

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A PROTEÇÃO DOS HIPOSSUFICIENTES NOS CRIMES DE
RACISMO.**

Marcelo Noguchi

Presidente Prudente/SP
2013

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A PROTEÇÃO DOS HIPOSSUFICIENTES NOS CRIMES DE
RACISMO.**

Marcelo Noguchi

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso de Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal sob orientação do Professor Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2013

A PROTEÇÃO DOS HIPOSSUFICIENTES NOS CRIMES DE RACISMO.

Trabalho de Monografia aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal.

Rodrigo Lemos Arteiro
Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, 02 de agosto de 2013.

Dedico este trabalho a minha família por todo apoio, dedicação e carinho. E a Ana Carolina por estar ao meu lado em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Ana Carolina, por sempre estar ao meu lado, me apoiando e me incentivando em todos os momentos.

Agradeço a minha mãe, a irmãos, aos meus tios Julio e Satico Sakai, aos meus primos, por me dar segurança e serenidade.

Agradeço ao meu orientador que sempre esteve presente quando precisei, sanando todas as dúvidas surgidas no transcorrer de minhas pesquisas e estudos, dando sugestões e conselhos para melhorar cada vez mais este trabalho.

RESUMO

O racismo é um delito que deixa uma marca na alma das vítimas. Quem sofre com o racismo fica marcado para o resto da vida. Suas sequelas são invisíveis aos olhos humanos, mas as vítimas sentem em suas almas a dor da discriminação.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a evolução histórica do racismo, os motivos que levam as pessoas a atuarem de forma racista, preconceituosas ou discriminatórias umas com as outras. Analisar as formas de atenuar e restringir a prática dessas condutas. Verificar o real funcionamento das medidas compensatórias de inclusão social, as chamadas políticas públicas, seus pontos positivos e negativos. As cotas raciais. Analisar a legislação pátria, verificando se a proteção dos hipossuficientes nos crimes de racismo é suficiente e eficaz ou se as normas de proteção são totalmente defasadas e ineficazes.

Palavras-chave: Hipossuficiente. Racismo. Preconceito. Discriminação. Lei nº 7.716/1989.

ABSTRACT

Racism is a crime that leaves scars in the victim's soul. Who suffers racism carries this pain throughout his life. Its damages are visible to other people's eyes, but the victims are who really feel the pain of being discriminated.

This project aims to analyse racism's evolution, the reasons some people treat a person or particular group of people differently, especially in a worse way from the way in which you treat other people. It also tries to study ways to stop this behaviour and verify how some laws and social inclusion plans, as racial quota, really work against prejudice, including its advantages and disadvantages. Analyse our country's legislation is important to understand if the laws that protect poor people from racism crimes are enough or just lagged and inefficient.

Keywords: hipossuficiente. Racism. Prejudice. Discrimination. Law No. 7.716/1989.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
2.1 Racismo na Percepção Humanitária	11
2.1.1 Racismo de Adolf Hitler	12
2.1.2 Segunda Guerra Mundial	13
2.2 Racismo no Brasil	16
2.2.1 Racismo contra os índios	16
2.2.2 Racismo contra os negros africanos	17
2.3 Lei Afonso Arinos – Lei 1.390/1951	20
2.4 Lei Caó – Lei 7.716/1989	22
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	27
3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	27
3.2 Princípio da Igualdade	30
3.3 Princípio da Legalidade	34
3.4 Princípio da Proporcionalidade	35
3.5 Princípio da Proibição da Proteção Deficiente	38
3.6 Princípio da Humanidade	39
3.7 Princípio da Vedação à Discriminação	42
4 CONCEITOS FUNDAMENTAIS	44
4.1 Hipossuficiente	44
4.2 Racismo	45
4.3 Discriminação	46
4.4 Preconceito	47
4.5 Cor	49
4.6 Etnia	50
4.7 Medidas Compensatórias De Inclusão Social	50
4.7.1 Cotas raciais	51
5 DESDOBRAMENTOS PROCESSUAIS	53
5.1 Da imprescritibilidade	53
5.2 Da inafiançabilidade	56
5.3 Das medidas cautelares	58
5.4 Da injúria racial	61
6 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	68

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo primordial uma análise do racismo e a proteção que o ordenamento jurídico traz para os hipossuficientes vítimas do *discrímen* e do preconceito racial.

Importante frisar que toda a pesquisa científica e a elaboração foram feitas através do método dedutivo baseadas em ampla pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Inicialmente é necessários tratar sobre a evolução histórica do racismo em uma percepção humanitária, passado pelo racismo e antissemitismo de Hitler até o racismo contra os africanos e índios no Brasil, todos os fatos marcantes e os motivos determinantes para a existência deste mal até os dias atuais.

Em seguida, foram analisados os princípios fundamentais do direito, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a legalidade, a proporcionalidade, a proibição da proteção deficiente, a humanidade, essenciais para a efetiva proteção dos hipossuficientes nos crimes de racismo.

Foi necessária ainda, uma análise sistemática dos conceitos utilizados na Lei 7.716/1989, tais como, racismo, discriminação, preconceito, etnia, cor, raça. E um estudo das questões correlatas, como as medidas assecuratórias de igualdade social, as ações afirmativas e as cotas raciais.

Posteriormente, foi feito um estudo das normas constitucionais aplicáveis aos crimes de racismo, como, por exemplo, a imprescritibilidade e a inafiançabilidade tratada no artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal e os desdobramentos processuais que possam acarretar.

A possibilidade de aplicação das medidas cautelares dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal ao caso concreto e a distinção fundamental do crime de racismo para a injúria qualificada pelo preconceito ou discriminação racial disposto no artigo 140, parágrafo terceiro do Código Penal.

Por fim, após uma análise minuciosa e um estudo sistemático sobre o racismo, é possível verificar que as consequências desse mal afligem as vítimas causando graves transtornos psicológicos e muitas vezes físicos e que a Lei 7.716/1989 continua obsoleta desde a sua promulgação, tendo em vista o baixo índice de casos formalizados e de condenação.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 Racismo na Percepção Humanitária

O racismo no século XIX e XX surgiu devido aos defensores da raça ariana. Para esses defensores, a raça ariana – homens brancos – seria de sangue puro e devido a isso, eram seres superiores aos demais – homens negros e amarelos. Dentre os defensores da raça ariana estavam Joseph-Auguste de Gobineau, Houston Chamberlain, Richard Wagner e, posteriormente, o mais conhecido de todos Adolf Hitler.

Graças a Frederico Max Muller, a tese da raça ariana ganhou notoriedade no meio culto e científico ao redor do mundo. Defendia a utilização do vocábulo ariano para substituir as palavras ‘indo-germânico’ e ‘indo-europeu’. Argumenta que teria existido uma só raça, um só povo, uma só língua ariana, mas, nunca foi comprovada ou identificada a existência dessa raça.

Posteriormente, Frederico Max Muller acabou rejeitando a sua tese por não conseguir prová-la, afirmando que o termo “ariano” não tinha nada a ver com o sangue, ossos, cérebro ou crânio de qualquer povo atual.

Outro grande expoente e defensor da raça ariana foi Arthur Gobineau – poeta, prosador e diplomata – defendia em toda sua plenitude a pureza da raça ariana e para isso, chegou ao extremo, recomendou o extermínio dos povos e raças mais fracos. Defendia que os ingleses e alemães eram superiores aos demais povos. Considerava os arianos uma raça divina.

Por causa da miscigenação das raças com o cruzamento dos arianos com as raças tidas por inferiores, a raça ariana foi perdendo força.

Na França, as teorias apresentadas por Gobineau não foram aceitas, e recebiam diversas críticas pelo subjetivismo das teses e pela base falsa sobre o sangue puro. E principalmente após a divulgação de um estudo feito por Gregório Mendel, onde se descobriu que a herança hereditária não era transmitida pelo sangue, mas pela sequência de genes dos cromossomos.

O arianismo ganhou mais forças e adeptos após o conflito entre o Império Francês e o Reino da Prússia, guerra conhecida como franco-prussiana, onde a França saiu derrotada pelo Reino da Prússia e seus aliados. Muitos políticos, escritores, diplomatas, jornalistas defendiam que seus países progrediam devido as excelências de suas raças.

2.1.1 Racismo de Adolf Hitler

Adolf Hitler nascido em 1889 em uma pequena cidade fronteira da Áustria com a Alemanha chamada de Braunau am Inn, filho de funcionário público. Desde cedo desenvolveu com destreza um grande interesse pelo desenho e demonstrou possuir muita habilidade com a oratória.

Devido aos desejos de seu patrono, que era torna Hitler um funcionário público, a relação entre os dois ficou estremecida. Hitler tinha o desejo de ser pintor, idéia totalmente rechaçada por seu pai que não aceitava ter um filho pintor ou artista.

No ano de 1913, Hitler mudou-se para a cidade de Munique. Alistou-se voluntariamente para o exército alemão e devido às feridas sofridas na Primeira Guerra Mundial recebeu a medalha Cruz de Ferro.

Após a primeira guerra mundial permaneceu no exército alemão e filiou-se ao Partido Alemão dos Trabalhadores. Nesse período começou a desenvolver a ideologia antissemita e passou a ser um dos defensores da teoria goblinista, defendendo a pureza da raça ariana.

Utilizando-se de sua habilidade na oratória, rapidamente ganhou status e respeito de todos os participantes do partido e em 1921 criou o Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães ou amplamente conhecido como Partido Nazista. Tornou-se líder absoluto do partido.

A partir da criação do partido nazista, Hitler passou a desenvolver publicidade em torno de sua imagem pessoal e das idéias antissemita e racistas. Criticava asperamente os judeus, capitalistas, homossexuais, comunistas e com isso, passava a atrair cada vez mais simpatizantes para sua causa.

Alegava em seus discursos racistas e antissemita que a derrota da Alemanha e dos Impérios centrais na primeira guerra mundial ocorreu por causa da miscigenação de raça, já que a raça ariana estava sendo contaminada por outras raças. A raça ariana tinha perdido sua pureza. Passou a defender o extermínio dos judeus para que a raça ariana fosse preservada. Conforme ensina Adelino Brandão (2002, p. 39):

“Pode-se dizer que os 6 milhões de judeus e outras etnias sacrificadas durante a dominação hitlerista na Europa, o foram em nome da eugenia nórdica, ariana ou alemã. Conforme a política nacional socialista, somente com o extermínio da ‘raça judaica’ e dos negros, seria alcançada uma solução para o problema da decadência da ‘raça branca’ e da arianização total da Alemanha”.

Hitler criou diversos campos de concentrações e muitas leis antissemita e racistas. Posteriormente, esses campos de concentrações tornaram-se verdadeiros campos de extermínio de judeus, onde estimam que o número de vítimas possa chegar a seis milhões de pessoas.

Ninguém sabe ao certo de onde vinha tanto ódio e tanto rancor de Hitler com os judeus. Do porque desse preconceito e discriminação. Alguns historiadores defendem a idéia de que Hitler tinha origem judaica e para afastar tais rumores resolveu exterminá-los e para outros, Hitler resolveu culpar os judeus pelas frustrações do passado ao tentar tornar-se um artista.

A história mundial demonstra que Adolf Hitler foi um dos maiores e mais cruéis ditadores de todos os tempos e os alvos de seu racismo eram os homossexuais, ciganos, intelectuais, refugiados, prisioneiros de guerra e deficientes. Mas sem dúvida alguma, os que mais sofreram com a fúria e o racismo de Hitler foram os judeus, que foram duramente perseguidos, atacados, banidos, e por fim, dizimados nos campos de concentração e extermínio.

2.1.2 Segunda Guerra Mundial

Após o final da primeira guerra mundial e a assinatura do Tratado de Versalhes, a Alemanha foi responsabilizada pelo conflito e por todas as sequelas oriundas dele. O Tratado de Versalhes impôs uma série de exigências para os países da Tríplice Aliança, dentre elas o pagamento de indenizações milionárias aos países atacados e a desmilitarização.

A derrota da Alemanha e a abdicação do imperador Guilherme III, impôs ao país a instituição da Constituição da República de Weimar.

A Constituição de Weimar foi totalmente inovadora para a época. Estabeleceu a criação de um parlamento, votado por sufrágio universal e um presidente com mandato de sete anos. E ainda, estabeleceu direitos e deveres dos cidadãos e as políticas públicas.

Mas, a instituição do regime republicano sofreu diversas críticas por partes dos monarquistas que não aceitavam a instituição do novo governo. A inflação na Alemanha não parava de subir devido aos pagamentos compulsórios das indenizações pós-guerra.

Adolf Hitler aproveitando-se do momento turbulento em que o país vivia, tentou sem êxito, um golpe de estado e acabou preso. Condenado a cinco anos de prisão, cumpriu somente nove meses.

Num período de cinco anos a Alemanha voltou a crescer economicamente, graças a um empréstimo feito pelos Estados Unidos, mas em 1929 com a crise da bolsa de Nova York a Alemanha voltou para a crise e consequentemente, abriu espaço para a ascensão de Adolf Hitler e do nazismo. Após a crise da bolsa de Nova York a Alemanha sofreu uma das piores crises de sua história. O número de desempregados subiu de maneira frenética e a moeda alemã desvalorizou.

Em 1933 Adolf Hitler foi nomeado chanceler. A crise no país estava em proporções astronômicas. Aproveitando o caos, Hitler passou a prometer trabalho para todos e o fim da crise econômica e social. E ainda, passou a defender o descumprimento do Tratado de Versalhes, o anticomunismo, o antisemitismo e o racismo.

