

A intervenção penal para a proteção dos direitos e liberdade fundamentais: linhas de acerto e desacerto da experiência brasileira

Isaac Sabbá Guimarães*

Artigo publicado originalmente na *Revista dos Tribunais*, ano 91, vol. 797, mar/2002, p. 450-468.

Sumário: Introdução – 1. Bem Jurídico-penal – 1.1. Evolução – 2. Bem Jurídico e Princípios do Direito Penal – 2.1. Fragmentariedade do Direito Penal – 2.2. Subsidiariedade do Direito Penal – 3. Bem Jurídico e Constituição – 3.1. Bases Filosóficas da Lei Fundamental – 3.1.1. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – 3.1.2. A Tolerância – 3.1.3. Liberdades Fundamentais – 4. Constituição e Direito Penal – 5. Proteção Penal dos Direitos e Liberdades Fundamentais – 5.1. Paradigmas Penais – 6. Situação Penal Brasileira – 6.1. Lei dos Crimes de Preconceito de Raça ou de Cor – 6.2. Modalidade Especial de Injúria – Conclusão.

Resumo: A constante (re)definição do direito penal no prosseguimento da *pax publica*, invariavelmente condicionada a duas esferas que se entrecortam – a do *ethos* e a do *chronos* – põe em relevo o problema de sua eficácia para a proteção do direito à diferença, ou, num sentido mais amplo e consentâneo com os princípios fundamentais que nos regem, para a proteção das liberdades e direitos fundamentais. A tentativa de resposta que se propõe, passa pela consulta à Lei Fundamental e aos princípios filosóficos nela contidos.

Palavras-chave: direito penal – dogmática penal – bens jurídicos – dignidade penal e carência de tutela penal – constituição – princípios fundamentais – direitos e liberdades fundamentais – função do direito penal.

Nota explicativa: Embora careça de atualizações, o presente trabalho presta-se, em sua essência, a instigar o debate em torno das relações do Direito Constitucional e Direito Penal, bem como da Política Criminal".

Introdução

Uma das verdades de difícil aceitação pelo brasileiro é a referida à existência de atos discriminatórios contra as chamadas minorias sociais. Trata-se de fenômenos isolados, que não chegam a avultar nos noticiários, longe, portanto, de constituírem-se em *pathos* social, como ocorre nos Estados Unidos da América e em diversos países europeus (paradoxalmente defensores do direito à diferença e da dignidade da pessoa humana, como é o caso da Alemanha). Mas não podem ser simplesmente desconsiderados, como o fez GILBERTO FREYRE, sob o argumento de que o caráter brasileiro, formado a partir de uma propensão dos colonizadores portugueses à miscibilidade, é aberto e de marcante tolerância¹[1]. Aliás, o próprio sociólogo pernambucano oferece-nos inúmeros indícios de que, se não assimilamos condutas racistas, ao menos carregamos fortes hábitos preconceituosos²[2]. E que, mesmo passados quase setenta anos do aparecimento de sua *Casa Grande & Senzala*, são facilmente perceptíveis³[3].

É em razão dessa realidade, que entra em conflito com a pretensão nacional de concretização de um Estado-de-direito-material numa base de valores axiológico-democráticos (vocado para o respeito à dignidade da pessoa humana, à qual vão ínsitos os princípios de igualdade e universalidade – formando um sistema de princípios fundamentais que pretende o respeito à condição humana, de cada indivíduo e de todos os homens), que se não pode deixar o tema fora do alcance do sistema jurídico. E o nosso constituinte, imbuído daquela pretensão, percebeu

muito bem a necessidade de fundamentar nosso *corpus iuris* no respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR)⁴[4]. E a modo de estruturar um sistema coerente de direitos fundamentais, sujeitou-os aos princípios da igualdade e da universalidade (art. 5º, *caput*, da CR), reforçando os objetivos nacionais de promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CR). Dentro desta concepção de valores ontológico-axiológicos, é de suporem-se vedados os comportamentos que ultrapassam os níveis de tolerância, ganhando *status* de discriminação.

Este arcabouço filosófico da nossa Lei Fundamental, e que só por si determina sejam repelidos os atos discriminatórios, é, no entanto, reforçado por direitos fundamentais, que se inserem no sistema de aplicabilidade imediata (§ 1º, do art. 5º, da CR). Ou seja, são direitos e garantias fundamentais que, originando-se de uma esfera axiológica, gozam de um estatuto proeminente em relação aos demais direitos constitucionais⁵[5]. É nesta categorização que entra a inviolabilidade de crença (inc. VI, do art. 5º, da CR) e da honra (inc. X, do art. 5º, da CR). Além de que a Lei Fundamental expressamente salvaguarda o cidadão das discriminações por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política (inc. VIII, do art. 5º, da CR). Por fim, reserva um tratamento especial para prática de racismo, que se “constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei⁶[6].

Do que foi dito, avulta desde logo a constatação de que a Lei Fundamental categoriza como sendo crime a prática de racismo. Mas silencia quanto às demais formas de discriminação. Ou seja, deixa de vincular o legislador infraconstitucional à criminalização de outras condutas que não sejam as referidas ao racismo. E é neste ponto que se

situa a zona problemática desde o início por nós proposta. Traduzindo-a de forma mais explícita: estará o legislador autorizado a determinar punição para as condutas preconceituosas de origem, sexo, idade ou de qualquer outra diferença pessoal e que, indiscutivelmente, afetam a dignidade da pessoa humana? É possível identificar-se naquelas condutas agressão a bem jurídico que careça de proteção penal? Em que medida será legítima a intervenção penal, como *ultima ratio* do sistema jurídico, para solucionar os conflitos sociais decorrentes das condutas de discriminação?

1. Bem Jurídico-penal

Numa primeira aproximação ao problema resultante da tensão entre as ordens jurídicas constitucional e penal, parece-nos indispensável uma incursão, mesmo que breve, ao conceito de bem jurídico⁷[7]. Afinal, este conceito servirá de critério de delimitação da atividade estatal de legislação em matéria penal. No dizer de COSTA ANDRADE, seu surgimento na dogmática penal “corresponde a uma viragem no sentido de positivização, normativização e subjectivização sistémico-social do objecto da infracção”⁸[8]. Rematamos nós dizendo que o bem jurídico se insere na concepção moderna de direito penal⁹[9].

1.1. Evolução

Como é sabido, num primeiro estágio civilizacional, predominava o relacionamento de punição à vingança de sangue (*Blutrache*) do direito germânico, que autorizava à tribo ofendida o revide de um mal praticado por outra tribo. Havia um pendor eminente de perseguição punitiva privada, já que inexistia naquelas organizações comunitárias um órgão com a função específica.

Mais tarde, a centralização do poder durante o *Ancien Régime* absolutista, determinou o aparecimento de uma verdadeira espécie de vingança institucionalizada: o soberano exercia o direito de punir sob o escopo de garantir a *pax publica*, mas não no sentido hobbesiano, posto que os excessos e a invariável falta de segurança dos súditos constituíam-se a regra.

