



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



GUILHERME ATAÍDE JORDÃO DE VASCONCELOS

Incriminação do racismo: fundamentação constitucional à luz do direito penal mínimo e
interpretação legal

Dissertação de Mestrado

Recife

2009

GUILHERME ATAÍDE JORDÃO DE VASCONCELOS

Incriminação do racismo: fundamentação constitucional à luz do direito penal mínimo e interpretação legal.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) como requisito para obtenção do grau de Mestre de Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito e decisão jurídica.

Linha de pesquisa: Tutela Penal dos Bens Jurídicos.

Orientador: Professor Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Recife

2009

Catalogação na fonte
Bibliotecário Wagner Carvalho CRB/4-1744

J82i

Jordão, Guilherme Ataíde Jordão de

Incriminação do racismo: fundamentação constitucional à luz do direito penal mínimo e interpretação legal / Guilherme Ataíde Jordão – Recife: O Autor, 2009.
164 f.

Orientador: Prof^o. Dr^o. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2009.

Inclui referências.

1. Direito constitucional penal - Brasil. 2. Racismo - Criminalização – Brasil. 3. Incriminação constitucional do racismo – Direito penal mínimo. 4. Brasil [Constituição (1988)]. 5. Racismo - Brasil. 6. Tutela penal dos bens jurídicos da igualdade e da honra. 7. Brasil. Projeto de Lei nº 309/2004. 8. Princípio da dignidade da pessoa humana – Brasil. 9. Racismo – Descriminalização. 10. Estado democrático de direito I. Brandão, Cláudio Roberto Cintra Bezerra (Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2017-37)

GUILHERME ATAÍDE JORDÃO DE VASCONCELOS

Incriminação do racismo: fundamentação constitucional à luz do direito penal mínimo e interpretação legal.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Teoria do Direito e decisão jurídica.

Linha de pesquisa: Tutela Penal dos Bens Jurídicos.

Orientador: Professor Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

A examinadora composta pelos Professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Prof. Dr. RICARDO DE BRITO ALBUQUERQUE PONTES FREITAS (Presidente – UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Prof. Dra. ALESSANDRA RAPASSI MASCARENHAS PRADO (1º examinador externo - UFBA)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Prof. Dra. MARGARIDA DE OLIVEIRA Cantarelli (2º examinador interno - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Recife, 16 de dezembro de 2009.

Coordenador: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

*Aos meus pais e irmãos por me
ensinarem a aprender a viver
e pelo apoio incondicional.
Com amor.*

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e irmãos por todo amor e carinho, fontes de força que me permitiram trilhar o meu caminho;

À minha pequena, por todo amor e dedicação e por ter me feito buscar ser uma pessoa melhor;

Ao Professor Cláudio Brandão, sem cuja mão não teria sido possível esta caminhada, pessoa que transcendeu a estrita tarefa da orientação para, com observações críticas e conselhos fraternais, próprios de sua natureza humana, estar presente em cada passo da elaboração dessa dissertação;

À Professora Margarida Cantarelli, sob cuja prestimosa e paciente avaliação examinadora tive a honra de estar;

Aos Professores Ricardo de Brito e André Rosa, pelos ensinamentos filosóficos, jurídicos e sociológicos propiciados por suas aulas profundas e estimulantes, às quais tive o privilégio de assistir;

A Josenildo Santos, pela amizade sincera, pelo incentivo e pelo exemplo;

A Leonardo Souza, pela amizade incondicional e pelo apoio sempre presente, mesmo na ausência e à distância;

A Rodrigo Melo, Felipe Medeiros, Daniel Ribeiro, Maria Escorel, Rodrigo Leal, André Carneiro Leão, Mara Oliveira e Fabiola Ferreira, por me ensinarem que carinho e amizade são valores que subsistem no tempo, independente de afastamentos;

A toda minha família, por ter me feito ser quem sou e por ter me incentivado e aturado, apesar de todos os meus defeitos;

A Eduardo Lessa, Luciana Dantas e Taciana Rocha, sob cuja tolerante e compreensiva subordinação tive a honra de estar para aprender no âmbito da Assessoria Técnica em Matéria Administrativa da Procuradoria-Geral de Justiça;

A Cecília Estima, Leonardo Tarragô, Mara Lima e Marli Teckhausen, companheiros benévolos, cujo espírito de equipe permitiu que estivessem sempre suprindo minhas omissões;

A Wilson Araújo, Gabriella Matos, Karine Lira, Zuleide Guimarães e Rafael Negreiros, camaradas, cujos ombros me ensinaram, na difícil tarefa investigativo-funcional da Comissão Permanente Disciplinar do Ministério Público do Estado de Pernambuco, a ponderação necessária às horas de sufoco;

À conselheira e amiga Ângela Simões, pelos ensinamentos e apoio;

A Antonio Arroxelas, Érica Babíni e Ricardo Carvalho pelo compartilhar de angústias acadêmicas e pelo sentimento de colaboração;

Aos meus alunos, por me motivarem a tentar melhorar sempre;

Àqueles todos que compõem o programa de Pós-Graduação em Direito, professores e servidores da minha querida UFPE, e, especialmente, a Carminha e a Josi, pela inestimável ajuda na conclusão do curso;

E a todos que, de alguma forma, contribuíram com este trabalho, meus sinceros agradecimentos.

Na Ciência do Direito, não existe e nem deve existir última palavra. A dúvida é útil e saudável à própria evolução das análises. O consenso pode significar não a correção, mas a falta de questionamento a respeito de determinado tema. (Adaptado de: PASCHOAL. Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. 2003.)

RESUMO

Trata-se de investigação inserida no plano do Direito Constitucional Penal. Busca-se analisar se e em que eventual medida a incriminação constitucional do racismo, considerada no complexo de suas consequências legais existentes é compatível com a noção de Direito Penal Mínimo. Para isso, partiu-se de uma perspectiva segundo a qual a Carta Magna deve funcionar como um limite positivo máximo para o Direito Penal. Firmada essa premissa fundamental, analisaram-se os instrumentos de tutela penal dos bens jurídicos da igualdade e da honra considerados, sempre em sua dimensão relevante para incriminação racial, o que permitiu o cotejo de sua eventual coexistência harmoniosa com aqueles elementos conformadores de uma visão minimalista de direito penal. O trabalho, assim, concluindo pela inexistência da obrigatoriedade de criminalização do racismo, decorrente da Constituição, chama a atenção para a necessidade de se refletir melhor sobre a sua utilização e de se readequar algumas de suas disposições.

Palavras-chave: Direito constitucional-penal. Constituição. Criminalização. Racismo. Direito Penal Mínimo.

ABSTRACT

This investigation is located in the Constitutional Criminal Law environment. The intention is to discuss whether, and to what extent, the constitutional criminalization of racism, along with its legal consequences, is compatible with Minimum Penal Law. In order to reach that, the Magna Carta Libertatum has been defined as the maximum positive limit of the Criminal Law. Once it was established, the next step was to study the criminal protection tools of equality and honour, always in a racial context, which allowed the analysis of the possible coexistence with the components of the minimalist criminal vision. The text, concluding for the inexistence of obligation of racial criminalization, originated in the Constitution, draws attention to the necessity of meditating about the racial penal law and some of its rules.

