

**CRIMES DECORRENTES DE PRECONCEITO - LEI Nº 7.716/89
ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS E DOS MANDADOS DE
CRIMINALIZAÇÃO**

Ronaldo Pereira MUNIZ *

RESUMO: O presente artigo tratará em um primeiro momento dos principais princípios constitucionais que tratam deste tema. Passando a cuidar dos mandados de criminalização e seu atendimento ou não pela norma infraconstitucional, bem como analisaremos o bem jurídico protegido para então passar a uma cuidadosa reflexão sobre os crimes decorrentes de preconceito, finalizando o mesmo com uma discussão sobre as ações afirmativas e em especial as quotas em faculdades públicas de nosso país.

Palavras-chave: Crimes; Preconceito; Mandados de Criminalização; Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Ações afirmativas.

ABSTRACT: This article takes place during a time of major constitutional principles that are deal with this article. Taking care of criminal warrants and their attendance or lack of the infraconstitutional standards and to review the legal protection in order to pass a thorough reflection on crimes arising from prejudice, ending with a discussion about affirmative action and in which is particularly shared our country's public schools.

Key-words: Crime; Prejudice; The criminalization of Writs; Principle Dignity of humans; Affirmative stocks.

* O autor é advogado, formado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mestrando da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo na área de Direito Penal. E-mail: ronaldo_muniz@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

Para tratarmos deste tema sobre os crimes contra os preconceitos e a sua correspondente lei, primeiramente nos deparamos com duas dificuldades:

A primeira delas quanto ao próprio tratamento a ser dado ao assunto. Em um trabalho científico que aborde esse assunto da discriminação, tanto por parte do leitor como por parte daquele que escreve a maior preocupação é a de não deixar que uma discussão científica se transforme numa discussão ideológica perdendo o foco da mesma.

Outro grande problema que percebemos é o receio ou vergonha com que os autores tratam do tema, não assumindo por vezes o passado histórico do país o que levaria a conclusões tremendamente distintas e contraditórias.

A nossa discussão visará, em princípio, a análise de eventual atendimento ou não do mandado de criminalização dos crimes de racismo e de preconceito em geral. Passando pela análise das legislações que tratam sobre o tema, suas peculiaridades e ao final fazer uma avaliação sobre a discriminação e a adoção de algumas medidas de ações afirmativas.

2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana deve servir de base a toda construção normativa de um Estado Democrático de Direito. Ainda, para quem defende a concepção Kelseniana seria a norma hipotética fundamental.

Logo, é o conceito de formação, todo o ordenamento jurídico deve observar este princípio atentando tanto no momento da elaboração das normas, quanto na aplicação destas de modo que não ocorra qualquer

atingimento desta proteção constitucional.

Sobre a Dignidade da Pessoa Humana deve repousar as garantias trazidas pela Constituição Federal. A dignidade da pessoa humana nunca pode ser afastada ou esquecida na elaboração e análise de todo ordenamento normativo. Partiremos então desta concepção para abordar o presente tema, afinal as distinções subjetivamente realizadas podem atentar contra a dignidade da pessoa humana, é o que veremos a partir de agora.

3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Surge pela primeira vez tratada na Constituição do Estado americano da Virgínia de 1776 a igualdade sob uma ótica formal significando que todos deveriam estar submetidos às mesmas regras, independentemente de suas diferenças. Contudo, além dessa previsão formal, com o passar dos anos percebeu-se que seria necessário implementar medidas e mecanismos capazes de diferenciar os indivíduos. Dentro desses novos mecanismos surgem as ações afirmativas, com o intuito de tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

De acordo com Humberto Ávila a igualdade poderia “funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos” (ÁVILA, 2005, p. 101). No entendimento do autor, a igualdade nos termos que trataremos nada mais é do que uma regra e não um princípio.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade do tratamento em função dela conferida. (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 17).

A igualdade, portanto, nestes termos nada mais seria que uma regra dando movimentação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Porém, como os autores que tratam do tema falam de Princípio da Isonomia ou da Igualdade utilizaremos este termo, todavia entendemos se tratar na realidade de uma regra.