Contra este estado de coisas opõem-se os ideais do iluminismo setecentista surgidos na Europa, que vêm propiciar a derrocada do *Ancien Régime*, e, por conseqüência, propiciam elementos para o surgimento do direito penal, tal como visto nos dias de hoje, como uma ciência normativa. Além dos referenciais humanistas, avultam, a partir de BECCARIA, a concepção utilitarista e o fim de prevenção geral: o direito penal intervirá como meio formal de solução de conflitos sociais e definirá a margem de liberdade dos integrantes da sociedade. É em razão disto que o legalismo – coerentemente concebido pela *Intelligentsia* iluminista como forma de salvaguarda das liberdades em face às atividades estatais – ganha projeção. Ou seja, o direito penal (moderno) passa pelo processo de positivização legal.

É bem verdade que o ideário iluminista não determinou a configuração definitiva do direito penal. No entanto, os marcantes influxos do liberalismo repercutiram nas obras de um MILL ou de um BENTHAM, e, mais tarde, nas posições tomadas por FEUERBACH. De forma que este, escoimando do direito penal as intervenções pertencentes ao estrito âmbito da moral^{10[10]}, referiu que o crime é uma violação a um direito subjetivo do cidadão ou do Estado. Assim, “O objeto de proteção

^{10[10]} Não se pode esquecer que apesar de FEUERBACH ter deixado de incluir no Código Penal da Baviera (1813), de sua autoria, condutas como a heresia, a blasfêmia, a bigamia e o incesto, não rompe de vez com o sistema então dominante e remete para o direito penal de polícia – “que zelava pelo bem-estar do cidadão” – a normatização de condutas atentatórias contra a religião e outros desvios da moral reinante. Cfr. o nosso *Dogmática penal...*, cit. , p. 26-27.

[do direito penal], integrado por uma faculdade jurídica privada ou uma atribuição externa e individual constitutivas de direito subjetivo, representa o núcleo essencial do fato punível, sobre o qual se deve configurar o conceito jurídico de delito”¹¹[11]. Por outras palavras, o direito penal tinha por escopo a proteção dos direitos individuais, tornando-se um instrumento eficaz para garantir a liberdade pessoal¹²[12].

A tentativa de construção do conceito material de delito só ganhou melhor impulso a partir das noções de bem jurídico introduzidas por BIRNBAUM¹³[13]. O autor, filiando-se à escola histórica, admite como dignos de perseguição penal aqueles bens identificados pelas observações empírico-naturalistas. Por outras palavras, passam a ter interesse para o direito penal os direitos pré-jurídicos. Além do mais, a posição de BIRNBAUM rompe com os postulados individualistas de FEUERBACH, visando a construção de um sistema teleológico-social de direito penal, voltado para a preservação de valores sociais. Sua teoria preconiza, portanto, a proteção de bens transindividuais.

Foi BINDING quem, na sua *Die Normen*, empregou o termo bem jurídico (*Rechtsgut*). Mas já com vincado positivismo, pois, “Para o autor, o bem digno de proteção legal depende do juízo de valor estabelecido pelo legislador. É este quem elegerá a atuação protetiva do Direito Penal sobre determinado bem ou interesse”¹⁴[14]. Por outras palavras, é o

¹¹[11] PRADO, LUIZ REGIS, op. cit., p. 27-28.

¹²[12] *Ibidem*, p. 28.

¹³[13] Neste ponto chamamos atenção, seguindo REGIS PRADO, para o fato de que BIRNBAUM introduziu o conceito de bem jurídico, rompendo com a teoria do direito subjetivo de FEUERBACH (cfr. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 29). Mas é importante salientar que o conceito de *Rechtsgut* foi, em realidade, utilizado por BINDING, no seu *Die Normen*.

¹⁴[14] Em nosso *Dogmática penal...*, cit., p. 33.

legislador que deverá determinar o objeto do direito penal, gozando de ampla liberdade de opções. Mas, para evitar as arbitrariedades, o sistema bindinguiano condicionou o trabalho do legislador na necessária identificação de uma carga de danosidade social que deve estar ínsita nas condutas perseguidas. Ou seja, para BINDING “O bem jurídico é protegido sempre em nome da totalidade, por mais individual que seja, isto é, ele deve ter representação e valor para a sociedade”¹⁵[15].

É igualmente importante para o entendimento do conceito de bem jurídico a formulação de VON LISZT. Este autor discrepará da teoria de BINDING ao apelar não para o positivismo extremado, mas para a localização dos bens dignos de proteção penal numa fase pré-jurídica. Ou seja, antes de o legislador dedicar proteção a certos bens, será o homem integrado à sociedade quem selecionará seus valores mais representativos. De forma que os bens jurídicos aí identificados, serão “(...) criações da própria vida, que o direito encontra e a que assegura proteção jurídica”¹⁶[16]. Mas como na concepção de BINDING, VON LISZT apóia sua teoria na necessidade de o bem jurídico ter uma representação de danosidade social. De forma que sua proteção pelo direito penal visará a preservação de valores essenciais para a sociedade. Os demais, sujeitar-se-ão a meios menos gravosos de solução de conflitos instituídos pela política social. Por outras palavras, ao direito penal restará a condição de *ultima ratio* do ordenamento jurídico, intervindo subsidiariamente em relação aos meios menos gravosos de solução dos conflitos.

Deste panorama, já podemos divisar como ponto fulcral do conceito de bem jurídico uma sua vinculação com a preservação dos valores mais representativos para a sociedade. E, com EDUARDO CORREIA, é possível dizer que os bens jurídicos “São, pois, conceitos do plano normativo que,

¹⁵[15] Ibidem, ibidem.

¹⁶[16] ANDRADE, MANUEL DA COSTA. *Consentimento e acordo...*, cit., p. 39.

de modo algum, se podem confundir com interesses ou bens dos indivíduos singulares, materiais ou morais, que daqueles são apenas um possível abstracto, apenas seus possíveis portadores noutra plano”17[17]. Constituem-se, no atual estágio da dogmática penal, em referencial para as políticas criminais, ostentando a função de limitador do direito de punir do Estado18[18]. Foi nesta condição que o Projeto Alternativo do CP alemão (1969) preconizou no seu § 2º que “As penas e as medidas de segurança servem à proteção de bens jurídicos e à reinserção social do agente na comunidade jurídica”. O art. 40º do CP português também revela semelhante conteúdo programático ao dispor que “A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”.

Mas mesmo com o conhecimento dos elementos informativos do conceito de bem jurídico, restarão indagações a respeito da identificação de sua capacidade de legitimação penal. De outra forma expondo o problema, o que agora se nos apresenta está referido à seleção dos bens jurídicos dignos de proteção penal. Quais serão os valores sociais que apresentam dignidade e necessidade de intervenção penal?

2. Bem Jurídico e Princípios do Direito Penal

Ao tratar do problema, FIGUEIREDO DIAS adverte que a noção de bem jurídico “(...) não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que a permita converter em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado”19[19]. Em idêntico sentido vai a

17[17] CORREIA, EDUARDO. *Direito Criminal*, cit., p. 278.

18[18] Cfr. PRADO, LUIZ REGIS. *Bem jurídico-penal...*, cit., p. 48.