Keywords: Constitutional Criminal Law. Constitution. Criminalization. Racism. Minimum Criminal Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA INCRIMINAÇÃO DO RACISMO	17
2.1	Da Necessidade de Conformação do Direito Penal à Constituição.....	17
2.2	Das Teorias Constitucionalistas do Direito Penal	22
2.2.1	<i>Da constituição como limite negativo ao direito penal: da proibição de contradição às garantias estabelecidas na norma fundamental.....</i>	<i>22</i>
2.2.2	<i>Da constituição como limite positivo do direito penal: da proibição de não extrapolação dos conteúdos constitucionais.</i>	<i>27</i>
3	DAS DECORRÊNCIAS DOGMÁTICAS DO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE INCRIMINAÇÃO DO RACISMO: UMA ANÁLISE CRÍTICA	38
3.1	Da Necessidade de se Analisar as Decorrências Dogmáticas do Mandamento Constitucional de Incriminação do Racismo	38
3.2	Da Necessidade de Investigar o Objeto de Tutela do Direito Penal	40
3.3	Da Noção Material de Delito: o Bem Jurídico Enquanto Instituto Limitador das Possibilidades de Intervenção Penal.....	46
3.3.1	<i>Da necessidade de se historiar brevemente a formação do instituto do bem jurídico</i>	<i>46</i>
3.3.2	<i>Da evolução noção punitivo-limitadora de bem jurídico.....</i>	<i>48</i>
3.4	Da Análise Dogmática do Direito Penal Racial	83

3.4.1	<i>Do esclarecimento de conceitos necessários à compreensão das figuras criminosas raciais ..</i>	83
3.4.2	<i>Da objetividade jurídica das disposições penais do direito criminal racial</i>	93
3.4.3	<i>Dos sujeitos dos crimes</i>	96
3.4.4	<i>Da adequação típica: tipos objetivos</i>	100
3.4.5	<i>Da adequação típica: tipos subjetivos.....</i>	104
3.4.6	<i>Da consumação e da tentativa</i>	111
3.4.7	<i>Das penas e da ação penal.....</i>	112
3.4.8	<i>Da amplitude de aplicação das cláusulas de imprescritibilidade e de inafiançabilidade</i>	115
3.4.9	<i>Violação à liberdade de expressão?.....</i>	119
4	DA COMPATIBILIZAÇÃO DA INCRIMINAÇÃO DO RACISMO COM OS PRINCÍPIOS ESSENCIAIS FORMADORES DA NOÇÃO DE DIREITO PENAL MÍNIMO	121
5	BREVE ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº. 309/2004	141
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	144

REFERÊNCIAS

ANEXO – PLS Nº. 309/2004

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se insere no plano do Direito Constitucional Penal. Analisa, a partir de uma perspectiva de direito penal minimalista, a incriminação constitucional do racismo e suas decorrências dogmáticas, quais sejam, os instrumentos de tutela penal dos bens jurídicos da igualdade e, na medida do que seja pertinente ao objetivo desta pesquisa, da honra elementos necessários à plena efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da CF).

Reconheça-se que essa investigação surge de uma dupla preocupação: de um lado, a discussão acerca da proteção jurídica de valores que, apesar do relevante papel que ocupam no ordenamento, são freqüentemente atacados¹; de outro, uma inquietação decorrente da constatação de que a utilização desmedida das ferramentas de criminalização viola os mais valorosos princípios do Direito Penal Mínimo². Dizendo de maneira mais direta, a pesquisa decorre de um fenômeno que gera certa apreensão, pois, ao mesmo tempo em que é possível se deparar, de um lado, com pregações racistas, as quais parecem ter se tornado “comuns demais” para uma sociedade cujo modelo constitucional é o Estado Social e Democrático de Direito, de outro, ainda se vêem, a despeito das disposições legais de direito penal racial existentes, discursos em favor do incremento da face punitiva do estado nessa seara. Daí a necessidade de se questionar: a criminalização do racismo, estada em base constitucional e considerada no contexto de suas decorrências dogmático-incriminadoras, conduz a uma abusiva intervenção punitiva do Estado do ou é compatível com o Direito Penal Mínimo?

¹ Como exemplos de ataques àqueles valores, veja-se: **Infierno en Brasil**, matéria de capa do periódico argentino Olé!, de 15 de abril de 2005, **Orkut já foi usado para acusação de crime de racismo**, versão digital do jornal Folha de São Paulo, de 21 de julho de 2005, **Expressões na rede**, versão digital da Revista Consultor Jurídico, e **Jogador argentino é preso em pleno campo por ato racista**. Disponíveis na internet, respectivamente, em: <http://2.bp.blogspot.com/_U6pzj9bqPGA/Sd0uemp8iSI/AAAAAAAAAHk/V8jJMh7U2L4/s1600-h/OI%C3%83%C2%A9+15042005.jpg>, <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/47181,1>>, <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u91559.shtml>> e <http://www.pco.org.br/conoticias/negros_2005/15abr_racismo.htm>. Acesso em: 11 jul. 2008.

² FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima: ao princípio da máxima intervenção. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Fascículo II. Vol. 6. abr./jun de 2006. Coimbra: Coimbra, pp. 175 a 187.

Para se responder a isso, mostrava-se estritamente necessário o enfrentamento jurídico das discussões relativas à incriminação das condutas relacionadas ao racismo, sem se perder de vista, porém, os valores fundamentais tutelados por aquelas normas e os princípios informadores de uma visão minimalista de Direito Penal, expressão criminal, frise-se, típica de um Estado Democrático de Direito.

Nessa ordem de idéias³, sempre com vistas à incriminação do racismo, propôs-se, partindo-se da premissa geral maior, uma abordagem panorâmica em torno das teorias de fundamentação constitucional do direito penal, tratando, mais especificamente, das concepções constitucionalistas do bem jurídico e do Direito Penal.

Começou-se, então, gizando um esboço das principais visões constitucionalistas do direito penal. Isso porque se a intenção é interpretar e analisar criticamente a incriminação do racismo à luz do direito penal mínimo, é de se reconhecer que apenas partindo-se da compreensão do fundamento dessas concepções é que se pode pretender o estudo crítico-científico daquela tutela jurídico-penal.

Desse modo, tratando da constitucionalização do direito penal, delinearam-se as concepções que atribuem, à Constituição em face do Estado-Penal, funções limitadoras positiva e negativa. Esta última se baseia, tomando como base o Direito Penal Constitucional, importaria apenas a proibição de violação do conjunto de vedações estabelecidas na Carta Estatal, franqueando-se ao Estado-Legislator, por consequência, o poder de criminalizar condutas, sem qualquer restrição contenedora exercida pela Lei Fundamental.