No ano seguinte com a morte de Hindenburg, Hitler tornou-se chanceler e presidente, possuindo o poder total e absoluto do país. Iniciava a era da ditadura nazista de Hitler e conseqüentemente, a caçada aos comunistas e aos judeus.

Em pouco tempo, Hitler conseguiu reerguer a Alemanha recuperando a economia do país e diminuindo drasticamente os índices de desemprego. Reestruturou o serviço militar, expandiu as fronteiras territoriais com a ocupação de Renânia e aumentou consideravelmente o armamento militar do país.

Hitler almejava um sonho de ver toda população alemã em um mesmo território. Baseado nisso, passou a expandir as fronteiras da Alemanha, anexando a Áustria e posteriormente a região de Sudetos, que pertencia a Tchecoslováquia. A intermediação da reivindicação da região de Sudetos contou com o auxílio e participação de Mussolini que a partir de 1936 tornou-se um grande aliado de Hitler.

A ambição do ditador alemão não saciava e em 1939, Hitler conseguiu anexar ao território da Alemanha a Tchecoslováquia. Fez um acordo de não agressão com o ditador russo Josef Stálin. E em setembro do mesmo ano, Hitler invadiu a Polônia e deu início a Segunda Guerra Mundial.

Um dos fatos mais marcantes da Segunda Guerra Mundial que chocaram o mundo, por sua brutalidade e por ofensa aos Princípios fundamentais do homem foi à criação dos campos de concentração e extermínio, a qual era confinada todos os nazistas capturados em guerra e nos países invadidos por Hitler.

Estima-se que na época da Alemanha nazista, o país chegou a ter aproximadamente novecentos campos de concentração e extermínio. O mais conhecido deles, Auschwitz I, virou um símbolo do holocausto, chegando a executar seis mil judeus por dia. Posteriormente, foram criados os campos de concentração e extermínio Auschwitz II e III.

Os judeus considerados mais jovens e fortes eram encaminhados aos campos de trabalho e muitas vezes alguns eram selecionados pelos médicos dos campos de concentração que faziam diversas experiências médicas com eles.

As crianças, mulheres, idosos, deficientes, doentes que não serviriam para o trabalho braçal eram executados na câmara de gás. Estima-se que entre um

milhão e cem mil a um milhão e quinhentos mil pessoas morreram no campo de concentração e extermínio Auschwitz I e que noventa por cento dessas mortes eram judeus.

A barbárie praticada pelos nazistas marcou toda humanidade. Baseada na existência de uma raça superior, a chamada “raça ariana”, Hitler dizimou milhões de pessoas, espalhando o ódio, o racismo, o preconceito e a discriminação contra todos e contra tudo.

2.2 Racismo no Brasil

2.2.1 Racismo contra os índios

No Brasil, os primeiros contatos entre o homem branco europeu (portugueses) e os índios foram por volta do ano de 1500 (mil e quinhentos) com a tripulação de Pedro Álvares Cabral. Inicialmente pacífico, nos primeiros contatos, não houve manifestações preconceituosas ou qualquer tipo de racismo por parte dos portugueses, bem como por parte dos índios.

A partir do momento em que os portugueses passaram a explorar as terras conquistadas e, conseqüentemente, afrontar os valores culturais e os interesses dos indígenas, o pacifismo existente entre eles deixou de existir e os índios passaram a resistir à ocupação portuguesa, como bem expõe Adelino Brandão (2002, p. 62/63):

“Quando estes passaram a resistir às pretensões dos colonos, que os reduziam a trabalho escravo, na extração do pau Brasil, nas lavouras, nos trabalhos manuais pesados e no transporte de cargas, como animais, então, passaram a ser considerados pelos conquistadores como gente ‘sem razão’, um pouco acima dos brutos irracionais, carentes de Fé, Lei e Rei”.

Inicialmente, quando os descobridores do Brasil começaram a colonização do país, passaram a utilizar-se dos índios como escravos, consideravam-nos como povos bárbaros e que não possuíam responsabilidades do

homem civilizado para cuidar e administrar suas terras e por isso, os homens brancos eram considerados superiores.

O racismo e preconceito antes inexistentes aumentavam com o passar dos anos, conforme a população branca portuguesa aumentava.

Mas, para se impor como grupo dominante, os portugueses colonizadores travaram prolongadas batalhas contra os indígenas e, conseqüentemente, acarretando no aniquilamento e dizimação de diversas tribos indígenas.

Devido à guerra entre os colonizadores e os índios, a Coroa portuguesa editou diversas normas jurídicas, estabelecendo o direito dos colonos escravizarem os indígenas, desde que respeitadas algumas condições como, por exemplo, os índios presos em guerra justa. E, nas palavras de Adelino Brandão (2002, p. 64):

“Entendia-se por ‘guerra justa’ aquela feita em legítima defesa; ou a que fosse promovida pelo Estado contra as tribos que se recusassem a se submeter à autoridade de El-rei e seus representantes, ou entrar em entendimentos com os colonos. Também deviam ser guerreados os índios que se recusassem a receber a fé católica e se obstinassem na prática da antropofagia, da pajelança, etc.; ou se aliassem aos inimigos dos portugueses, na Colônia”.

Analisando essas normas jurídicas impostas pela Coroa portuguesa para submeter os indígenas à escravidão, verifica-se que todos os dispositivos dessas normas eram contrários a tudo aquilo que os indígenas defendiam. A cultura, a religião, o modo de viver dos indígenas é totalmente diferente das demais civilizações e impor a eles um modo de agir, seria afrontar tudo aquilo que eles defendem e acreditam.

Assim, nascia o preconceito e o racismo contra os indígenas, que até os dias atuais estão presentes.

2.2.2 Racismo contra os negros africanos

Após o período em que os portugueses colonizadores exploraram a mão de obra escrava indígena e verificando a necessidade de mão de obra para a exploração dos engenhos de cana de açúcar, deu-se início à importação de africanos para trabalhar nas lavouras canavieiras. Posteriormente, utilizou-se da mão de obra escrava nas plantações de café, algodão, entre outras.

O tratamento dado aos negros africanos não era diferente ao dos índios. Citando Maria Luiza Tucci Carneiro (1999, p. 10):

“Com relação aos negros, a situação não foi diferente. Tratando-os como seres inferiores, verdadeiros animais ou objetos, o grupo dominante encontrou um pretexto para explorá-los como mão de obra escrava. Eram ridicularizados por seu aspecto físico ou por seus costumes e, sob pretexto de que possuíam sangue impuro, estavam proibidos de exercer cargos públicos, militares e religiosos”.

No período colonial as atividades consideradas degradantes eram exercidas pelos negros. E cabia à parte da população branca as atividades e profissões intelectuais, religiosas e principalmente, os cargos de poder.

Os negros africanos eram considerados inferiores devido à cor de sua pele, e, por causa dessa condição, eram passíveis de serem escravizados. A dominação dos senhores exercida contra os negros africanos teve como maior consequência o racismo.

Mas, o processo de escravidão negreiro não foi tão simples. Tentando insurgir contra colonos portugueses opressores, os negros utilizavam-se da força armada e das insurreições violentas. Uma das formas mais marcantes da resistência dos negros africanos foi a criação dos quilombos, o qual mais conhecido foi o de Palmares, liderado por Zumbi e durou por quase um século. Em 1694 foi destruído e teve seu líder morto.

O tráfico negreiro ocorreu durante quatro séculos, por volta do ano de 1530 até 1850, quando houve a criação da Lei Eusébio de Queiroz, proibindo o tráfico negreiro para o Brasil. Estima-se que nesse período tenham entrado no país aproximadamente três milhões e quinhentos mil a dezoito milhões de escravos.

Após a criação da Lei Eusébio de Queiroz, o tráfico negreiro diminuiu, mas, internamente, o comércio de negros continuou, já que houve uma supervalorização dos escravos.

No período do Brasil colônia, os colonos portugueses possuíam além da esposa, uma mulher branca, outra ou outras amantes que seriam as escravas negras. E desses relacionamentos extraconjugais nasciam os mulatos, filhos de branco com negro.

Até a promulgação da Lei do Ventre Livre em 1871, os filhos de escrava, não importando se fosse mestiço – pai branco e mãe escrava negra –, seriam considerados escravos. Assim, a miscigenação contribuiu de forma intensa para o aumento da população escrava. E nas palavras de Amaury Silva e Arthur Carlos Silva (2012, p. 23):

“Em 28 de setembro de 1871, entra em vigor a Lei n. 2.040, intitulada Lei do Ventre Livre, também conhecida como Lei Rio Branco, assinada pela Princesa Isabel, concedendo a liberdade a todos os filhos que nasciam de mulheres escravas, a partir da mencionada data. Havia duas possibilidades para essas crianças: serem criadas pelos senhores de suas mães até os oito anos de idade, e partir dessa faixa etária estes senhores poderiam optar em utilizar dos seus serviços até os 21 anos de vida, ou entregá-los aos cuidados do governo monarquista mediante uma indenização pecuniária, deixando-os totalmente livres”.

Dezessete anos após a promulgação da Lei do Ventre Livre, a Princesa Isabel, assinou a Lei Áurea, e em 1888 ocorreu a abolição da escravidão no Brasil.

A Lei Áurea tornou os afrodescendentes livres, mas devido toda a opressão sofrida durante esses quatro séculos, e sem políticas públicas pós-abolição, sem uma legislação que garantissem os direitos básicos de sobrevivência dos ex-escravos, estes sofreram com o preconceito social e racial, pois foram lançados ao mundo sem dinheiro, sem estudos, sem condições de viver uma vida digna e adequada. Vivendo em total desigualdade com os brancos.

Após a abolição, os ex-escravos trabalhavam para receber míseras compensações que eram insuficientes para supri-lhes as necessidades básicas e fundamentais. E muitos continuavam a trabalhar para os senhores da fazenda, tendo em vista que não possuíam condições de sobreviver no mundo afora.

Passados mais de 120 anos da abolição, os descendentes dos escravos africanos ainda colhem os frutos dos quatro séculos de escravidão, quando o racismo e o preconceito racial geraram graves sequelas para todos eles. É evidente que os negros, mulatos e índios que vivem atualmente no Brasil não sofreram diretamente com a escravidão, quiçá seus pais sofreram com ela. Mas, as consequências desse período atingiram de forma indireta todos eles.

2.3 Lei Afonso Arinos – Lei 1.390/1951

A primeira legislação brasileira a tratar do racismo foi a Lei nº. 1.390 de julho de 1951, que ficou conhecida como ‘Lei Afonso Arinos’.

Afonso Arinos de Melo Franco era escritor, membro da Academia Brasileira de Letras, foi deputado federal, senador e Ministro das Relações Exteriores e faleceu no ano de 1990. É o autor do projeto de lei que originou a primeira lei antirracismo do Brasil.

Um dos fatores determinantes para o surgimento histórico da lei antirracismo ocorreu no ano de 1950, quando um hotel de luxo em São Paulo negou hospedagem à bailarina negra norte-americana Katherine Dunhan. Esse fato ganhou notoriedade em toda imprensa e conseqüentemente, repercussão no Congresso Nacional.

Outro fator de extrema importância para o surgimento da lei é um fato que ocorreu na vida pessoal do autor do projeto. Afonso Arinos possuía um motorista negro que trabalhava para sua família há mais de trinta anos, e que um dia, ao ir uma confeitaria na cidade do Rio de Janeiro, teve sua entrada barrada por ser negro. Esse fato, juntamente com o ocorrido com Katherine Dunhan foi o estopim para o surgimento da primeira legislação antirracista no Brasil.

As condutas na Lei 1.390/1951 foram classificadas como meras contravenções penais e tutelavam somente os atos resultantes de preconceito de raça ou de cor. Algumas críticas surgiram contra a nova legislação antirracismo, conforme elucida o mestre Christiano Jorge Santos (2010, p.66):

“As principais críticas ao diploma legislativo decorreram, como já dito, da classificação das condutas como meras contravenções penais e da conseqüente brandura das penas que, no máximo, chegavam a um ano de prisão simples e, em geral, eram de quinze dias a três meses ou multa. Também muito se questionou sobre a tipificação das condutas, entendidas como pouco abrangentes, nada mais sendo uma contravenção que mera variação da outra, gerando a dificuldade de aplicação da lei”.

E ainda, alguns doutrinadores criticavam asperamente a classificação inicial do racismo como mera contravenção e argumentam que o dano causado pelo racismo atinge não só a vítima do preconceito, mas a sociedade em si. E por isso, a classificação jurídica do preconceito de raça e de cor deveria ser mais grave e ser transformado em crime. E para Kátia Elenise Oliveira da Silva (2001, p. 33):

“O fato de ter a prática de preconceito de raça e de cor ingressado no Direito Penal como contravenção e, por isso, ser apenada de forma muito modesta, em vista da gravidade e do transtorno social que causa esta discriminação, mas de forma mediata toda uma sociedade, que se vê abortada de muitos talentos, também levou a descontentamentos por parte de seguimentos da sociedade que lutava contra o racismo”.

Muito se discutia sobre a verdadeira eficácia da ‘Lei Afonso Arinos’, pois a sua aplicabilidade no caso concreto tornou se extremamente rara e desde a sua promulgação foram pouquíssimos os casos em que houve a condenação do agente infrator pela prática das condutas descritas na Lei.