A igualdade é dividida doutrinariamente em formal e material, sendo a primeira aquela conhecida como a “igualdade perante a lei” no sentido que “a lei e sua aplicação trata a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos”. Com esta visão apenas buscava-se resguardar a elaboração e aplicação da norma de forma homogênea.

A igualdade material por sua vez pode ser entendida como os elementos que auxiliarão na obtenção da igualdade formal. Desta forma, permite-se que existam tratamentos legais diferenciados sempre que a realidade fática assim permitir. A realização desta igualdade material impõe uma atuação positiva do Estado.

De acordo com Canotilho “a fórmula ‘o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente’ não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade” (CANOTILHO, 1993, p. 565). A igualdade material, segundo o autor, será atingida com uma política de justiça social e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Para se ter a concretização deste princípio necessário se faz a adoção de um critério-medida de diferenciação. O princípio da isonomia depois de todo o analisado “pode ser visto tanto como exigência de tratamento igualitário, quanto como proibição de tratamento discriminatório” (MENDES, 1999, p. 48).

O próprio Canotilho apresenta uma diferenciação da igualdade trazendo três dimensões desta noção. A primeira seria a Liberal onde todos os cidadãos estão em igual posição perante a lei, a democrática, traduzida na expressa proibição da discriminação e por fim, a social como sendo a eliminação

das desigualdades fáticas.

Dentro dessas dimensões se extrai o conteúdo do princípio da igualdade, que se traduz na proibição do arbítrio que veda a elaboração de normas arbitrárias ou que violem preceitos constitucionais, a proibição da discriminação, ou seja, a vedação de pessoas serem negativamente discriminadas em face de características meramente subjetivas. Enfim, a obrigatoriedade de diferenciação se traduz especialmente na adoção das ações afirmativas para que garantida esteja a realização deste princípio.

Fica claro que a violação à igualdade resulta e implica em violação a algum princípio fundamental, segundo Gilmar Mendes se dará esta violação quando houver a exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, querendo dizer que “a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em situação idêntica” (MENDES, 1999, p. 48).

Partindo hoje do reconhecimento das diversidades, consideradas de modo positivo, como o multiculturalismo que torna rica uma comunidade “implica constante persecução do ideal de justiça, a ser realizado através de um princípio da igualdade em que as diferenças sejam verificadas e respeitadas” (BELLINTANI, 2006, p. 17).

José Afonso da Silva já apontava e discutia as discriminações positivas (ações afirmativas) com a necessidade de fomentar a verdadeira igualdade, deste princípio ou regra obteve outro significado, exigindo uma movimentação capaz de implementação de políticas que levem a promover a isonomia real dos cidadãos.

Na chamada discriminação positiva “o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso” (ARAÚJO, 2004, p. 105). A previsão constitucional da igualdade leva a isso, a obrigação do legislador ordinário promover este princípio através de ações positivas.

Ter respeito a todas as posições diferenciadas, sem

determinados critérios, poderia conduzir a situações de injustiças ou de ampla relativização de normas de Direito. Deste modo, fica rejeitada a interpretação de desigualdade sem o feixe axiológico do respeito à dignidade da pessoa humana. Isso decorre da afirmação de que nem em todas as situações a desigualdade possibilita a igualdade como compensação ou mesmo como meio reparatório. (DWORKIN, 2002)

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como observaremos mais adiante é impossível falarmos na aplicação da igualdade material e mesmo de criações das ações afirmativas sem que levemos em conta o Princípio da Proporcionalidade.

Tomando por base este princípio o legislador no momento de elencar o elemento diferenciador entre as pessoas deverá utilizar não apenas aquilo que é necessário para o combate de determinada discriminação como também repudiará qualquer excesso que possa ser cometido. Este princípio deve ser “sempre utilizado quando houver colisão de direitos a existir a possibilidade de restringir um ou alguns direitos fundamentais em prol de um benefício maior”. (BELLINTANI, 2006, p. 108)

Podemos concluir definindo a proporcionalidade como verdadeira ponderação entre princípios que resultará na necessidade e a proibição de excesso em relação a uma medida que buscaria em tese alcançar a igualdade material das pessoas.