19[19] DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO. *Questões fundamentais...*, cit., p. 62.

posição de ROXIN, para quem “Está claro que o conceito de bem jurídico não é uma varinha mágica, com cuja ajuda se pode separar, sem mais, por meio da subsunção e da dedução, a conduta punível da que deve permanecer impunível”²⁰[20]. O único aspecto consensual estabelecido sobre a matéria, diz respeito à representatividade de valor social que deve conter o bem jurídico, mesmo que a ele estejam diretamente relacionados interesses de cunho individual. É o que ninguém contestará quando posto em relevo, v.g., a proteção penal ao patrimônio, mediante a criminalização do furto.

Mas já outras intervenções penais, ao menos quando analisadas segundo o padrão dos Estados ocidentais de feição democrática, deverão ser precedidas de maior ponderação. É que o exagerado regime legiferante pode invadir, indevidamente, determinadas áreas que devem permanecer a salvo da atividade persecutória penal do Estado²¹[21]. O âmbito da mera *cogitationis*, v.g., é um deles²²[22]. Daí que só se punam

²⁰[20] ROXIN, CLAUDIUS. *Problemas básicos del derecho penal*, trad. para o castelhano de Diego Manuel Luzón Peña. Madri: Reus, 1976, p. 46-47.

²¹[21] Uma tal condição de inflação de leis penais, pode ter como significado aquilo que entre nós, numa atitude combativa, SILVA FRANCO denomina de criação de direito penal simbólico, que se origina de uma “política falaciosa”, à qual nossos legisladores recorrem para transmitirem aos cidadãos a idéia de realização da *pax publica*. Cfr. FRANCO, ALBERTO SILVA. Arma de brinquedo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 5, n.º 20, out.-dez., 1997, p. 71-74 e, ainda, Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, fasc. 2º, abril-junho, 1996, p. 175-187.

JAKOBS é mais contundente na sua crítica, chegando a afirmar que o demasiado intervencionismo penal é próprio dos regimes totalitários, onde se cria um direito penal de inimigos, caracterizado pela otimização da proteção de bens jurídicos. Bem diferente, portanto, do que se passa nos regimes democráticos, onde deve vigorar o modelo de direito penal de cidadãos, que tem por objetivo otimizar as esferas de liberdade. Cfr. JAKOBS, GÜNTHER. *Fundamentos del derecho penal*, trad. para o castelhano de Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Buenos Aires: Ad-hoc, 1996, p. 190

²²[22] Lembre-se da velha regra de Ulpiano, segundo a qual *cogitationis poenam nemo patitur*. Desta decorrendo o imperativo de que *de internis non judicat praetor*, as quais nosso legislador não prestou a devida atenção quando

os atos que, ao menos, representam um começo de execução de crime. Disso resulta a conclusão de que, não se inscrevendo o bem jurídico num conceito fechado e preciso capaz de ser prontamente empregue pelo legislador na tarefa de (re)definição da ordem jurídico-penal – e nem poderíamos conceber a realização do direito penal como uma tarefa de puro pragmatismo, como se fosse uma solução de álgebra, porque este ramo do direito integra uma vasta constelação de valores humanísticos – haveremos de nos apegar a outros referenciais.

2.1. Fragmentaridade do Direito Penal

A história do direito penal desenvolve-se em torno da constante dialética sobre o papel que lhe cabe no *corpus iuris* duma sociedade. E, por isso, passa por um processo de questionamentos pelo qual se busca precisar o objeto de sua tutela que, como dito antes, não está referenciado a uma fórmula fechada e acabada. Antes, estará sujeito às variáveis identificadas na comunidade e em determinado tempo. Sua (re)definição estará, assim, irremediavelmente vinculada ao *ethos* social e ao *chronos*²³[23].

É óbvio que o direito penal de uma sociedade com vincado cariz pluralista elegerá somente aqueles valores mais representativos para a manutenção da conformação social ao estado de *pax publica*. Para tanto,

tratou dos crimes de arma de fogo, entre eles incluindo condutas que sequer representam perigo.

23[23] Cfr. DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO. O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade de risco'. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 9, n.º 33, janeiro-março de 2001, p. 39-65. O autor refere sobre os novos horizontes do direito penal voltado para a proteção de bens postos em perigo pelo avanço da tecnologia, incumbindo ao direito penal o papel de, *v.g.*, punir as condutas que causem dano ao ambiente.

Interessante notar que os dias atuais revelam uma acentuada consciência de preservação do ambiente para as gerações futuras, como paradigmaticamente ficou plasmado no art. 225 da nossa CR que, em seu parágrafo 3º, determina a responsabilidade penal daqueles cuja conduta o lesem.

evitará imiscuir-se em determinadas zonas nas quais inexistente o consenso ético-social a exigir sua intervenção. Sob pena de criar paradigmas de comportamento que desprezam, ao menos ao nível ontológico, a esfera de desenvolvimento da pessoa humana, já para não se falar, ao nível das concepções do Estado-de-direito-material, de um inegável conflito com os princípios fundamentais da igualdade e da universalidade, que regem os direitos e liberdades individuais. Assim, v.g., o direito penal não poderá proteger os dogmas da igreja católica em detrimento das outras orientações religiosas, muito embora a sociedade brasileira seja formada, em sua maioria, por pessoas que professam aquela fé. Mas, já será legítima a intervenção para proteger a liberdade de crença religiosa, assegurando a todos a autodeterminação no âmbito da fé religiosa.

Do que ficou dito, resta-nos a noção de que a ordem jurídico-penal não abarcará proteção à generalidade dos interesses sociais e bens jurídicos: ao contrário, alcançará somente aqueles mais significativos para a sociedade. Numa palavra, o direito penal revela-se, necessariamente, como uma ordem jurídica fragmentária²⁴[24].

2.2. Subsidiariedade do Direito Penal

O direito penal é, a todas as luzes, o meio de controle dos conflitos sociais mais gravoso do ordenamento jurídico. Já para não nos alongarmos nas conclusões óbvias que podem ser retiradas do exame da natureza e conseqüências das penas (inclusive acessórias), podemos mencionar que a própria ritualização requestada para a aplicação da lei penal, através do processo-penal, com todas as circunstâncias de emblemático formalismo, é, em si, um gravame pesado para o réu. Já bem antes de submeter-se à pena, o réu sofrerá, inevitavelmente, dos estigmas

²⁴[24] Noção mais desenvolvida em nosso *Dogmática penal e poder punitivo*: novos e redefinições, cit., p. 38 e ss.

conferidos pelo processo²⁵[25]. Talvez terá sido por esta razão que a escola de direito penal alemã, de longa tradição jusracionalista, apresentou alternativas para a *praxis* processual penal. Inclusive com nítido pendore desjudiciante expresse no “Projeto contra o furto nas lojas” (*Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl*) e no “Projeto de uma lei reguladora da justiça na empresa” (*Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz*), ambos da década de 70²⁶[26].

Já nos alvares da teoria do bem jurídico, VON LISZT entendia que “A política social actua, como meio de combate ao crime, de um modo incomparavelmente mais profundo e mais seguro do que a pena ou qualquer outra medida que com ela se assemelha (...)”²⁷[27], desta forma deixando implícito que há outros meios para o controle dos desvios sociais mais eficazes que o direito penal, ao qual se recorrerá quando necessária à aplicação de pena para garantir a ordem pública. Daqui extraíndo-se seu cariz subsidiário em relação aos demais aparelhamentos do ordenamento social e jurídico.