Afonso Arinos defendia que a Lei nº. 1.390/1951 possuía certa eficácia. Alegava que ela funcionava no inquérito policial e eram raros os casos em que a conclusão se dava na fase judicial. Dizia que a lei possuía uma conotação sociológica e não jurídica.

Mesmo após diversas críticas e pressão por parte significativa da sociedade, poucas alterações ocorreram na Lei 1.390/1951 até a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Após as inúmeras críticas feitas a Lei Afonso Arinos, somente em dezembro de 1985 surgiu uma lei que ampliou as formas de discriminação e preconceito: a Lei nº. 7.437/1985.

Esta lei alterou a redação da ‘Lei Afonso Arinos’ incluindo o preconceito por estado civil e por sexo e incluiu novos tipos penais à legislação.

A alteração legislativa não teve muito efeito e eficácia, pois as maiores críticas feitas à ‘Lei Afonso Arinos’ era sobre o fato do preconceito de raça e cor ser considerados mera contravenção penal e grande parcela da sociedade tinha o anseio de ver o racismo ser considerada crime e não uma simples infração penal.

2.4 Lei Caó – Lei 7.716/1989

O projeto de lei 688/1988 que deu origem à Lei 7.716/1989 foi proposta pelo advogado, jornalista e ex-deputado federal, Carlos Alberto Caó Oliveira Santos, por isso, ficou amplamente conhecida como ‘Lei Caó’.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei 7.716 de janeiro de 1989, trouxe uma grande alteração legislativa nas normas que tratavam sobre o preconceito de raça e cor.

Primeiramente, as condutas resultantes em racismo ou preconceito de raça ou cor deixaram o status de meras contravenções penais e passaram a ter status de crime. E ainda, conforme a Constituição Federal de 1988, o racismo passou a ser um crime inafiançável e imprescritível, demonstrando e reforçando ainda mais a gravidade deste crime.

Outra alteração significativa que a Lei 7.716/1989 trouxe para o ordenamento jurídico foi o aumento das penas impostas. Antes a pena máxima poderia chegar a um ano de prisão simples e após a Lei Caó, a pena máxima passou a ser de cinco anos de reclusão.

Por causa da ineficácia da Lei Afonso Arinos – Lei 1.390/1951 –, as vítimas dos crimes de racismo ou preconceito acabavam não procurando seus direitos, e muitas vezes, deixavam de fazer a denúncia contra o agente infrator. Para tentar solucionar esse problema, foram criadas em algumas cidades, delegacias especializadas em crimes raciais.

Ocorre que mesmo após a criação das delegacias especializadas, a Lei 7.716/1989 mostrou-se ineficaz, como destaca Kátia Elenise de Oliveira da Silva (2001, p. 66):

“Nestas delegacias especializadas ficou mais facilmente comprovada a fragilidade da Lei Caó que, por prever tipos casuísticos, fazia com que a maioria dos boletins de ocorrência fossem classificados como crimes de difamação ou injúria (artigos 139 e 140, *caput*, respectivamente, do Código Penal)”.

E quando o inquérito policial era remetido ao Ministério Público para promover a denúncia, a vítima percorria um longo e árduo caminho para que o agente infrator fosse condenado pela prática do crime de racismo.

Até porque o racismo normalmente é praticado por meios dissimulados e por isso, comprovar que o agente infrator agiu com dolo torna-se totalmente dificultoso para a vítima.

O artigo 1º da Lei 7.716/1989 dispõe o seguinte: *“serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”*. Analisando comparativamente com o artigo 1º da Lei 7.437/1985 que alterou a redação da Lei Afonso Arinos é possível verificar que a Lei Caó não adotou a expressão ‘preconceitos de sexo ou de estado civil’.

A ausência dessa proteção legal na Lei Caó vem gerando uma pequena discussão sobre a vigência da Lei Afonso Arinos. E o mestre Christiano Jorge Santos leciona (2010, p. 72):

“Em 20 de dezembro de 1985 foi promulgada a Lei nº 7.437, que modificou a ‘Lei Afonso Arinos’. Merece realce, inicialmente, o significativo acréscimo da abrangência das normas brasileiras antidiscriminação, por aumentar a gama das possíveis vítimas. Além do preconceito de raça e de cor, passou-se a prever como infração penal também o preconceito por sexo ou estado civil, hipóteses hoje não abarcadas pela Lei nº 7.716/89, o que já permite tecer importante consideração: continua em vigência a ‘Lei Afonso Arinos’, ao menos em parte, em virtude do texto legal da Lei nº 7.437/85, *no que pertine aos preconceitos de sexo ou de estado civil*, fato que vem sendo ignorado por quase todo o mundo jurídico”.

Conforme o posicionamento do mestre Christiano Jorge Santos, seria possível aplicar a Lei Afonso Arinos quando houver discriminação ou preconceito por sexo ou estado civil, já que estas situações não são acobertadas pela Lei Caó.

Analisando sucintamente, a Lei 7.437/1985 considerava a conduta de discriminação ou preconceito por sexo ou estado civil como uma mera contravenção penal, onde a pena máxima poderia chegar a um ano. Afinal, somente após a Lei

7.716/1989 que a conduta preconceituosa e discriminatória passou a ter um status de crime.

Assim, se o dispositivo em questão continua em vigor, mesmo que parcialmente, o agente infrator seria condenado pela prática de uma contravenção penal e não de um crime, pois a analogia “*in malan partem*” é vedada no direito penal.

Portanto, um indivíduo que pratique uma conduta discriminatória contra um homem homossexual, proibindo-lhe de entrar nos chamados Clubes das Mulheres, por exemplo, seria processado e quiçá condenado por uma infração penal, e sua pena não passaria de um ano de prisão simples.

Já um indivíduo que pratique uma conduta discriminatória ou preconceituosa contra um afrodescendente, receberia uma pena muito mais severa, pois responderia pelo crime de racismo, quando a pena máxima poderia chegar aos cinco anos de reclusão, não cabendo fiança e sendo imprescritível.

Em contraposição ao pensamento de Christiano Jorge Santos, o mestre Guilherme de Souza Nucci defende que, nos casos de discriminação ou preconceito por sexo ou estado civil, não seria possível aplicar a Lei 7.437/1985.

E ainda, argumenta que quando ocorrer qualquer tipo de segregação em razão do sexo ou do estado civil, essas condutas racistas seriam enquadradas na Lei 7.716/1989. Fundamenta seu posicionamento defendendo que quando é possível identificar um grupo que, por suas características, possam sofrer preconceito ou discriminação – por exemplo, homens, mulheres, casado, solteiro, viúvo – poderão ser considerados um grupo racial e, conseqüentemente, aplicar a Lei 7.716/1989.

E nas suas palavras (2010, p. 307): *e como temos sustentado, havendo algum grupo bem delimitado, facilmente identificável, sujeito a manobras de segregação, parece-nos válida a sua inclusão no contexto da discriminação racial.*

Por fim, verificando a redação do artigo 1º da Lei 7.716/1989 é possível perceber a inexistência da expressão “orientação ou opção sexual”, atualmente, uma forma de preconceito ou de discriminação que vem aumentando gradativamente contra os homossexuais.

E pelo fato de não existir dispositivos legais que tratam sobre o assunto, como proceder quando ocorrer o preconceito ou discriminação por causa da opção sexual da vítima? Guilherme de Souza Nucci defende que deverá aplicar a Lei 7.716/1989, pelo fato dos homossexuais serem por ele, considerados um grupo racial. E expõe da seguinte forma (2010, p. 304):

“Portanto, raça é um termo infeliz e ambíguo, pois que dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmo caracteres somáticos como também um grupo de pessoas que comunga de idéias ou comportamentos comuns, ajudando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados como grupo racial”.

E exemplifica (2010, p. 305):

“Impedir a entrada, por exemplo, em um estabelecimento comercial, de pessoa pobre, é pura discriminação. Embora pobreza não seja, no critério simplista do termo, uma raça, é um mecanismo extremamente simples de se diferenciar seres humanos.

[...]

Logo, ser ateu, homossexual, pobre, entre outros fatores, também pode ser elemento de valoração razoável para evidenciar a busca de um grupo hegemônico qualquer de extirpar da convivência social indivíduos indesejáveis”.

O preconceito ou a discriminação contra os homossexuais merecem um pouco mais de atenção por parte dos nossos legisladores, afinal, esse grupo vem sofrendo constantes ataques homofóbicos e demonstrações claras de intolerância.

Conforme já dito, a Lei 1.390/1951 – Lei Afonso Arinos – recebeu muitas críticas e questionamentos a respeito de sua verdadeira eficácia, já que no caso concreto eram poucas as condenações por racismo.

Buscando tornar a proteção da vítima hipossuficiente mais eficaz, combatendo o preconceito ou a discriminação, a Lei 7.716/1989 ampliou o campo de proteção normativo incluindo em seu texto as expressões etnia, religião, procedência nacional, mas acabou retirando as expressões “sexo ou estado civil”. E nos tipos

penais, que sofreram poucas alterações, houve uma ampliação dos espaços onde os crimes raciais poderiam ocorrer.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Um dos direitos fundamentais que vem ganhando cada vez mais ênfase e importância em todo o ordenamento jurídico nacional e internacional é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Antes de entrar na análise do princípio se faz necessário apresentar um conceito sobre o que é direito fundamental.

Devido à transformação em que a sociedade sofreu nos últimos tempos e conseqüentemente, o direito, a conceituação exata do que seria um direito fundamental, tornou-se extremamente difícil.

E ainda, a utilização de diversas expressões, como por exemplo, direitos humanos, direitos dos homens, direitos naturais, direitos inatos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e entre outras expressões faz com que o conceito de direitos fundamentais fique cada vez mais difícil.

Ocorre que utilizar essas expressões como se fossem sinônimas de direitos fundamentais seria um equívoco porque cada expressão acima mencionada adquire um significado diverso.

Por exemplo, a expressão direito natural, que se refere aos direitos inerentes ao ser humano, à natureza humana, conforme leciona José Adércio Sampaio Leite (2004, p. 8):

“Direitos humanos seriam os direitos válidos para todos os povos ou para o homem, independente do contexto social em que se ache imerso, direitos, portanto, que não conhecem fronteiras nacionais, nem comunidades éticas específicas, porque foram afirmados – declarados ou constituídos a depender da visão dos autores – em diversas cartas e documentos internacionais como preceitos de jus cogens a todas as nações obrigar, tendo por começo exatamente a Declaração Universal de 1948”.

Essa expressão perdeu força, pois tais direitos não são provenientes da natureza humana, já que encontram seu fundamento nas relações sociais de cada época.

Assim, direitos fundamentais do homem é o termo que melhor se enquadra neste estudo. E nas palavras de José Afonso da Silva (2005, p. 178):

“Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas”.

(...)

“Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente no artigo 17”.

Feito esses breves comentários sobre direitos fundamentais, iremos analisar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Historicamente, a dignidade da pessoa humana demorou a ser tratada como um dos pilares essenciais da sociedade.

Nos séculos passados, o homem era tratado como um objeto, como uma mercadoria, por exemplo, no período colonial até o final do Império, o Brasil sofreu de um mal que até os dias atuais colhe seus frutos, a escravidão. Inicialmente, a colônia portuguesa escravizou os indígenas encontrados no Brasil, e, posteriormente, trouxe escravos africanos.

Essa prática perdurou até o ano de 1888 com a assinatura da Lei Áurea, e conseqüentemente, ocorreu a abolição da escravidão.

No plano internacional, o período mais marcante foi a época da Alemanha Nazista de Adolf Hitler, quando foram criadas diversas leis racistas e diversos campos de concentração, que posteriormente acabaram tornando-se campos de extermínio de judeus.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial e a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é que houve o resgate da dignidade da

pessoa humana como um valor inerente a todos os seres humanos. O homem passou a ser o centro do universo jurídico, e deixou de ser visto como um objeto.

Os principais documentos que tratam sobre a tutela dos homens, seja no plano nacional ou internacional, trazem em seus artigos a proteção da dignidade da pessoa humana.

A Carta das Nações Unidas de junho de 1945, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos trazem em seus preâmbulos referências à dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada na Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, destaca em seu artigo primeiro: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em **dignidade** e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. (grifo nosso)

Já a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, inciso III dispõe:

“Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

(...)

Portanto, é evidente a importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em todo o ordenamento jurídico, já que a Declaração Universal dos Direitos Humanos o traz em seu artigo primeiro, bem como a própria Constituição o traz como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Nas sábias palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 60), dignidade da pessoa humana pode ser conceituada da seguinte forma:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para a vida

saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destino da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos”.

A dignidade da pessoa humana, por ser inerente à condição humana independe de qualquer dispositivo legal reconhecendo-o e busca tutelar todos os homens, independentemente de sua origem, raça, cor, opção sexual.

Conforme Guilherme de Souza Nucci, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana possui dois prismas (2012, p. 46):

“Objetivamente, envolve a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades vitais básicas, como reconhecido pelo art. 7º, IV da Constituição, ao cuidar do salário mínimo (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social). Inexiste dignidade se a pessoa humana não dispuser de condições básicas de vivência. Subjetivamente, cuida-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento quando passa a desenvolver sua personalidade, entrelaçando-se em comunidade e merecendo consideração, mormente do Estado”.