5 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Os mandados de criminalização são temas que a Constituição Federal elenca e os quais o legislador ordinário não tem a faculdade de atuar,

mas a obrigação. Os mandados de criminalização podem ser explícitos ou implícitos, quando estão previstos textualmente na Constituição ou então quando decorrentes dos princípios e garantias trazidas pela mesma, nesta ordem.

Como comenta Luiz Carlos dos Santos Gonçalves nos mandados de criminalização “a Constituição priva o legislador ordinário da discussão sobre se haverá criminalização; avança muitas vezes a decisão sobre como deverá ser o tratamento penal do assunto”. (GONÇALVES, 2006, p. 105). Logo os mandados de criminalização acabam atuando como uma forma de limitação da atuação do legislador ordinário, tendo em vista que o atendimento daqueles é obrigatório e ainda em algumas situações penais são definidos pelos próprios mandados de criminalização.

Luciano Feldens afirma que “inequivocamente, dos mandados constitucionais de penalização resultam limitações à liberdade de configuração do legislador”. (FELDENS, 2005, p. 76)

A Constituição Federal em seu artigo 3º, inciso IV traz como 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 o art. 4º em seu inciso VIII sendo um princípio das relações internacionais do Brasil elenca o repúdio ao racismo.

Os crimes decorrentes do preconceito decorrem de verdadeiro mandado de criminalização explícito de nossa Constituição Federal, que além de elencar, faz mais, chega a indicar a pena que deve ser destinados a esses crimes. O art. 5º, inciso XLII da Constituição Federal diz que a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Ademais ainda na Carta Magna o inciso XLI do artigo 5º afirma que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Esta afirmação deixa ainda mais forte a obrigação do legislador ordinário, não permitindo qualquer tipo de descriminalização ou conduta similar por parte deste.

De acordo com este mandado de criminalização deveriam existir tipos penais e sanções para todo e qualquer tratamento discriminatório que impeça o exercício regular dos direitos fundamentais. Sendo que, como anteriormente exposto a mais séria destas discriminações, o racismo, foi destacado pela constituição.

O professor Luiz Carlos dos Santos Gonçalves traz em sua tese de doutorado algumas condutas que em seu entender deveriam estar abrangidas neste mandado além do racismo: “i.) as discriminações de gênero; ii.) de orientação sexual; iii.) de idade; iv.) de procedência nacional ou regional; v.) de condição social; vi.) de grau de instrução e cultura; vii.) de religião; viii.) relativa às pessoas com deficiência, etc.” (GONÇALVES, 2006, p. 229).

Há, portanto, um mandado de criminalização tratando deste assunto, sendo o legislador ordinário obrigado a atuar neste caso e mais, atuar nos limites estabelecidos na Constituição Federal. A partir de agora analisaremos como um mandado de criminalização pode ser efetivamente cumprido.

5.1 Cumprimento efetivo do mandado de criminalização

A análise do cumprimento de determinado mandado de criminalização passa pela discussão do princípio da proporcionalidade, afinal “a obrigação tácita de criminalizar envolve um juízo de proporcionalidade” (GONÇALVES, 2006, p. 105). Sendo que, devemos levar em conta a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente.

Para se alcançar esta proporcionalidade o exame que deve ser feito inclui: a adequação ou idoneidade, a necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A medida adotada pelo Poder Legislativo então deve ser idônea para atingir a sua finalidade, logo para poder cumprir este mandado de criminalização deve se utilizar de uma lei, não podendo nenhuma outra modalidade legislativa inferior tomar seu lugar.

Para o atendimento da necessidade será levado em conta o princípio da intervenção mínima, indicando como o bem jurídico deve obrigatoriamente ser penalmente protegido, devendo ser eleito o meio menos gravoso para se atender a este objetivo. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito nada mais é do que se adotar a medida certa para aquela determinada situação.

Apesar de num primeiro momento ser atividade do legislador ordinário avaliando essas situações propostas chegar à conclusão que melhor atenda o mandado de criminalização nada impede a atuação jurisdicional neste controle.