Portanto, apresentando-se como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, o direito penal passará sempre pela (re)definição de sua necessidade para o controle dos desvios sociais. Na formulação da dogmática penal alemã, absorvida pela escola de direito penal de Coimbra, representada por COSTA ANDRADE e FIGUEIREDO DIAS, as opções de política criminal de criminalização e de descriminalização

²⁵[25] A desjudiciante plasmada na Lei dos Juizados Especiais (que alguns de nossos juristas teimam em categorizar como sendo lei de índole despenalizadora), imbuí-se da tentativa de evitar os estigmas do processo penal contra o delinqüente ocasional e de menor potencial ofensivo. E, neste sentido, apresentando forte propensão para a eficaz prevenção especial.

²⁶[26] Mais desenvolvidamente em nosso *Dogmática penal e poder punitivo: novos rumos e redefinições*, cit., p. 102 e ss.

²⁷[27] In *Lehrbuch Deutschen Strafrechts*, apud ROXIN. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1986, p. 59.

passarão pelo equacionamento de identificação da dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) do bem jurídico e da carência de tutela penal (*Strafbedürftigkeit*)²⁸[28]. Assim, não se contestará que a dureza do direito penal não será desproporcional, *v.g.*, para a proteção do bem jurídico vida (detentor de dignidade penal), proibindo-se o homicídio e impondo-se a ameaça de pena restritiva de liberdade, como remédio mais forte e necessário à prevenção (revelando existir carência de tutela penal). Já não estará livre de dúvidas a afirmação de validade do direito penal para reagir contra o adultério, especialmente por se saber que hoje se recorre ao direito civil ou mesmo a meios de conciliação para a solução do problema.

3. Bem Jurídico e Constituição

Do que ficou dito, avulta a conclusão de que o bem jurídico, só por si, não será um meio totalmente seguro para conduzir o legislador na tarefa de realizar a política criminal, seja criminalizando, seja descriminalizando. Melhor dizendo, as diretrizes de um direito penal voltado para a preservação do mínimo ético-social e, pois, condicionadas a um determinado *ethos* social, não terão na noção de bem jurídico uma fórmula para pronta aplicação. Antes partirão da identificação dos valores mais caros ao sistema social e reconduzíveis ao conceito de dignidade penal, e perscrutarão na fenomenologia a necessidade de intervenção penal, obedecendo-se à ordem de subsidiariedade. Tal tarefa será reclamada à criminologia. Mas, sem sombra de dúvida, poderá ser obviada pela correta exegese da Lei Fundamental. Para FIGUEIREDO DIAS, “Logo por aqui se deve concluir que um bem jurídico político-criminalmente vinculante existe ali – e só ali – onde se encontre *refletido* num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema

²⁸[28] Sobre o tema, além da bibliografia vária estrangeira, pode-se consultar o nosso *Dogmática penal e poder punitivo: novos rumos e redefinições*, cit., p. 83 e ss.

social total e que, deste modo, se pode afirmar que “preexiste” ao ordenamento jurídico-penal”²⁹[29]. De forma que entre a ordem de valores jurídico-constitucional e a ordem jurídica penal dos bens jurídicos haverá uma relação de mútua referência de analogia material, “fundada numa essencial *correspondência de sentido e-* do ponto de vista de sua tutela – *de fins*”³⁰[30]. E, mais adiante, o penalista de Coimbra arremata seu raciocínio, afirmando que “É por esta via – e só por ela em definitivo que os bens jurídicos se “transformam” em *bens jurídicos dignos de tutela penal* ou com *dignidade jurídico-penal*”³¹[31].

A Lei Fundamental, tal como o ordenamento jurídico-penal, é, em sua essência, fragmentária, pois abrangerá, *tout court*, os bens e valores sociais de maior representação. Aqueles identificados na ordem de valores axiológica da comunidade. E, por isso, será fonte imediata para o legislador penal, que também norteará o ordenamento jurídico-penal por aquela representação. Em alguns casos, há determinação constitucional expressa de criminalização, como aquela contida no art. 5º, XLII. Mas em muitos, o legislador infraconstitucional vai apoiar-se em autorizações implícitas de criminalização, como ocorre, *v.g.*, quando legisla para proteger o bem jurídico constitucional vida (art. 5º, *caput*). No entanto, tal relação não implicará numa situação de coincidência do âmbito protetivo dos dois ordenamentos jurídicos, posto que o legislador penal terá uma maior área de atuação³²[32]. Portanto, quando tratar do bem jurídico vida, parece-nos estar autorizado não só a protegê-lo das

²⁹[29] DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO. *Questões fundamentais ...*, cit., p. 67.

³⁰[30] *Ibidem*, *ibidem*.

³¹[31] *Ibidem*, *ibidem*.

³²[32] Só não podendo, como adverte FERREIRA DA CUNHA, “criar uma ordem de bens jurídico-penais de forma a inverter a ordem de valores constitucional”. (FERREIRA DA CUNHA, MARIA DA CONCEIÇÃO. *Constituição e crime*, cit., p. 328). Assim, o legislador penal não poderá criar um regime mais brando para os chamados crimes hediondos, sob pena de inconstitucionalidade.

agressões danosas que o sacrifiquem, mas, também, normatizar as formas não naturais de procriação³³[33]. Isto porque, segundo entendemos, estará arrimado não só no conceito de bem jurídico, mas também nos referenciais ontológicos que definem a Lei Fundamental. Portanto, já bem antes de socorrer-se às matérias afins do direito penal, como a criminologia, o legislador penal poderá consultar as bases ontológico-axiológicas que presidem à Lei Fundamental.

3.1. Bases Filosóficas da Lei Fundamental

O sistema constitucional brasileiro vigente rompeu com as antigas pretensões de estabelecimento de um regime social enformado dentro dos limites da ordem dada e diretamente vinculado ao poder político³⁴[34]. O então regime constitucional de 1969 desconsiderava a formação heterogênea da sociedade, para promover um padrão comportamental – logicamente, mais fácil de enquadrar-se nas linhas filosóficas revolucionárias³⁵[35]. O atual, pelo contrário, reconhece que o Brasil é formado por uma sociedade pluralista, por isso funda “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” (preâmbulo da CR); reflete as idiossincrasias

33[33] As inúmeras experiências sobre reprodução humana, avançando para a possibilidade de clonagem de seres humanos, colocam em causa não só o bem jurídico vida, mas, também, a dignidade da pessoa humana.

34[34] O preâmbulo da Constituição Federal de 1967, ao expressar que “O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte Constituição do Brasil”, deixa clara aquela pretensão do poder político em estabelecer determinada ordem. MALUF, ao analisar o preâmbulo, afirma que ele “Deixa patente que a Constituição origina-se do *poder constituído*. É uma expressão da autoridade estatal. Em outros termos: provém do Estado, não da Nação; do governo, não do povo”. (MALUF, SAHID. *Direito constitucional*, 17ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1985, p. 72).

