

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ELIANE PERES DEGANI

CRIMINALIZAÇÃO DO PRECONCEITO:

**Um olhar sobre comportamento violento e limitações do poder punitivo,
na efetivação da tutela penal da igualdade**

Prof. Dr. Alfredo Cataldo Neto
Orientador

Porto Alegre
2008

ELIANE PERES DEGANI

**CRIMINALIZAÇÃO DO PRECONCEITO:
Um olhar sobre comportamento violento e limitações do poder punitivo,
na efetivação da tutela penal da igualdade**

Dissertação de mestrado vinculada à área de concentração Sistema Penal e Violência, na linha de pesquisa Criminologia e Controle Social, apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Alfredo Cataldo Neto

Porto Alegre, 2008

FICHA CATALOGRÁFICA

D317c

Degani, Eliane Peres

Criminalização do preconceito: um olhar sobre comportamento violento e limitações do poder punitivo, na efetivação da tutela penal da igualdade. / Eliane Peres Degani; orient. Alfredo Cataldo Neto. Porto Alegre: PUCRS, 2008.

fls. 157

Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito: Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais: Sistema Penal e Violência.

1. Direito Penal. 2. Preconceito. 3. Criminalização. 3. Violência. I. Alfredo Cataldo Neto. II. Título.

CDU: 343.2

CDD: 341.58

Ficha elaborada pela bibliotecária Mônica Nodari CRB/10-900

RESUMO

A presente dissertação busca analisar a temática do preconceito e as limitações enfrentadas pelo Direito Penal, no trato com o tema. Partindo de uma análise interdisciplinar, relacionada às múltiplas formas de violência, esta pesquisa, de cunho qualitativo, retrospectivo e descritivo, apresenta um enfoque crítico acerca dos processos que culminaram com a criminalização do preconceito e das limitações do Direito Penal, daí decorrentes. Nessa direção, e dado o vínculo à linha de pesquisa “Criminologia e Controle Social”, da área de concentração “Sistema Penal e Violência”, do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, este trabalho evidencia, de forma não-linear, os diferentes enfoques conferidos ao preconceito em seu sentido mais amplo, bem como à violência a ele relacionada. A partir desse exame integrado, o estudo ruma para o tratamento conferido pelo Direito Penal e, especificamente, pelo Direito Penal Brasileiro, ao preconceito e suas formas de manifestação, relacionando-os aos preceitos históricos em torno da positivação do direito à igualdade e do uso da intervenção penal para tal efetivação. A par de tais explicações, discorre-se sobre as conseqüentes constatações, eleitas como “as disfunções na criminalização do preconceito”, onde se aponta, de forma crítica, as limitações e as contradições apresentadas precipuamente pelo sistema jurídico-penal pátrio, ao investir na punição como mecanismo de combate ao preconceito e às práticas dele decorrentes.

Palavras-chave: criminalização, preconceito, controle social, violência, poder punitivo, direito à igualdade.

ABSTRACT

This dissertation examines the issue of prejudice and the limits faced by Criminal Law when dealing with it. Starting from an interdisciplinary analysis regarding multiple forms of violence, this qualitative, retrospective, and descriptive study takes a critical approach to the processes that eventually criminalized the resulting prejudice and limits of Criminal Law. Therefore, and because of its link to the “Criminology and Social Control” research line, within the area “Criminal Law and Violence” of the Post-Graduation Program on Criminal Law of Rio Grande do Sul Catholic University Law School, this dissertation shows in a non-linear way the distinct approaches on prejudice in its broader sense as well as violence related to it. After that integrated exam, the study goes on to the treatment given by Criminal Law and specifically by Brazilian Criminal Law to prejudice and its expressions, relating them to the historical tenets for positivizing the right to equality and the use of criminal law to effect it. Parallel to such explanation, resulting conclusions are accounted for, having been selected as “dysfunctions in criminalizing prejudice”, where main limitations and contradictions shown by Brazil’s criminal law system when it invests in punishment as a device to fight prejudice and its resulting practices are pointed out.

