM, 1984) e, através dela, promover a reiterada subjugação de vontades por uma classe dominante a uma dominada. Tal mecanismo autônomo é definindo, na concepção teórica de Bourdieu, como conhecimento e comunicação, os quais são capazes de originarem o “consensus” acerca de qual seria o sentido do mundo societário, contribuindo para a reprodução da ordem social, sendo está caracterizada como um ente iminentemente ideológico fruto de interesses públicos e privados coesos que são criados, reproduzidos e ainda mais engessados pela classe opressora (BOURDIER, 1989).

Dessa forma, os instrumentos de integração social, carregados de ideologia simbólica que visam benefícios próprios a certas figuras ou entidades, apesar de se apresentarem como universais, comuns e, até mesmo, democráticos, são apenas imposições culturais de um determinado grupo ao restante da sociedade, dando a falsa aparência de unicidade do conjunto (BOURDIER, 1989). Assim, alguns aspectos unânimes correlacionados a expressiva opinião pública comum de repúdio ao racismo e a necessidade imediata de criminalização penal do

mesmo como parte de uma luta conjunta da sociedade contra a discriminação acaba ganhando este viés de “consensus” e de boa manutenção da ordem social, apesar que, de igual forma, foge a essas postulações as políticas públicas preterindo igualdade substancial a esse grupo, bem como as ações afirmativas, as quais ganham imediato rechaço, as vezes, por parte do própria classe oprimida, porque, simbolicamente, a ideologia que dá a unicidade do conjunto é a corroborada pela política criminal fundada no bem jurídico da igualdade formal, já a questão material é classificada como exagero e, por vezes, até mesmo desigualdade.

Nesse viés, a validação destas respectivas diferenciações sociais é de suma importância ao levar em consideração a bem sucedida capacidade de banalização dos oprimidos, empreendida perante as sucessivas imposições de interesses das classes dominantes sobre os demais. Afinal, as finalidades terminativas dessa constante estão relacionadas as legitimações e naturalizações desses atos, a fim de exercê-los sem maiores confrontos, tornando a violência instituída aceitável (BOURDIER, 1989). Tal fundamento é o clássico exemplo do que Max Weber caracteriza como “domesticação dos dominados” (WEBER, 1982).

Ao fim, pode-se perceber, a partir das transgressões correlatas a violência simbólica de Bourdieu, que a lei de racismo, apesar de seus avanços no setor imaterial, não é nada mais nada menos que um artifício instrumental de compensação da classe dominada para que corrobore, em parte, com seus ideários, esquecendo-se da sua baixa eficácia punitiva concreta e a ausência de políticas públicas de reintegração histórico social, evitando confrontos com as instituições estatais que propagam o racismo velado e tornando essa omissão de proteção uma violência aceitável e, até mesmo, defendida. Por isso, a propagação da ideia de que a lei de racismo, na verdade, seria um inteligente uso do direito penal simbólico correlacionado a política criminal, já que a sociedade aposta apenas na solução de criminalização para a resolução do problema, enquanto, se repercutida a ideia do direito penal mínimo, ela seria melhor solucionada em outras áreas jurídicas correlacionas ao controle social (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 36).

Por fim, retomando as elucidações do primeiro subtítulo, percebe-se que a violência simbólica preceituada por Pierre de Bourdieu, num contexto weberiano de “domesticação dos dominados”, é materializada do mundo sociocultural ao jurídico por meio das Políticas Criminais empreendidas pela classe dominante branca, culminando, assim, num explícito mandado constitucional de criminalização, o qual desemboca na lei infraconstitucional nº 7.716/89. Lei, a qual está muito distante de preconizar um bem jurídico penal considerado de suma relevância pelas elites historicamente dominantes, pelo contrário, a essencialidade do bem jurídico a igualdade formal é esvaziada, permitindo, óbvias, margens para a impunidade, as quais não serão sequer corrigidas, visto que, desde sua criação, a penalidade de seus preceitos secundários permanecem os mesmos.