35[35] A prova disso encontrava-se na maciça propaganda patriótica veiculada pelos meios de comunicação e pelo ensino da disciplina de educação, moral e cívica nos bancos escolares.

nacionais ao mencionar que o povo brasileiro, apesar da heterogeneidade, é composto de “uma sociedade fraterna”, “sem preconceitos” e “fundada na harmonia social”. E para estruturar o Estado-de-direito-material, o poder político assume uma posição compromissória de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV da CR). Podemos dizer, à guisa de arremate, que para além de radicar os direitos fundamentais no princípio da dignidade da pessoa humana, a nossa Lei Fundamental potencializa dois importantes valores, que estão intrinsecamente unidos: a liberdade e a tolerância.

3.1.1. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR), apresenta um campo ontológico largo, praticamente insusceptível de delimitação. Mas de sua noção, destacam-se, imediatamente, dois supostos irrenunciáveis: o primeiro de que a dignidade é referida à espécie humana, como forma de distinção do ser hominal das demais espécies. É atributo distintivo do ser humano, de cada homem e de todos os homens e, portanto, diretamente referenciado ao princípio da universalidade. O segundo, parte do fato de que essa categorização especial é única para todos os homens, ou seja, não se admitindo a taxionomia de graus de dignidade. Em uma palavra, a dignidade da pessoa humana também se referencia com o princípio da igualdade. Daí que, tendo sido a dignidade da pessoa humana adotada como princípio fundamental, o constituinte não podia desprezar os dois outros princípios que nele vão implicitamente contidos, sob pena de quebrar a unidade de sentido filosófica da Lei Fundamental.

É ela, sob estes dois aspectos que acabamos de mencionar, coerente ao dispor os direitos e garantias fundamentais para todas as pessoas, “sem

distinção de qualquer natureza”³⁶[36]. De maneira a erigir, sob a tutela do princípio da dignidade, um sistema de direitos e garantias que viabiliza a formação da esfera de desenvolvimento da pessoa humana. Potencializa, enfim, a autodeterminação das pessoas, quer seja garantindo os direitos clássicos (vida³⁷[37], liberdade e propriedade); seja no caráter mais lato da cultura (através, v.g., das liberdades de expressão, de religião, de convicções filosófica e política); quer seja no sentido de propiciar o gozo, para além das liberdades clássicas do iluminismo, da liberdade positiva de autopromoção (através, v.g., do acesso garantido à justiça, à saúde e à educação).

Do que acabamos de expor, podemos concluir, com JORGE MIRANDA, que do princípio da dignidade da pessoa humana – o princípio fundamental que rege o sistema de direitos fundamentais – surgem seis diretrizes básicas:

a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;

b) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;

³⁶[36] MIRANDA vai mais para além ao encontrar nos direitos económicos, sociais e culturais uma “fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas as pessoas*”. (MIRANDA, JORGE. *Manual de direito constitucional*, cit., p. 167).

³⁷[37] O constituinte andou bem ao proibir a pena de morte, já que reconheceu o valor eminente da pessoa humana e de seu bem maior. Mas ao permitir sua aplicação no caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, “a”, da CR), deixou de gizar-se por aquelas linhas filosóficas, sugerindo-nos a leitura da existência de dois graus de dignidade: a do criminoso comum e a do criminoso de guerra. Por outras palavras, a Lei Fundamental estabelece uma linha de invencível incongruência com os enunciados ontológicos da dignidade da pessoa humana. Nosso constituinte teria obrado melhor se tivesse seguido o exemplo da CR de Portugal, cujo art. 24º prevê, de forma coerente com o princípio da dignidade da pessoa humana, que: “1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte”.

c) O primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade;

d) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida,

e) A protecção da dignidade das pessoas está para além da dignidade da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos;

f) A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.^{38[38]}

3.1.2. A Tolerância

As pretensões de maior envergadura da Lei Fundamental, ligadas às relações interpessoais e dos cidadãos com o poder político, esvaziam-se de sentido quando se lhes subtrai um marco essencial para as sociedades pluralistas e democráticas: o da tolerância. A almejada sociedade fraterna e solidária não passará de um plano formal, se não for orientada por uma razão de tolerância. E o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana ficará restrito ao conceito metafísico, sem qualquer hipótese de concretizar-se nos direitos e garantias fundamentais. Por isso, já referimos que “Parece-nos inquestionável que esta base ontológico-axiológica que dirige a Constituição formal só tenderá à formação do Estado de direito material brasileiro a partir dos pressupostos da tolerância”^{39[39]}.

É importante aqui destacar que o conceito de tolerância não corresponde exatamente à negação de intolerância. LATORRE LATORRE

^{38[38]} *Ut supra*, p. 169.

^{39[39]} SABBÁ GUIMARÃES, ISAAC. Tolerância: elemento de intercorrência na redefinição do direito penal. *Revista Jurídica*. N.º 281, março de 2001, p. 65- 79, p. cit. 65-66.

entende “(...) por tolerância a renúncia ao exercício do poder de desaprovação e por intolerância o desprezo coativo (em sentido amplo) pela diversidade (também em sentido amplo)”. E conclui afirmando que “intolerância, pois, não é simplesmente o lado negativo da tolerância, não é seu reverso, pois não é mimeticamente o contrário, nem o dependente, ocupando um nível distinto”⁴⁰[40]. Mas aquela renúncia ao poder de desaprovação antes mencionada, não significa dizer que a tolerância se constrói a partir da apatia social ou da mais pura omissão. Implica, antes, em entender a diversidade comportamental e a própria contingência heterogênea da sociedade, para que se evitem os conflitos nocivos à *pax publica*. A tolerância é exercida constantemente e de forma positiva, inclusive para corresponder à intolerância do intolerável. Melhor explicando, a tolerância não se traduz pelo fechar de olhos a tudo que se passa, pois ela não é um valor absoluto. A tolerância aos fenômenos de intolerância importaria numa iniludível negação ontológica de seu conceito. A este propósito, GARZÓN VALDÉS menciona que “(...) a tolerância não pode ser absoluta (encontra-se limitada), pois a tolerância indiscriminada, a tolerância pura, sem limitações, termina negando-se si mesma e em sua versão mais radical equivaleria à eliminação de toda regulação do comportamento humano”⁴¹[41]. Assim, numa sociedade plural como a nossa, composta de várias etnias, raças e culturas, mas de maioria branca, a neutralidade dos membros da população em relação aos atos de racismo não corresponderia à noção de tolerância. Tal hipótese provocaria, já o dissemos “uma paradoxal situação de tolerância do intolerável, que nos leva a uma das seguintes conclusões: ou a permissividade geraria um caos social, com a insurreição das minorias contra a população branca; ou a comunidade, antes fundada no pluralismo, e nos princípios da igualdade, universalidade e dignidade da

⁴⁰[40] LATORRE LATORRE, VIRGILIO. *Desde la tolerancia*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1998, p. 83.

⁴¹[41] GARZÓN VALDÉS, *apud* LATORRE LATORRE, VIRGILIO, op. cit., p. 85.

pessoa humana, negaria através da força sua Constituição, fundando uma nova comunidade, agora impermeável (intolerante) com relação às influências de outras raças, etnias e culturas”⁴²[42]. É por isso que entendemos ser este postulado ôntico válido para formação de um *corpus iuris*, nomeadamente na esfera do direito penal.