Key words: criminalization, prejudice, social control, violence, punitive power, right to equality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
2 PRECONCEITO: UM (NECESSÁRIO) DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR	18
2.1. A violência de que se reveste o preconceito: gênese de um constante mal-estar ..	18
2.1.1 O desvelar do preconceito – primeiro momento: a “horda primeva”.....	19
2.1.2 O desvelar do preconceito – segundo momento: civilização desamparada	22
2.2. Do preconceito frente ao “Outro-inimigo”	24
2.2.1. Medo e preconceito, na construção do Outro/alteridade	29
2.3. O preconceito na perspectiva das representações sociais.....	31
2.3.1. Estereótipo & Estigma: “Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada”	33
2.3.2. Discriminação: a consequência nociva do preconceito	36
2.3.3. Preconceito, discriminação e racismo	40
2.4. Preconceito, indivíduo e cultura: (perene) mal-estar na modernidade	45
3. EM BUSCA DA IGUALDADE PROMETIDA: REDESCOBRINDO A CRIMINALIZAÇÃO DO PRECONCEITO	48
3.1. Da ilusão do ideal de igualdade apregoado pelo Estado Moderno	48
3.2. A igualdade não cumprida: do “modelo obrigatório de felicidade” à transnacionalidade fraterna da Declaração dos Direitos Humanos.....	53
3.3. O reverso da igualdade: o preconceito, no contexto histórico da legislação brasileira	60
3.4. Da constitucionalização à criminalização – notas críticas acerca da criminalização do preconceito (ou um prelúdio à ineficácia da tutela penal da igualdade).....	67
4 TUTELA DA IGUALDADE E PUNIÇÃO DO PRECONCEITO: TRÊS REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DAS LIMITAÇÕES DO DIREITO PENAL.....	80
4.1. Da tutela penal da igualdade como fruto do expansionismo punitivo.....	80
4.2. Da moderna criminologia do modelo <i>penal welfare</i> ao paradoxo dos movimentos de esquerda e dos grupos de direitos humanos, em prol da criminalização do preconceito	89
4.2.1. A contradição do discurso punitivo emanado pelos Direitos Humanos	96
4.3. “A Justiça e o Mal”: a violência do preconceito versus a violência da punição.....	103

4.3.1 Do preconceito como crime e a difícil tarefa do “Bem Julgar”	107
4.3.2. “Eles, os juízes” e os crimes de preconceito no cenário contemporâneo	109
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	126
REFERÊNCIAS	134
ANEXO A	148
ANEXO B	156

1 INTRODUÇÃO

O preconceito e as suas mais diversas manifestações violentas por motivações raciais, étnicas, religiosas e xenófobas é temática das mais discutidas em todo o mundo, impulsionando a busca de soluções aos conflitos sociais daí gerados nas mais diversas áreas do conhecimento humano. Nesse sentido, o surgimento desses novos conflitos, ainda pouco conhecidos em suas causas e efeitos, passou a instar a atuação do Direito Penal como mecanismo de proteção à igualdade de todos, sem distinção, e de coibição às conseqüências nocivas produzidas pelo preconceito. Dessa forma, partindo de um enfoque interdisciplinar, a presente dissertação busca analisar a temática do preconceito e as limitações enfrentadas pelo Direito Penal, no trato com o tema.

Assim posto o assunto, não tenho como introduzi-lo, sem digredir ao inquietante contexto que lhe deu causa. Certa feita, no inverno de 2006, em meio à atividade diária que desenvolvo como analista judiciário, junto a um dos gabinetes vinculado à Sétima Turma Criminal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, deparei-me com um caso concreto, envolvendo a aplicação da Lei 7.716/89, também chamada de Lei anti-racismo brasileira. Autos abertos, legislação em punho e pouquíssima doutrina específica disponível, concluí a análise do processo com a formulação do problema que serviu de mote a dois anos de pesquisa: é realmente possível que o Direito Penal se apresente como um instrumento capaz de eliminar o preconceito da mente humana e promover a tão desejada igualdade fática de todos, sem distinção? Ou, ainda, tipificado o preconceito como crime, seria realmente possível banir as suas conseqüências nocivas, como a discriminação e o racismo, por meio da intervenção penal?