³ ESCLAREÇA-SE, DESDE JÁ, QUE UTILIZANDO A FACULDADE ESTABELECIDADA NO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO FEDERAL Nº. 6.583/2008, DE 29 DE SETEMBRO DE 2008, E, ESPECIALMENTE, EM RAZÃO DA INSTABILIDADE NORMATIVA EXISTENTE EM TORNO DAS NOVAS REGRAS DO ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, ASSINADO EM LISBOA, EM 16 DE DEZEMBRO DE 1990 E PROMULGADO PELO REFERIDO DECRETO, QUE PRODUZIU EFEITOS A PARTIR DE 1º DE JANEIRO DE 2009 (ART. 2º, *CAPUT*), OPTOU-SE POR UTILIZAR A ORTOGRAFIA ATÉ ENTÃO JÁ CONSAGRADA QUE, A DESPEITO DE ESTAR EM PROCESSO DE EXTINÇÃO, AINDA SE ACHA VIGENTE. POR ISSO, PALAVRAS COMO “IDÉIA”, “CONSEQUÊNCIA” E OUTRAS, FORAM GRAFADAS, NESTE TEXTO, À MANEIRA AGONIZANTE. PARA SE TER UMA NOÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS EM TORNO DAS QUESTÕES ORTOGRÁFICAS, CONSULTE-SE: **O ACORDO ORTOGRÁFICO E AS DÚVIDAS DOS PRÓPRIOS ESPECIALISTAS**. DISPONÍVEL NA INTERNET, EM: <[HTTP://WWW.ESTADAO.COM.BR/VIDAE/NOT_VID315546,0.HTM](http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid315546,0.htm)> ACESSO EM: 08 MAR. 2009. **DECRETO FEDERAL Nº. 6.583**. DISPONÍVEL, NA INTERNET, EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2007-2010/2008/DECRETO/D6583.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/DECRETO/D6583.htm)> ACESSO EM: 28 FEV. 2009.

A concepção limitadora positiva da Constituição perante o Direito Penal pressuporia, ao inverso, a existência de uma dupla natureza de princípios: os penais constitucionais, já mencionados, e os constitucionais penais, postulados cuja essência valorativa justificaria o seu soerguimento ao patamar constitucional, de onde irradiariam seus efeitos, expandindo-se para toda a ordem jurídica. Haveria, portanto, uma relação mais complexa: além das proibições de violação e contrariedade às garantias constitucionais, seria o direito penal ainda limitado aos valores consagrados na Constituição, indicando-lhe, assim quais bens jurídicos seriam merecedores de proteção penal.

A Carta Política, dessa forma, consistiria num limite positivo, uma fronteira da qual o legislador penal não poderia sair. Em princípio, o Estado estaria sendo vinculado aos valores constitucionais, no preciso sentido de que só poderia criminalizar condutas que ofendessem bens jurídicos albergados pela Lei Magna. Dessa visão, no entanto, decorreria uma postura ambivalente: de um lado, a compreensão de que, ao albergar normas constitucionais penais, a Carta Constitucional estaria a legitimar e, por vezes, a exigir a intervenção penal do Estado, servindo-lhe de fundamento; de outro, a posição segundo a qual, mesmo quando tratasse de normas constitucionais penais, a Lei Fundamental somente indicaria caminhos de incriminação ao legislador, funcionando, desse modo, apenas como limite às possibilidades de criminalização.

Isso, destaque-se, mostrava-se importante porque, em primeiro lugar, era preciso entender, ainda que de forma aproximada, a essência do que está por trás de qualquer análise dogmática em sede de Ciência do Direito Penal. Ademais: não se poderia afastar ainda a necessidade de se conhecer a premissa primeira da presente investigação, que foi estabelecida quando da abordagem da concepção constitucionalista limitadora positiva do direito penal, partindo-se, assim, da visão de que a Constituição representa um limite material positivo para o Direito Penal, que só poderá, então, utilizar-se dos elementos por ela consagrados, não se admitindo, desse modo, até mesmo pela natureza limitadora dessa concepção, enxergar a Carta Constitucional também como fundamento de penalização ou de seu incremento sem qualquer avaliação concreta dos pressupostos de tutela penal de um bem jurídico.

Em seguida, expuseram-se e examinaram-se, segundo a ciência dogmática penal e no plano do direito positivo, as conseqüências jurídicas decorrentes da incriminação do

racismo. Era a conformação da premissa menor, da proposição específica, que comporia a estrutura do entimema⁴.

Partiu-se, então, do elemento justificante da intervenção penal: o bem jurídico a ser criminalmente tutelado. Quis-se mostrar que, também a afirmação da teoria dos bens jurídico-penais tencionou a limitação do poder punitivo do Estado. Assim, buscou-se reforçar, inclusive por meio de um resgate histórico, a essência da função limitadora do instituto do bem jurídico-penal, sobretudo, quando associada àquela visão-premissa de que a Constituição serve de parâmetro máximo da incriminação.

A análise, porém, precisava se expandir para os demais aspectos da dogmática penal. Para isso, todavia, era necessário delinear, nem que fosse de forma aproximada, alguns conceitos básicos, em torno dos quais grande parte das discussões orbita e sem os quais as proibições penais decorrentes do racismo poderiam se mostrar extremamente perigosas, pois excessivamente abertas e subjetivas, violando, dessa forma, normas-garantias da criminalização própria de um regime democrático, como o Princípio da Legalidade e os seus decorrentes subprincípios.

Nessa ordem de idéias, extrapolando a dimensão jurídico-penal, por vezes enfrentando as dificuldades próprias de uma abordagem multidisciplinar, foram abordadas as elementares típicas como raça, etnia, cor, racismo, discriminação, preconceito, igualdade, honra e os elementos que a compõem, dignidade, decoro e reputação.

Após isso, cuidou-se de alguns outros elementos dos tipos penais de racismo, tratando-se aí, no âmbito próprio da dogmática jurídica, da configuração das condutas constitutivas dos crimes de racismo, abordando-se, inclusive, a jurisprudência dos Tribunais, especialmente, as cortes nacionais de superposição e o Projeto de Lei nº. 309 do Senado, que redefine os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Depois, uma análise crítica visando analisar se há compatibilidade entre as disposições dogmáticas da criminalização do racismo estabelecidas com os elementos

⁴ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37

conformadores da noção de Direito Penal Mínimo, confrontando-se aí as premissas adotadas com as consequências jurídico-dogmáticas da incriminação racial.

Nesse momento, cuidou-se também da suposta obrigatoriedade de criminalização do racismo decorrente da Constituição. Abordaram-se, também, os pressupostos mínimos de intervenção punitiva conformadores do Direito Penal Mínimo (o merecimento, a necessidade e a eficácia da tutela jurídico-penal de um bem jurídico reconhecido pela Constituição), os eventuais cenários de descriminalização do racismo, atentando-se, especialmente, às razões que admitiriam tal possibilidade, concluindo-se com a indicação das medidas que promoveriam a compatibilização daquelas normas incriminadoras com um sistema criminal típico de um Estado Democrático de Direito.

Esse trabalho consiste, assim, numa investigação que visa traçar um panorama das posições existentes e a analisar criticamente as principais visões acerca da tutela penal da honra e da igualdade, em especial, quando se cuida dos chamados “crimes raciais”⁵.