Ademais, é importante ressaltar, em aspecto revisional, que tal normativa mostra-se de relevante existência as classes opressoras em via de sua função apaziguadora, ameniza-se conflitos, evita-se questionamentos acerca da estruturação racista do Estado e a ausência de

oferecimento de políticas públicas que efetivamente corrijam as discriminações históricas, as desigualdades substanciais. Em suma, a lei possui indispensável importância representativa, mas peca em seu único objetivo primordial, o efetivo combate ao racismo, fazendo com que de fato a violência simbólica se expresse em sua ineficácia e vícios, os quais serão explicitados de maneira mais pormenorizada no subtítulo a seguir, demonstrando um certo plano político na aplicação intencional da “Teoria da Proibição por Defeito” preconizada por Canotilho.

CAUSAS CONSEQUENCIAIS PARA QUE A LEI DE RACISMO SEJA INEFICIENTE

Como bem condensado por Mark Napoli: “No mundo da suposição, quem tem mais dinheiro faz a melhor propaganda e impõe sua suposição como verdade” (NAPOLI, 2006, p. 115). Este é o epicentro central dos simbolismos violentamente autoritários que ainda cerceiam a Lei de Racismo, provocando o “conformismo lógico” de Durkheim, o qual impede maiores movimentos de resistência contra a estruturação racista institucional e a reivindicação de políticas públicas de equiparação histórico-social entre raças no Brasil, realidade muito mais eficiente no aspecto preventivo do direito penal que o próprio. Desta forma, chega-se ao cerne categórico do presente trabalho, a análise concreta acerca dos vícios teóricos e de aplicação da Lei 7.716/89, demonstrando como a mesma se perfaz no bem sucedido resultado de impor, através da ideologização da “Democracia Racial” (Negação de tratamentos diferenciados no âmbito da realidade material de pessoas negras, tendo como óbice a garantia da igualdade formal), essa moral autônoma da elite sobre uma ciência eminentemente heterônoma, gerando, a partir disso, a política criminal de resolução generalizada de todos os problemas sociais racistas a partir do direito penal que, por óbvio, nada resolve em uma sociedade cerceada por esta mesma crise moral, isto é, com potencialidades culturais a certas delinquências.

Nesse prospecto, iniciando as avaliações concernentes, deve-se, previamente, recapitular a crítica tecida no primeiro subtítulo da pesquisa acerca da facilidade de se transformar a Teoria da Dogmática Finalista Moderada do Delito, postulado por Claus Roxin, numa das bases desenvolvimento do Direito Penal Simbólico quando, assim, se possui abertura social para tal. Afinal, analisando, antes de tudo, as próprias acepções do dispositivo de direito fundamental da Carta Magna, é perceptível o fato de em seu art. 5º, XLII, a mesma implante um mandado de criminalização com um bem jurídico já expressamente definido, o da igualdade, entretanto, não qualquer uma delas, em específico e apenas a igualdade formal (BRASIL, 1988).

Entretanto, aqui se reaplicando a crítica formuladas à Roxin, a norma mais uma vez preconizada em separado as demandas socioculturais que orientam o legislador, no auge de sua representatividade política, isto é, “divorciada” da sua pretensa funcionalidade imposta pela moral majoritária de uma elite abastada branca, não gerará efeitos em face de uma comunidade jurídica que banaliza e tolera estas condutas impostas como delituosas, fazendo com que o próprio poder público que a fundamentou e criou, se omita fiscalmente durante a

sua imposição, ao tratamento de sua eficácia, gerando, então, a impunidade (RODRIGUEZ, 2012). E, por óbice, se o Mandado de Criminalização Constitucional possui em seu cerne a criação de um bem jurídico não socialmente funcionalizado, por dedução, tal vício originário será repassado para a respectiva lei ordinária, nascida a partir dos termos constitucionais.