Na medida em que buscava realizar (sem sucesso, diga-se de passagem) o silogismo, vale dizer, a adequação do fato sob exame à norma positivada, “meu problema” era acometido por inúmeras hipóteses, dentre as quais destaco duas, que considero fundamentais ao início da pesquisa: (1) a criminalização do preconceito e de suas conseqüências, por motivos raciais, étnicos, religiosos ou nacionalistas, da forma

como efetivada pela legislação brasileira, esbarraria em limitações conceituais ontológicas, razão pela qual não se apresentaria o Direito Penal como mecanismo hábil e eficiente, no tratamento dessas temáticas. Sendo certa a assertiva, (2) o Direito Penal estaria exercendo um papel simbólico, na criminalização do preconceito, da discriminação e do racismo, atuando, por isso, negativamente no enfrentamento dessas temáticas. Isso porque, o fato de impingir a igualdade, por meio da punição, acentuaria a idéia de inferioridade de determinados grupos, em razão de suas diferenças (que, por essa razão, necessitariam da tutela penal em seu favor). Desse modo, não estaria eliminado o preconceito, mas, sim, tornadas dissimuladas as práticas discriminatórias. Ademais, a inabilidade do legislador penal e a sua falta de subsídios, em outras áreas das Ciências Sociais, teriam criado uma legislação de efeito meramente simbólico, acentuando a noção de inferioridade e de seletividade da justiça estatal, por parte das vítimas em potencial. De sorte que, encerrado o processo, no âmbito jurídico, o conflito se manteria ainda mais reforçado no âmbito das relações sociais.

Diante dessas inquietações, o contexto da época não me poderia ter sido mais propício. Meu recente ingresso no Mestrado em Ciências Criminais, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande Sul, tendo como área de concentração Sistema Penal e Violência e a possibilidade de vinculação à linha de pesquisa Criminologia e Controle Social – calcada na análise das múltiplas formas de violência de forma integrada e interdisciplinar – foi o elemento definitivo para que o objeto de estudo, inicialmente limitado ao universo restrito dos autos do processo, adquirisse, fora desse estreito âmbito, um contorno crítico, indo ao encontro, justamente, do que Hassemer (1993, p. 58) assevera ser o dever das Ciências Penais: observar e apontar *se e onde* a moderna política criminal ainda é praticada de forma efetiva, em vez de apenas difundir simbolicamente a promessa de eficácia.

Daí o porquê de a presente dissertação pretender analisar a temática do preconceito, em seu sentido mais amplo, para, somente assim, iniciar uma investigação crítica, acerca das reais limitações do Direito Penal, no enfrentamento do tema, desde as concepções lançadas pelo pensamento Moderno até a contemporaneidade.

O estudo, assim, busca enfatizar aspectos psicológicos, filosóficos, sociológicos e históricos - arriscando uma incursão nas questões éticas, fenomenológicas e estruturais -, em torno do preconceito. Em paralelo, engloba, também, a discriminação e, mesmo, o racismo – de modo a evidenciar as disfunções decorrentes de sua criminalização. Dessa forma, para fins didáticos, a abordagem toma como base o preconceito, tendo como conseqüências nocivas a discriminação e o racismo – sendo que este se caracteriza quando estiver agregado o fator ideológico.

Para efeitos de delimitação conceitual, vale ressaltar, aqui, que este trabalho não pretende adentrar na tormentosa discussão sobre o racismo que, por si só, renderia outro trabalho. Sob essa orientação, a abordagem acerca do racismo restringe-se à proximidade epistemológica com o preconceito no tocante às suas conseqüências práticas relacionadas à discriminação em razão de cor, raça e etnia e, sobretudo, em razão da crítica que se estabelece quanto à ausência de diferenciação terminológica desses conceitos no âmbito jurídico-penal.

Dito isso, o desenvolvimento da dissertação está estruturado em três capítulos.

O primeiro capítulo – que, em certo sentido, é o mais instigante e desafiador – aventura-se numa profusão de olhares, em torno do preconceito. Busca, basicamente, na Psicanálise, na Psicologia (sobretudo na Psicologia Social), na Sociologia e na Filosofia diversas acepções acerca do preconceito e da violência que lhe é intrínseca – praticamente ignoradas pelo Sistema Penal –, associadas a aspectos comportamentais e culturais dos indivíduos.

No segundo capítulo, a abordagem enfoca os aspectos históricos, envolvendo os pressupostos igualitários erigidos pelos ideais iluministas; os contornos adquiridos pelo princípio da igualdade, em meio aos diversos modelos de Estado; as transformações sociais ocasionadas pela II Guerra Mundial, no que diz respeito aos processos igualitários e ao combate ao racismo e demais formas de discriminação; o advento da

Declaração dos Direitos Humanos, no plano internacional, e a sua contribuição para a intervenção penal do preconceito, utilizada por diversos países. É enfatizado, também, o processo histórico envolvendo o tratamento constitucional e penal do preconceito no Brasil.

