

**DA PRODUÇÃO DE VERDADES À INVISIBILIDADE: UM ESTUDO DE CASO
SOBRE RACISMO E INJÚRIA QUALIFICADA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
RIO GRANDE DO SUL**

**FROM THE PRODUCTION OF TRUTH TO THE INVISIBILITY: A CASE STUDY
ABOUT RACISM AND QUALIFIED INJURY IN RIO GRANDE DO SUL'S
COURTHOUSE**

Mari Cristina de Freitas Fagundes¹

RESUMO

O artigo visa discutir a invisibilidade do crime de racismo pelo preconceito de cor, previsto no art. 20, da lei 7.716/89, nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo em vista a recorrente desclassificação para o crime de injúria qualificada pelo preconceito de cor, entabulada no art. 140, §3º, do Código Penal. Foi efetuado estudo de caso, analisando as decisões que continham a expressão racismo, efetuando-se novo recorte, abordando especificamente as que versavam sobre o crime. Diante disso, foram coletados 123 julgados, sendo que 104 deles tramitavam na seara cível, 16 na seara criminal e 3 utilizavam-se da expressão “racismo” apenas para fundamentar decisões de embriagues e estupro. Concluiu-se que através da produção de certos discursos há a descaracterização do crime de racismo pelo preconceito de cor para o crime de injúria qualificada, o que permite a permanência do descaso quanto ao primeiro crime. Para fundamentar o estudo, apoiou-se nos ensinamentos de Michel Foucault, Homi Bhabha, Florestan Fernandes, entre outros conforme especificado no decorrer do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Injúria qualificada pelo preconceito de cor; Racismo; Verdade; TJRS.

ABSTRACT:

This article aims to the discussion about the invisibility of the crime of racism presented on article 20, from law 7.716/80 on the decisions of the Rio Grande do Sul's courthouse, sighting the recurrent declassification of the crime of qualified injury, presented on art. 140, §3º, of the Criminal Code. Has been effectuated an analysis of the case, judging decisions that contained expressions of racism, rebuilding and approaching those sentencing the crime specifically. Facing the facts, 123 judged decisions have been collected, from which 104 prosecuted on civil seara 16, criminal seara and 3 used from the expression "racism" to substantiate drunkenness and rape. It is concluded that, from the production of some speeches, there is a decharacterization of the crime of racism as a prejudice about skin color to the crime of qualified injury, which permits the permanence of the neglect to the proper crime of

¹ Mestranda em Sociologia pela Universidade Federal de Pelotas/RS; Bolsista CAPES; Especializanda em Direito Penal e Processual Penal pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Graduada em Direito pela Faculdade Anhanguera de Pelotas/RS.

racism. To base the study, it has been supported over the teachings of Michel Foucault, Homi Bhabha, Florestan Fernandes, between others as specified throughout the article.

KEYWORDS: Qualified Injury by color prejudice; Racism; Truth; TJRS.

INTRODUÇÃO

Refutando a ideia da existência de uma verdade única e acreditando no poder que o direito possui em produzir verdades, as quais são reproduzidas socialmente, passou-se a questionar as decisões no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que tivessem como base o julgamento de casos versando sobre o crime de racismo pelo preconceito de cor.

Partiu-se da premissa da permanência de uma democracia racial, a qual obsta efetuar uma análise crítica quanto impunidade frente ao crime de racismo no Rio Grande do Sul. Seguindo essa linha de pensamento, argumenta-se que o art. 20, da lei 7.716/89 não possui efetividade plena e que diante da existência do art. 140, §3º do CP, mascara-se o racismo pelo preconceito de cor imputando fatos desse tipo ao crime de injúria qualificada.

Assim, elaborou-se estudo de caso no TJRS a fim de verificar a fundamentação das decisões judiciais, estudando os discursos empregados nos julgados.

Para a realização do estudo apoiou-se nos ensinamentos foucaultianos, bem como em estudos sociológicos versando sobre o negro no Brasil, lançando mão, também, à legislação vigente.

DISCURSO JURÍDICO E PRODUÇÃO DE VERDADES: AS CIFRAS OCULTAS DA PRODUÇÃO DO SABER

Um dos artefatos sociais capazes de produzir verdade na sociedade contemporânea, sem dúvida, é o direito. Através dos mecanismos de normalização do qual é incumbido, torna-se capacitado para ditar verdades, assumindo posições dotadas de repercussão midiática; ou ainda, ao deixar de tomar determinados posicionamentos alcança o mesmo *status* de produção de sentido.

Diante do grande número de dispositivos legais que compõem o ordenamento jurídico, cada um pleiteando por sua autonomia (KANT DE LIMA, 2013), depara-se seguidamente com dispositivos legais que visam o mesmo fim, mas que se encontram em diplomas separados, por consequência, anulam-se, ou ainda são ensejadores de debates jurisprudenciais quanto a sua aplicação em determinados casos.

É o caso do art. 140, §3º, previsto no Código Penal (CP- BRASIL, 2014a) e o artigo 20, da lei especial 7.716/89 (BRASIL, 2014c). O primeiro versa sobre o crime de injúria qualificada pelo preconceito de cor, raça e, o segundo, versa precisamente sobre o crime de racismo. Aquele possui pena de reclusão de 1 a 3 anos e multa; o segundo tem a mesma penalidade, mas possui respaldo na Constituição Federal de 1988 (CF/88) (BRASIL, 2014b), a qual adverte que o crime de racismo é imprescritível e inafiançável (art. 5º, XLII). Sendo assim, a repercussão que tal crime proporciona vai muito além do previsto no CP.

Entretanto, para diferenciar a possibilidade de aplicação de um dispositivo ao invés do outro, os agentes capacitados para aplicação legal têm se valido de mecanismos pontuais quando se reportam a eles. Asseveram que para a aplicação do art. 140, §3º, CP a ofensa é dirigida à honra subjetiva da vítima, enquanto no outro dispositivo, a afronta atinge a honra objetiva. Isso significa dizer que no primeiro caso há uma ofensa somente à vítima, enquanto no segundo, há lesão à comunidade negra, ou seja, a coletividade.