Daí se localizando os postulados da tão mencionada “Teoria da Proibição por Defeito”, preceituada por Canotilho, a qual compreende os defeitos de proteção das entidades pelas quais recaem essa estirpe de dever como um plano adotado, propositalmente, para que as medidas insuficientes à garantia da proteção constitucional e legalmente adequada aos direitos fundamentais que a elas prescrevem perdurem no âmbito de sua eficácia prática, permitindo, unicamente, que se vigore e desenvolva sua eficácia jurídica (CANOTILHO, 2003). Ou seja, criam-se direitos dos quais não se tem intento de proteger por uma única finalidade, demonstrar apenas de maneira simbólica essa proteção, enquanto, *in concreto*, continua-se a perpetuar os mesmos mecanismos violentos ocultos, velados. Dessa forma, é de interesse do legislativo discutir acerca de leis, penais ou não, tais quais, a Lei de Racismo e o Estatuto da Igualdade Racial, que sejam mais declaratórias (declare direitos) e garantistas do que, efetivamente, concretistas, dispendendo de recursos públicos para que se modifique as estruturas de uma realidade a tempos vigente (DE ALMEIDA; DE CASTRO, 2018).

E é exatamente que a tão discutida lei de Racismo despende fazer em seus artigos, visto que, como um Mandado Constitucional de Criminalização cerceado pela “Teoria da Proibição por Defeito” e que, inclusive, fora constituída pelo mesmo autor do art. 5º, XLII, da Constituição, Carlos Alberto Caó, a mesma não faz quaisquer grandes menções relacionadas a outras possíveis penalizações que não aquelas contidas na Carta Magna. Ou seja, como fruto de consequência da já discutida hiper fragilização de certos bens penais mais suscetíveis de serem praticados pela própria elite branca que a preconiza, a lei nº 7.716/89 apenas se concentra, em seu texto legal, em conceituar, em seu art. 1º, os sujeitos passivos de agressões racistas, originalmente, apenas preconceitos de raça e cor, e, nos demais artigos, prescrever os tipos penais correlatos, salvo quando dispõe, no art. 16, acerca das repercussões criminais aos autores “funcionários públicos”, não fazendo qualquer alusão aos institutos constitucionais da imprescritibilidade e da inafiançabilidade, os quais serão alvos de críticas a seguir (BRASIL, 1988); (BRASIL, 1989); (DE ALMEIDA; DE CASTRO, 2018).

Dessa forma, as duas últimas questões constitucionais a serem colocadas em pauta são a imprescritibilidade e inafiançabilidade, a própria denúncia da política criminal acompanhada da violência simbólica. Afinal, esses dois institutos ali são bem servidos de simbolismo radical de suposta valoração quando percebidos nas suas reais aplicações práticas. Em primeiro lugar, a ausência na obrigação de prestar fiança no crime de racismo conjuntamente a crimes considerados de maior periculosidade, não faz o mínimo sentido punitivo se levado a termo o ideal de que em todos os crimes se tem a possibilidade de soltura e, senão mediante fiança, esta virá com ainda maior facilidade, visto que independentemente de pagamento para a sua liberação, o algoz se verá em liberdade sem dispende de qualquer quantia para tal (RODRIGUEZ, 2012).

E, por último, de nada também adiantaria a imprescritibilidade do crime se todas as penas elencadas nos tipos penais da lei de racismo são amenas e não imunes aos benefícios penais dos mais variados. Ademais, levando em consideração as próprias tipificações normativamente elencadas, todas elas passam pelo pressuposto da prática a partir de artifícios verbais e gestuais de condutas negativas, por exemplo palavras como “impedir” e “deixar de conceder” são recorrentes em seus dispositivos, fazendo com que a comprovação do ato criminoso, mesmo quando ocorrido no “calor do momento”, seja de difícil comprovação, salvo se houver a produção, naquela exato acontecimento, de provas documentais, por meio de vídeos ou gravações e, até assim, em alguns casos, há insuficiência probatória. Logo, a existência de imprescritibilidade a um crime de difícil produção de provas, até se contemporâneo, não perfaz qualquer vantagem em sua concretização na realidade. Fatos estes que corroboram com a teoria de que tal legislação fora criada com um falso viés de periculosidade para daí se instaurar a política criminal (DE ALMEIDA; DE CASTRO, 2018); (RODRIGUEZ, 2012). Em suma, aqui se tem um alarde punitivo para “inglês ver”.