Portanto, a dignidade da pessoa humana passou a ter um papel de extrema importância em todo o ordenamento jurídico nacional e internacional. Tendo um valor constitucional supremo, agregando em torno de si os demais direitos fundamentais do homem, ou seja, o direito à vida, à honra, à intimidade, entre outros que são consequências da consagração deste Princípio.

3.2 Princípio da Igualdade

A notória expressão de Aristóteles, *“a igualdade consiste em aquinhoar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade”*, define de forma esplendida o que seria igualdade.

Analisando intrinsecamente o Princípio da Igualdade deve se observar as duas vertentes que surgem desse princípio. A primeira é a igualdade formal, que é aquela disciplinada nos textos constitucionais, “na letra fria da lei”.

A Constituição Federal dispõe no artigo 5º, *caput*:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]”

Observa-se que o presente enunciado apresenta que todos são iguais perante à lei e a sua aplicação será igualitária para todos, não levando em conta as distinções existentes entre cada pessoa, já que em sua essência, cada indivíduo é único, tendo suas características físicas, seus pensamentos, sua religião, sua raça, sua cor, seu agir, diferentes uns dos outros. É a igualdade formal.

A segunda vertente é a igualdade material, que basicamente é o instrumento de aplicação e concretização da igualdade formal no caso concreto. É um objetivo, uma meta a ser buscada pela sociedade e principalmente pelo Estado. A igualdade material possui, ainda, uma função de extrema importância no ordenamento jurídico e na sociedade em geral, já que limita a atuação dos particulares e da própria autoridade pública impedindo a prática de atos preconceituosos ou discriminatórios.

O artigo 7º, inciso XXX da Constituição Federal demonstra claramente essa limitação:

Artigo 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXX – proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

[...]

Portanto, não basta existir somente a igualdade formal, conforme o artigo 5º, *caput* da Constituição Federal dispõe, se faz necessária a busca pela igualdade material, pela igualdade substancial entre os indivíduos.

Assim, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Igualdade é uma diretriz interpretativa, conforme elucida o Mestre Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 113):

“A igualdade é a *regra de ouro*, que serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais. *Regra de ouro* no sentido de mandamento nuclear de todo o produto constitucional legislado, pois todas as demais prescrições desta Constituição convergem-se a ela”.

Muitas vezes, para se buscar a igualdade material é necessário um tratamento desigual entre os indivíduos. Por exemplo, ocorreria uma afronta ao Princípio da Igualdade se uma mulher grávida exercesse o mesmo serviço e com a mesma intensidade que um homem, já que colocaria em risco a vida do seu feto e até mesmo a sua vida.

Ou ainda o tratamento igualitário entre homens e mulheres em um concurso público, onde, por exemplo, um dos requisitos para a admissão são as chamadas provas físicas, quando homens e mulheres terão que correr determinadas distâncias, fazer barras, entre outras atividades.

É notório que o homem possui aptidão física, em termos de força e resistência, maiores do que as mulheres. E assim, não seria justo e ofenderia o Princípio Constitucional da Igualdade se homens e mulheres tiverem que fazer o mesmo tipo de prova.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 540):

“[...], Constituição Federal, em vários momentos, impõe ao Poder Público a promoção de medidas (normativas e fáticas) com vistas à redução das desigualdades, ou seja, o que, dito de outro modo, implica um dever de adotar políticas de ações afirmativas, no sentido de uma imposição constitucional cujo descumprimento poderá levar a um estado de omissão constitucional”.

A própria Constituição Federal traz diversos dispositivos que tratam a mulher e o homem de maneiras distintas. Por exemplo, o artigo 40, parágrafo primeiro, inciso III, alínea “a”, ao dispor que a mulher ao completar cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição previdenciária poderá voluntariamente pedir sua aposentadoria, enquanto para o homem a idade para se aposentar é superior, qual seja, sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição.

Esse tratamento discriminatório dado pela Constituição Federal justifica-se porque a mulher além de trabalhar o dia inteiro no seu serviço terá ao

final do dia as tarefas domésticas para realizar, já que normalmente essas tarefas são executadas por elas sem a ajuda dos maridos. Conforme exemplifica o ilustre doutrinador José Afonso da Silva (2005, p. 218):

“Justifica-se essa norma discriminatória? Achamos que sim, na medida em que à mulher incumbem as tarefas básicas da casa, pouco ajudada pelo marido. Ela tem assim uma sobrecarga de serviços que é justo seja compensada pela aposentadoria com menor tempo de serviço e de idade”.

Portanto, para que o Princípio da Igualdade ou Isonomia seja alcançado em toda sua essência e plenitude é necessário buscar a harmonia entre a igualdade formal e a igualdade material e se necessário, a aplicação nos casos concretos das chamadas ações afirmativas.

Por fim, é importante salientar que o Princípio da Igualdade possui um tríptico objetivo: o primeiro é limitar o legislador na elaboração e criação de novas leis, não podendo criar normas que acarretem uma desigualdade excessiva, uma desigualdade abusiva, como por exemplo, a criação de universidades exclusivamente para alunos “brancos”. Ou ainda, permitir que o Estado crie medidas para diminuir as desigualdades, conforme leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p. 27):

“O imperativo do tratamento desigual dos que estão em situação desigual na medida em que se desigualam impõe, por exemplo, ao legislador o estabelecimento de leis especiais, que protejam determinadas categorias. Para isso, editam-se leis destinadas a amparar os economicamente fracos: os trabalhadores; os mal alojados; os inquilinos, e assim por diante”.

O segundo objetivo é voltado para as autoridades públicas, para os órgãos públicos. Por exemplo, um magistrado que deixa de aplicar o direito de forma isonômica, beneficiando uma das partes por esta ser seu amigo íntimo.

E o terceiro e último objetivo do Princípio da Igualdade ou Isonomia diz respeito aos particulares nas relações privadas. Um indivíduo não pode agir de forma discriminatória perante seus semelhantes, tratando-os com atos de preconceito e racismo, devido às diferenças de opção sexual, raça, cor, etnia, religião, entre outras.

3.3 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e vem consagrado na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso II: *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

De acordo com esse Princípio, somente a lei poderá restringir ou permitir que os indivíduos de uma sociedade pratiquem ou não determinados atos. É direcionado tanto para os Poderes Públicos como para os particulares, conforme elucida Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 542/543):

“Como viga-mestre do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade dirige-se aos Poderes Públicos e, também, aos particulares: quanto aos Poderes Públicos: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário devem agir dentro da lei; qualquer ação por parte deles, seja para ordenar ato (conduta positiva), seja para abster fato (conduta negativa), somente será juridicamente válida se nascer da lei sem sentido formal e; quanto aos particulares nas relações privadas, tudo aquilo que não for proibido pela lei é tido como permitido (princípio da autonomia da vontade)”.

Analisando sob a ótica do direito penal, o Princípio da Legalidade desdobra-se em outros princípios, como o Princípio da Anterioridade, o da Reserva Legal, o da Taxatividade, entre outros. E a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXIX dispõe: *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal”*.

De acordo com o Princípio da Anterioridade, *“não há crime sem lei anterior que o defina”*, disposto na primeira parte do artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal. Assim, para se punir alguém por ter praticado determinada conduta, esta conduta deverá ser criminalizada antes do seu acontecimento, não sendo possível a incriminação *“post factum”*.

O Princípio da Reserva Legal dispõe que somente a lei em sentido formal poderá determinar o que é ou não uma conduta criminosa, o que é crime. Portanto, o direito consuetudinário, a analogia, o uso e costume de determinados

locais não poderão servir para a punição criminal de uma determinada conduta ou ainda, agravar as consequências penais de uma infração já existente em lei.

E a segunda parte do artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal dispõe sobre o Princípio da Taxatividade, onde o conteúdo da lei penal deverá ser determinado, preciso. Tem como finalidade evitar a existência dos tipos penais excessivamente genéricos ou vagos.

3.4 Princípio da Proporcionalidade

Historicamente, o Princípio da Proporcionalidade esteve ligado primeiramente, ao direito penal, para a qual as sanções penais deveriam ser proporcionais ao mal causado, à gravidade dos delitos praticados. Posteriormente, esse princípio passa a ter aplicação no direito administrativo, defendendo a idéia de que os atos públicos devem ser adequados e proporcionais. Esse Princípio visa garantir o Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 50):

“Assim, aplicado o princípio em tela à Administração Pública, impõe-se que as entidades, órgãos e agentes públicos, no desempenho de suas funções administrativas, adotem meios que, para a realização de seus fins, revelem-se adequados, necessários e proporcionais”.

E para Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 212), “com efeito, proporcionalidade e razoabilidade guardam uma forte relação com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação, prudência, além de traduzirem a idéia de que o Estado de Direito é o Estado do não arbítrio”.

O Princípio da Proporcionalidade não vem explicitamente disposto na Constituição Federal e por muito tempo a sua existência foi negada por muitos estudiosos do direito.

A própria jurisprudência do Pretório Excelso demorou a reconhecer a existência explícita do Princípio da Proporcionalidade e somente no julgamento da ação direito de inconstitucionalidade nº. 855-2 do Estado do Paraná, o Supremo

Tribunal Federal apresentou o Princípio como um fundamento de sua decisão e reconheceu explicitamente a sua existência.

Depois de abrir precedente com esse julgamento e após inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal utilizando o Princípio da Proporcionalidade explicitamente, este passa a ter status constitucional.

É necessário observar algumas exigências para a aplicação do Princípio da Proporcionalidade no caso concreto.

Conforme leciona o ilustre doutrinador Humberto Ávila (2005, p. 112/113):

“Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem as desvantagem provocadas pela adoção do meio?)

Portanto, é necessário observar essa tríplice exigência para que ocorra a aplicação do Princípio da Proporcionalidade no caso concreto. Na adequação, será analisado se aquele meio escolhido é o necessário entre aqueles disponíveis; na necessidade, o meio utilizado deverá ser o menos gravoso, o que cause menos sacrifício ou limitações; e por fim, proporcionalidade em sentido estrito, onde as vantagens daquele meio utilizado deverão superar as desvantagens.

No campo do direito penal o Princípio da Proporcionalidade possui dois objetivos. O primeiro é voltado para o legislador na elaboração de um novo tipo incriminador ou na alteração da forma, espécie ou quantidade da sanção penal. O segundo objetivo é voltado para o aplicador do direito, para o Juiz, que deverá aplicar a proporcionalidade verificando a gravidade da infração penal e a sanção imposta.

O legislador fez diversas alterações no Código Penal no transcorrer dos anos. Essas alterações trouxeram uma desarmonia entre os crimes e suas respectivas penas como bem exemplifica o Mestre Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 236):

“O advento da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) foi significativo passo para ferir a proporcionalidade. Inicialmente, elegeu-se como delito hediondo o envenenamento de água potável (art. 270, CP), elevando a pena mínima de cinco para dez anos de reclusão. Depois, a Lei 8.930/97 retirou-a do rol dos crimes hediondos, mas se manteve a desarmônica pena mínima. Sem qualquer critério confiável, o legislador fez surgir um delito hediondo desnecessário; corrigiu essa atitude, retirando-o da lista do art. 1º da Lei 8.072/90, mas não se preocupou em retificar a sanção abstratamente cominada”.

E ainda, a não observância do Princípio da Proporcionalidade pode ferir gravemente um dos Princípios estruturais do nosso ordenamento jurídico, qual seja, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Exemplificando, o Magistrado que, ao analisar o caso concreto, verificando que é caso aplicação do Princípio da Insignificância e mesmo assim aplica uma pena privativa de liberdade ao indivíduo, estaria indo em desacordo com o Princípio da Proporcionalidade e, por consequência, contra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Importante salientar que o Princípio da Proporcionalidade subdivide-se em outros dois subprincípios e vem ganhando cada vez mais importância e destaque no ordenamento jurídico brasileiro: o Princípio Proibição de Excesso e o Princípio da Proibição da Proteção Deficiente ou Proibição da insuficiência.

Para Luiz Lênio Streck o Princípio da Proporcionalidade possui uma dupla face:

“Ter-se-ia então uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais: a proteção positiva e a proteção contra omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, como também por deficiência na proteção. Assim, por exemplo, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos”. (STRECK, Luiz Lênio. O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandando de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico).

Assim, pelo Princípio da Proibição de excesso, entende-se que poderá ocorrer a inconstitucionalidade do ato sempre que o Estado agir com excesso, de

maneira desarrazoada e, conseqüentemente acarretará um resultado desproporcional entre os fins e os meios.

O Princípio da Proibição da Proteção Deficiente ou Proibição da Insuficiência será analisado de forma minuciosa em tópico próprio.

3.5 Princípio da Proibição da Proteção Deficiente

O Estado, na proteção dos direitos fundamentais do cidadão e para evitar que este sofra algum tipo de ataque ao seu direito e revide com suas próprias mãos, passou a ter o *ius puniendi* para si, assim, o único que poderia julgar e punir o infrator seriam o próprio Estado.

Nessa ótica, os direitos fundamentais passam a ter uma dupla função: como direito de defesa e como imperativo de tutela. Nas palavras de Luciano Feldens (2008, p.73):

“A função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela manifesta-se na dedução de deveres de proteção, consistente na necessidade de intervenção ativa do Estado na realização dos direitos fundamentais. Esses deveres (estatais) de proteção revelam-se como consequência primária de atribuição ao Estado ao monopólio da força em um ambiente social onde a autodefesa de particulares é, em princípio, vedada; em contrapartida, o Estado que reivindica esse poder obriga-se a garantir a proteção de seus cidadãos contra agressões e ameaças de terceiros”.