Vê-se aí, como assevera Sueli Carneiro (grifos da autora - 2000, p. 314),

O interesse em desqualificar o crime de racismo, classificando como *injúria* ou *difamação*, que expressa, uma das estratégias correntes no plano da Justiça para invisibilizar o crime de racismo. O operador do direito admite que há um crime, enquadra-o como injúria ou difamação e remete o problema para a esfera cível, que em alguns casos impõe sanção de reparação ou indenização, mas neste processo descaracteriza-se o crime de racismo.

Diante dessas diferenciações pontuais designadas pela jurisprudência e pela doutrina, passa-se a questionar as verdades formuladas para fundamentar as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) ao versar sobre os crimes de injúria qualificada pelo preconceito de cor e o crime de racismo.

Determinados discursos proferidos em certo tempo e espaço, propagados por certas instituições tomam maior credibilidade e podem ser considerados verdades, passíveis de reprodução social. Necessário se faz a legitimidade de quem emana os discursos para que a comunidade delegue o devido valor sentindo-se envolvida e crente por esse discurso.

O direito, por sua vez, é um dos mecanismos capaz de produzir verdades. Não se trata de uma ciência pré-concebida, natural, ontológica, metafísica (STRECK, 2013, p. 13), mas sim, articulações de jogos políticos entre poder e saber capazes de estabelecer legitimidade no discurso propagado pelas instituições que se valem desse artefato.

Como pontua Lenio Streck (2013, p. 13), “[...] Não existe o universal das coisas. Portanto, não existem essências. É o que se denomina de nominalismo, uma vez que, ao trabalhar como nomes, palavras, o faz sem que elas se refiram ou tenha relação com os

objetos”. Isso significar dizer que as coisas não estão dadas, postas, desde sempre aí (VEIGANETO, 2011, p. 109), mas são construídas em determinado lapso temporal.

Nessa luta pela permanência de certo discurso como verdadeiro, essa vontade de verdade existente no ordenamento jurídico, vários discursos foram vigentes em determinadas épocas. Tanto é assim que o negro não era sequer sujeito de direito, tampouco poderia ter sua honra ofendida.

Com a consolidação da CF/88 ficou devidamente sedimentado legalmente a impossibilidade de discriminação pelo preconceito de cor ou raça. O que para muitos significava uma nova era. Passou-se a declarar que no Brasil não havia preconceito racial ou ético tendo em vista a previsão legal declarando a igualdade formal entre os cidadãos.

A partir daí ao se falar em racismo comumente se ouve comentários do tipo “todos somos iguais”, “somos todos brasileiros” etc. Sem dúvida o avanço legislativo para a previsão da inclusão do negro na sociedade caminhou a passos largos. Diversos outros dispositivos legais passaram a vigorar visando justamente a inclusão do negro na sociedade, sendo que hoje, pela primeira vez no Brasil, há uma população negra maior que a branca.

Entretanto, em que pese a previsão legal quanto a impossibilidade de discriminação tendo como foco o preconceito por cor, nota-se que determinados dispositivos não são cumpridos, os quais advieram justamente para banir essa prática preconceituosa. Em contrapartida para que tal negação não ficasse explícita, outros mecanismos entraram em ação assegurando a criminalização da prática, mas com penas mais brandas, ou rotulados por outros nomes.

Nota-se que na singela comparação entre o crime de racismo e de injúria qualificada por preconceito de cor, o impacto que essa possui é de menor repercussão como algo problemático. Todavia, o indivíduo ao ser ofendido por ser chamado de “negro sujo”, “macaco” entre outras ofensas que se verá com mais detalhe abaixo, tem configurado nas decisões do TJRS a prática de injúria qualificada pelo preconceito de cor, negando a prática de racismo.

Observa-se que são discursos que passam a ser empregados por detentores do poder que calham a ser vinculados como verdade, tendo em vista a fundamentação utilizada para enfatizar a adoção deste. Não há uma negação quanto a ofensa pelo xingamento, entretanto não se observa o fato como se racismo fosse efetivamente.

Vê-se, então, a medição para o emprego de determinados significados em determinado tempo e espaço, pois,

[...] não podemos compreender as coisas sem que tenhamos um modo de compreender que acompanha qualquer tipo de proposição; e este modo de compreender é exatamente estes “*como*” que sustenta a estrutura fundamental do enunciado assertório *algo enquanto algo, algo como algo* (etwas als etwas) (grifos do autor – STRECK, 2013, p. 17).

À primeira vista não há maiores alardes a respeito, pois fica sedimentado no meio social que a prática de atitudes discriminatórias pode levar à penalização. Porém, a pena é branda no crime de injúria qualificada, os prazos decadencial e prescricional existem e na grande maioria dos casos os processos são alcançados por estes prazos processuais levando o agressor à impunidade. Frise-se que o crime de racismo é inafiançável e imprescritível, conforme pontua a Magna Carta.

Percebe-se que as fundamentações promulgadas pelos desembargadores, nesse caso, sujeitos dotados de poder e saber e, portanto, capacitados para decidirem quando se aplica um caso ou outro, possibilita distorção, de forma consistente, entre o crime de racismo pelo preconceito de cor e a injúria. O fato de questionar esses discursos faz emergir a discussão quanto a aceitação da existência do preconceito por cor no Brasil. Possível a permanência, como assevera Gilberto Freire, de uma brasilidade, isto é, a crença na inexistência do preconceito de cor.

Como pontua Michel Foucault (2012, p. 6),

Existe em muita gente, penso eu, um desejo semelhante de não ter de começar, um desejo de se encontrar, logo de entrada, do outro lado do discurso, sem ter de considerar do exterior o que ele poderia ter de singular, de terrível, talvez de maléfico.

Evidentemente torna-se menos tormentoso, mais confortante e acolhedor a quem olha de fora, perceber a inexistência ou o pequeno número de processos versando sobre racismo pelo preconceito de cor, do que discutir e questionar o que leva a desclassificação de um crime para o outro.