Destaque-se, finalmente, a sua pretensiosa ambição: contribuir para melhor compreensão jurídica de tais condutas, visando, acima de tudo, a colaborar para o fortalecimento da proteção de bens jurídicos considerados fundamentais à dignidade da pessoa humana, sempre com vistas, porém, à afirmação dos elementos norteadores de um direito penal minimalista.

⁵ Aproxima-se, dessa forma, do conceito de “tese-compilação”, que diz respeito às abordagens acadêmicas que, a partir do manuseio crítico da literatura acerca do objeto da investigação, pretendem sistematizar determinado problema, sem necessariamente, “descobrir” novas soluções. Sobre o tema: ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 20ª ed. Gilson César Cardoso de Souza (trad.) São Paulo: Perspectiva, 2005, pp. 02 a 03.

2 DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA INCRIMINAÇÃO DO RACISMO

2.1 Da Necessidade de Conformação do Direito Penal à Constituição

Não há novidade alguma em dizer que o Direito Penal deve se ocupar apenas do que há de mais relevante a ser protegido na sociedade. Aliás, desde a afirmação do bem jurídico, cuja concepção teve por finalidade limitar o arbítrio penal estatal, os rudimentos nucleares dessa idéia já vem sendo desenvolvidos. Aliás, a esse respeito, já há algum tempo, entoa-se discurso bastante afinado⁶ que se estrutura sob um conjunto de princípios liberais rotulados como *ultima ratio*, intervenção mínima, ofensividade, alteridade e ainda fragmentariedade do Direito Penal⁷. Costuma-se, então, resumir assim aquela idéia: ao legislador penal, impõe-se não a defesa da lei ou a proteção de direitos subjetivos, mas a tutela de bens jurídicos, pertencentes a determinadas pessoas ou à coletividade, considerados indispensáveis à realização social, isto é, para cuja preservação se mostre merecida, necessária e eficaz/adequada a proteção penal⁸.

⁶ A propósito, não se pode deixar de mencionar como referências relevantes nesse tópico: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei nº. 7.209/84 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 15 a 20; QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.; BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, pp. 84 a 90; LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: SAFE, 1991, pp. 25 a 31; PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, pp. 70 a 82.

⁷ Reconheça-se que tais idéias, ainda que intimamente relacionadas, têm significações e conteúdos distintos. Em poucas palavras, afirmar a *ultima ratio* do Direito Penal significa condicionar sua utilização à insuficiência dos demais mecanismos normativos do Ordenamento, instante em que a criminalização de uma conduta mostra-se como a última e inevitável opção legislativa de proteção do bem jurídico. Por outro lado, ofensividade significa a possibilidade de convocação do direito penal apenas nas hipóteses em que se cuide de abrigar bens jurídicos de condutas que os possam violar ou, no mínimo, pô-los em risco de violação. Dizer, por fim, fragmentário o direito penal é limitar seu o âmbito de atuação ou, de forma mais direta, é dizer que, de todos os fatos juridicamente relevantes e, ainda, de todos os bens jurídicos, apenas uma parcela (ou alguns fragmentos) deles ensejará a atividade punitiva estatal. A propósito, veja-se, a nota a seguir.

⁸ Sobre esses juízos de dignidade, necessidade e eficácia da proteção penal, consulte-se, por todos: BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos de tutela penal**. São Paulo: RT, 2002, especialmente, os capítulos. Naquilo pertinente à aplicação desses critérios aos crimes raciais, veja-se o Capítulo 4 – Da necessidade de

A despeito do consenso mencionado, ainda há controvérsias que parecem mal resolvidas. É que mesmo que se compreenda o instituto do bem jurídico como um elemento restritivo, verdadeiro limite à atuação punitivo-jurídica do estado, e, apesar de estarem aqueles princípios fundantes do direito penal amplamente difundidos na doutrina, a idéia exposta na abertura deste capítulo parece não ter recebido ainda, a fim de se apreciar sua efetiva aplicação, a merecida atenção do legislador. Isso porque, com uma frequência que não se pode desconsiderar (talvez até maior do que se desejasse), acham-se severas críticas dos autores quanto a um “inchaço” penal do Ordenamento⁹. Depara-se, amiúde, com censuras a um excesso punitivo do estado, fenômeno por vezes chamado de “administrativização do direito penal” ou até, num tom ambíguo, entre o colérico e o jocoso, de “nomomania” ou de “nomorréia”, sintomáticas do abuso do recurso de criminalização pelo Estado, por meio do Poder Legislativo¹⁰.

Mesmo em âmbitos como o da fixação da pena, quando supostamente já haveria um consenso em torno da existência do delito, resumindo-se a discussão apenas à quantidade e à qualidade da apenação, encontram-se também críticas contundentes, sempre se relacionando às alegações de desrespeito àqueles princípios. Quanto ao primeiro momento do processo de individualização das penas (a chamada fase legal¹¹), tem-se, por exemplo, as alegações de abuso de incriminação sendo apontadas quanto à (má) utilização do direito penal

compatibilização das disposições constitucionais incriminatórias com os princípios essenciais formadores da noção de Direito Penal Mínimo – *infra*.

⁹ Tratando de legislação recente, no Brasil, veja-se, por exemplo: “Doutrinariamente, o princípio da intervenção mínima é incentivado e enaltecido, como elemento propulsor das reformas legislativas no campo criminal, porém ainda está distante de ser efetivamente acolhido pelo Poder Legislativo no Brasil”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009, p. 12.

¹⁰ Explicitamente, com as expressões do texto, respectivamente: FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 38 e LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 28, este último com as duas últimas. Ainda, no mesmo sentido: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Luiz Régis Prado (trad.) São Paulo: RT, 2005, p. 14, entre tantos outros.

¹¹ O princípio da individualização, cuja idéia-núcleo pode ser resumida na afirmação de que a sanção penal deve corresponder, casuisticamente, às características do fato, do agente e da vítima, está, doutrinariamente, estruturado em três fases distintas: num primeiro momento, no plano legislativo (também chamado formal), quando deve ser realizada pelo legislador, pela cominação legal de penas. Num segundo momento, a fase judicial, concretizada pelo juiz criminal no momento da condenação e da imposição do castigo penal. A terceira fase, já em nível judicial-administrativo, tem cunho executório. É procedida pelo juiz da execução criminal. Sobre o tema, pode-se consultar: MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

no que diz respeito aos crimes contra a fé pública¹², bem assim quanto àqueles constantes do recentemente reformado título dos crimes contra a dignidade sexual¹³.

Dizendo de maneira mais direta: alardear a inflação das leis penais parece ter se transformado em mais do mesmo, em lugar comum. A controvérsia emerge, entretanto, quando, em face da necessidade de se limitar a proteção penal aos bens jurídicos mais relevantes, precisa-se apontar onde estão os excessos. Ou seja, se o legislador penal viola o núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito e abusa das ferramentas crime e pena, coibindo condutas que não atingem bens jurídicos cuja tutela, necessariamente, exija a força penal, em que medida extrapola? Quais são os limites ultrapassados? Quais seriam os parâmetros a balizar a justa e proporcional utilização do direito penal e que poderiam, por outro lado, indicar o excesso do legislador? E, ainda, a partir de que devem ser substancialmente interpretados aqueles princípios de modo que se possam encontrar respostas àquelas questões?