A par das exposições dos dois primeiros capítulos, o terceiro capítulo é dedicado ao que se elegeu denominar as disfunções do Direito Penal na criminalização do preconceito. Procura situar a tutela penal da igualdade e a criminalização do preconceito, no contexto penal-expansionista, demonstrar os processos que levaram os movimentos historicamente ligados à defesa dos direitos humanos a postularem a intervenção penal do preconceito, em dissonância com os próprios propósitos apregoados por esses grupos de defesa. O texto busca evidenciar, também, como a sanha criminalizatória e o não-estabelecimento da comunhão de saberes, no que é pertinente à atuação da Justiça Penal, pode influenciar negativamente no combate ao preconceito, esboçando-se, entretantes, algumas perspectivas, para além do Direito Penal meramente simbólico e de cunho promocional no enfrentamento dessa temática.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho procurou investigar a gênese da formação do preconceito, no que diz respeito aos aspectos comportamentais e culturais dos indivíduos, sua inserção histórica, a partir da relevância conferida pelos ideais iluministas, ao direito a igualdade, e como tal preocupação chegou à intervenção penal, destacando, ao final, as limitações e as contradições apresentadas pelo Direito Penal no combate ao preconceito.

O preconceito tem em sua gênese a violência. Uma violência ambivalente, por vezes sutil, por vezes manifesta, fruto da crença irrefletida numa verdade falsa que, por corresponder aos desejos obscuros do indivíduo, é tida por absoluta, mobilizando suas paixões e servindo aos seus interesses mais ocultos. Eis a razão porque o preconceito extrai tanta força para resistir, mais que qualquer outro erro, a qualquer refutação (BOBBIO, 2002).

O preconceito “nasce” na cabeça dos homens, sendo, nesse sentido, produto da cultura, que se soma aos desejos inconscientes do indivíduo. Além disso, o preconceito contém em seu âmago o medo: medo do Outro, do desconhecido, do que “me é diferente”, a traduzir um Não à alteridade.

E ao negar a alteridade, o preconceito se firma como uma atitude de negação aos que refogem a um padrão prévia e rigidamente autofixado de normalidade, ao mesmo tempo em que reforça, positivamente, certos atributos “inerentes aos mais iguais”, a ponto de manipular no Outro a própria condição de estigmatizado.

Nesses termos, o preconceito, como fenômeno psicológico e social, refere-se tanto ao drama sofrido por aqueles que são suas vítimas, quanto à irreflexão produzida pela cultura, em que subjazem as idéias preconceituosas. É, por isso, expressão de uma violência atroz, a qual, todavia, somente pode ser compreendida em se recorrendo a múltiplas áreas do saber. Por isso, subjugar o preconceituoso a um preconceito tal

qual o por ele engendrado, além de não resolver o problema, permite sua reprodução nos interstícios das relações sociais.

O preconceito, assim, sustenta-se no plano das idéias, só podendo ser, por essa razão, combatido com o desenvolvimento das consciências. Na ausência de tal maturação, contudo, o imaginário cede lugar ao concreto, donde exsurge a discriminação, o racismo e todo um séquito de manifestações que bem expressam a ausência da reflexão necessária quanto à diversidade de valores culturais presente nas sociedades.

Com efeito, no cenário contemporâneo, manifestações de intolerância de toda ordem tornam-se cada vez mais freqüentes. O mundo ocidental da pós-modernidade, ainda sob o amparo dos postulados modernos da “igualdade, liberdade e fraternidade”, assiste perplexo a demonstrações de violência por motivos raciais, étnicos, religiosos, sexuais e nacionalistas¹, mesmo diante da primazia da Declaração dos Direitos Humanos e da importância reconhecida pelas sociedades democráticas aos sucessivos tratados e convenções internacionais em prol das liberdades fundamentais, da dignidade e da igualdade próprias de todos os seres humanos, sem distinção alguma, e do direito à proteção contra qualquer discriminação ou contra qualquer incitamento à discriminação².