3.1.3. Liberdades Fundamentais

A tolerância, tanto exercida no plano vertical, nas relações entre os cidadãos e o poder político, como a tolerância concretizada no plano horizontal, nas relações interpessoais (e parece-nos que estes dois níveis são indissociáveis, pois a tolerância nas relações interpessoais tenderá a exigir uma correspondência quando estiverem em jogo os cidadãos e o poder político)⁴³[43], potencializa as liberdades e delimita-as de acordo com as vocações sociais.

É claro que o atual regime constitucional, no qual estão plasmados estes referenciais ontológicos, representa uma grande viragem em relação ao modelo tipicamente liberal inscrito na anterior Lei Fundamental. O bem jurídico propriedade, *v.g.*, não mais pode ser categorizado como absoluto, devendo ser harmonizado com o conceito de função social que o constituinte, seguindo o padrão das constituições social-democráticas, resolveu inserir em sua noção. Mas as liberdades e os direitos dos clássicos continuam a orientar o legislador infraconstitucional. E com o inegável raiz fundada nos postulados que nos vieram com o iluminismo oitocentista. Tanto é que a liberdade se inscreve dentro do quadro garantístico da legalidade. E não é outro o significado que o constituinte quis dar ao enunciado de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Eis, aqui, a síntese de tudo o

⁴²[42] SABBÁ GUIMARÃES, ISAAC. Tolerância..., cit., p. 70.

⁴³[43] Basta atentarmos para o fenômeno da derrocado do regime militar nos países sul-americanos.

quanto se pode imaginar sobre a liberdade – não a liberdade natural e primitiva imaginada pelos filósofos do iluminismo, que mais se identificava com os instintos desenfreados e tendentes a um constante estado de guerra, mas a liberdade com um sentido, com uma ordem, delimitada pelo bem-estar social e por aqueles valores que se tornaram, pelo consenso, irrenunciáveis. Não se trata do direito de liberdade *de tudo*, mas da liberdade *para* a auto-realização, com respeito à dignidade da pessoa humana. Ou seja, a liberdade não poderá chegar aos extremos de vulnerar certos bens jurídicos, como a vida, a honra, a liberdade física ou o patrimônio.

4. Constituição e Direito Penal

Os referenciais da Lei Fundamental para a (re)definição do direito penal vão, como visto, muito para além dos direitos expressamente nela contidos. A nós nos parece, acompanhando a lição de FIGUEIREDO DIAS, que o legislador penal deverá gizar-se pelos elementos axiológicos e ontológicos plasmados na Lei Fundamental que, afinal, representam uma determinada realidade social. De forma que haja uma relação de congruência entre os ordenamentos jurídico-penal e jurídico-constitucional.

Uma tal situação implicará reconhecer que o direito penal evitará algumas intervenções que não condizem com a estrutura de sociedade pluralista, de índole democrática e, por isso mesmo, mais tolerante e com suas liberdades potencializadas. Omitir-se-á de curar daqueles fenômenos referidos à moral, a ideologias políticas e religiosas e do âmbito pessoal estritamente interno. A atuação penal será exigida ali, naquelas zonas, onde os conflitos sociais não podem ser resolvidos por aparelhos do sistema jurídico menos gravosos e, pois, inaptos para a preservação da *pax publica*. Ao responder à pergunta sobre o que pode o legislador penal proibir, ROXIN pondera sobre a necessidade de verificar o campo de

atuação atribuído ao Estado e afirma que “Hoje, como todo poder estatal procede do povo, já não se pode ver sua função [do direito penal] na realização de fins divinos ou transcendentais de qualquer outro tipo”. E à guisa de remate de seu raciocínio, refere que a função do direito penal “(...) limita-se antes a criar e assegurar a um grupo reunido no Estado, exterior e interiormente, as condições de uma existência que satisfaça suas necessidades vitais”⁴⁴[44]. É em razão disso que, numa análise mais aturada, o direito penal terá a função de promover a esfera de desenvolvimento pessoal – de todas as pessoas, de forma a preservar uma estrutura minimamente harmoniosa de sociedade – protegendo, *v.g.*, a honra, a vida, a liberdade física e a propriedade.

5. Proteção Penal dos Direitos e Liberdades Fundamentais

Com a exposição das linhas mestras do direito penal, temos já a possibilidade de dar uma resposta à nossa problemática, que consiste em indagar sobre a idoneidade do direito penal para preservar as pessoas das agressões de origem discriminatória. Ora, como já adiantamos, a Lei Fundamental determinou expressamente a criminalização da prática do racismo (art. 5º, XLII, CR), posicionando-se coerentemente em relação aos princípios fundamentais e à orientação filosófica nela plasmados. Mas deixa de orientar o legislador penal com relação às outras formas de discriminação que, como sabido, são inúmeras e capazes de vulnerar a noção que se tenha da dignidade da pessoa humana. Ecoa, então, a indagação: estará o direito penal autorizado a intervir naqueles conflitos referidos a atos de discriminação?

A resposta, a nosso ver, só poderá ser afirmativa. Isto porque a função do direito penal está para muito além de estabelecer os marcos mais ou menos precisos da liberdade: coordenando-a com um sentido e

⁴⁴[44] ROXIN, CLAUDIUS. *Problemas básicos del derecho penal*, cit., p. 20-21.

com uma ordem, de forma a estabelecer uma sociedade consciente de um mínimo ético-jurídico. Sua função vincula-se, ainda, à preservação de bens jurídicos que, *grosso modo*, se reconduzem à noção mais ampla da(s) liberdade(s) e da esfera de desenvolvimento humano. E, segundo a lição ROXIN, “No Estado moderno, junto a essa proteção de bens jurídicos previamente dados, aparece a necessidade de assegurar, se for necessário com os meios do direito penal, o cumprimento das prestações públicas de que depende o indivíduo no âmbito da assistência social por parte do Estado”, arrematando seu ponto de vista de que o direito penal ocupa posição de destaque entre as funções do Estado, porque “só com a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e garantia das prestações públicas necessárias para a existência permite-se ao cidadão o livre desenvolvimento de sua personalidade, que nossa Constituição [alemã] considera como pressuposto de uma existência humana digna”⁴⁵[45]. As prestações públicas de um Estado, estruturado segundo o modelo de *welfare State*, como indubitavelmente perseguiu nosso constituinte, incluem uma ampla gama de compromissos do poder político, tendente a tornar efetivos os direitos e garantias fundamentais que, em análise mais atenta, não podem padecer de óbices surgidos com atos de discriminação, sob pena de macular-se o princípio da dignidade da pessoa humana. É nesta área de conflitos que defendemos a hipótese de intervenção penal. Por outro lado, já a um nível mais elementar de análise, podemos dizer, à guisa de exemplo, que a partir da noção do bem jurídico liberdade, poderá verificar-se a idoneidade do direito penal para tutelar a liberdade de fé religiosa ou de ingresso no mercado de trabalho, desde que outros meios do sistema social se mostrem ineficazes, também, desta forma, assegurando a livre esfera de desenvolvimento humano.