Nota-se, assim, que a consagração da teoria dos bens jurídicos e os princípios que a envolvem parecem não ter sido suficientes para assegurar a manutenção da atuação punitiva e incriminadora estatal dentro dos limites compatíveis com o Estado Democrático de Direito e com um Direito Penal que lhe seja apropriado, isto é, com uma noção de direito penal de índole minimalista¹⁴.

¹² Como exemplo, vejam-se as considerações de Lênio Streck a respeito do crime do art. 311 do Código Penal. Aponta o autor violação ao princípio da proporcionalidade das penas no crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor – cuja pena pode variar entre 3 (três) e 8 (oito) anos de reclusão, além da aplicação de multa – em comparação a delitos que ofendem outros bens jurídicos mais relevantes à consolidação do Estado Democrático de Direito, objetos, inclusive, de expressa determinação constitucional de proteção penal: STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normais penas inconstitucionais. In: **Revista da Ajuris**. Ano XXXII nº. 97. Março de 2005. Porto Alegre: AJURIS, 2005, p. 189.

¹³ A cuidar da indevida intervenção do Direito Penal na esfera sexual dos indivíduos, não se pode deixar de referir: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais**: bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008; SILVA, Antonio Tadeu Dix. **Crimes sexuais**: reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005. Leme: JH Mizuno, 2006 e PEDRINHA, Roberta Duboc. **Sexualidade, Controle Social e Práticas Punitivas**: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, e, já com relação a esses crimes após a reforma da Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009: NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. e GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. São Paulo: RT, 2009.

¹⁴ Quando se fala em direito penal de índole minimalista tem-se em consideração a noção de direito penal norteadas pelos princípios mencionados no início deste capítulo. A respeito, não se deixe de consultar: BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: **Doctrina Penal**. n. 10-40, Buenos Aires: Depalma, 1987. pp. 623-650. Florianópolis: 2003.

Diante de tantas perguntas, algumas soluções foram apontadas. A principal delas: a tentativa de limitação do direito penal pela sua conformação constitucional. A constitucionalização do direito criminal¹⁵ importaria, assim, na imposição de um conjunto efetivo de restrições ao braço armado do ordenamento jurídico, o que funcionaria como um freio para a intervenção desmedida de que se ressentem os estudiosos¹⁶.

A esse respeito, bem disse Cláudio Brandão:

...a interpretação e aplicação do Direito Penal não devem ser feitas de forma autista, isto é, encerradas exclusivamente na dogmática daquele Direito. Se o que se atinge no Direito Penal são bens assegurados na Carta Política, sua aplicação e interpretação devem ser feitas em consonância com os Princípios Constitucionais.

Isso importa reconhecer que, além do caráter técnico-dogmático, o Direito Penal tem um caráter político. Ocorre que o caráter político não é inócuo; ao contrário, ele condicionará o objeto e o método do Direito

Disponível, na internet, em versão traduzida: <<http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>> Acesso: 21 out. 2009; BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos de tutela penal**. São Paulo: RT, 2002; PEREIRA, Vera Regina Pereira de. Minimalismos abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**. (Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina). nº. 52. Jul. 2006, pp. 163 a 182. Disponível na, internet, em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/sequencia/article/view/1299/1295> Acesso em: 25 mar. 2008 e PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, pp. 17 a 24.

¹⁵ A despeito da já antiga discussão, neste trabalho, tomam-se as expressões “Direito Penal” e “Direito Criminal” como sinônimas e equivalentes. Na linha da orientação seguida no texto: GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. vol. I. tomo I. 7ª ed. revista e atualizada (coordenação: Máira Rocha Machado e Denise Garcia). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3. e também QUEIROZ, Paulo de Souza. **Para além da filosofia do castigo**. Disponível, na internet, em: <<http://pauloqueiroz.net/para-alem-da-filosofia-do-castigo/>> Acesso: 04 mar. 2009.

¹⁶ Sobre o fenômeno da constitucionalização do direito, veja-se GUASTINI, Riccardo. La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONEL, Miguel (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, pp. 49 a 73. e, especificamente, quanto ao Brasil: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Nº. 9. (março/abril/maio de 2007) Salvador: IBDP, 2007. Disponível, na internet, em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em: 25 jul. 2009.

Penal, fazendo com que os mesmos tenham uma relação substancial com os Princípios Constitucionais¹⁷.

Ainda assim, parece relevante compreender como essa constitucionalização do direito repercute no direito penal. Para isso, no entanto, não há uma resposta uniforme, monolítica. Há várias. O fenômeno trouxe visões distintas.

É exatamente por isso tudo que se mostra necessário compreender as principais correntes que se ocuparam dessa solução (constitucionalização do direito penal). É disso, então, que se cuida a seguir.

Observe-se, finalmente, que esta elucidação se mostra relevante exatamente para que, uma vez estabelecida, como pressuposto, a relação entre Constituição e Direito Penal, seja possível analisar a incriminação do racismo, isto é, uma das cláusulas constitucionais de criminalização¹⁸, especialmente naquilo pertinente à verificação do acionamento do direito penal em conformidade, ou não, com o Estado Democrático de Direito e o seu correspondente Direito Penal¹⁹.

¹⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.

¹⁸ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, p. 79.

¹⁹ Bem assim, parece necessário declarar sob qual perspectiva está sendo pensada esta investigação. Dessa maneira, ao tempo em que analisada, tal corrente será oportunamente indicada.

2.2 Das Teorias Constitucionalistas do Direito Penal

2.2.1 Da constituição como limite negativo ao direito penal: da proibição de contradição às garantias estabelecidas na norma fundamental

A forma pela qual, por primeiro, enxergou-se a Constituição foi a partir de uma dimensão formal, de acordo com sua posição no ordenamento jurídico. Segundo essa lógica, a Carta Magna serviria apenas como um limite negativo ao Direito Penal, isto é, estabelecendo-lhe proibições, contra as quais a lei criminal não se poderia voltar.

Tal corrente, explique-se, agarrou-se à premissa fundamental da superposição hierárquica da Norma Constitucional perante a lei penal. Isso importaria, naquilo pertinente a essa investigação, que toda pretensão de criminalização primária que não desrespeitasse diretamente, implícita ou explicitamente, os postulados da Norma Fundamental seriam lícitos e, por isso, admissíveis, ainda que o bem jurídico que se tencionasse proteger com a norma incriminadora não tivesse recebido amparo na ordem constitucional. Para aqueles que partilham dessa visão, portanto, a Constituição deveria funcionar como um obstáculo para o Direito Penal, impondo-lhe ordens negativas de incriminação. A contrário senso, significaria dizer que tudo o que não violasse os valores estabelecidos na ordem constitucional poderia ser utilizado legislativamente como objeto de criminalização pelo estado.

Assim, ilustrando essa perspectiva relacional entre Constituição e Direito Penal no cenário nacional, seria, por hipótese de exemplo, inadmissível e flagrantemente inconstitucional a eventual incriminação da celebração de cultos e missas religiosas ou a proibição da reunião e associação de pessoas em finalidades lícitas²⁰, por violação ao art. 5º, incisos VI, XVI e XVII, da CF²¹.