Porém calha indagar: Quais são os discursos de verdades pulsantes nas decisões do TJRS? O medo de começar, de discutir, de encontrar um maior número de processos por racismo ainda é vigente em uma sociedade que assegura, legalmente, a igualdade entre todos os cidadãos? A simples previsão legal ainda é o que sustenta a argumentação para quem olha do exterior de quem formula o discurso quanto a inexistência de preconceito no Brasil?

Essa vontade de verdade que o sistema jurídico insiste em buscar e empregar no meio social, obscurece determinados pergaminhos que em verdade exigem a discussão. No caso do racismo pelo preconceito de cor, nota-se a necessidade de discussão justamente pela

incessante luta na inclusão do negro na sociedade brasileira. Por mais terrível e dolorosa que possa ser o debate sobre o preconceito racial, invisibilizá-lo trata-se nada mais do que a antiga escolástica da harmonia entre as raças defendida pelos seguidores de Nina Rodrigues.

[...] se levantamos a questão de saber qual foi, qual é constantemente, através de nossos discursos, essa vontade de verdade que atravessou tantos séculos de nossa história, ou qual é, em sua forma muito geral, o tipo de separação que rege nossa vontade de saber, então é talvez algo como um sistema de exclusão (sistema histórico, institucionalmente constrangedor) que vemos desenhar-se (FOUCAULT, 2012, p. 14).

Verdade é poder, como assevera Foucault. E nessa linha é que se faz necessário discutir as normas jurídicas: seu papel, sua efetividade. Não basta querer apresentar o Belo, o Bom, o Justo aos olhos de alguns e permanecer a invisibilizar, deixar à margem, ocultar certas discussões levando em consideração a busca de um único discurso, qual seja: o da harmonia entre os cidadãos.

Aliás, como ensina Homi K. Bhabha (2010, p. 111),

O objetivo do discurso colonial é apresentar o colonizado como uma população de tipos degenerados com base na origem racial de modo a justificar a conquista e estabelecer sistemas de administração e instrução. Apesar do jogo de poder no interior do discurso colonial e das posicionalidades deslizantes de seus sujeitos [...], estou me referindo a uma forma de governamentalidade que, ao delimitar uma “nação sujeita”, apropriada, dirige e domina suas várias esferas de atividade. Portanto, apesar do “jogo” no sistema colonial que é crucial para seu exercício de poder, o discurso colonial produz o colonizado como uma realidade social que é ao mesmo tempo um “outro” e ainda assim inteiramente apreensível e visível.

O repúdio à representação de imagens e apresentações distorcidas da realidade são mecanismos que buscam reduzir a complexidade da sociedade contemporânea, enquadrando através de discursos jurídicos e de regras precisas, um “todo social” sem atentar para a diversidade cultural e para a negação, muitas vezes, dessa diversidade. Impossível desconsiderar o preconceito de cor ainda vigente na sociedade brasileira. Segue nessa linha, e se verá na análise das decisões, a distorção do nítido caráter ofensivo aos sujeitos por causa da cor, mas ao não estar devidamente enquadrado na verdade repousada na fundamentação dos detentores do saber, não se encaixa na resposta-padrão capaz de caracterizar a ofensa como crime de racismo, ocultando tal cifra, caracterizando o crime de injúria qualificada.

A importância de verificar o que é produzido na e pela cultura se torna premissa básica do estudo que se propõe, pois nesta é que se reproduzem e se constituem diversos saberes. Lembrando sempre a obviedade: os magistrados que formulam as fundamentações

das decisões são desta sociedade; estão envoltos na e pela lógica cultural vigente neste meio e não em outro. Isso significa dizer que também estão imersos numa cultura de preconceito e que reproduz discursos já existentes; nasceram nela; são fruto dela.

Além do mais, para que se crie uma jurisprudência, importante ressaltar, necessário se faz a caracterização de diversos julgados que caminhem na mesma linha. Nota-se aí a formulação de jurisprudência e a sedimentação de verdades.

A fim de compreender melhor as verdades em vigência na sociedade contemporânea e imersão do conceito de racismo, passa-se a caracterizar o que é o racismo por preconceito de cor e como ele ainda vige na sociedade contemporânea envolto por diferentes práticas, ocultando-se cada vez mais, dificultando apontar a sua caracterização.

O PODER DE NORMALIZAÇÃO E A EMERGÊNCIA DO RACISMO

Baseando-se nos ensinamentos de Michel Foucault, passa-se a discutir o conceito de racismo, sua emergência e o porquê da permanência na sociedade contemporânea. Para isso, necessário se faz um mergulho histórico, mesmo que forma superficial, para compreender a construção e a possibilidade para a permanência dessa prática na atualidade.

Ainda sob a égide do estado soberano, onde o rei tinha o poder de fazer morrer e deixar viver, reinavam as formas disciplinares capazes de exercerem sobre o corpo do indivíduo o que devia ser cumprido pontualmente. A individualização era requisito necessário para a permanência do poder disciplinar. Nas palavras do autor:

[...] é que, nos séculos XVII e XVIII, viram-se aparecer técnicas de poder que eram essencialmente centradas no corpo, no corpo individual. Eram todos aqueles procedimentos pelos quais se assegurava a distribuição espacial dos corpos individuais (sua separação, seu alinhamento, sua colocação em série e em vigilância) e a organização, em torno desses corpos individuais, de todo um campo de visibilidade (FOUCAULT, 2010, p. 203).

A individualização do sujeito permitia a monitoração constante, justamente para que se tornasse viável ao soberano a permissão de fazer morrer ou deixar viver. Exemplo nítido dessa tática de poder dá-se através do panoptismo (FOUCAULT, 2009).

Posteriormente, no início do século XVIII (FOUCAULT, 2010, p. 203), emerge uma nova técnica de poder, a qual não obsta a permanência da primeira, mas que não visa propriamente o indivíduo, mas uma massificação dos corpos. Nesse tempo é que se passa a se falar no conceito de população, segundo o autor. Esse novo poder é conceituado por Foucault

como biopoder. Desamarra-se de uma anatomopolítica – aquela que visava decompor o indivíduo para discipliná-lo – e fundamenta-se numa biopolítica, ou seja, num poder massificante.