E para garantir a proteção dos bens jurídicos mais relevantes e devido aos altos índices de violência, se fazem necessárias a elaboração e a aplicação de normas mais eficazes ao combate ao crime, garantindo, assim, uma proteção mais ampla e eficaz para toda a sociedade.

O Princípio da Proibição da Proteção Deficiente sustenta uma nova perspectiva para a excessiva valorização do garantismo penal. Se, por um lado, os criminosos são titulares de direitos, como, por exemplo, à vida, ao trabalho, ao convívio familiar, à integridade física e psíquica, não se pode, sob o fundamento de efetivação desses direitos, descuidar da proteção dos direitos das vítimas, dos hipossuficientes e da sociedade em geral.

A sociedade encontra-se em um momento de descrença com as leis, com o Judiciário, com o sistema penal como um todo.

Devido ao mundo globalizado, onde as informações “correm” o mundo em questão de segundos e devido à mídia sensacionalista, as tragédias parecem estar cada vez mais próximas e afetam os indivíduos da sociedade de forma mais direta.

Para combater essa insegurança gerada na sociedade, o Poder Legislativo muitas vezes de forma equívoca, edita diversas leis, ocorrendo assim, a hipertrofia legislativa, como, por exemplo, a recentemente criação da Lei nº. 12.737 de 30 de novembro de 2012, conhecida popularmente como “Lei Carolina Dieckmann”, que teve a sua criação e aprovação após a exposição de fotos nuas da atriz Carolina Dieckmann na rede mundial de internet.

Esse caso foi de notório conhecimento devido a vítima ser uma pessoa pública e, para que a população em geral se sentisse segura, houve a criação da Lei nº. 12.737/2012 acrescentando os artigos 154-A e 154-B no Código Penal.

Assim, todas as vezes que ocorre algo e que pelos motivos já expostos acabam tornando-se de conhecimento público, o Poder Legislativo para tentar passar uma imagem de segurança à população, cria diversas leis que muitas vezes acabam não tendo eficácia alguma ou apenas uma eficácia momentânea.

3.6 Princípio da Humanidade

Algumas características específicas dos seres humanos, como a inteligência, a consciência, a racionalidade, a benevolência, a racionalidade, fazem com que nos tornemos únicos.

É necessário que ocorra a humanização da sociedade para que os direitos fundamentais sejam alcançados em toda sua extensão. Uma sociedade humanizada caminhará em direção à civilidade, pregando os valores do respeito e da fraternidade uns com os outros.

Conceituando o Princípio da Humanidade, o mestre Guilherme de Souza Nucci expõe (2012, p. 161):

“Por isso, o princípio da humanidade significa, acima de tudo, atributo ímpar da natureza humana, consistindo em privilegiar a benevolência e a complacência, como formas de moldar o cidadão, desde o berço até a morte. Viver, civilizadamente, implica em colocar à frente os bons sentimentos, indicando as futuras gerações que o mal se combate para o bem, transmitindo o exemplo correto e proporcionando o arrependimento e a reeducação interior. Ninguém, no universo da natureza humana, é infalível; erros existem de todos os naipes, dentre eles as infrações penais. Contra estas, com certeza, pode e deve insurgir-se a sociedade, por seus poderes regularmente constituídos, mas, tendo por limite e por fronteira, a humanização de seus atos e de suas punições”.

O Estado de Direito ao aplicar uma sanção penal a um infrator não poderá aplicar uma pena que lhe cause um mal maior do que sua própria infração. Devido às naturais imperfeições dos seres humanos, os maus sentimentos estão sempre presentes, mas não podem servir de fundamento para criação e aplicação das leis.

Devido ao Princípio da Humanidade é vedada em nosso ordenamento jurídico a aplicação de penas cruéis, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal: XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do at. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Mas, não basta defender o Princípio da Humanidade e não aplicá-lo definitivamente. As penas cruéis vedadas no inciso XLVII do artigo 5º da Constituição Federal estão longe de serem realmente vedadas em nosso sistema jurídico.

Inúmeros exemplos podem ser citados, como o sistema prisional falido, onde os presídios se encontram com sua capacidade máxima totalmente ultrapassada, passando a ser praticamente um depósito de seres humanos. Ao invés de reeducar para que os presidiários retornem à sociedade de forma mais digna, transformam-nos em criminosos mais qualificados, já que as facções criminosas dominam os presídios.

No plano abstrato as penas cruéis são totalmente vedadas, mas a realidade mostra-se diferente.

Ainda exemplificando, é necessário apresentar o julgado do Superior Tribunal de Justiça na ordem de Habeas Corpus nº. 142.513-ES de 23 de março de 2010 da Sexta Turma com o Ministro Nilson Naves como relator.

“É caso de extrema ilegitimidade; é caso de manifesta ilegalidade. Sobretudo de manifesta ilegalidade.

Como nos descreveu o relatório, estou aqui lhe falando, Srs. Ministros, da prisão à qual, são palavras dos impetrantes, falta efetiva fundamentação, e da prisão, são também palavras das últimas informações a nós prestadas, que esta sendo cumprida num contêiner. Observem, Senhores, num contêiner. Num contêiner! Isso é improprio e odioso, ou não é caso de extrema ilegalidade? É cruel, disso dúvida não tenho eu: entre nós, entre nós e entre tantos e tantos povos cultos, não se admitem, entre outras penas, penas cruéis (Constituição, art. 5º, inciso XLVII, e).

[...]

Isso é humilhante e intolerável! Pois se tal já resultou em reclamação, reclamo eu também. Reclamo e protesto veemente, porquanto em contêiner se condiciona carga, se condicionam mercadorias, etc.; la certamente não se devem acondicionar homens e mulheres. Eis o significado de contêiner segundo os dicionaristas: ‘recipiente de metal ou madeira, ger. de grandes dimensões, destinado ao acondicionamento e transporte de carga em navios, trens e etc., cofre de carga, grande caixa’ [...] para acondicionamento da carga geral a transportar’.

Decerto somos todos iguais perante a lei, e a nossa lei maior já se inicia, e bem se inicia, arrolando entre os fundamentos, isto é, entro os fundamentos da nossa República, o da dignidade da pessoa humana. [...]

Se assim é – e, de fato, é assim mesmo -, então a prisão em causa é inadequada e desonrante. Não só a prisão que, aqui e agora, está sob nossos olhos, as demais em condições assemelhadas também são obviamente reprováveis. Trata-se, em suma, de prisão desumana, que abertamente se opõe a textos constitucionais, igualmente a textos infraconstitucionais, sem falar dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (Constituição, art. 5º, §3º). Basta o seguinte (mais um texto): é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (Constituição, art. 5º, XLIX).

É despreziva e chocante! Não é que a prisão ou as prisões desse tipo sejam ilegais, são manifestamente ilegais. Ilegais e ilegítimas.

Ultrapassamos o momento da fundamentação dos direitos humanos; é tempo de protegê-los, mas, “para protegê-los, não basta proclamá-los”. Numa sociedade igualitária, livre e fraterna, não se pode combater a violência do crime com a violência da prisão. Quem a isso deixaria de dar ouvidos? Ouvindo-o a quem? A Dante? “Renunciai as esperanças, vós que entraís”.

É evidente a indignação do Ministro pelo fato de um ser humano estar preso em um contêiner, como se fosse uma simples mercadoria. E essa indignação é totalmente plausível e justificável já que o nosso Estado de Direito defende o Princípio da Humanidade e tem como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana.

E para tornar o Princípio da Humanidade mais efetivo, retirando-o do mundo formal e tornando-o real, é necessário que o Poder Público atue com medidas concretas para diminuir os casos em que há uma ofensa clara ao Princípio da Humanidade e também ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

3.7 Princípio da Vedação à Discriminação

O Princípio da Vedação à Discriminação é um Princípio constitucional derivado do Princípio da Igualdade.

Conforme foi analisado no tópico do Princípio da Igualdade, para conseguir a busca da igualdade material ou substancial, muitas vezes é necessário o tratamento desigual entre os indivíduos.

Mas, quando o tratamento desigual não será considerado uma discriminação? E quais são os sujeitos que devem receber esse tratamento desigual? Homens e mulheres, pretos e brancos são iguais perante a lei, mas a história demonstra o contrário. E, por serem desiguais, merecem tratamento diferenciado? Analisando historicamente, homens e mulheres, pretos e brancos sempre tiveram tratamentos desiguais, mas eram caracterizados como condutas discriminatórias negativas.

Exemplificando, antigamente as mulheres não tinham direito ao voto, não poderiam trabalhar fora de casa; os negros foram escravos por muitos séculos, eram vistos como objetos, como uma simples mercadoria e não possuíam direitos. Tanto as mulheres quanto os negros não possuíam proteção dos ordenamentos jurídicos antigos. Não existia a igualdade formal, quiçá a material.

E para se conseguir uma equiparação entre homens e mulheres, pretos e brancos é necessário um tratamento discriminatório. É necessário que ocorra a chamada discriminação positiva.

A discriminação positiva, também conhecida como ações afirmativas, tem como objetivo tratar os desiguais com desigualdade para alcançar a igualdade substancial.

O nosso ordenamento jurídico proíbe expressamente o tratamento discriminatório e o com base no artigo 3º, inciso IV da Magna Carta, ao dispor que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*.

Bem como dispõe no inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal que: *“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”*.

Esses artigos visam proteger o indivíduo de atos discriminatórios praticados por outros particulares, e de atos praticados pelo próprio Estado. E nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 259):

“Esta disposição constitui claro limite ao poder do Estado. Limite no sentido de que a ordem estatal não poderá subjugar liberdades públicas. Ao contrário, deverá reprimir, nos termos legais, injunções e atentados aos direitos humanos”.

Assim, o ordenamento jurídico veda qualquer tipo de *“discrímen”* negativo, seja ele praticado por um particular contra outro ou praticado pelo Estado contra um particular e, ainda, punirá quem praticá-los.

4 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Hipossuficiente

Devido à influência que a Constituição Federal de 1988 exerce sob os demais ramos do direito, onde a interpretação e aplicação de suas normas devem ser feitas de acordo com a Magna Carta, o Direito Civil passou a ser chamado pela doutrina de direito civil constitucional.

Com essa influência a defesa do consumidor passou a ter proteção constitucional e status de Princípio.

O conceito de hipossuficiente surgiu com o Código de Defesa do Consumidor, o qual define que o consumidor será a parte vulnerável e hipossuficiente na relação de consumo. A hipossuficiência do consumidor é vista sob a ótica econômica, já que a capacidade econômica do fornecedor é maior do que a do consumidor, e, por isso, este último merece uma tutela por parte do Estado.

Leonardo Medeiros Garcia (2011, p. 6) define o Código de Defesa do Consumidor nas seguintes palavras:

“Trata-se de um verdadeiro microssistema jurídico, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já é encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando de maneira diferente fornecedor e consumidor com o fito de alcançar a igualdade”.

Ocorre que analisando histórica e sociologicamente, o hipossuficiente sempre esteve presente na sociedade, mas nunca recebeu a devida proteção. Por exemplo, os negros africanos que eram utilizados como escravos são considerados hipossuficientes, já que os senhores dos escravos tratavam os como objeto e não como um ser humano.

Devido à escravidão e às consequências geradas por esse mal, as gerações posteriores aos escravos colheram os frutos de um passado sofrido. E as consequências mais drásticas desse período de escravidão, sem dúvidas foram a pobreza, o racismo, a discriminação e o preconceito que recaem até os dias atuais sobre os descendentes dos escravos.

Assim, analisando o conceito de hipossuficiente proposto pelo Código de Defesa do Consumidor, podemos concluir que muitos descendentes de escravos podem ser considerados hipossuficientes, já que em virtude da escravidão encontra-se em posição economicamente desfavorável em relação aos demais.

Portanto, os hipossuficientes não serão somente aqueles que estiverem em uma relação de consumo. Os hipossuficientes serão aqueles que estarão em uma condição de disparidade, seja ela econômica ou social.

4.2 Racismo

De acordo com o dicionário Aurélio (2004, p.677) o termo racismo possui o seguinte significado: “1. Doutrina que sustenta a superioridade de certas raças. 2. Preconceito ou discriminação em relação a indivíduo(s) considerado(s) de outra(s) raça(s)”.

Em outras palavras, o racismo é quando determinados grupos raciais ou indivíduos acreditam serem superiores a outros grupos ou indivíduos devido às suas características físicas, culturais, sociais, entre outros. E nas palavras de Amaury Silva e Arthur Carlos Silva (2012, p. 25):

“O racismo é o exercício de uma atitude preconceituosa voltada contra determinado grupo racial, por indivíduos que acreditam ser superiores à outra raça, em virtude de seus caracteres físicos, culturais, intelectuais, econômico-financeiro, entre outros. A convicção de existência de raças superiores foi a principal causa ensejadora da escravidão em todo mundo”.

Importante salientar que o racismo é uma espécie de preconceito, quando este é o gênero.