²⁰ Também utilizando este último exemplo na explanação dessa teoria: PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, p. 55.

²¹ Respectivamente, o art. 5º, incisos VI, XVI e XVII, da CF assim dispõe:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo **assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias**;

Parecia-se, então, ter-se chegado a uma resposta definitiva para aquelas perguntas, o que estaria resolvendo a necessidade de limitação do Direito Penal pela Constituição²².

De fato, ao menos sob a ótica lógico-formalista do Ordenamento Jurídico, não se pode deixar de reconhecer a necessidade de conformação do direito penal à Constituição, especialmente naquilo pertinente ao reconhecimento das limitações ao poder punitivo que a Norma Fundamental impõe quando enuncia, para ficar no exemplo mais óbvio, o Princípio da Legalidade²³. Não pode, por isso mesmo, o ramo criminal do direito desobedecer aquelas vedações estabelecidas na Constituição.

Nada obstante, aquelas questões acima levantadas ainda não podem ser tidas como solucionadas. Veja-se por quê.

A assunção do parâmetro constitucional como limite negativo, ao passo em que enfatiza uma compreensão sistemática do direito penal, posicionando-o adequadamente no ordenamento jurídico, o que não deixa de ser um ponto positivo, traz consigo efeitos colaterais bastante inconvenientes e que não podem ser ignorados.

(...)

XVI – **todos podem reunir-se pacificamente**, sem armas, em locais abertos ao público, **independentemente de autorização**, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - **é plena a liberdade de associação para fins lícitos**, vedada a de caráter paramilitar. (sem grifos no original).

²² PAGLIARO, Antonio. **Principi di diritto penale**: parte generale. 6ª ed. Milano: Giuffré, 1998, pp. 228 a 230 e BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 96.

²³ Apontado, a um só tempo, como a missão e o objetivo do Direito Penal, o Princípio da Legalidade assumiu caráter de “Princípio dos Princípios”. A respeito, afirma Cláudio Brandão: “Com efeito, onde termina a Legalidade começa a força despótica e um Direito Penal separado do Princípio da Legalidade é simplesmente um instrumento de terror estatal. Isto posto, é na Legalidade que o Direito Penal moderno encontra sua legitimidade”. *In: Introdução ao direito penal*: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 2. Na mesma linha: HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2ª ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2003, pp. 20 a 22. Daí ter sido, no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, tal postulado assim consagrado: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Em sentido semelhante, afirma o art. 1º do Código Penal (Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), que, pela Carta Constitucional de 1998, foi recepcionado como lei ordinária: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Em primeiro lugar, não agrega nenhuma limitação especial à face punitiva do estado²⁴. Ordinaria o braço sancionador mais drástico do ordenamento estatal, impondo-lhe tão-somente os mesmos requisitos e restrições que se determinam aos demais ramos do direito. Nada contribui, pois, para a pretensão de somar limitações concretas à atuação mais repressora do estado: enxergar a Constituição apenas como um conjunto de deveres negativos a serem observados pelo estado penal não serve às intenções de (re)afirmar uma índole de direito penal minimalista, cuja noção parece ser a única compatível com o Estado Democrático de Direito traçado pela Carta Republicana²⁵.

Essa concepção enseja ainda, por outro lado, a permanência, mesmo na estreita dimensão doutrinária, de controvérsias a respeito das possibilidades de criminalização primária.

A propósito, por exemplo, da incriminação da pornografia infantil virtual²⁶, trava-se, na doutrina estadunidense, intensa discussão: de um lado, os defensores da necessidade de proteção penal preventiva, a tentar coibir a produção de qualquer material pornográfico que possa, ainda que indiretamente, estimular desejos e condutas nocivas ao saudável desenvolvimento da criança ou do adolescente; de outro, os arautos da liberdade, propugnando a inexistência, direta ou indireta, de máculas ao saudável desenvolvimento daquelas pessoas vulneráveis e de ofensa ao bem jurídico tutelado, estando o ato, por mais imoral ou grosseiro que possa parecer, albergado ainda pela garantia fundamental da liberdade de expressão, não podendo, por isso mesmo, ser legitimamente incriminado²⁷.

²⁴ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, pp. 56 a 57.

²⁵ O art. 1º da Constituição Federal assim dispõe: **A República Federativa do Brasil**, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos...** (sem grifos no original).

²⁶ Esclareça-se que se entende por “pornografia infantil virtual” a conduta de, mesmo não se envolvendo crianças, mas apenas adultos, realizar trabalhos de maquiagem, figurino e até adulteração computadorizada de imagens, para fazê-los aparentar serem menores de idade, despertando e instigando, assim, o desejo pelo envolvimento sexual de maiores com aqueles sujeitos objeto de especial proteção do Estado.

²⁷ Para um panorama da intensa discussão travada por lá, consulte-se, criticando a proibição: BURKE, Debra D. The criminalization of virtual child pornography: a constitutional question. **Harvard Journal on Legislation**. nº 1. vol. 34. Winter, 1997, pp. 439 a 471; BURKE, Debra D. **Thinking outside the box: child pornography, obscenity and Constitution**. <http://www.vjolt.net/vol8/issue3/v8i3_a11-Burke.pdf> Acesso: 11 out. 2009 e CISNEROS, Danielle. **“Virtual child” pornography on the internet: a “virtual” victim?** Disponível, na internet, em:

A esse respeito, é de se destacar que, no Brasil, muito embora a Lei 12.015/2009 tenha operado relevante reforma no Título VI, dos Crimes contra a Dignidade Sexual (antigo Título dos Crimes contra os Costumes), a proibição do art. 234 do Código Penal, crime de escrito ou objeto obsceno²⁸, permaneceu inalterada e até mesmo a pornografia infantil virtual, inserida no art. 241-C da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente²⁹ – pela Lei nº. 11.829, de 25 de novembro de 2008, não ensejou até hoje grandes discussões. Ao inverso, na esfera nacional, pouco se tratou concretamente dessas questões até hoje, resumindo-se a sua abordagem a raríssimos e pouco desenvolvidos comentários na doutrina especializada³⁰.

Desse modo, essa compreensão, que parece simples e definitiva, num primeiro momento, quando enunciada em termos genéricos, mostra-se como uma visão verdadeiramente insuficiente para criterizar a apreciação da relação existente entre Constituição e Direito Penal, em razão do que não pode ser tomada como marco teórico no desenvolvimento desta investigação cujo objetivo é analisar criticamente, especialmente com vistas aos

<<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2002dltr0019.html>> Acesso: 11 o. 2009. E, advogando-lhe a necessidade: WASSERMAN, Adam J. Virtual.child.porn.com: defending the constitutionality of the criminalization of computer-generated child pornography by the prevention act of 1996 - A reply to Professor Burke and other critics. **Harvard Journal on Legislation**. nº 1. vol, 35. Winter, 1998, pp. 439 a 471 e LEARY, Mary G. **Protecting children from child pornography and the Internet: where are we now?** <http://www.ndaa.org/publications/newsletters/child_sexual_exploitation_update_volume_1_number_4_2004.html> Acesso: 15. out. 2009.