A partir desses mecanismos passa-se então a se ter controle da natalidade, da taxa de óbitos, de reprodução etc. Com isso, o poder do soberano que escolhia entre fazer morrer e deixar viver inverte-se, passando então ao poder de fazer viver e deixar morrer.

[...] Nos mecanismos implantados pela biopolítica, vai se tratar sobretudo, é claro, de previsões, de estimativas estatísticas, de medições globais; vai se tratar, igualmente, não de modificar tal fenômeno em especial, não tanto tal indivíduo, na medida em que é indivíduo, mas essencialmente de intervir no nível daquilo que são as determinações desses fenômenos gerais, desses fenômenos no que eles têm de global (FOUCAULT, 2010, p. 207).

Vê-se então a necessidade de níveis globais de equilíbrio, abrindo-se mão dos corpos individualmente. Exige-se, com o biopoder, um equilíbrio social; uma regularidade.

Como a biopoder não exclui a disciplina, pelo contrário, se unem para regular a população, visam a segurança social interna, lançando-se, quando necessário, sobre o indivíduo e de forma geral. Para que isso se tornasse possível o elo de ligação entre ambos deu-se através da norma, a qual, segundo Foucault (2010, p. 213) “[...] é o que pode tanto se aplicar a um corpo que se quer disciplinar quanto a uma população que se quer regulamentar”.

É no surgimento do biopoder que Foucault pontua o nascimento do racismo. Para o autor, o racismo

[...] É, primeiro, o meio de introduzir afinal, nesse domínio da vida de que o poder se incumbiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer. No contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças, a distinção das raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo do biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros (FOUCAULT, 2010, p. 214).

Passa-se com isso a acreditar que com a morte daquele que é diferente, fará com a vida deste um se torne mais fácil, mais capacitada, mais sadia. Não há um outro a provocar ameaças se houver repúdio a ele, se se deixar à margem. Se for considerado inferior. “A raça, o racismo, é a condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização (FOUCAULT, 2010, p. 215)”.

Foucault esclarece que quando se refere ao termo deixar morrer não significa propriamente tirar a vida, mas, sim, em dificultar o acesso em determinados meios, a rejeição,

a diferenciação do tratamento etc. Caracteriza-se, diante dos conceitos do autor, as amarras emergentes no Brasil colônia, tendo em vista que o homem branco, europeu, se sentia capacitado para apontar quem era o outro, rotular e determinar a sua posição social. Tratando especificamente da negritude, além dos negros serem trazidos de fora do Brasil, possuindo, portanto, outra cultura, outra lógica de vida, já eram concebidos como coisa, sendo necessário seguir os regramentos do colonizador.

Como discutem inúmeros estudos, a questão do racismo pelo preconceito de cor por muitos anos vigorou na sociedade brasileira de forma fulminante (FERNANDES, 2008, p. 302). Mesmo após abolição da escravidão permaneceram resquícios quanto ao trabalho escravo e de rotulações prévias baseada justamente na cor do indivíduo. “[...] Em nome de uma igualdade perfeita no futuro, acorrentava-se o ‘homem de cor’ aos grilhões invisíveis de seu passado, uma condição subhumana de existência e uma disfarçada servidão eterna (FERNANDES, 1965, p. 309)”.

Na incessante tentativa de assegurar a harmonia social brasileira, diversos autores como Nina Rodrigues (1976), Gilberto Freyre (1933) argumentavam que no Brasil não existia diferenciação entre senhor e escravo, que se vivia na mais perfeita “brasilidade” e que diante do cruzamento entre as raças, haveria um “embranquecimento” na sociedade. Após inúmeros esforços desempenhados por sociólogos como Florestan Fernandes, Roger Bastide, entre outros, passou-se a discutir e formular estudos da discriminação do preconceito de cor o qual, em momento algum, foi inexistente, pelo contrário, o protegido paraíso racial era defendido para apontar o Brasil como um precursor na questão das raças, ocultando a discriminação contra o negro e toda a precariedade existente para sua ascensão social (FERNANDES; BASTIDE, 1965, p. 191).

Isso permite compreender com nitidez o que Foucault pontua com “deixar morrer”, pois admitir a existência das cifras ocultas de discriminação, insistindo na permanência de uma igualdade formal, barrava a ascensão do negro, o que, conseqüentemente, permitia a seleção de quem é mais ou menos qualificado. Além disso, para que pudesse caminhar em busca de reconhecimento social o negro necessitava se espelhar no colonizador (BHABHA, 2010, p. 119), seja através de suas roupas, do culto aos seus santos (FERNANDES; BASTIDE, 2008, p. 217), da modificação de seus instrumentos musicais, isto é, adaptar-se a esse outro para se tornar o um.

É a partir dos anos 50 que Florestan Fernandes e Roger Bastide passam a elaborar estudos que contextualizam a discriminação racial existente, apontando que a “democracia racial seria uma ética mascarada” (SPOLLE, 2010). Posteriormente passe-se a discutir com

maior precisão a questão da raça e o preconceito de cor, lutando-se pelas ações afirmativas visando a integração do negro na sociedade.

Entretanto, mesmo com leis prevendo a inclusão racial e a incriminação daquele que violar o direito de outrem com base no preconceito de cor, conforme acima pontuado, esses mecanismos não obstaram a prática do preconceito pela cor. Oculta-se, mais uma vez, tal ato não pontuando efetivamente a cor, mas a marca, isto é, o negro traz consigo toda a herança do período pré-moderno e ainda na pós-modernidade diferentes mecanismos se valem para acentuar a diferenciação entre o negro e o branco.

O jogo dos discursos de verdade vigentes na seara jurídica demonstra-se como um desses mecanismos. Em que pese a existência dos dispositivos legais aqui já assinalados (art. 140, §3º, CP - injúria qualificada – e art. 20 da Lei 7.716/89 - racismo), a diferenciação de um para o outro na seara jurídica estabelece uma forma de permanecer com a “democracia racial” (ARRUDA, 1995, p. 197) dentro da ciência do direito.