Diante disso, a necessidade premente da efetivação material dos princípios igualitários vislumbrou o Direito Penal como o mecanismo emergente mais eficaz na simultânea promoção da igualdade e no combate a toda ordem de violência discriminatória. Em conseqüência, as legislações penais do ocidente cobriram-se de tipificações penais contra o cometimento ou a incitação de atos discriminatórios em razão de raça, cor, etnia, nacionalidade, religião, ideologia, dentre outras motivações.

¹ Ver, a propósito, a obra de Baudrillard (2003) e os artigos de Vidal (2005), Prunier (2007), Rouleau (2001) e Ruscio (2004).

Contudo, se, ainda assim, fosse realmente possível atacar as abjurações produzidas pelas conseqüências nocivas do preconceito, pela via punitiva, inadmissível seria a formulação de quaisquer críticas ao uso do Direito Penal para tais fins (e, por óbvio, este trabalho jamais seria desenvolvido!). Contudo, o que se constata é a persistência das diferenciações étnicas, do racismo, da xenofobia e de tantas outras formas menos ostensivas de discriminação, mesmo diante da proteção penal da igualdade de todos, sem distinção, por praticamente todas as legislações ocidentais.

Trata-se, assim, de um fenômeno de “glamourização da criminalização”, em que a incontestabilidade dos processos democráticos, a proteção dos direitos humanos e o exercício da cidadania e do direito à igualdade passam a ter sua efetividade atrelada à idéia de punição, pouco importando as paradoxais implicações presentes em tal lógica.

Nesse sentido, do ponto de vista do alcance prático das leis penais que visam combater o preconceito, em toda a amplitude de suas conseqüências nefastas, a suposta eficiência decorrente da positivação se esvanece, sobretudo se se considerar os caminhos de seletividade criminológica que “exigem da vítima” determinadas características e padrões de comportamento para ser “aceita” como tal .

Assim, embora a aparente preocupação com os historicamente estigmatizados - evidenciada pela criminalização primária das práticas discriminatórias das mais diversas ordens -, certo é que o discurso criminológico, em sua essência e na prática, não deixa de aplicar critérios de seletividade periculosistas quanto aos destinatários da norma penal em geral. É como se o esteio nos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade de todos, sem distinção, se bifurcasse em duas realidades penais distintas: uma evidenciando, através da pena, a altíssima preocupação estatal em rechaçar quaisquer práticas discriminatórias, em razão de raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou orientação sexual; outra que, não raro e com cada vez mais freqüência, ignora um sistema de garantias conferido a todos, sem distinção, sempre

² Trechos constantes da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1968, e da Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, de 1981.

que um “não-sujeito” sofre o poder coercitivo do Sistema. A lógica, talvez, esteja no fato de que a seletividade vitimária dos sujeitos considerados mais fragilizados compense, retoricamente, a estigmatização sofrida também pelos mais fragilizados quando na condição de autores do fato típico. Cuida-se, em poucas palavras, de um modo deformado de inclusão.

Especificamente no caso do Brasil, consoante se procurou demonstrar ao longo desta dissertação, o legislador, há mais de meio século, busca eliminar o preconceito, a discriminação e o racismo pela via da contravenção penal ou da criminalização. Constata-se, porém, que a cada alteração legislativa, visando um maior rigorismo, a justificativa do aumento do preconceito e das práticas discriminatórias das mais diversas ordens se repete. Inserem-se, assim, novos tipos penais e aumentam-se as penas cominadas em abstrato, sem se atentar para o fato de que nada adianta a intensificação da intervenção penal quando não são acionados (ou não são acionados eficientemente) outros mecanismos capazes de internalizar a consciência social acerca do problema.

No anseio de produzir uma “legislação-total” capaz de promover a igualdade de todos, de modo a eliminar as vicissitudes humanas acerca das diferenças, o legislador pátrio incorreu em equívocos substanciais. Visando efetivar o preconizado pela Constituição Federal de 1988, no tocante à eliminação do preconceito e da discriminação (artigo 3º), à punição de qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, inciso XLI) e à punição diferenciada do racismo, o legislador ordinário amalgamou o comando constitucional a uma base legislativa contravençional já existente e reconhecidamente ineficaz (Lei Afonso Arinos). Pela Lei Penal antipreconceito (Lei 7.716/89), assim, a punição a “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, prevista no comando constitucional e em consonância com os tratados e convenções acerca do tema, limitou-se a, praticamente, reproduzir um elenco positivado de contravenções, exasperando, porém, as penas cominadas.