E, por fim, deixando de lado discussões mais focadas no âmbito constitucional da normativa e, aprofundando-se de maneira mais contundente ao histórico sistemático da Lei de Racismo, percebe-se que esta, ao contrário de diversas outras disposições atingidas pelo fenômeno do Direito Penal Simbólico, sofreu, posteriormente a sua vigência, severas modificações jurídico sistemática que esvaziaram, ainda mais, a sua quase inexistente rigidez punitiva. Estas transformações foram denominadas, por Alexandre de Castro e Jémerson de Almeida, como “Penalizações Coringas”, as quais, de maneira contraditória são as responsáveis por distorcerem as próprias supostas finalidades da lei, combaterem a problemática do racismo, a negação da igualdade formal, por meio do “medo da punição” (DE ALMEIDA; DE CASTRO, 2018). Entretanto, que aspecto preventivo negativo penal é este que esvazia seu próprio conteúdo propondo, futuramente, tipo penal semelhante e com pena mais atenuada?

Este foi o caso quando ocorreu a aprovação da lei nº 9.459/97, o qual alterou os arts. 1º e 20 da Lei de Racismo, criando, no primeiro caso, uma ampliação normativa dos sujeitos passivos a serem atingidos por suas tipificações, adicionando a etnia, a religião e a procedência nacional, já, num segundo momento, se instituiu o tipo penal da Injúria Racial, no art. 140, § 3º do Código penal, o qual transformou para sempre a interpretação acerca da aplicabilidade do art. 20 da lei 7.716/89 (BRASIL, 1997). Afinal, esvaziou-se o tipo penal da Lei de Racismo nesses dois momentos, quando utilizou-se dos frutos de um Mandamento Constitucional de Criminalização para adicionar novas manobras jurídico simbólicas da política criminal para iludir, novamente, a opinião pública quanto a ideia de “problemática social sendo solucionada” e manter interesses específicos (“a domesticação dos dominados”). Entretanto, os artifícios, aqui utilizados, foram fatais para as “proteções” da lei (DE ALMEIDA; DE CASTRO, 2018).

A partir do momento em que se tolerou a criação de um novo tipo penal, com finalidades obviamente políticas e que explora fórmulas antigas de violência simbólica na replicação do “consensus” de Durkheim, se permitiu, também, a modificação sistemático-interpretativa

do art. 20 da Lei de Racismo. É um raciocínio jurídico-penal simplificado, quanto maior a especialidade do tipo penal, este, num conflito aparente de normas, será o escolhido para atuar naquela situação em que se desenvolveu determinada conduta criminosa em face de disposição de conteúdo mais genérica. Isto é, aplica-se a injúria racial quando se avalia ofensas degradantes a um único indivíduo e se utiliza do racismo quando estas mesmas forem proferidas a ninguém em específico, apenas se difamando toda uma classe étnico-racial. Situação que, se de difícil ocorrência, quase nunca se concebe de maneira expressa (DE ALMEIDA; DE CASTRO, 2018).

Desse modo, impõe-se como claro o esvaziamento categórico do tipo penal do racismo em face da hipertrofia de tipificações na injúria racial, a qual, como já mencionado, não é revestida de todas aquelas supostas condições de penalização agravada a que se imerge o próprio racismo. Ademais, num outro âmbito interpretativo, se aduz as malefícências da violência simbólica de Bourdieu instrumentalizada nos processos de política criminal do direito penal, afinal, o capital simbólico das elites dominantes brancas e, até mesmo, dos dominados, imergidos nas entranhas do “consensus” moral da sociedade brasileira, não é passível de compreender o fato de que atribuir ofensas pejorativas a um único indivíduo impõe, por intermédio da normalização, uma visão de “ordem social” acerca das características universais daquele mesmo indivíduo injuriado, as quais correspondem a um todo, em suma, dando tratamentos iguais e universais a esses grupos também. Logo, não há diferença prática e social ao que tange ao um indivíduo e a um todo, ambos os processos perpetuam discriminações racistas de igual forma (DE ALMEIDA; DE CASTRO, 2018).