²⁸ Art. 234 - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem:

I - vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo;

II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;

III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.

²⁹ Art. 241-C da Lei 8.069/1990: Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

³⁰ Do que se tem como exemplo, a respeito deste último delito, a abordagem de: ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 6ª ed. (atualizada, reformada e reformulada) São Paulo: Saraiva, 2009, p. 52.

elementos fundantes da noção de direito penal mínimo, as disposições constitucionais de incriminação do racismo.

2.2.2 Da constituição como limite positivo do direito penal: da proibição de não extrapolação dos conteúdos constitucionais.

No vértice oposto, está a corrente que encara a Constituição como um limite positivo para o direito penal. Essa visão decorre da concepção sócio-material do bem jurídico, isto é, da busca, na sociedade, dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados. A partir disso, afirma-se: se a Constituição reúne os valores fundamentais de uma sociedade, será dentre os elementos por ela albergados que o legislador penal poderá e deverá procurar os bens a serem penalmente protegidos. Outro argumento a fundamentar essa visão é a idéia de que: se através do Direito Penal podem ser atacados direitos fundamentais do indivíduo, até mesmo em respeito ao princípio da proporcionalidade, é necessário que os bens que se queira resguardar tenham, no mínimo, amparo constitucional implícito, quando não tenham sido explicitamente elevados à condição de interesses ou direitos fundamentais pela Carta Constitucional.

Nessa ordem de idéias, seria a Constituição a principal rota a trilhar, quando se pretendesse encontrar fundamentos que legitimassem as escolhas de utilização do direito penal na proteção dos bens jurídicos. Quer-se dizer: dever-se-ia procurar **na** Carta Política e, sobretudo, **a partir** das escolhas ali feitas, a precisa medida da valoração sócio-político-ideológica dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados. Resumidamente: “enquanto o constituinte busca os bens jurídicos penais na sociedade, o legislador os retira da Constituição”³¹.

Dessa maneira, impor-se-ia ao legislador penal uma ótica constitucional da tutela dos bens jurídicos, segundo as lentes da Carta Política. Um verdadeiro processo de constitucionalização valorativa (contenudística) do direito penal³².

³¹ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, p. 49.

³² PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Gérson Pereira dos Santos (trad.) Porto Alegre: SAFE, 1989, pp. 22 a 26.

Note-se que essa teoria se estrutura na (re)afirmação dos valores constitucionais e na compreensão do direito penal a partir dos Princípios Penais Constitucionais e dos Princípios Constitucionais Penais. Explique-se.

Os primeiros (os Penais Constitucionais) seriam postulados típicos, quando não exclusivos, do sistema penal, que, em razão de sua relevância, foram explicitamente reconhecidos e albergados na Lei Fundamental, assumindo, assim, a feição de “garantias”. Tais princípios teriam íntima relação com o surgimento do Estado de Direito e com a evolução do Direito Penal³³, os quais se firmaram após a eclosão dos movimentos liberais de reação à abusiva utilização da pena pelo Estado no medievo. Eles teriam sido, no decorrer dos séculos XVIII e XIX, paulatinamente, positivados a partir de conquistas de uma classe social que, em ascensão, pretendia ver-se livre do arbítrio do Estado-Leviatã, a quem foram impostos constrangimentos de sujeição à Lei e, em especial, na seara punitiva, limites formais à utilização da pena (garantias penais), tais como o Princípio Reserva legal, da Anterioridade da Lei e da Pena, da Determinação Taxativa, da Humanidade, da Intervenção Mínima Penal, etc³⁴. Esses princípios foram resumidamente assegurados, por exemplo, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo texto albergava a idéia de que as normas penais deveriam se resumir a “poucas, claras e simples leis”³⁵.

Já os Princípios Constitucionais Penais seriam elementos característicos do estado social, o qual oferece aos seus cidadãos as mesmas oportunidades e condições de desenvolvimento (em última análise, o Estado Social e Democrático de Direito). Seriam preceitos da Lei Maior, de conteúdo fortemente valorativo, com reflexos dirigidos aos vários ramos do direito, e, especialmente no limite do que ora interessa, à seara penal. Eles **dirigiriam** e **orientariam** a utilização do direito penal enquanto instrumento de proteção de bens jurídicos,

³³ Quando se fala em “surgimento e evolução do Direito Penal” toma-se como referência, evidentemente, o reconhecimento dos postulados principiológicos sem os quais a moderna compreensão de Direito Penal estaria completamente prejudicada, de volta à sacro-mítica utilização da pena, muito marcante do início dos Tempos. Para um breve histórico do “direito penal”, consulte-se: GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. vol. I. tomo I. 7ª ed. revista e atualizada (coordenação: Maíra Rocha Machado e Denise Garcia). São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 173 a 190.

³⁴ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: SAFE, 1991, pp. 9 a 12.

³⁵ *Idem, Ibidem*, p. 27 e LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. In: **Revista CEJ**. vol. 2 Número IV. Jan. a Abr. 1998, p. 103 a 108. Disponível, na internet, em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo13.htm>> Acesso em: 09 ago. 2006.

em regra, coletivos e essenciais ao convívio social (valores constitucionais). São, por isso mesmo, chamados pela doutrina de “cláusulas de criminalização”³⁶, constituindo indicações expressas de incriminação como, por exemplo, o racismo (art. 5º, XLII), a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLII), as condutas e as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3º) ou, em indicações tácitas de proteção ou “cláusulas de criminalização implícita”, como, por exemplo, aquelas presentes nos art. 5º, X³⁷ e XXIX, todos da CF³⁸.

A composição dessas dimensões principiológicas (Princípios Penais Constitucionais e Constitucionais Penais) seria o equilíbrio que harmonizaria a controvérsia acima exposta. Significaria, em verdade, o fortalecimento da Constituição, legitimando as escolhas de criminalização e limitando a tutela penal ao que, efetivamente, é relevante no Estado Social Democrático de Direito. Seria, em síntese, a possibilidade de concretização do Princípio da Intervenção Mínima e de limitação do Direito Penal aos interesses da sociedade, ao menos sob um prisma de compreensão material da Carta Republicana.

Estabelecer-se-ia, assim, a atribuição de um duplo papel à Lei Maior: de um lado, segundo uma concepção garantista do sistema penal, proibir-se-ia o Estado de violar direitos fundamentais, inerentes a toda pessoa humana, impondo-lhe limites formais ao poder punitivo; de outro, nortearia e orientaria o legislador quanto aos valores fundamentais que devesse resguardar, sobremaneira, quando se tratasse de utilizar o braço armado da ordem jurídica, o Direito Penal, para essa tutela³⁹.

Em sentido semelhante, Jorge de Figueiredo Dias, que afirma:

³⁶ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: SAFE, 1991, pp. 41 a 43.

³⁷ O art. 5º, incisos X e XXIX, da CF assim dispõe:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

(...)

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

³⁸ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 41.