No lastro das alterações legislativas, objetivando conferir maior rigor punitivo ao preconceito e às práticas discriminatórias, o legislador penal acabou por instituir uma panacéia no tocante ao preconceito, às práticas discriminatórias, ao racismo e à injúria por motivações raciais, étnicas, religiosas ou nacionalistas, colocando, no mesmo patamar, a proteção incidente sobre bens jurídicos supra-individuais coletivos e as lesões a bens jurídicos individuais disponíveis, como ocorre com a honra das pessoas na injúria preconceituosa.

Nesse contexto, muito embora o Direito, em regra, não estabeleça distinção quanto às noções de preconceito e de discriminação, como o fazem a Psicologia e outras áreas das Ciências Sociais, o Brasil, ao individualizar tais conceitos para fins penais, tornou-se o único país a contemplar o preconceito (e não apenas as conseqüências dele advindas) como crime, diferentemente do previsto nos tratados e convenções internacionais, bem como nos textos legais de outros países, que se ocupam da coibição das discriminações que atentem contra direitos considerados fundamentais, donde se incluem o racismo, a xenofobia, o genocídio, dentre outras práticas concretas.

Dessa forma, seja por imprecisão semântica, seja pela pretensão de se atribuir a maior proteção possível ao direito à igualdade, o fato é que a lei penal ordinária, a toda evidência, criminalizou não só a injúria preconceituosa, o racismo e a discriminação, mas o preconceito no sentido estrito de sua acepção, que, como visto, constitui uma atitude situada no plano mental interno. Todavia, partindo-se da premissa de que a lei não utiliza palavras desnecessárias, a imprecisão legislativa, na hipótese, abre espaço a um uso desmedido da atuação penal, onde os pensamentos podem ser punidos; ou, o que comumente ocorre, um esvaziamento do próprio atuar penal. E isso, porque o preconceito, embora presente, não pode, na prática, ser medido, senão por meio de um comportamento concreto, onde já se teria a discriminação – ou o racismo, se presente o aspecto ideológico. Nesse passo, consolida-se a sensação de impunidade, pois que a lei, embora existente, “não consegue ser cumprida”. Por outro lado, a mesma imprecisão legal permite que violações, que atentem concretamente contra os direitos

fundamentais e contra a dignidade da pessoa humana, não sejam adequadamente valoradas com base em um correto enquadramento. Dessa forma, fortalecem-se o sentimento de impunidade e as idéias de que “a lei tem destinatário certo” e de que “todos são iguais perante a lei, mas alguns são mais iguais que outros”.

Diante desse cenário, a maior prova da real limitação do Direito Penal em tutelar a igualdade de todos, sem distinção, encontra-se na aplicação prática da Lei Penal antipreconceito, vale dizer, no teor das decisões judiciais.

Da análise das decisões proferidas pelos Tribunais, observa-se não haver um consenso seguro acerca do que seja uma ofensa à coletividade ou apenas à pessoa da vítima, a conferir um caráter extremamente subjetivo e particularista a tais definições. Desse modo, o que comumente ocorre é a transmutação da tutela penal da igualdade em proteção da honra, já que o julgador, ao mesmo tempo em que não se sente apto a contrariar “um discurso politicamente correto”, de modo a frustrar às expectativas dos que clamam por igualdade, também se vê reticente em enquadrar determinados fatos como racismo ou discriminação racial, étnica, religiosa, enfim, pois tem dificuldade em aferir, no caso concreto, a real intenção do autor do delito. Com o enquadramento na figura típica da injúria - em que tanto o conteúdo semântico quanto às penas cominadas são menos severas - o juiz se exime, pois que bem cumpriu a prestação jurisdicional que lhe incumbia sem a culpa da proclamação injusta de um comando condenatório ou absolutório. Quanto ao agressor e ao agredido, o resgate de valores e da dignidade do ser humano e a eliminação de todas as formas do “odioso preconceito” e da impunidade são termos que permanecem jungidos ao plano da abstração da lei.