Assim, toda vez que houver um preconceito discriminatório, nem sempre esse preconceito será racismo. Conforme dispõe o artigo 1º da Lei 7.716/1989, o preconceito pode ocorrer quando houver uma manifestação discriminatória em relação à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Poderão ocorrer casos em que o preconceito será devido à idade, ao sexo, à opção sexual, à crença religiosa e nesses casos, não será racismo e sim

discriminação. Conforme bem exemplifica Amaury Silva e Arthur Carlos Silva (2012, p. 27):

“Preconceito de idade é discriminar um indivíduo obstando-o de ingressar no mercado de trabalho por questões de idade, quando esta não dificulta a realização dos trabalhos, não interferindo negativamente na execução do labor.

[...]

Preconceito quanto ao sexo também se encontra contido no fato de se vedar a contratação de pessoas de determinado sexo, ou, se admitir somente pessoas de um sexo específico, quando a natureza da atividade não impede a sua realização por pessoas de ambos os sexo”.

Portanto, a expressão racismo pode ser utilizada quando ocorrer preconceito em relação à cor e à raça de um indivíduo.

4.3 Discriminação

A palavra discriminação deriva de discriminar, que significa diferenciar.

Essa expressão deve ser analisada sob duas óticas, sob dois prismas: a primeira chamada de discriminação positiva, também conhecida como ações afirmativas; e a segunda é a chamada discriminação negativa.

Analisando sob esses prismas, observa-se que nem sempre a discriminação será negativa e que um indivíduo poderá ser diferenciado devido às suas características positivas, que o diferencia dos demais indivíduos de um grupo.

A chamada discriminação positiva, ou ações afirmativas, são medidas temporárias que visam assegurar a igualdade material entre os sujeitos de uma determinada sociedade. Por exemplo, as cotas raciais para o ingresso em universidades.

Claramente, as cotas raciais são medidas assecuratórias para alcançar a igualdade material, já que historicamente os negros possuem menos condições financeiras e menos oportunidade para o ingresso em universidades. Assim, com as cotas raciais, as classes menos favorecidas têm um auxílio para que futuramente a desigualdade existente entre ela e a classe tida como favorecida, desapareça ou diminua.

É evidente que a chamada discriminação positiva não é um ilícito penal, muito pelo contrário, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em seu artigo 1º, item 4, ratificado pelo Brasil em março de 1968, dispõe o seguinte:

“Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, a manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”.

Portanto, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial que foi devidamente ratificada pelo Brasil, autoriza a criação das ações afirmativas para que se busque a igualdade material entre os sujeitos de uma sociedade.

Por outro lado, a chamada discriminação negativa é aquela conduta onde um indivíduo dificulta ou limita de alguma forma o exercício e/ou gozo de um direito de outro indivíduo devido à sua cor, raça, etnia, religião ou procedência nacional. Esse tipo de conduta é caracterizado como um ilícito penal, sendo objeto da Lei 7.716/1989.

A conduta do indivíduo que pratica a discriminação negativa pode ser de diversas formas, como, por exemplo, dolosa, omissiva, comissiva.

4.4 Preconceito

Consultando o dicionário Aurélio (2004, p. 648), o termo preconceito tem o seguinte significado: “1. Idéia preconcebida. 2. Suspeita, intolerância, aversão a outras raças, credos, religiões, etc”.

Assim, o preconceito surge de uma idéia já existente na mente do indivíduo que, muitas vezes, julga de maneira equívoca as pessoas por serem de cor, religião, opção sexual, etnia ou procedência nacional diversa da dele.

Normalmente esse preconceito é formado por idéias preconcebidas deturpadas e sem a devida reflexão sobre o assunto.

Devido aos estigmas formados pela sociedade de determinadas épocas, o preconceito torna-se maior e mais evidente, já que tudo aquilo que foge do padrão estabelecido pela sociedade, acaba sendo alvo do preconceito.

Conforme demonstra a história da sociedade mundial, em cada época uma classe de pessoas ou uma raça sofre com o preconceito. Antigamente, os negros eram feitos escravos, não possuíam direitos e eram vistos como uma simples mercadoria de troca, a qual os senhores de escravos trocavam por dinheiro, bebidas ou suprimentos. E devido a esses estigmas criados pela sociedade, todos os seus descendentes e todas as pessoas negras sofreram e ainda sofrem com o preconceito, mesmo após décadas da abolição da escravidão.

Passada essa época, a mulher também foi objeto de preconceito, devendo obedecer ao homem varão, e tendo como obrigação e função precípuas a procriação. As mulheres não tinham direito ao voto e, não tinham direito de trabalhar fora de casa, e, até os dias atuais sofrem com os resquícios da sociedade machista.

Atualmente, um preconceito que está presente no dia-a-dia é sobre a opção sexual, sobre a homossexualidade. Os homossexuais são agredidos fisicamente por expressar o seu afeto ao companheiro.

O preconceito é uma atitude interior do sujeito, já que é uma ideia preexistente em sua mente e somente será crime se esse pensamento for exteriorizado. Conforme leciona Fabiano Augusto Martins Silveira (2006, p.106/107):

“Nota-se que o preconceito, isoladamente, não possui relevância penal. Do contrário, ter-se-ia um direito penal de atitude interior, com a pretensão de vasculhar o simples pensamento. Punir o preconceito em si – quando ainda não se traduziu em conduta palpável – seria grave violação ao princípio do fato, pela qual a intervenção punitiva somente tem lugar para reprimir atitudes que irromperam o mundo dos fatos, seja como movimento corpóreo ou como omissão normativamente desvalorada”.

É importante salientar as diversas formas que o preconceito se manifesta, podendo ser feita de forma oral, quando um indivíduo profere palavras preconceituosas contra outro indivíduo, ou ainda, pode ser expresso através de

gestos quando, por exemplo, uma pessoa passa o dedo na pele fazendo alusão à cor e pode ainda, ser feito da forma escrita.

Assim, para o indivíduo ser punido penalmente pela prática do preconceito, é necessário a sua exteriorização, caso contrário, se não for exteriorizado de nenhuma forma, não será um ilícito penal.

4.5 Cor

Desde os primórdios da humanidade, a chamada “cor da pele” foi motivo de preconceito ou discriminação. Normalmente esses preconceitos ocorriam contra os negros, os amarelos e os vermelhos, sendo raros os casos de preconceito ou discriminação contra os brancos.

A expressão “cor” normalmente é utilizada para a definição cromática de determinadas matérias. Por exemplo, carro preto, moto vermelha, porta branca.

Mas, no nosso dia-a-dia a expressão cor é utilizada para diferenciar a pigmentação epidérmica das pessoas ou, como ocorre muitas vezes, como sinônimo de raça. Exemplificando, ao invés de utilizar-se do termo homem negro, as pessoas acabam utilizando-se do termo homem “de cor”.

O nosso ordenamento jurídico utiliza-se da expressão “cor” na Lei 7.716/1989, referindo-se à tonalidade da pele, e o preconceito devido à cor é considerado crime pela lei. Nas palavras do mestre Christiano Jorge Santos (2010, p. 59):

“Importa dizer, contudo, que a lei antidiscriminação pátria protege também as pessoas sujeitas à discriminação ou ao preconceito “de cor”. Assim, se por preconceito ou discriminação, for negado emprego a um negro e a mesma vaga for concedida (por exemplificação improvável) a um membro da raça negra, albino, estar-se-á diante de preconceito de cor, e não de raça”.

Alguns filósofos tentam explicar quais os motivos que levam as pessoas e a sociedade, de um modo geral, a tratar o seu ente de forma discriminada, mas não chegam a um consenso sobre isso. Alguns dizem que ocorre

essa discriminação e preconceito por motivos religiosos, outros, políticos, culturais, históricos e sociais.

4.6 Etnia

A expressão etnia pode ser definida como um grupo de seres humanos ou comunidade unidos por laços de identidade culturais, linguísticos, artísticos e religiosos, não necessitando estarem na mesma localidade e nem possuir a mesma nacionalidade.

Nas palavras do mestre Ricardo Antônio Andreucci (2008, p. 436):

“Etnia significa coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e maneiras de agir. Há quem inclua fatores de natureza política no conceito de etnia (p. ex., índios, árabes, judeus, etc)”.

Importante frisar que as expressões raça e etnia são diferentes e não podem ser confundidas. A primeira diz respeito à cor da pele, aos traços físicos, como a cor do cabelo, dos olhos, o formato do rosto e a estatura de determinados grupos de pessoas. Já a segunda expressão trata dos traços culturais, religiosos, a língua e as manifestações artísticas de determinadas regiões ou grupos de pessoas.

Os japoneses, os afrodescendentes, os alemães todos esses seriam exemplos de raça, pois possuem traços físicos comuns. Os japoneses com os formatos dos olhos iguais, os afrodescendentes com a cor da pele e os alemães com sua estatura, bem como outras características peculiares de cada raça.

Já uma população indígena que vive dentro da Amazônia, longe de todo contato com o mundo externo, poderia ser considerada uma etnia, já que possui uma cultura própria, uma língua, uma religião.

4.7 Medidas Compensatórias De Inclusão Social

As medidas compensatórias de inclusão social, também conhecida como ações afirmativas, são medidas especiais elaboradas pelo Poder Público e

têm como objetivo promover a igualdade social, criando oportunidades para os indivíduos menos favorecidos.

O ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de proteger de maneira mais eficaz as pessoas hipossuficientes criou diversos dispositivos tratando sobre a tutela destes, como, por exemplo, o atendimento prioritário em serviços públicos e privados a grávidas, lactantes, idosos, deficientes físicos; as cotas em universidades e concursos públicos para negros e índios; a reserva de assento para idosos e gestantes em veículos de transporte público coletivo, entre outros.

Em um país de tamanho continental como o Brasil, onde a miscigenação de raça é uma das características mais marcantes da população, é inevitável que o racismo e a discriminação ocorram, sejam eles contra negros, índios, pobres, homossexuais, mulheres ou idosos e para que a igualdade material seja alcançada é necessária a criação dessas ações afirmativas.

4.7.1 Cotas raciais

Nos últimos anos um assunto que vem ganhando cada vez mais importância e notoriedade e, conseqüentemente, gerando uma maior discussão são as cotas raciais.

As cotas raciais são ações afirmativas e como tal, visam promover a igualdade de oportunidades para os hipossuficientes, que nesse caso, são os negros e os índios.

A Lei nº. 10.558 de novembro de 2002 dispõem em seu artigo 1º:

Art. 1º. "Fica criado o Programa de Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros".

A criação do sistema de cotas raciais gerou uma grande discussão em âmbito nacional, tendo em vista que a Lei 10.558/2002 favoreceu apenas dois grupos sociais, os afrodescendentes e os indígenas.

Os críticos dessa Lei defendem que não poderia favorecer e criar cotas apenas para esses dois grupos de hipossuficientes, já que a criação do sistema de cotas tem como fundamento legal o padrão socioeconômico que a comunidade negra e indígena possuem devido aos prejuízos causados pela escravidão.

Alegam que o benefício das cotas raciais deveria ter um critério social e não racial. Assim, as pessoas que são reconhecidamente pobres, sejam elas brancas, pretas, amarelas ou vermelhas, deveriam beneficiar-se do sistema de cotas nas universidades públicas e em concursos públicos.

Importante salientar que na época da colonização do Brasil, não eram somente os negros africanos e os indígenas que serviam de mão de obra escrava. Os portugueses que eram condenados por crimes diversos praticados em Portugal recebiam penas de banimento e cumpriam suas penas no Brasil, dividindo a força braçal com os negros e índios. Frisa-se os portugueses que cumpriam suas penas no Brasil eram indivíduos brancos.

Assim, a mão de obra escrava existente no Brasil era composta por negros, índios e brancos. Portanto, a escravidão no Brasil, não trouxe sequelas somente para os negros e índios, trouxe também consequências para uma parcela da população branca.

Segundo Amaury Silva e Arthur Carlos Silva (2012, p. 32): “[...]. Atribuir o benefício somente a negros e índios seria ignorar a dor e o sofrimento dos degradados, que aqui chegaram como excluídos da sociedade portuguesa, tão escravizados como as outras duas raças”.

É por esses motivos que os opositores do sistema de cotas raciais defendem que essas cotas deveriam ser um sistema de cotas sociais, no qual todos os indivíduos reconhecidamente pobres teriam cotas em universidades da rede de ensino público e em concursos públicos.

5 DESDOBRAMENTOS PROCESSUAIS

5.1 Da imprescritibilidade

O artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal dispõe: *“a prática do crime de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”*.

Conforme dispõe o artigo acima citado, quando ocorrer a prática do crime de racismo, disposto na Lei nº. 7.716/1989, não ocorrerá prescrição desses crimes.

Antes de entrar da análise da imprescritibilidade é importante frisar de maneira sucinta o instituto da prescrição no direito penal pátrio. E nos ensinamentos do mestre Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 882) a prescrição pode ser conceituada como: *“A perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado”*.

E continua (2013, p. 882):

“A prescrição é causa extintiva da punibilidade (art. 107, IV, 1ª figura, do CP). No entanto, contrariando a orientação contemporânea do moderno Direito Penal liberal, que prega a prescritibilidade de todos os ilícitos penais, a Constituição brasileira de 1988 declara que são imprescritíveis ‘a prática de racismo’ e ‘a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático’ (art. 5º, XLII e XLIV)”.