5.2 Atuação jurisdicional no Controle da atuação legislativa

Tanto os excessos como a inércia do poder legislativo vêm sendo objeto de controle por parte do Judiciário. O controle dos excessos pode ser facilmente observado quando verificamos a declaração de inconstitucionalidade de diversos institutos normativos como no caso da vedação de progressão de regime integralmente fechado de cumprimento de pena nos crimes hediondos, entre outros.

Porém, a atuação no caso de inércia é mais difícil de ser realizado. É comum entre os autores elencar a possibilidade de ingresso de ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, de arguição de descumprimento de preceito fundamental ou ainda de mandado de injunção para obrigar o legislador ordinário a cumprir a ordem constitucional.

Nas palavras de Feldens essa proibição da proteção deficiente “pretende identificar um padrão mínimo das medidas estatais com vistas a deveres existentes de tutela” (FELDENS, 2005, p. 109). O problema, todavia, com estas medidas apontadas como cabíveis para o caso de omissão do legislador é a sua real efetividade.

A ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão apenas tem como resultado prático a ciência ao Poder competente para a adoção das medidas necessárias, de acordo com o parágrafo segundo do art. 103 da Constituição Federal. Esta ciência não vincula o Poder Legislativo, que não tem a obrigação de cumprir a ordem. O que seria mais eficiente neste caso seria a ciência, declarando em mora a casa legislativa, trancando a pauta da casa até a votação da matéria bem como a responsabilização pessoal do presidente da casa legislativa.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental apenas caberá se houver o descumprimento de algum preceito fundamental, a lei não define o que seria este preceito fundamental, mas a doutrina entende que o Supremo Tribunal Federal caso a caso deve construir o entendimento sobre este conceito, porém parece não haver dúvida que os direitos fundamentais estão contidos no conceito de preceito fundamental.

Por outro lado outros autores entendem que os direitos e garantias fundamentais não estão incluídos nos preceitos fundamentais, mas defendem ainda que o racismo seja apresentado em nossa Constituição como um preceito fundamental, como bem jurídico de proteção constitucional diferenciada. Logo apesar da inicial discordância entre os autores parece ser majoritária a possibilidade de ingresso de ADPF para que seja cumprido um mandado de criminalização.

O mandado de injunção é pouco comentado pelos autores tendo em vista a sua menor abrangência, apenas podendo ser intentado em se tratando de direitos e garantias fundamentais, ademais este apenas protegerá direitos individuais.

5.3 Bem Jurídico Penal

O Direito Penal teve grande evolução nos últimos tempos,

não podendo mais ser identificado apenas como um braço armado do Estado, mas sim a proteção normativa do bem jurídico, vem sendo sustentado como a grande função atual deste ramo do Direito. Com a proteção normativa do bem jurídico “visa o pleno desfrute – ou a um maior ou mais intenso desfrute – do direito fundamental ameaçado pela ação que se lhe faça lesiva” (FELDENS, 2005, p. 81).

Logo, no caso em estudo, quando o direito fundamental da igualdade, de não haver o racismo for ameaçada a norma penal deverá entrar em ação para restringir a atuação do agressor aumentando a liberdade do agredido. Com Feuerbach surge a idéia que a tutela penal devia ter por fim os Bens Jurídicos.

A eleição de bens jurídicos responde a uma necessidade de se conter os excessos criminalizadores do Direito Penal. Luiz Luisi apresenta diversas definições de bem jurídico no decorrer do tempo, contudo, sintetizando o autor entende que os “bens jurídicos seriam as funções necessárias para a conservação do sistema social” (LUISI, 2003, p. 171).

Os bens jurídicos devem ser entendidos como a base sobre o qual o tipo penal se forma e ainda mais, nos tempos modernos, os bens jurídicos devem ser extraídos da Constituição servindo duplamente como garantia aos cidadãos.

Como afirma Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya:

A tarefa da hermenêutica jurídico-penal moderna é reinterpretar as categorias dogmáticas segundo o leme político-criminal. Assim a adequada compreensão da norma deve ter por elemento referencial o ponto que sintetiza os objetivos do Direito Penal, ou seja, a proteção de bens jurídicos. (BUSATO, 2007, p. 62).