A omissão do poder judiciário em efetivar as leis específicas que versem sobre o racismo é uma das formas de demonstrar o processo de ocultação do racismo ainda pulsante na sociedade contemporânea (ARRUDA, 1995, p. 200). Não basta a criação de novos dispositivos legais visando inibir o preconceito de cor quando, na verdade, há dispositivos legais que estabelecem a penalização por essa prática, mas que não se fazem efetivos.

São muitas facetas que repõem o mesmo tema e que revelam, no conjunto, de que maneira o argumento racial é ainda operante como representação nacional. É fato que não existem mais teóricos do racismo, ou instituições de saber que com legitimidade defendem esse tipo de explicação, mas persiste uma espécie de filosofia racista, uma visão generalizada que supõe a existência de capacidades rígidas e definidas para cada raça. Na falta de uma distinção biológica real, a saída parece ter sido inventar uma suposta diferença, difundir um certo ideário comum. O racismo contemporâneo realiza, com efeito, uma espécie de projeção ao mesmo tempo mítica e racionalizante. Sua base é uma certa experiência vivida, de onde retira sua eficácia, já que se combate mais facilmente um argumento teórico do que a emoção de uma experiência sensível (SCHWARCZ, 1995, p. 189).

Diante desse excerto, tona-se evidente a discussão que aqui se coloca. O fato de transmutar o conceito de crime de racismo para injúria qualificada, asseverando que no primeiro há ofensa à honra objetiva e no segundo, à honra subjetiva, não obscurece ao olhar atento, uma forma de ocultar o preconceito racial ainda pulsante na sociedade contemporânea. Pelo contrário, propulsiona a crítica às instituições, como o Poder Judiciário, de permitir se valendo de certo discurso agora sedimentado como verdadeiro, a não penalização de atos preconceituosos pela cor, através do jogo de palavras inerentes ao âmbito jurídico.

Possível verificar no meio social a emergência argumentações de não punibilidade por crime de racismo, muitas vezes o não conhecimento desse dispositivo. Do que vale a imprescritibilidade de tal delito se dificilmente se vê a configuração de tal prática. Gize-se, não pela sua inexistência, mas pela inaplicabilidade pelos detentores do poder ao adotarem certo discurso como verdadeiro.

Assim, só aparece aos nossos olhos uma verdade que seria riqueza, fecundidade, força doce e insidiosamente universal. E ignoramos, em contrapartida, a vontade de verdade, como prodigiosa maquinaria destinada a excluir todos aqueles que, ponto por ponto, em nossa história procuraram contornar essa vontade de verdade e recolocá-la em questão contra a verdade, lá justamente onde a verdade assume a tarefa de justificar a interdição e definir a loucura [...] (FOUCAULT, 2012, p. 19-20).

É se afastando substancialmente das amarras do direito que se faz possível verificar outras verdades inculcadas nos discursos que fundamentam as decisões do TJRS. Vê-se que a “vontade de verdade” nesse cenário proporciona a permanência da “democracia racial”, pois justifica os discursos populares, daqueles que não sentem na própria pele a discriminação racial, de que no Brasil não há preconceito racial, pois afinal, “somos todos brasileiros”.

PRODUÇÃO DE DISCURSOS: ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS NO TJRS

Buscando verificar o teor das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, amparou-se na pesquisa qualitativa, a fim de verificar a hipótese quanto inefetividade do art. 20, da lei 7.716/89 nas decisões do TJRS. Realizou-se estudo de caso no referido órgão, analisando os acórdãos disponíveis no site deste Tribunal. Para melhor expor os dados, se utilizará de gráficos confeccionados pela autora.

A busca deu-se através da “pesquisa avançada”, disponível no link para busca de jurisprudência no TJRS, valendo-se das palavras “crime de racismo” e “racismo”. A partir daí foram auferidos 123 processos (representados pela cor azul, no gráfico), sendo que 104 deles (representados pela cor verde, na imagem) versavam sobre questões cíveis (dano moral, entre outros), 16 deles (cor bordô) versavam sobre o crime de racismo e 3 (cifrado pela cor roxa, no gráfico) continham a palavra racismo, mas apenas para fundamentar decisões sobre estupro e embriaguez ao volante. Foram analisadas pontualmente as 16 decisões as quais se subdividiram entre absolvições, condenações e desclassificação para o crime de injúria qualificada pelo preconceito de cor, sendo que um deles não restou decidido, pois versava

apenas quanto a competência da câmara a julgar o caso. Os processos disponíveis abrangeram os anos de 1990 (dezembro) e 2014 (fevereiro). Veja-se através da figura 1:

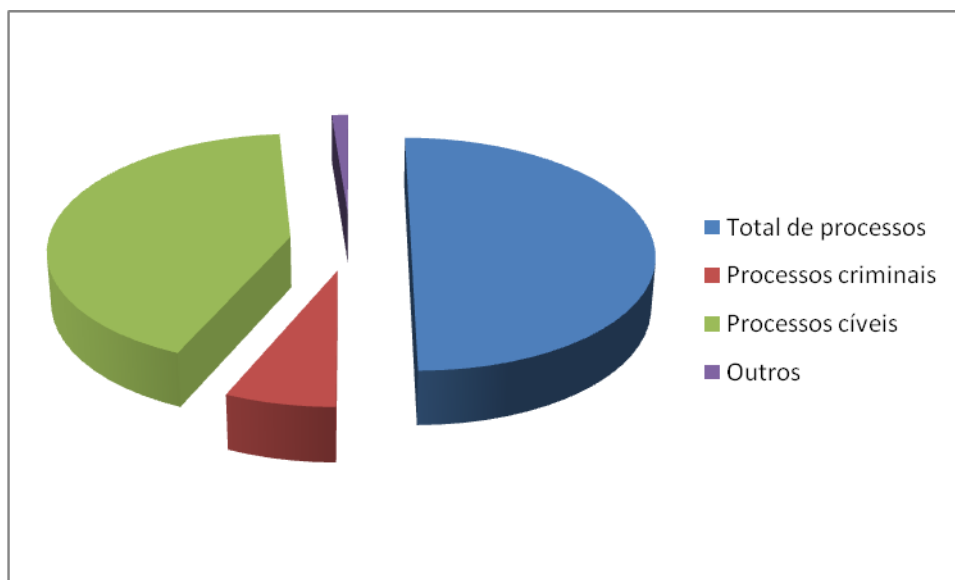


Figura 1 – fonte: autora

Nota-se que a massificação dos processos dá-se na seara cível. Isso significa dizer que a possibilidade de indenização por dano moral quando há ofensa pelo preconceito de cor tem maior possibilidade de acontecimento. Frise-se que não foram estudados com afinco para este artigo os processos cíveis, sendo mencionados apenas para esclarecer a coleta de dados. A análise empírica recaiu apenas aos processos criminais.

Essa subdivisão no campo do direito entre os diplomas legais torna-se um dos mecanismos que permite a autonomização dos dispositivos. O fato de haver condenação em uma das áreas não enseja a condenação na outra, cabe esclarecer.

Dos 16 processos cunhados com a palavra racismo, apenas em dois deles houve a condenação pelo crime de racismo previsto no art. 20, da lei 7.716/89, representado no gráfico pela cor bordô; 5 deles houve absolvição por insuficiência de provas, pintado no gráfico pela cor verde; e 2 casos houve condenação por outros dispositivos da lei 7.716 (2014c), art. 8º - impedir por preconceito de cor a entrada em estabelecimento privado - e 9º - impedir por preconceito de cor a entrada em estabelecimento público – ambos do mesmo diploma, figurando no gráfico através da cor roxa. Dos 16 processos, 6 deles foram desclassificados para o crime de injúria qualificada pelo preconceito de cor, art. 140, §3º, CP, representados pela cor laranja, no gráfico. Um único processo versava apenas quanto a incompetência do órgão julgador, em azul claro:

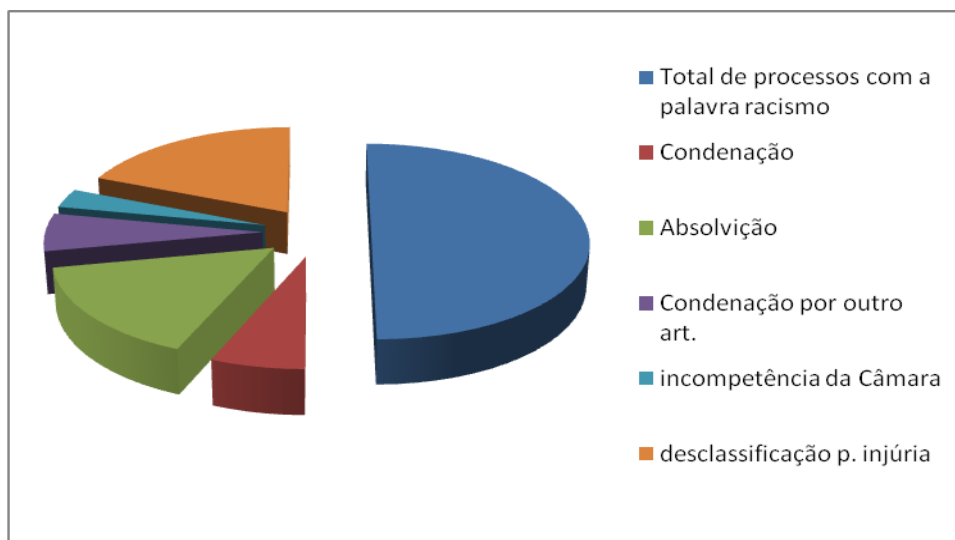


Figura 2 – fonte: autora

Ao deparar-se com expressivo número de absolvições quanto ao crime de racismo pelo preconceito de cor, procurou-se analisar os acórdãos verificando a fundamentação para arguir tal discurso. Em que pese algumas divergências entre os julgados, a grande maioria caminhou na mesma direção, apontando a insuficiência probatória. Alegam os desembargadores que apenas a arguição da vítima não basta para configurar o crime. Além disso, apoiam-se no fato das testemunhas não corroborarem plenamente com o apresentado pela vítima.

Um dos acórdãos (Apelação crime nº 70015082118) foi fundamentado no seguinte sentido para a absolvição: “Pode-se afirmar que **é possível que os réus tenham praticado o crime de racismo, nos termos da denúncia**. O fato é que não há certeza quanto a isto (grifos meus)”. Por fim, ainda colocam o fato da vítima estar incomodada por não poder entrar no estabelecimento e, a partir daí, estar irritada podendo ter concebido sua impossibilidade de acesso no estabelecimento como forma de racismo.

Sabido que o direito penal é a *ultima ratio* dentro do ordenamento jurídico e, nessa baila, para que haja configuração do crime necessário a ausência de dúvidas quanto a prática do delito. Entretanto, ao analisar o discurso empregado, sociologicamente, lançando o olhar ao que se chama de democracia racial, o emprego de certas expressões possibilitam a continuação de enunciados velados que insistem em aplicar a discriminação, mas ao se basear nas verdades jurídicas colonizadoras (BHABHA, 2010, p. 107), ocultam o verdadeiro significado de determinadas ações.

A vigência de determinado discurso só será possível se estiver envolto no que é aceitável no meio em que está sendo promulgado. Nessa linha, a diferenciação de uma única decisão dentro de uma câmara destoando dos demais julgados já sedimentados torna-se raro.

[...] ninguém entrará na ordem do discurso se não satisfizer a certas exigências ou se não for, de início, qualificado para fazê-lo. Mais precisamente: nem todas as regiões do discurso são igualmente abertas e penetráveis; algumas são altamente proibidas (diferenciadas e diferenciantes), enquanto outras parecem quase abertas a todos os ventos e postas, sem restrição prévia, à disposição de cada sujeito que fala (FOUCAULT, 2012, p. 35).