O Código Penal trata de duas espécies de prescrição. Uma denominada de prescrição da pretensão punitiva e outra de prescrição da pretensão executória. E nas palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 646/647):

“A primeira, que também é, impropriamente, chamada de prescrição da ação penal, ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final (art. 109 do CP), enquanto a segunda, também chamada de prescrição da pena ou da condenação, ou ainda, de prescrição da execução penal, só se dá após o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 110, caput, do CP). A chamada prescrição retroativa é uma espécie de prescrição da pretensão

punitiva, bem assim a chamada prescrição intercorrente (ambas com previsão no art. 110, §1º, com redação dada pela Lei 12.234/2010)”.

A prescrição é causa extintiva de punibilidade, sendo matéria de ordem pública, ou seja, pode ser decretada em qualquer grau de jurisdição, de ofício pelo Magistrado ou a requerimento das partes interessadas.

Se a prescrição é a perda da pretensão punitiva por parte do Estado devido à sua inércia, a imprescritibilidade seria a perpetuidade dessa pretensão punitiva do Estado, ou seja, os crimes imprescritíveis teriam sua sanção perpétua e a punição poderia ocorrer a qualquer tempo. Assim, nos crimes de racismo o Estado jamais perderia o direito de punir.

A imprescritibilidade é alvo de diversas discussões tanto contra quanto a favor de sua existência.

Os críticos da imprescritibilidade alegam que tornar um crime imprescritível violaria o Princípio da Proporcionalidade e a segurança jurídica, afinal, um indivíduo que pratica um crime imprescritível viveria o resto de sua vida com a ameaça da punição. Poderiam transcorrer trinta anos da prática delituosa e ainda assim, o indivíduo conviveria com a sombra da punição.

E no brilhante ensinamento de Kátia Elenise Oliveira da Silva (2001, p. 59):

“Ao prever a imprescritibilidade para estes tipos de delitos, o legislador constituinte arranhou o princípio da proporcionalidade, uma vez que para crimes tão ou mais graves continuarão sendo aplicadas as regras do instituto da prescrição. Verifica-se que este dispositivo constitucional está em descompasso com o espírito da Carta Magna e representa um retrocesso para o Direito Penal pátrio, devendo ser repudiado por todos os que zelam pela preservação de um Estado Social que se empenhe em proteger os cidadãos e que, portanto, não poderá persegui-los por tempo indefinido”.

No Brasil, a regra geral é a prescrição e em apenas dois casos específicos ocorrerá à imprescritibilidade do crime. O artigo 5º nos incisos XLII e XLIV da Constituição Federal dispõe que os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático serão considerados crimes imprescritíveis.

No julgamento histórico do *Habeas Corpus* nº. 82.424/RS, conhecido como o “Caso de Siegfried Ellwanger” o plenário do Supremo Tribunal Federal abordou o tema da imprescritibilidade no ordenamento jurídico brasileiro e de forma unânime considerou o crime de racismo imprescritível, mas alguns Ministros apresentaram argumentos e teses contrárias à existência desse instituto.

Esse emblemático julgamento ganhou notoriedade e importância devido à discussão a cerca do conceito de racismo, já que Siegfried Ellwanger foi condenado pela prática do crime de racismo contra judeus. (Artigo 20 da Lei nº 7.716/1989). E caso a conduta do paciente fosse considerada racismo, o crime seria imprescritível.

O Ministro Moreira Alves, em seu respeitável voto, considerou que a conduta do paciente não caracterizava crime de racismo contra judeus, pois estes não poderiam ser considerados uma raça, pois no judaísmo existem pessoas de todas as raças - caucasianas, negros, orientais - não podendo, portanto, ser considerado uma raça. Por fim, consideraram o crime prescrito, já que o instituto da imprescritibilidade aplica-se somente ao crime de racismo.

E nas palavras do Ministro Moreira Alves (2002, p. 21/22):

“Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado. E tendo ele sido condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou, porquanto, entre a denúncia que foi recebida em 14.01.91 e o acórdão que, reformando a sentença absolutória, o condenou, e que foi proferido em 31.10.96, decorrem mais de quatro anos”.

E sobre a imprescritibilidade expõe (2002, p.80), “[...] imprescritibilidade que aberra da consciência jurídica pelos absurdos a que conduz [...]”.

Já o Ministro Marco Aurélio (2002, p. 378) defende em seu voto a liberdade de expressão e a aplicação do Princípio da Proporcionalidade e elucida da seguinte forma:

“Assim, aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, acredito que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – por sinal, a reformar a sentença do Juízo – não foi o meio mais adequado, necessário e razoável”.

E continua, ao expor sobre a imprescritibilidade (2002, p. 395):

“O instituto da imprescritibilidade de crime conflita com a corrente de garantias fundamentais do cidadão, pois o torna refém, eternamente, de atos e manifestações – como se não fosse possível e desejável a evolução, a mudança de opiniões e de atitudes, alijando-se a esperança, essa força motriz da humanidade -, gerando um ambiente de total insegurança jurídica, porquanto permite ao Estado condená-lo décadas e décadas após a prática do ato”.

Ainda em seu voto, o Ministro Marco Aurélio defende que o instituto da imprescritibilidade deveria ser aplicado somente para os crimes considerados gravíssimos, como os crimes de guerra ou genocídio, já que não são passíveis de retratação ou compensação.

Portanto, mesmo existindo em duas raras exceções, a imprescritibilidade está presente em nosso ordenamento jurídico e sempre que ocorrerem as práticas dos crimes de racismo e ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, os agentes desses delitos poderão ser punidos a qualquer tempo, já que não ocorrerá a prescrição.

5.2 Da inafiançabilidade

O artigo 5º, inciso XLII da Magna Carta que trata sobre a imprescritibilidade dos crimes de racismo, dispõe também sobre a inafiançabilidade desses crimes.

E ainda, o Código de Processo Penal no artigo 323 dispõe o seguinte: *“Art. 323. Não será concedida fiança: I – nos crimes de racismo”;* (...).

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe em diversos artigos sobre a inafiançabilidade. Assim, outros crimes são considerados inafiançáveis além do crime de racismo. Como por exemplo, os crimes de tortura, tráfico ilícito de

entorpecentes, drogas e afins, os crimes hediondos, os crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e Estado democrático, os casos de prisão civil ou militar.

A fiança é um instituto pelo qual o acusado irá prestar caução com a finalidade de conseguir obter sua liberdade provisória até o provimento final. É uma garantia dada pelo acusado de que irá cumprir todas as obrigações imposta a ele, como, por exemplo, comparecer a todos os atos que forem necessários para dar fiel execução e cumprimento da lei.

Já o instituto da inafiançabilidade tem como função destacar e reafirmar o elevado índice de reprovação dos crimes de racismo e dos demais crimes inafiançáveis e por isso, o legislador tentou ser mais rigoroso.

Mas, o que era para se tornar mais rigoroso e gravoso para os acusados da prática de racismo, acabou tornando-se mais benéfico, já que nos casos em que não couber liberdade provisória com fiança, o Magistrado poderá dar ao acusado a liberdade provisória sem fiança. Conforme observado por Kátia Elenise de Oliveira da Silva (2001, p. 61):

“Em face disso, apesar de o legislador pretender ser mais rigoroso com os réus que respondessem processos por crimes de prática de racismo, paradoxalmente, acabou por beneficiá-los, pois dificilmente deixarão de receber a liberdade provisória sem pagar fiança, uma vez que, na grande maioria dos casos, as hipóteses que autorizariam a prisão preventiva não estão presentes”.

E nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 299/300):

“A ilusão da inafiançabilidade de um delito, no Brasil, é algo a ser, sempre, ressaltado. Toda vez que uma norma estabelece cuidar-se de crime inafiançável, refere-se á impossibilidade legal de o delegado ou o juiz conceder liberdade provisória, com fiança, isto é, mediante o pagamento do depósito de certo valor, para aguardar em liberdade o transcurso do processo. Olvida-se, no mais das vezes, que cabe a liberdade provisória, sem fiança (mais benéfica, inclusive), para qualquer delito, quando não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 301, parágrafo único, do CPP). Logo, é totalmente inócua a proibição de fiança neste caso.

Portanto, o instituto da inafiançabilidade que foi criado para tratar os crimes mais graves de maneira mais rigorosa, acabou perdendo força e

beneficiando os acusados da prática do crime de racismo e dos demais crimes inafiançáveis.

Afinal, se não couber a fiança para o delito praticado pelo investigado ou acusado, o Magistrado poderá soltá-lo sem o pagamento.

5.3 Das medidas cautelares

A Lei nº 12.403/2011 trouxe diversas alterações no Código de Processo Penal acrescentando as medidas cautelares diversas da prisão no artigo 319. E são elas:

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI – suspensão de exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX – monitoração eletrônica”.

As novas medidas cautelares visam, na medida do possível, evitar o cárcere do investigado ou acusado, buscando um processo penal mais justo, lógico e humanitário.

Podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, desde que sejam compatíveis entre si. E conforme dispõe o parágrafo 4º do artigo 319 do Código de

Processo Penal, a fiança poderá ser aplicada cumulativamente com as demais medidas cautelares.

Por se tratarem de medidas alternativas a prisão cautelar, toda vez que o investigado ou acusado não cumprir as medidas cautelares impostas a ele, o Magistrado poderá impor a prisão cautelar.

Conforme leciona o mestre Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 622/623):

“Criam-se medidas alternativas ao cárcere, mas a garantia de que elas serão, realmente, cumpridas é a autoridade estatal de, no último caso, impor a prisão cautelar. Por isso, existe o preceito legal, previsto no art. 282, §4º, do CPP (‘em último caso, decretar a prisão preventiva’).”

Ao analisar o caso concreto o Magistrado irá verificar se é possível a aplicação de medidas cautelares de cunho pessoal (art. 319, CPP) ao acusado ou investigado nos crimes de racismo. Mas, conforme determina o artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal, o crime de racismo é inafiançável, não cabendo, portanto, a medida cautelar de fiança (art. 319, inciso VIII, do CPP).

Importante observar que mesmo não sendo possível a liberdade provisória com fiança do investigado ou acusado nos crimes de racismo, será possível a decretação da liberdade provisória combinada com outra medida cautelar. Por exemplo, proibição de manter contato com a pessoa do ofendido (art. 319, inciso III, do CPP).

Uma questão que vem sendo amplamente discutida na doutrina e jurisprudência é sobre o Poder Geral de Cautela e a sua aplicabilidade no processo penal.

Os críticos da aplicação do poder geral de cautela no processo penal defendem que é vedado ao Magistrado aplicar medidas cautelares inominadas ou atípicas, pois ofenderia o Princípio da Legalidade. E para garantir um processo penal justo é necessário observar a forma que é aplicada aos casos concretos, não sendo possível o uso da analogia ou de figuras do processo civil.

E sobre as cautelares inominadas Eugênio Pacelli de Oliveira ressalta (2013, p. 523):

“Já a admissão de cautelares não previstas em lei pode abrir um perigoso leque de alternativas ao magistrado, dificultando, sobremaneira, o controle de sua pertinência e oportunidade, ficando em mãos do magistrado de primeiro grau a escolha de providências cujo controle de pertinência e de adequação (além da proporcionalidade) seria muito mais difícil, na medida em que sustentamos o não cabimento de habeas corpus contra deferimento de medida cautelar”.

O artigo 3º do Código de Processo Penal dispõe o seguinte: “*A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito*”. Analisando este artigo é possível verificar que a própria legislação permite o uso da analogia e interpretação extensiva

Ao interpretar as normas em geral, seja de processo civil ou processo penal, o Magistrado tem que fazê-lo conforme a Constituição Federal e os seus princípios basilares – dignidade da pessoa humana, legalidade, humanidade, igualdade, entre outros – assim, ao verificar que é possível a aplicação de medidas cautelares ao investigado ou acusado, deverá adequar as cautelares ao caso concreto.

Outra importante observação que deve ser feita é sobre a ótica em que as medidas cautelares são analisadas. Equivocadamente, interpretam as cautelares como sendo maléficas ao investigado ou acusado. Ocorre que a Magna Carta e o Código de Processo Penal não visam somente à proteção das garantias fundamentais destes, visam garantir também os direitos fundamentais do ofendido.

Assim, quando não existir nenhuma medida cautelar adequada ao caso concreto, o Magistrado poderá utilizar-se dos princípios gerais do direito, da analogia e da interpretação extensiva para a aplicação de uma cautelar inominada, visando resguardar os direitos fundamentais do ofendido e seus familiares.

Exemplificando, um indivíduo da raça negra é impedido de entrar em um restaurante por causa da cor de sua pele, sofrendo claramente o crime de racismo. Neste exemplo, o Magistrado poderia aplicar uma cautelar inominada, a qual obrigaria o restaurante a permitir a entrada do ofendido, sob pena de cometer o crime de desobediência.

5.4 Da injúria racial

A injúria qualificada pelo preconceito ou injúria racial foi acrescentada ao Código Penal pela Lei 9.459 de maio de 1997 e posteriormente alterada pela Lei 10.741 de 2003 – Estatuto do idoso -, acrescentando ao artigo 140 do Código Penal o parágrafo terceiro que passou a ter a seguinte redação: “§3º. *Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência*”. *Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.*

Importante destacar que a injúria qualificada pelo preconceito não se confunde com o crime de racismo disposto na Lei 7.716 de 1989.