Logo, frente a uma legislação simbólica, decorrente do expansionismo protagonizado pelo Direito Penal ao longo do último século, acaba-se por produzir uma jurisprudência igualmente simbólica, que não pode frustrar a expectativa dos movimentos sociais, da opinião pública “emocionalizada”, da aplicação da lei penal - como exemplo de punição e de prevenção de novos delitos - e, por conseguinte, do próprio poder inerente à Justiça.

Eis, portanto, as disfunções da criminalização do preconceito geradas pela tutela penal da igualdade.

É de se anotar, contudo, que não se pretendeu atenuar a perniciosidade de que se reveste o preconceito; tampouco apregoar a descriminalização das práticas discriminatórias e racistas, vale dizer, os comportamentos verificáveis por meio de ações concretas que evidenciem um tratamento diferencial, segregacional e desigual, de uma ou mais pessoas, nos mais diversos âmbitos da vida social, exclusivamente, em razão de suas características culturais, étnicas, raciais, religiosas, sexuais, entre outras de ordem semelhante, alegando, indiretamente, não configurarem ataques concretos a bens fundamentais.

A crítica imposta, ao contrário, reside justamente na total impossibilidade de questões tão complexas, quanto as que envolvem a natureza do preconceito (que, quer se queira, quer não, se encontra presente em todos os indivíduos, em menor ou maior medida), serem “tratadas” como *prima ratio* pela via da punição, e da forma, no mínimo descuidada, como utilizada pelo legislador penal pátrio. É importante se ter bem presente que o sistema penal é apenas um mecanismo, que, utilizado isoladamente, não se mostra capaz de promover transformações sociais efetivas.

Em efetivo, enquanto se pretender combater a violência existente no preconceito – e, bem assim, nas práticas discriminatórias, no racismo e demais formas de intolerância –, com outra violência, a punitiva, debater-se-ão os grupos de direitos humanos, os legisladores e os julgadores em graves equívocos, sem que se promova, de fato, o respeito às diferenças e às identidades. Parafraseando García-Pablos de Molina (1995, p. 48), o aperfeiçoamento ético ou a moralização dos cidadãos é tarefa de outras instâncias de controle que não o Direito Penal.

Conclui-se, dessa forma, que a utilização do Direito Penal, para tratar de temas tão complexos como o são o preconceito, a discriminação e o racismo-sobretudo da

forma preconizada pela legislação pátria -, explícita, em verdade, a sua falta de adequação em lidar com as demandas concretas da contemporaneidade, enraizando-se, de vez, como um instrumento simbólico, que sequer se presta à função punitiva de emergência típica que vem sendo proposta no último século. Ineficiente, portanto, sob qualquer ponto de vista que se analise.

Não se pretende, com esta modesta análise, apresentar uma solução teórica para tal problemática, mas compartilhar uma apreensão crítica, de maneira a instar à reflexão a precariedade com que temas de tamanha importância e complexidade são abarcados pela lógica punitiva.

De fato, em meio a um imaginário contemporâneo simplista, o Direito Penal apresenta-se de fácil assimilação, com efeitos (simbólicos) garantidos, ofuscando, porém, a atuação de outros ramos do direito, como o administrativo e o civil, potencialmente mais eficazes no trato com tema .

Todavia, somente um processo de “subsunção às avessas” (LANDA GOROSTIZA, 2004), que diferencie plenamente o preconceito dos comportamentos discriminatórios assaz graves, imporá as bases para que, em posteriores reformas legislativas, a intervenção estatal canalize um programa em prol da tolerância alheio ao âmbito punitivo e mais próprio das regulações de direito civil, trabalhista, administrativo, aproximando-se, assim, da utilização de medidas alternativas de caráter multidisciplinar na resolução desses conflitos.

Em última análise, tem-se que as questões ligadas ao preconceito, e às suas conseqüências no tocante à discriminação, ao racismo e tantas outras formas de manifestação de intolerância, são por demais complexas, envolvendo um novo condicionamento de tempo-espço, acerca da problemática da violência, que ultrapassa o campo de atuação do Direito Penal. Insistir na criminalização, mesmo diante da sua inefetividade prática, fomenta a idéia de impunidade, seja do ponto de vista da vítima, seja na perspectiva do sujeito ativo do delito. Com isso, descredita-se o

Sistema Penal como um todo, e não se resolve o problema que, ao que consta, está para além da positivação da igualdade entre os homens.