Nesse caso os capacitados para dizer a verdade e o que pode ser verdade dentro desse discurso são os detentores do saber nesse âmbito, por consequência dos detentores do poder, capazes de fazer vigorar uma verdade.

Ainda analisando pontualmente os acórdãos, possível verificar que 6 deles, conforme dito acima, foram desclassificados do crime de racismo previsto no art. 20, da lei 7.716/89 para o crime de injúria qualificada, previsto no art. 140, §3º, do CP. Destes 6 não houve nenhuma condenação. Dois deles foram alcançados pela decadência, um pela prescrição e, por consequência, extinta a punibilidade e três absolvidos pela insuficiência probatória. No gráfico:

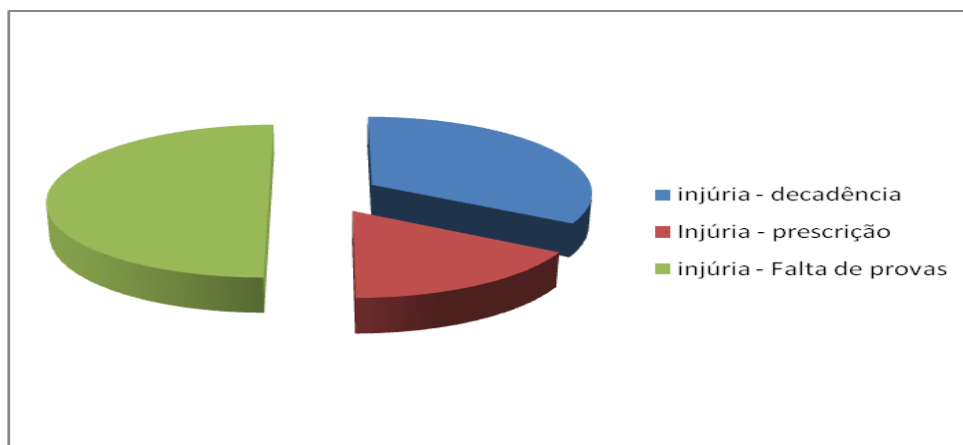


Figura 3 – fonte: autora

É nessa esteira da desclassificação do crime previsto no art. 20, da lei especial, para o art. 140, §3º do diploma geral que se evidencia com maior precisão os meandros dos jogos de enunciados para sustentar a aplicação de um dispositivo e a negação de outro, consequentemente.

Para caracterização do disposto no art. 20 acima especificado, os desembargadores fundamentam que se faz necessário a ofensa a honra objetiva, isto é, necessário que haja ofensa a comunidade negra. Em uma das decisões que houve condenação pelo crime de racismo, os julgadores basearam-se na seguinte fala:

[...] Tu não poderia morar aqui, porque tu é negra, e aqui só mora gente branca; Sua negra suja, tu nem devia estar aqui, porque aqui é lugar de branco, alemão, e tu é negra; Sua negra puta, suja, vagabunda bem como disserem ao marido da vítima, Atir Backes: Que nós que somos alemães, temos de nos entender, e ela é negra, praticaram discriminação de cor (Apelação crime 70025336546)

Nesse caso colocam que a ofensa não se dirigia propriamente à vítima, mas há qualquer negro que ali estivesse. Porém, cabe destacar que as ofensas foram dirigidas somente à vítima, esta sim, foi atacada verbalmente.

Em contrapartida, no crime de injúria, onde sustentam os magistrados que o que é atingido é a honra subjetiva, isto é, a vítima tão somente, valeram-se das seguintes falas: “[...] Chamar o ofendido de ‘negro baderneiro’, ‘negro bandido’ e ‘negro quadrilheiro’ não constitui crime de racismo, mas sim de injúria qualificada [...] (Apelação crime nº 70026731083)”, ou ainda “[...] Chamar o ofendido de ‘negro sujo, vagabundo e sem vergonha’ não constitui crime de racismo, mas sim de delito contra a honra (injúria qualificada), que é de ação penal privada [...] (Apelação crime nº 70009621897)”.

Percebe-se com nitidez diante do exposto a omissão do órgão em análise na penalização quanto ao crime de racismo. Além disso, as consequências jurídicas advindas da classificação do fato como injúria qualificada se espalha em outros sentidos. Os prazos prescricionais e decadenciais permanecem em vigência nesse caso, não se aplicando o disposto no art. 5º, XLII, da CF (BRASIL, 2014b). A ação é privada, devendo ser interposta por queixa-crime, no caso da injúria qualificada. A vítima tem o prazo de seis meses para interpor a ação. Enquanto que o crime de racismo é de ação penal pública condicionada a representação, portanto sob a guarda do Ministério Público e conforme assevera a CF/88, não é atingido pelos prazos prescricionais e decadenciais.

Além disso, no simples olhar exterior de uma pesquisa jurisprudencial, possível afirmar não haver o crime de racismo, pois a grande maioria dos julgados versa apenas sobre injúria qualificada e os que versam sobre racismo possuem alto índice de absolvição, dentro da proporcionalidade de julgados. Permite-se com isso a influência no imaginário popular quanto a inexistência do crime de racismo e a permanência da “democracia racial” e, conseqüentemente, um grande número de impunidade (CARNEIRO, 2000, p. 320). Além

disso, a inefetividade dos dispositivos legais que visam assegurar a ascensão do negro no meio social e o efetivo repúdio às práticas preconceituosas tão fundamentadas formalmente nos dispositivos legais, torna-se evidenciada diante da análise pontual efetuada através do estudo de caso.

Conforme colocado inicialmente, o direito é um dos campos capacitados para a criação e sustentação de verdades. Os discursos empregados nos julgados e conseqüentemente a sedimentação de jurisprudência, torna-se conteúdo de apoio para os demais casos. Aliás, para fundamentar a questão da honra subjetiva e objetiva, um dos julgados baseou-se na decisão que levava a câmara a fazer essa distinção, portanto, no caso sob *judice* não seria diferente.