Na injúria qualificada pelo preconceito (art. 140, §3º, do CP) o elemento subjetivo é o dolo de injuriar, é a simples vontade de ofender a vítima em razão de sua raça, cor, etnia, religião, origem ou por ser pessoa idosa ou portadora de deficiência. E conforme ilustra o mestre Christiano Jorge Santos (2010, p. 143):

“A hipótese não caracteriza crime de preconceito ou de discriminação (tratados por muitos, genericamente, como racismo, como já visto), mas sim delito de injúria (ofensa à honra subjetiva de outrem) com base em elementos preconceituosos. Ou seja, embora haja nítida demonstração de racismo ou outra forma de preconceito por parte do autor do delito, o crime em si não é classificado como delito de ‘racismo’, por não fazer parte da Lei específica”.

Esclarece Rogério Greco (2012, p. 448):

“O crime de injúria preconceituosa pune o agente que, na prática do delito, usa elementos ligados à raça, cor, etnia, etc. A finalidade do agente, com a utilização desses meios, é atingir a honra subjetiva da vítima, bem juridicamente protegido pelo delito em questão”.

Conforme dispõe o *caput* do artigo 140 do Código Penal, a injúria ofende a dignidade ou o decoro da vítima, e no caso da injúria qualificada do parágrafo terceiro, o agente utiliza-se de meios preconceituosos para ofender a honra subjetiva da vítima.

Analisando o parágrafo terceiro é possível observar que a pena da injúria qualificada pelo preconceito é maior do que a injúria do *caput* do artigo 140 do Código Penal, demonstrando um maior dissentimento na conduta do agente que se utiliza de elementos raciais, étnicos, religiosos e entre outros para ofender a vítima.

Mas a pena de um a três anos de reclusão e multa vem gerando muitas críticas por parte da doutrina, pois ofende o Princípio da Proporcionalidade, já que a proteção dada ao bem jurídico *honra* é maior do que a proteção de outros bens jurídicos, como, por exemplo, a vida. Citando Damásio de Jesus (2011, p. 265):

“De acordo com a intenção da lei nova, chamar alguém de ‘negro’, ‘preto’, ‘pretão’, ‘negão’, ‘turco’, ‘africano’, ‘judeu’, ‘baiano’, ‘japa’ etc., desde que com vontade de ofender lhe a honra subjetiva relacionada com a cor, religião, raça ou etnia, sujeita o autor a pena mínima de um ano de reclusão, além de multa, maior do que a imposta no homicídio culposo (1 a 3 anos de detenção, art. 121, §3º) e mesma do autoaborto (art. 124) e do aborto consentido (art. 125). Assim, matar o feto e xingar alguém de ‘alemão batata’, têm, para o legislador, idêntico significado jurídico, ensejando a mesma resposta penal e colocando as objetividades jurídicas, embora de valores diversos, em plano idêntico”.

Por fim, para configurar o crime de injúria qualificada pelo preconceito não basta que o agente utilize elementos discriminatórios ou preconceituosos, é necessário que existam a finalidade e a vontade de discriminar a vítima por causa de sua raça, cor, etnia, religião. Conforme o exemplo citado por Fernando Capez (2012, p. 315):

“[...] não basta chamar alguém da raça negra de ‘negão’ para que o crime se configure, pois nem sempre o emprego desse termo demonstra a intenção discriminatória. Basta considerar que entre amigos tal expressão poderá ser utilizada como demonstração de proximidade, de amizade, sem que haja a intenção de discriminar a pessoa da raça negra. Por outro lado, se o termo é utilizado para humilhar, para denotar uma suposta inferioridade do indivíduo em virtude da raça, o crime é de injúria qualificada”.

Já no crime de racismo, o agente atua de forma a impedir, negar ou obstar o exercício de algum direito da vítima por causa de sua raça, cor, religião, etnia, origem ou procedência nacional.

Diferentemente dos crimes de injúria racial, na qual a conduta do agente é voltada a uma vítima específica, o crime de racismo é voltado para uma

coletividade. Mesmo que a conduta do agente que praticou o crime de racismo seja contra uma pessoa específica, essa conduta acaba ofendendo toda uma coletividade.

Exemplificando, em um determinado estabelecimento comercial, o proprietário ao ver um indivíduo negro entrando, obsta sua entrada e diz que negros não são bem vindos ao recinto. Nesse caso, a ofensa foi para vítima determinada, mas ofendeu toda coletividade negra. Por outro lado, se o proprietário do estabelecimento disser negro safado, o crime de injúria qualificada pelo preconceito estaria caracterizado, pois a ofensa foi contra a honra subjetiva da vítima e não contra a coletividade.

Conforme determina a Lei 7.716/1989 em seu art. 5º: *“Recusar ou impedir o acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador”*, é caracterizado como crime de racismo.

O elemento subjetivo do crime de racismo consiste no dolo de discriminar, de diferenciar, conforme esclarece o mestre Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 307): “[...], a existência do elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade de discriminar, segregar, mostrar-se superior a outro ser humano, [...]”

Por fim, é importante destacar a diferença entre o racismo e a injúria racial no tocante à ação penal, para o qual o crime de racismo é de ação penal pública incondicionada e a injúria racial é ação penal pública condicionada à representação.

A Lei 12.033 de 2009 alterou a redação do artigo 145 do Código Penal. Antes, o crime de injúria qualificada pelo preconceito procedia-se mediante queixa, ou seja, era um crime ação penal de iniciativa privada e por isso, estava sujeita ao instituto da decadência – conforme determina o artigo 103, do Código Penal – e, conseqüentemente, à extinção da punibilidade com base no artigo 107, inciso IV do Código Penal.

Após a alteração do artigo 145, o crime de injúria qualificada pelo preconceito passou a ser um crime de ação penal pública condicionada à representação. E os motivos para a alteração da ação penal são a gravidade e a

relevância do crime de injúria qualificada pelo preconceito. E nas palavras de Christiano Jorge Santos (2010, p. 144):

“Dado a relevância da conduta e visando a uma maior defesa dos grupos normalmente discriminador ou alvo de preconceitos (o que se compara também pela elevada pena prevista: reclusão de um a três anos e multa, maior até, que a injúria real, de ação penal pública), incongruente seria a manutenção da ação penal como privada”.

Na teoria, os crimes de racismo e de injúria qualificada pelo preconceito possuem diversas distinções, mas na prática o crime de racismo acaba tornando-se inexistente, já que a conduta dos agentes, mesmo quando está claramente caracterizada como racismo, acaba, muitas vezes de forma equivocada, sendo classificada como injúria qualificada pelo preconceito.

Afinal, o enquadramento jurídico como crime de racismo, tende a ser mais prejudicial ao agente, já que as consequências jurídicas do racismo são mais severas do que da injúria racial.

6 CONCLUSÃO

O racismo é um dos males mais antigos existentes na face da Terra. É inconcebível que até os dias atuais determinadas pessoas tratem os seus entes com racismo, com preconceito e discriminação, julgando-se ser superior.

É notório que cada indivíduo é um ser único com características próprias, idéias, opiniões, valores e costumes diferentes.

Devido ao multiculturalismo existente em todos os lugares do mundo e principalmente no Brasil, é inadmissível a existência do racismo e de qualquer forma de preconceito ou discriminação, seja ela por causa de raça, cor, religião, opção sexual, etnia, entre outros.

Nos dias atuais é praticamente impossível um país viver completamente isolado, sem ter contado com outras culturas, com outros costumes e com outros povos. O multiculturalismo é a existência de diversas culturas, costumes, religiões, povos em um mesmo lugar, em um mesmo país.

E para que o convívio social entre essas pessoas seja harmônico é preciso e necessário o reconhecimento das diferenças e das individualidades de cada pessoa.

No mundo globalizado aonde as informações vão de um lado do mundo para o outro em questões de milésimos de segundos, a prática de uma conduta racista pode vir a ganhar dimensões astronômicas e as consequências físicas e principalmente, psicológicas podem ser imensuráveis. É necessário tomar medidas para evitar esse tipo de conduta.

O Brasil, um país que possui como característica principal a miscigenação das raças e, conseqüentemente, o multiculturalismo, tem que criar mecanismos de proteção mais eficazes contra os crimes de racismo, preconceito e discriminação. Não basta criar leis penais que não saem do papel. Tem que ter efetividade e aplicabilidade ao caso concreto.

Infelizmente, somente com a criação de uma legislação penal mais severa, mais ativa e efetiva e que realmente puna os infratores dos crimes de

racismo, preconceito e discriminação é que a população passará a respeitar e aceitar a individualidade de cada um.

As medidas compensatórias de inclusão social são mecanismos que visam reparar ou atenuar o mal sofrido pelas vítimas do racismo e não irá acabar com ele. Por exemplo, as polêmicas cotas raciais para o ingresso ao ensino superior de afrodescendentes e de índios. Essas medidas compensatórias não podem ser o único mecanismo para atenuar o mal sofrido pelas vítimas.

As cotas raciais, *data vênia*, deveriam chamar-se cotas sociais. Afinal, as cotas raciais têm como função precípua atenuar a pobreza gerada pela escravidão no Brasil. Mas, é notório que não foram somente os africanos e índios que serviram de mão-de-obra escrava no Brasil.

Buscando alcançar à igualdade material ou substancial as cotas sociais seriam as mais adequadas, pois atenderia toda a população pobre, carente e que não possui recursos financeiros para custear com um ensino superior de qualidade para seus filhos. Assim, as cotas em universidades não abrangeriam somente os afrodescendentes e índios, e sim, toda a população hipossuficiente.

É preciso salientar que existe uma lacuna legislativa na proteção dos hipossuficientes quando a vítima do preconceito ou discriminação for homossexual. Os legisladores têm que ficar atentos às alterações que o mundo vem sofrendo para que possam criar normas garantidoras dos direitos do cidadão.

As legislações que tratam sobre o racismo, o preconceito e a discriminação estão esparsas em nosso ordenamento jurídico, existindo diversas leis para a proteção dos hipossuficiente. Pode-se futuramente fazer uma compilação de todas essas legislações, tornando-se mais prático e efetivo a aplicação das normas penais aos casos concretos.

Dizer que em nosso país o racismo ficou para trás, juntamente com o período de escravidão seria uma hipocrisia. O racismo, o preconceito ou discriminação está presente em nosso dia-a-dia, mas o seu "*modus operandi*" é feito de forma tênue, sutil, dificultando assim, uma caracterização clara do delito.

Todos, sem distinção, já tiveram um pensamento ou uma conduta racista.

No atual mundo em que vivemos tais pensamentos e condutas tem que ser repelidos por toda a população, por toda a sociedade, não sendo admissível tratar alguém com preconceito ou discriminação por causa da cor pele, raça, religião, opção sexual e entre outros motivos.

A base fundamental para que não ocorra mais nenhum tipo de preconceito ou discriminação é a educação. Não basta o Estado criar medidas compensatórias, tem educar, informar e quando necessário punir.

A ignorância e o desrespeito fazem as pessoas agirem de forma racista. Ao invés de se criar diversas leis protetivas, políticas públicas, cotas raciais, deve-se investir no ensino básico e fundamental da população brasileira.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMANAQUE ABRIL. **II Guerra Mundial: 60 anos: a ascensão do nazismo, volume 1.** São Paulo: Abril, 2005.

ALMANAQUE ABRIL. **II Guerra Mundial: 60 anos: o mundo sob Hitler, volume 2.** São Paulo: Abril, 2005.

ALMANAQUE ABRIL. **II Guerra Mundial: 60 anos: vitória, volume 3.** São Paulo: Abril, 2005.

ALMANAQUE ABRIL. **II Guerra Mundial: 60 anos: Brasil em tempo de guerra, volume 4.** São Paulo: Abril, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AQUINO, Leandro Salerno Leyser de. **Crime de racismo e normas jurídicas pertinentes.** Disponível em: < <http://www.epd.edu.br/artigos/2012/05/crime-de-racismo-e-normas-jur-dicas-atinentes>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, v.1.** 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Tratado de direito penal: parte especial 2.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Adelino. **Direito racial brasileiro: teoria e prática.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BRASIL. Lei nº. 10.558, de 13 de novembro de 2002. Cria o Programa Diversidade na Universidade. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF, 14 nov. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10558.htm>. Acesso em: 18 jun. 2013.

BRASIL. Lei nº. 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera os dispositivos do Decreto-Lei nº. 3689. De 03 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF, 05 mai. 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade.* ADI 855-2. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=350881>>.
Acesso em: 15 de jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas Corpus*. HC nº. 82.424. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. Vade Mecum Saraiva 2013. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BULOS, Uadi Lummêgo. **Constituição federal anotada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal. Parte especial 2**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. **O racismo na história do Brasil. Mito e realidade**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Ática, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 10ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. 6ª Ed. Curitiba – Positivo, 2004.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Volume 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GOMES, Joaquim Barbosa B. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Disponível em:
<http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33>. Acesso em: 15 mai. 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal parte especial. Volume II**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio A. **Preconceito racial: modos, temas e tempos**. São Paulo: Editora Cortez, 2008.

KAMEL, Ali. **Não sou racista: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte especial**. 31^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MUNANGA, Kabengele. **Negritude. Usos e sentidos**. 2^a Ed. São Paulo: Editora Ática, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 9^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21^a Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivado**. 25^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Amaury; SILVA, Arthur Carlos. **Crimes de racismo**. 1^a Ed. São Paulo: Editora JH Mizuno, 2012.

SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. 2^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

STRECK, Luiz Lênio. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico**. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/17.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

_____. **O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandando de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico**. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Vol. 1. Parte geral. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.