Neste sentido é o entendimento de Márcia Dometila: “o bem jurídico, protegido pela norma penal, deve sofrer um processo de avaliação, diante dos valores constitucionais de âmbito e relevância maiores” (CARVALHO, 1992, p. 34).

Os bens jurídicos tutelados pela lei nº 7.716/89 são a dignidade da pessoa humana, a proibição a qualquer tipo de discriminação, a convivência harmônica e pacífica entre todas as raças bem como a tolerância com as diferenças.

5.4 Tratamento do mandado de criminalização na legislação ordinária

O mandado de criminalização contido na Constituição Federal que cuida dos crimes contra o preconceito foi tratado primordialmente pela lei nº 7.716/89 e também pelo Código Penal em seu artigo 140, §3º.

Juntamente com as leis posteriores que modificaram a lei nº 7.716, como as leis nº 8.081/90, 8.882/94 e a 9.459/97, bem como também a lei nº 10.678/03 que criou a secretaria especializada de políticas de promoção da igualdade racial que tem como principal função no assessoramento do Presidente da República quanto à promoção de políticas públicas afirmativas.

6 A LEI Nº 7.716 DE 05 DE JANEIRO DE 1989

O projeto de lei nº 668 de 1988 de autoria do deputado Carlos Alberto Cao deu origem à Lei nº 7.716/89 conhecida como a Lei do Racismo, nome infeliz contida no próprio site do Senado Federal, afinal a norma não é do Racismo, muito pelo contrário, cuida a lei de tipificar condutas que são consideradas racistas. A lei nº 9.459/97 alterou alguns pontos desta lei que discutiremos posteriormente.

Anteriormente ao advento desta norma jurídica o crime de racismo era tratado como uma contravenção penal pela chamada Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.590/51), reconhecida como a primeira lei que tornou infração penal a prática de racismo. Esta tratava basicamente de se proibir o acesso a

determinados lugares ou de atender em sentido amplo alguma pessoa em função de preconceito de raça ou de cor.

Originariamente a lei nº 7.716/89 tratava dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, apenas com o surgimento da lei nº 9.459/97 que o rol foi aumentado, tratando agora além do preconceito, da discriminação e incluindo a etnia, religião e a procedência nacional como elementos desta discriminação. Alterando assim os artigos 1º e 20 da lei original.

O artigo 2º foi vetado pelo então Presidente da República. O supracitado artigo vinha dispor que os crimes de racismo eram imprescritíveis, insuscetíveis de fiança e também insuscetíveis de suspensão condicional da pena. Entendendo que a proibição da concessão de “sursis” seria medida extremada para o autor destes crimes entendeu por bem vetar o artigo.

Este veto provocou certa discussão sobre a imprescritibilidade dos delitos trazidos por esta lei o qual discutiremos mais a frente. Veto em nossa análise incorreto, tendo em vista que essa proibição ensejaria também a não aplicação da atual suspensão condicional do processo e se alinharia ao pensamento da Constituição Federal.

Também o artigo 15 foi vetado, cuidava este artigo da discriminação por razões econômicas, sociais, políticas ou religiosas em local de trabalho ou público, a razão do veto teria sido a impertinência do tema uma vez que a lei cuidava apenas dos crimes de preconceito de cor. Devido a abrangência conferida a esta lei naquele momento foi pertinente o motivo do veto, porém observando o mandamento constitucional de criminalização percebe-se que o aumento do alcance da norma não seria ruim em nenhuma hipótese.

Outros artigos que cuidavam de penas acessórias e da aplicação do rito sumário aos crimes desta lei foram igualmente vetados.

A lei possui um elemento subjetivo implícito, qual seja a vontade de discriminar, mostrar-se superior a outro ser humano. Então por tudo abordado até agora todos os crimes elencados pela referida lei são imprescritíveis bem como procedem mediante ação penal pública

incondicionada.