Nota-se a importância de verificar o que é produzido na e pela cultura, pois é nesta que se reproduzem e se constituem diversos saberes. Sendo assim, não há que olvidar a precariedade de restar arraigado somente aos textos normativos, esquecendo-se da inexistência de uma única verdade, mas sim do poder que os discursos possuem em constituírem verdades, ainda mais no campo jurídico.

Conclui-se diante do estudo realizado, a inefetividade da aplicação do art. 20, da lei 7.716/89 e conseqüentemente a inaplicabilidade do disposto no art. 5º, XLII, da CF/88. Além disso, nota-se que no TJRS são raras as condenações mesmo pelo crime de injúria, pois ao chegar na segunda instância, ao haver desclassificação para este crime a probabilidade do feito ter sido atingido pelo prazo prescricional ou decadencial é de elevada propensão, demonstrando que a penalização pelo preconceito de cor ainda é inefetiva.

CONCLUSÃO

Diante do exposto no decorrer do trabalho, possível asseverar que o direito trata-se de uma ciência produtora de verdades e que diante dessa faculdade, permite inserir no imaginário social a reprodução de diferentes discursos como verdadeiros, pois ao ser produtor de saber, conseqüentemente detêm poder, nos termos foucaultianos.

Nessa linha, ao ser ligado por diversos diplomas legais os quais possuem autonomia entre si, nota-se a existência de dispositivos específicos que acabam por se anularem, tendo em vista a incompatibilidade entre as regras gerais e específicas. Como produtor de verdade, as discussões sedimentadas na jurisprudência possibilita o pronunciamento de discursos e conseqüente produção de verdade.

Ao analisar especificamente os julgados proferidos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), possível notar a divergência existente quanto a aplicação entre o disposto no art. 20, da lei 7.716/89 (BRASIL, 2014c) e o disposto no art. 140, §3º, do CP (BRASIL, 2014a). A partir do estudo de caso, foi possível apontar a inefetividade do primeiro dispositivo tendo em vista a recorrente desclassificação do crime de racismo para o de injúria qualificada pelo preconceito de cor. Além disso, notável que a grande parte dos julgados alcançados pela palavra racismo tramitavam na seara cível, evidenciando a pequena monta de processos criminais versando sobre o preconceito de cor.

Diante dos dados colhidos e da análise das fundamentações empregadas nos julgados, possível apontar resquícios do descaso quanto a discriminação racial, pois, em que pese a existência de ofensas explícitas conforme pontuado acima, baseando-se em requisitos processuais específicos do campo do direito a impunidade foi o atributo que manteve maior vigência nas análises efetuadas. Além disso, ao se verificar a constante desclassificação do crime de racismo para o crime de injúria qualificada, possível apontar as estratégias adotadas pela Justiça para invisibilizar o crime em comento.

Sendo assim, importante destacar a necessidade de rompimento com verdades fundantes e a importância de questionamento quando a aplicabilidade dos dispositivos legais que visam assegurar a criminalização do preconceito de cor na sociedade contemporânea. Destaca-se que aqui não se pretende apontar respostas salutares, mas sim, formular, levantar e estabelecer questionamentos quanto as verdades no que diz respeito ao preconceito de cor nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, instigando o leitor à reflexão sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA, Maria Arminda dos Nascimento. Dilemas do Brasil moderno: A questão racial na obra de Florestan Fernandes. In: **Raça, Ciência e Sociedade**. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 1995.
- BHABHA, Himi K. **O local da Cultura**. Tradução de Myriam Ávila, Eliana Lourenço de Lima Reis e Gláucia Renate Gonçalves. Belo Horizonte: UFMG, 2010;
- BRASIL. **Código Penal**, promulgado em 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em: fevereiro de 2014a;

BRASIL. **Constituição Federal**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessada em: fevereiro de 2014b;

BRASIL. **Lei 7.716**, promulgada em 5 de janeiro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acessada em: fevereiro de 2014c;

CARNEIRO, Sueli. Estratégias legais para promover a justiça social. In.: ALFREDO, Antonio Sérgio; HUNTLEY, Lynn (Org). **Tirando a máscara: ensaios sobre racismo no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

FERNANDES, Florestan. **A integração do Negro na Sociedade de Classes**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1965.

FERNANDES, Florestan; BASTIDE, Roger. **Branços e Negros em São Paulo**. São Paulo: Global, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural do Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Layola, 2012;

_____ **Em defesa da Sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010;

_____ **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Vozes, 2009;

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. São Paulo: Circulo do Livro, 1933.

KANT DE LIMA, Roberto. Entre as leis e as normas: éticas corporativas e práticas profissionais na segurança pública e na Justiça Criminal. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**. Vol. 6, nº3 – out/Nov/dez 2013. pp. 549-580. Disponível em: <http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/DILEMAS-6-4-Art1.pdf>. Acessado em: outubro de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul . **Apelação Crime Nº 70009621897**. Relator: DR.^a Marlene Landvoigt, JULGADO EM 12/09/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acessado em: fevereiro de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul . **Apelação Crime Nº 70026731083**. Relator: DR.^a Osnilda Pisa, JULGADO EM 29/01/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acessado em: fevereiro de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul . **Apelação Crime** Nº 70025336546. Relator: DES. João Batista Marques Tovo, JULGADO EM 27/12/2008. In: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acessado em: fevereiro de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.**

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: fevereiro de 2014

RODRIGUES, Nina. **Os africanos no Brasil**. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1976.

SCHWARCZ, Lília K. Moritz. Nomeando as diferenças: A construção da Idéia de raça no Brasil. In. BÔAS, Gláucia Villas; GONÇALVES, Marco A. (org.) **O Brasil na Virada do Século**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

SPOLLE, Marcus Vinicius. A mobilidade social dos negros no rio Grande do Sul: os efeitos da discriminação racial nas trajetórias de vida. **Tese apresentada Ao programa de pós-graduação em Sociologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Apresentada à banca em 2010. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/26728/000759769.pdf?sequence=1>.

Acessado em: janeiro de 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013;

VEIGA-NETO, Alfredo. **Foucault & a Educação**. Belo Horizonte: Autentica, 2011.