Por outro lado, o legislador penal poderá arrimar-se na Lei Fundamental para adotar tal política criminalizante. É que, além de

⁴⁵[45] ROXIN, CLAUS. *Problemas básicos del derecho penal*, cit., p. 20.

expressamente estar autorizado para reprimir as condutas de racismo, tem a prerrogativa de lançar proteção aos direitos e liberdades fundamentais, muitos deles intrinsecamente relacionados a bens jurídicos. A Lei Fundamental, embora não esclareça a natureza da punição, determina-a contra “(...) qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI, CR).

5.1. Paradigmas Penais

A situação penal em países como a Espanha e Portugal – cujas constituições (de 1978 e de 1976, respectivamente) seguem o modelo de *welfare State* e que se plasmam a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana – já anda mais bem definida em matéria de proteção daqueles bens jurídicos que tenham repercussão no âmbito da esfera de livre desenvolvimento humano. O código penal espanhol de 1995, estabelece, no título XXI, “os delitos contra a Constituição”, onde vão localizar-se, no capítulo V, os “delitos relativos ao exercício dos direitos fundamentais e liberdades públicas e ao dever de cumprimento da prestação social substitutiva”. Seus artigos 510 a 512^{46[46]} tratam da

46[46] Art. 510.1. Os que provocarem a discriminação, o ódio ou a violência contra grupos ou associações, por motivos racistas, anti-semitas, ou outros referentes à ideologia, religião ou crenças, situação familiar, ao fato de pertencerem seus membros a uma etnia ou raça, sua origem nacional, seu sexo, orientação sexual, enfermidade ou menosvalia, serão punidos com a pena de prisão de um a três anos e multa de seis a doze meses. 2. Serão castigados com a mesma pena os que, com conhecimento de sua falsidade ou temerário desprezo em relação à verdade, difundirem informações injuriosas sobre grupos ou associações em relação à sua ideologia, religião ou crenças, à pertença de seus membros a uma etnia ou raça, sua origem nacional, seu sexo, orientação sexual, enfermidade ou menosvalia. Art. 511. 1. Incorrerá na pena de prisão de seis meses a dois anos e multa de doze a vinte e quatro meses e inabilitação especial para emprego ou cargo público por um a três anos particular encarregado de um serviço público que denegue a uma pessoa uma prestação a que tenha direito por motivo de sua ideologia, religião ou crenças, sua origem étnica ou racial, nacional, seu sexo, orientação sexual, situação familiar, enfermidade ou menosvalia. 2. As mesmas penas serão aplicáveis quando os feitos se cometerem contra uma associação, fundação, sociedade ou corporação ou contra seus membros por motivo de sua ideologia, religião ou crenças, a pertença de seus membros ou de um deles a uma etnia ou raça, sua origem nacional, seu sexo, orientação sexual, situação familiar, enfermidade ou menosvalia. 3. Os funcionários públicos que cometam alguma das condutas

fenomenologia dos atos discriminatórios, abrangendo inúmeras condutas relacionadas com o racismo, anti-semitismo, ideologia, religião ou crenças, situação familiar, etnia, origem nacional, sexo, orientação sexual e enfermidade ou menosvalia. De forma que, a nosso ver, se guiou o legislador penal daquele país pelos princípios humanistas, promovendo a dignidade da pessoa humana e, por consequência, a igualdade material, necessária à formação da esfera de livre desenvolvimento humano.

O código penal português de 1995, de inequívoco pendor minimalista, trata, no título III dos “crimes contra a paz e a humanidade”, dispondo o seu capítulo II sobre os “crimes contra a humanidade”. Menos abrangentes que a legislação espanhola, as disposições penais portuguesas contidas nos arts. 239º e 240º⁴⁷[47], referem-se ao genocídio, com o fim

previstos neste artigo, incorrerão nas mesmas penas em sua metade superior e na inabilitação especial para emprego ou cargo público por dois a quatro anos. 512. Os que no exercício de suas atividades profissionais ou empresariais denegarem a uma pessoa uma prestação a que tenha direito em razão de sua ideologia, religião ou crenças, sua ligação a uma etnia, raça ou nação, seu sexo, orientação sexual, situação familiar, enfermidade ou menosvalia, incorrerão na pena de inabilitação especial para o exercício de profissão, ofício, indústria ou comércio por um período de um a quatro anos (texto traduzido livremente por nós).

47[47] Art. 239º (genocídio) 1. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal, praticar: a) homicídio de membros do grupo; b) ofensa à integridade física grave de membros do grupo; c) sujeição do grupo a condições de existência ou a tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, susceptíveis de virem a provocar a sua destruição, total ou parcial; d) transferência por meios violentos de crianças do grupo para outro grupo; ou e) impedimento da procriação ou dos nascimentos no grupo. 2. Quem, pública e directamente, incitar a genocídio é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos. 3. O acordo com vista à prática de genocídio é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. Art. 240º (discriminação racial) 1. Quem: a) fundar ou constituir organização ou desenvolver actividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio, ou à violência raciais, ou que a encorajem; ou b) participar na organização ou nas actividades referidas na alínea anterior ou lhes prestar assistência, incluindo o seu financiamento; é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. 2. Quem, em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social: a) provocar actos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa de sua raça, cor ou origem étnica; ou b) difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua cor ou origem étnica, com a intenção de incitar à discriminação racial ou de a encorajar, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

de destruir, no todo ou em parte, grupos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos, além de tratarem da discriminação racial.

6. Situação Penal Brasileira

Parece-nos que num país com formação populacional tão heterogênea como o nosso, onde ingressam diferentes raças, etnias e culturas, o tratamento jurídico-penal dos fenômenos ligados a essa característica ocupam lugar de destaque. É nessa área que também o direito penal exercerá a função de controle dos desvios sociais, a modo de preservar a *pax publica* e as liberdades. E mais. Estará iniludivelmente orientado por um sentido de preservação da dignidade da pessoa humana.

Entre nós o tema não é novo. A obra de GILBERTO FREYRE e a iniciativa de AFONSO ARINOS determinaram o aparecimento da Lei n.º 1.390/51, de 3 de julho, a qual leva o nome deste, tratando de crimes referidos ao preconceito de raça e de cor. A Lei Afonso Arinos, que apresentava problemas de técnica legislativa, especialmente por ser casuísta⁴⁸[48], foi modificada pela Lei n.º 7.437/85, de 20 de dezembro, que a incluiu entre as contravenções penais.

6.1. Lei dos Crimes de Preconceito de Raça ou de Cor

Atendendo ao mandamento constitucional, o legislador editou a Lei n.º 7.716/89, de 5 de janeiro, que não ficava livre de críticas. Nela, como no regime legal que a antecedeu, puniam-se, unicamente, os atos de preconceito referidos à cor e à raça, de modo puramente casuísta. O legislador resolveu estabelecer um rol de situações (talvez as mais comuns) que se identificavam com as discriminações raciais e de cor, de forma a não contemplar inúmeras outras em que o preconceito é factível.

⁴⁸[48] Cfr. as críticas de SZNICK, VALDIR. Contravenção por preconceito de raça, cor, sexo e estado civil, *Justitia*, vol. 138, 2º trimestre, 1987.