Os artigos 7º e 8º trazem uma fórmula casuística que possibilita a interpretação analógica.

O artigo 92 do Código Penal traz os efeitos extrapenais da sentença penal condenatória, sendo que o parágrafo único deste mesmo artigo fala que não são automáticos esses efeitos devendo ser motivado na própria sentença.

Sendo assim, o que se conclui é que os demais efeitos, contidos no artigo 91 também do Código Penal são automáticos prescindindo de maiores justificações na sentença, sempre devendo ser fundamentado.

Na lei nº 7.716/89 é efeito da condenação a perda do cargo ou função pública e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses, por exemplo, de hotéis e restaurantes. Nestes casos a eficácia da sentença penal poderá atingir pessoas que não participaram do processo penal.

Assim, pode ser que o gerente ou um dos sócios seja racista e impeça que uma pessoa de certa raça ingresse no local, não é justo que seja determinada a suspensão do funcionamento do local, sob pena de punir indivíduos que não tenham ligação com as pessoas condenadas. Assim, o juiz só poderia impor estes efeitos quando o dono, ou o gerente que com o apoio do dono realize ato de racismo. Senão não pode a sentença condenatória atingir quem dela não fez parte.

Uma questão que surge quanto ao artigo 20 da lei é a utilização do verbo nuclear “praticar” seria constitucional um tipo cujo preceito primário afirma a prática de preconceito ou discriminação? De acordo com doutrinadores isto ofende o princípio da legalidade dos tipos, devendo a lei definir o tipo, o que não ocorre no art. 20 ofendendo ainda o princípio da taxatividade.

Por outro lado, há autores que entendem que nos artigos 1º até o 14 o legislador descreveu as discriminações mais correntes, entretanto, existem outras condutas não abordadas que o legislador teria descrito o art. 20

para evitar que qualquer conduta discriminatória ficasse impune.

Assim, não se afirma que o dispositivo é inconstitucional, pois há o necessário padrão de certeza e o legislador pode utilizar palavras amplas, pois ele pode confiar no trabalho do intérprete.

6.1 Art. 140, §3º do CP

A lei nº 9.459/97 incluiu e a lei nº 10.741/03 alterou o parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal que trata da injúria decorrente da utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição da pessoa idosa ou portadora de deficiência. Por não ter sido feita a inclusão deste tipo penal na lei nº 7.716 algumas repercussões são importantes.

O surgimento desta qualificadora para o crime de injúria foi justificada pela recorrente desclassificação para o crime de injúria das infrações penais dos crimes descritos na lei nº 7.716/89. Afirma Guilherme de Souza Nucci que teve “a finalidade de evitar as constantes absolvições que vinham ocorrendo de pessoas que ofendiam outras, através de insultos com forte conteúdo racial ou discriminatório e escapavam da Lei 7.716/89 porque não estavam praticando atos de segregação” (NUCCI, 2006, p. 628).

A injúria consiste na emissão de uma opinião de depreciação, de desvalor a respeito de certa pessoa, é a criminosa declaração de uma opinião de desvalia. O que se pretende atingir na injúria é a honra subjetiva, a dignidade e o decoro da pessoa.

Nas palavras de Magalhães Noronha a honra subjetiva “é sinônima de apreço próprio, dignidade da pessoa, do juízo que cada um tem de si [...] a honra, a que nos estamos referindo, é a comum, que corresponde ao valor social da pessoa” (NORONHA, 2000, p. 118).

A dignidade diz respeito aos atributos morais do ofendido, por exemplo, chamar alguém de ladrão, de prostituta e o decoro é a ofensa que

se refere a questões físicas, intelectuais ou sociais do ofendido.

Para que se possa falar da existência do crime de injúria racial além do dolo de injuriar se faz necessário a “presença do elemento subjetivo especial do tipo, constituído pelo fim de discriminar o ofendido por razão de raça, cor, etnia, religião ou origem” (BITENCOURT, 2006, p. 407).

Para Christiano Jorge Santos embora seja nítida a “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” (SANTOS, 2001, p. 142).