No fim das contas, levando em consideração todo o exposto, é possível concluir que diversas são as modalidades jurídicas, sejam elas eminentemente hermenêuticas, teóricas ou de aplicabilidade, que permeiam os vícios formais e materiais que cerceiam o próprio Mandado Constitucional de Criminalização como, o seu produto, a Lei nº 7.716/89. Entretanto, as principais de aqui serem destacadas são as correlacionadas com toda a argumentação jurídico-sociológica desenvolvida ao longo deste escrito, a ideologização do Direito Penal Simbólico de que instrumentaliza a violência simbólica de Bourdieu ao preconizar o solucionamento de todas as problemáticas, ainda mais as histórico-estruturais, a partir de uma expansão do Direito penal, que, apesar de seu indubitável apoio popular, muitas vezes, é falsa, ao aumentar uma tipificação exagerada que, ao fim, hiper fragiliza a própria categoria do tipo, esquecendo-se que a solução eficiente estaria na promoção de políticas públicas, em outras área jurídicas. Em suma, com estes processos apenas se tem uma reafirmação de uma hierarquia racial, replicando e perpetuando os mecanismos simbólicos de violência estrutural racista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, ao longo das enunciações expressas na pesquisa, é possível concluir que o presente trabalho em nenhum momento pretende diminuir a força simbólica imputada a

criminalização de práticas discriminatórias e preconceituosas relacionadas ao racismo, feita por lei infraconstitucional em detrimento da antiga contravenção. Entretanto, argumentativamente, intenta demonstrar que, apesar de todos esses avanços em sentido imaterial, tal questão não deve ser capacitada a silenciar os respectivos regressos materiais as quais ela representa se tida como “a” solução suficiente para erradicar esse tipo de violência. Pelo contrário, esta concessão dada pelo direito penal a partir da legislatura da classe dominante branca deveria representar um impulso propulsor do ensejo a outros avanços sociais possibilitados por outras matérias jurídicas de controle social, tais quais as políticas públicas.

Caso contrário, a lei de racismo (lei 7.716/1989) nada mais representará que um bem sucedido marketing estatal, proporcionado pelos usos da política criminal, para que possa ser utilizado como justificativa do próprio Estado no combate à discriminação e a proposição de políticas de igualdade racial. Assim, por meio dos artifícios da “Teoria das Proibições por Defeito”, a violência simbólica das instituições estatais continuará a propagar a violência racial velada sob o confortável manto de aceitabilidade da classe dominada, evitando eventuais confrontos e promovendo a continuação da tão conhecida ordem histórico social já estruturada.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1989.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: setembro de 2020.

BRASIL. *Lei nº 7.716*, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de jan. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: setembro de 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.459*, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de maio 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm#:~:text=Altera%20os%20arts.,7%20de%20dezembro%20de%201940.>. Acesso em: setembro de 2020.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2ª ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Edições Almedina, Coimbra. Portugal. 2003. 273 p.

DE ALMEIDA, Jémerson Quirino; DE CASTRO, Alexandre. Da Contravenção Penal ao crime de racismo: Uma história de impunidade. *Revista Mosaico*, v. 9, n. 15, 2018. Disponível em: <<http://biblioteca-digital.fgv.br/ojs/index.php/mosaico/article/view/76867>>. Acesso em: setembro de 2020.

DURKEHEIM, Émile. *Sociologia, educação e moral*. Porto: Rés Editora, 1984.

GALDI, Juliana Quintino Vieira Galdi. A sociedade do risco e o Direito Penal Simbólico. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v.8, n.2, p. 34-44, 2015. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7451/5459>>. Acesso em: setembro de 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

NAPOLI, Mark. Democracia, política, ciência e psiquiatria: O racismo como estratégia de sustentação do poder. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.3, n.6, p.111-121, julho-dezembro, 2006. Disponível em: <<https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23725/democracia-politica-ciencia-e-psiquiatria-o-racismo-como-estrategia-na-sustentacao-do-poder>>. Acesso em: setembro de 2020.

RODRIGUEZ, Gustavo Távora. O racismo escondido sob o manto da lei. *Revista Direito e Práxis_ UERJ*, v.3, n.5, DOI 10.12957. Rio de Janeiro. 2012. 70-92 p. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/4151>>. Acesso em: setembro de 2020.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal, traduzidos por Luís Greco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Org. Int. H.H. Gerth e Wright Mills. Trad. Waltensir Dutra. 5. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1982

WITKER, Jorge. *Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Civitas, 1985.