Já em 1990 a Lei n.º 8.081, de 21 de setembro, veio a alterar a lei dos crimes de preconceito de raça e de cor, para introduzir o artigo 20, tratando dos casos de induzimento ou incitação à preconceito ou discriminação de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional através dos meios de comunicação social. A melhora qualitativa da lei era parcial, pois apenas contemplou o crime de induzimento ou incitação, deixando de lado as outras condutas que muito bem podiam referir-se aos grupos étnicos, religiosos ou de procedência nacional.

Somente tivemos um avanço significativo da matéria com as alterações introduzidas pela Lei n.º 9.459/97, de 13 de maio. Punem-se, agora, os preconceitos ou atos de discriminação referidos à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Atualmente, o incitamento ou indução a condutas intoleráveis, são punidos não apenas quando praticados pelos meios de comunicação social, mas quando levados a efeito através de qualquer meio.

Houve, como se vê pelo rápido perpassar de olhos no conteúdo da lei, uma grande abertura do regime penal, de forma a punir variadas formas de discriminação. Mas, ainda, sujeita-se a reparos. O legislador olvidou-se, *v.g.*, dos casos de discriminação decorrentes de enfermidades⁴⁹[49] (e parece-nos existir, em realidade, tais atos discriminatórios quanto às pessoas infectadas com o vírus do HIV), de orientação sexual, de convicções políticas ou filosóficas, sendo que estas representam liberdades fundamentais tuteladas por nossa constituição. Por outras palavras, melhor teria caminhado o legislador penal se tivesse seguido o exemplo espanhol, que destinou proteção penal aos direitos e liberdades fundamentais.

6.2. Modalidade Especial de Injúria

⁴⁹[49] Mesmo a Lei n.º 9.029/95, de 13 de abril, que proíbe a prática discriminatória nas relações de emprego, deixa de tratar do problema.

A referida Lei n.º 9.459/97 também provocou a alteração do art. 140, do Código Penal, acrescentando-lhe o parágrafo 3º. Assim, “Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem”, a pena será de reclusão de um a três anos, além de multa. Como se vê, o legislador fundou neste tipo de conduta uma modalidade autônoma de crime. E mais. Com a pena sensivelmente mais elevada em relação às demais categorias de injúria, deixando claro tratar-se de um crime contra a honra que merece especial reprimenda penal. A nós nos parece injustificável a inovação que se fez.

Muito embora a Lei Fundamental estabeleça direitos e liberdades regidos pelo princípio de respeito à dignidade da pessoa humana, garantindo à diversidade cultural, racial e étnica igualdade de tratamento, repudiando, expressamente, atos de discriminação e de racismo, tal não conduzirá a uma inapelável política de maior intervenção penal. Principalmente nos moldes concretizados no novel apêndice do art. 140, do Código Penal., por três especiais motivos. Primeiro porque, como dito anteriormente, não existe coincidência nas esferas de proteção determinadas pelo ordenamento jurídico-constitucional e pelo ordenamento jurídico-penal: ambos têm por característica a fragmentaridade, por isso não abarcando todos os interesses sociais ou bens jurídicos. Além de que as escolhas do direito penal recaem sobre aqueles bens jurídicos que têm dignidade penal e que carecem da tutela mais gravosa. Disso advindo como conclusão óbvia que, a não ser em casos expressos, a tutela constitucional não determina a necessária intervenção penal. Por outras palavras, os enunciados fundamentais que garantem o respeito ao direito de diferença e ao pluralismo social brasileiro, não determinam a intervenção jurídico-penal. Em segundo lugar, o referido parágrafo 3º acaba por expressar um pendor meramente simbólico do direito penal, já que no campo teleológico não se destina a repreender o racismo e os atos de discriminação, mas, apenas, e de forma especial, as agressões contra a honra, bem jurídico de natureza individual

em que se protege o valor social e moral da pessoa⁵⁰[50]. Uma injúria verbal dirigida, *v.g.*, contra um palestino, na qual o ofensor destaca o propalado caráter avarento dos membros de sua nação, atinge unicamente a honorabilidade da pessoa do ofendido. Em terceiro lugar, este dispositivo penal agride, indubitavelmente, o princípio da proporcionalidade e, por consequência, aquela noção clássica que se tem do direito, imortalizada nas lições de RADBRUCH, segundo à qual o direito é considerado como elemento de concretização de um ideal de justiça. Consoante o atual estágio legal, uma ofensa como a referida no exemplo acima será mais grave que uma referida ao caráter mais íntimo do ofendido, *v.g.*, que diga respeito à sua orientação sexual. Será, até mesmo, mais grave (ao menos no plano formal da legislação) do que uma injúria real praticada na presença de muitos circunstantes. Quer dizer, o legislador penal criou categorias diferentes do bem jurídico honra que, a nosso ver, é injustificável, quer por razões ontológicas⁵¹[51], quer pela razão do *telos* daquele dispositivo penal.

Conclusão

Para nós não resta dúvida de que a (re)definição do direito penal (material), que entre em diálogo constante com a escala de valores

⁵⁰[50] Segundo a lição de HELENO FRAGOSO, a injúria constitui-se de imputação de "(...) vícios ou defeitos morais, que, como em todos os crimes contra a honra, atinge a pretensão ao respeito inerente à dignidade da pessoa" (*in Lições de direito penal*, parte especial, vol. I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 191). MAGALHÃES NORONHA, em análise mais percuciente e, sem dúvida, com maior inclinação para a doutrina tradicional, afirma que "Além da honra objetiva, isto é, do conceito ou aprêço que a pessoa goza na vida comunitária, tem ela também honra subjetiva, ou seja, a estima própria, o juízo que faz de si mesma, a sua dignidade ou decôro, que podem ser ofendidos pela injúria. Esta exprime sempre uma opinião do agente, que traduz desprezo ou menoscabo do injuriado" (*in Direito penal*, 2ª vol., 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 123).

⁵¹[51] A honra é insuscetível de graduação, por referir-se a um sentimento pessoal. Por isso que merece proteção destinada a dignificar o valor em *si*. De forma que não podemos compreender, *v.g.*, que uma injúria contra uma pessoa motivado pelo fato de pertencer à determinada etnia possa ser mais gravosa que outras ofensas à honra ou ao decoro.

axiológicos na qual se enforma a sociedade, nela consultando as áreas de consenso que reclamam a intervenção penal – ali, onde se verificarem bens jurídicos com dignidade penal e carentes de tutela específica – torna-o apto a proteger os direitos e liberdades fundamentais. Mas de forma a respeitar a orientação filosófica e os princípios plasmados na Lei Fundamental, especialmente para que não se criem categorias penais que conflituem com a noção de dignidade da pessoa humana e com o princípio da igualdade. A nosso ver, o legislador brasileiro, orientado pela realização de um direito penal simbólico, invade determinadas áreas que não apelam para a intervenção penal e, em outras, simplesmente relega ao olvido fenômenos de discriminação dignos de proteção. Parece-nos que podia, ao modo como fez o legislador espanhol, ter consultado as normas fundamentais e a criminologia.

*Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, Promotor de Justiça em Santa Catarina, Professor da Universidade do Sul de Santa Catarina, Professor convidado da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **A intervenção penal para a proteção dos direitos e liberdade fundamentais: linhas de acerto e desacerto da experiência brasileira.** Disponível em: <>. Acesso em: 28 ago 2006.