De acordo com o entendimento de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves tomando esta atitude o legislador não deu “às vítimas a proteção especial da imprescritibilidade e da inafiançabilidade dos crimes” (GONÇALVES, 2006, p. 216). Enquanto o autor, com esta análise entende que o legislador deveria ter sido mais rígido, Cezar Roberto Bitencourt avalia que a atuação do mesmo não foi proporcional, mas por outra razão, pois aplicou a este delito a mesma pena reservada a delitos bem mais graves como o homicídio culposo.

Com todo o respeito que merece o autor citado concordamos com a posição defendida pelo professor Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, uma vez que a Constituição Federal definiu como um mandado de criminalização o crime de racismo e o delito contido no art. 140, §3º do Código Penal constitui uma modalidade deste crime devendo, portanto, estar contido na lei específica do tema, com todas as implicações que surgem com isto.

Em se tomando o entendimento de que não se trata de um crime de racismo propriamente dito é possível assim a concessão de liberdade provisória mediante fiança, bem como o crime é prescritível seguindo a regra geral do Código Penal. Ainda, em se tratando crime de injúria o mesmo se procede mediante ação penal privada conforme dispõe o artigo 145 do Código Penal.

A divisão praticada pela doutrina para separar a injúria racial

condicional do processo. Os artigos 5º, 8º, 9º, 10, 11, 12 e o mais grave o crime contido no artigo 20 todos da lei nº 7.716/89 tem pena mínima cominada de 1 ano.

Mesmo que em tese seja cabível a aplicação da suspensão condicional do processo não podemos admitir tal situação. A Constituição Federal ao estabelecer um mandado de criminalização está obrigando que aquele bem jurídico tenha uma proteção especial e efetiva o que não admitiria de maneira alguma a aplicação da medida despenalizadora.

A aplicação da suspensão condicional do processo a um tipo penal que a norma constitucional determina a impossibilidade de fiança, a imprescritibilidade e afirma que a pena a ser direcionada a este delito é a de reclusão seria um contrassenso. Um crime com toda a sua gravidade ter o seu processo suspenso apenas com o cumprimento de algumas formalidades pelo agente que praticou a conduta é inadmissível.

7 ANÁLISE SE A LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA TRATOU DE MODO SUFICIENTE O MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO

A Lei nº 7.716/89 abrange os delitos decorrentes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, parece-nos que esta lei apenas atendeu as modalidades de racismo, não definindo, portanto, as modalidades atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais (GONÇALVES, 2006, p. 230).

Bem como tratar da injúria qualificada pelo preconceito fora da lei que cuida das formas de racismo também nos parece um equívoco do legislador.

Entretanto, o erro mais grave no atendimento a este mandado de criminalização foi a restrição cometida pelo legislador ordinário. Enquanto o mandado constitucional menciona que devem ser evitadas todas as formas de

preconceito e discriminação, a lei citada que cuida do assunto restringe a sua cobertura aos crimes decorrentes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Claro e evidente é certificado que outras formas de discriminação como as de gênero, de orientação sexual, de procedência regional, não estão abarcadas em nossa legislação.

A conclusão que chegamos é que o mandado de criminalização não foi devidamente cumprido, o legislador brasileiro está em mora quando se trata de crimes decorrentes do preconceito.

8 IMPRESCRITIBILIDADE

A imprescritibilidade vem sendo por anos o ponto de maior debate quanto a este mandado de criminalização. A noção de prescrição é a regra geral quando tratamos de crimes no Brasil e em qualquer nação que se intitule um Estado Democrático de Direito.

O fundamento da prescritibilidade é a “pacificação social advinda do decurso do tempo desde o crime, tornando inconveniente o exercício da pretensão punitiva do Estado” (GONÇALVES, 2006, p. 211).

A prescrição nada mais é do que a perda do direito de punir do Estado pelo lapso temporal. Trata-se de um benefício em favor do réu quando se concretiza para certa pessoa, mas também pode ser considerada uma garantia incluída no devido processo legal, tendo o Estado prazo razoável para cumprir a pretensão punitiva e executória.

Para alguns a adoção da medida da imprescritibilidade para os crimes de racismo e outros pela Constituição Federal é um retrocesso.

Para a autora Célia Maria Ramos Tejo “a imprescritibilidade é o mais inadequado dos caminhos” (TEJO, 1998, p. 28) e ainda defende que por emenda seja alterado tanto o preceito

constitucional como o legal admitindo a partir de então a aplicação da prescrição para essas modalidades de crimes.

De um modo menos radical Guilherme de Souza Nucci não concorda com a imprescritibilidade por o crime mais grave ter pena de 5 anos e muitos delitos trazidos pela lei nº 7.716/89 permitirem em tese para o autor a suspensão condicional do processo e da pena, a substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos, a fixação do regime semiaberto e até mesmo a fixação do regime aberto para o cumprimento de pena.

Continua o autor falando que a impossibilidade da prescrição feriria os princípios da proporcionalidade e da humanização das penas (NUCCI, 2007, p. 267).

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424 o STF decidiu por margem apertada de votos que a imprescritibilidade deveria ser atribuída a todos os crimes de racismo, ou seja, todos os crimes tratados pela lei nº 7.716/89.

Há autores, entretanto, que defendem a aplicação da imprescritibilidade apenas aos crimes resultantes de preconceito de raça, cor ou etnia, não sendo imprescritíveis os crimes de preconceito decorrentes de discriminação de religião ou procedência nacional. Até mesmo por tudo tratado até aqui não concordamos com esta posição, devendo a imprescritibilidade atingir todos os delitos da citada lei.

A adoção de crimes imprescritíveis não é novidade do nosso ordenamento jurídico, diversas legislações mundo afora adotam crimes que não prescrevem. Diversos países na Europa tratam do genocídio e do homicídio qualificado como imprescritíveis e tratados internacionais que cuidam dos crimes de genocídio e dos crimes contra a humanidade também fixam a sua imprescritibilidade, porém no caso do Brasil apenas para aqueles casos explicitamente contidos na Constituição Federal é que poderá ser aplicada esta imprescritibilidade com a idéia o Estado nunca perderia o interesse de processar e punir o racista.

cor e etnia. A raça é conceito pertinente “aos campos da antropologia física ou da biologia que, para tanto, valem-se da análise de inúmeros elementos físicos coincidentes entre os indivíduos” (SANTOS, 2001, p. 44).

Para o Direito Penal deve se utilizar o conceito usual de raça para verificar se a atitude do agente pode se configurar como forma de discriminação ou preconceito.

A Lei nº 7.716 ainda faz alusão a cor referindo-se a pigmentação epidérmica dos seres humanos. Já a etnia por seu turno faz referência ao grupo biológico e culturalmente homogêneo. Normalmente a nacionalidade não se confunde com a etnia, a etnia nada mais é do que algum laço que une determinada comunidade, podendo ser a língua, identidade biológica, cultural ou de costumes.

Ainda a lei fala de procedência nacional que para a maioria dos autores apenas significa a procedência de uma determinada nação, entendimento este que discordamos. Tanto Luiz Carlos dos Santos Gonçalves como Guilherme de Souza Nucci defendem que esta procedência nacional, mais do que a procedência de pessoas de outros países protege efetivamente pessoas de procedência de outras regiões do país.

Isto significa muito ainda mais quando falamos num país como o Brasil que por sua extensão possui diferenças regionais que por vezes são maiores do que de país para país e no momento que pessoas de umas regiões partem para outra esse choque cultural geralmente resultará em discriminação.

10 CONCEITO DE AÇÃO AFIRMATIVA.

As ações afirmativas são mecanismos que surgiram nos Estados Unidos como instrumentos temporários destinados a minimizar as desigualdades existentes numa comunidade.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEJO, Célia Maria Ramos. **Dos crimes de preconceito de raça ou de cor. comentários à Lei 7.716/89**. Campina Grande: EDUEP, 1998.

SZKLAROWSKY, LEON FREJDA. Crimes de Racismo. Crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/249/4/r13503.pdf>> . Acesso em: 26 set. 2007.

CÓDIGO CIVIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf> . Acesso em 26.09.07.