³⁹ CAÑAS, Antonio Gordillo. **Principios generales y constitución**: apuntes para una relectura desde la constitución, de la teoría de las fuentes del derecho. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 78.

os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais⁴⁰.

Na mesma linha, a própria Constituição da República Portuguesa estabelece no seu artigo 18, n.º 2 que:

a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições **limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos**⁴¹.

Claus Roxin diz ainda:

O ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição previamente estabelecida para o legislador está nos princípios da Constituição. Portanto, um conceito de bem jurídico vinculador político-criminalmente só pode derivar dos cometidos, plasmados na Lei Fundamental, de nosso Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo, através dos quais se fixam os limites ao poder punitivo estatal⁴².

Essa visão, reconheça-se, importa uma restrição das possibilidades de criminalização primária do legislador penal. Não se pode negar, desse modo, a índole garantista e limitadora desta dimensão positiva da Constituição, o que se mostra como ponto positivo dessa formulação.

⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 67.

⁴¹ REPÚBLICA PORTUGUESA. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível, na internet, em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso: 25 ago. 2009.

⁴² Livre tradução de: “*El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado.*” ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. t. I. Madrid: Civitas, 2008, pp. 55 a 56.

Ainda assim, porém, as discussões parecem não se ter exaurido. É que na apreciação da devida conformação do Direito Penal à Constituição, mesmo na doutrina, ainda se encontram questionamentos acerca dessa vinculação entre a Norma Constitucional e o conteúdo da tutela penal, sobretudo quando encarada a partir de uma dimensão minimalista do direito penal⁴³.

O mesmo se diga a respeito da discussão em torno da delimitação da esfera de influência a que o legislador deve se sujeitar quando do processo de criminalização primária. A controvérsia acerca da escolha legislativa dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados ou até em torno da determinação de quais os mandamentos constitucionais devam influenciá-lo e em que medida isso deva ocorrer parece ter sido pouco refletida no cenário nacional. Note-se que até mesmo cláusulas constitucionais incriminadoras mais incisivas são ainda objeto de discussão.

Com efeito, mesmo sobre a norma constitucional de incriminação da prática do racismo⁴⁴, dispositivo que poderia parecer, à primeira vista, incontroverso, não há consenso. À criminalização como forma de tutelar o bem jurídico igualdade se opõe parcela considerável da doutrina.

A propósito das decorrências dogmático-penais dessa cláusula constitucional incriminadora, Alexandre Magno Fernandes Moreira, por exemplo, propõe uma nova tipologia para compreensão dos crimes previstos na Lei 7.716/89, cuja mola propulsora foi essencialmente o atendimento ao mandamento constitucional. Classifica-os, em primeiro lugar, de acordo com seu sujeito ativo: de um lado, aloca os crimes cometidos por agentes públicos, nessa condição ou em razão dela; de outro, os crimes praticados por particulares⁴⁵.

A partir desse quadro, no entanto, contesta a incriminação das práticas racistas. Advoga que, quando o delito for cometido por agente público, nesta condição ou em

⁴³ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, pp. 10 a 24.

⁴⁴ O art. 5º, XLII, da CF estabelece: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

⁴⁵ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Crítica à incriminação do racismo**. Teresina, ano 10, n. 1128, 3 ago. 2006. Disponível na internet em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8735>>. Acesso em: 26 jul. 2007.

razão dela, como, por exemplo, no art. 3º da aquela lei, a responsabilização no âmbito extra-penal, através da Lei 8.429/90 (que dispõe sobre os atos que configuram “improbidade administrativa”, na modalidade de ofensa aos princípios da Administração Pública, notadamente, a legalidade e a impessoalidade), já seria “mais do que suficiente para prevenir essas condutas”⁴⁶ e conclui dizendo “sem dúvida alguma, a criminalização desses comportamentos é desnecessária e inadequada”⁴⁷.

Na hipótese de se cuidar de discriminação racial praticada por sujeito particular, estranho à Administração Pública (destaque-se: na maioria dos tipos previstos naquela lei), Fernandes Moreira vai ainda mais longe. Defende a atipicidade da conduta, em razão da:

...legitimidade das discriminações privadas, com base, inclusive, em direitos fundamentais reconhecidos por nossa Constituição, como por exemplo: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), o direito geral de liberdade (art. 5º, caput), a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), o direito de propriedade (art. 5º, XXII) etc. Nesse sentido, o princípio da autonomia privada, apesar de não estar previsto expressamente na Constituição, é por ela adotado em vários de seus dispositivos. Assim, as pessoas teriam a liberdade de desenvolver sua personalidade, associando-se com quem bem entendessem, o que inclui, por exemplo, empregar apenas negros, permitir apenas muçulmanos entrarem no convívio familiar, atender apenas gays em um clube etc. (sem grifos no original)⁴⁸

Nessa toada, sequer típica, em tais hipóteses, seria a prática do racismo, concluindo o autor pela completa “desnecessidade do Direito Penal no tocante ao assunto”, pois haveria “meios menos gravosos para resolver o problema”. Ademais, continua, “enquanto a

⁴⁶ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Ibidem*.

⁴⁷ *Idem, Ibidem*.

⁴⁸ *Idem, Ibidem*.

sociedade brasileira considerar o racismo assunto de somenos importância a norma penal vai continuar letra morta”⁴⁹.

Assim, se mesmo com relação a condutas cuja incriminação esteja estabelecida, amparada – e, por que não? determinada⁵⁰ – pela Carta Fundamental, a discricionariedade legislativa e a (in)compatibilidade da atuação incriminadora com os princípios conformadores do Direito Penal Mínimo geram tantas controvérsias⁵¹, imagine-se quando não se cuide de bens cuja criminalização esteja constando da Carta Federal de maneira implícita ou indireta.

No outro oposto, Lênio Luiz Streck⁵², por exemplo, advoga que o substrato constitucional representa conteúdo **necessário** das escolhas de criminalização, devendo-se proceder a uma completa revisão do modelo valorativo de compreensão do direito penal. Propõe o autor uma “filragem hermenêutica” das normas penais, visando a interpretá-las a partir de uma axiologia constitucional, a fim de afastar do ordenamento tanto o excesso de proteção a bens jurídicos menos importantes como a “proteção deficiente” de bens constitucionalmente relevantes.

Assim, por exemplo, considera inconstitucional, por violação à proibição de proteção deficiente, o art. 2º da Lei 10.259/01 (que ampliou o conceito de crime de menor potencial ofensivo⁵³). Sugere Streck um controle substancial de constitucionalidade capaz de filtrar, do conteúdo da norma questionada, aquilo que não seria, materialmente, infração de menor potencial ofensivo e que exporia, por consequência, os bens jurídicos tutelados a uma insuficiente proteção criminal-estatal.

⁴⁹ *Idem, Ibidem.*

⁵⁰ Afirmando que a Constituição Federal impôs tal incriminação, consulte-se, por todos: LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª Ed. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 61.

⁵¹ BERNARDES, Helton Fonseca. **Estratégias punitivas e legitimação**. Porto Alegre: SAFE, 2005, pp. 149 a 152.

⁵² STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normais penais inconstitucionais. In: **Revista da Ajuris**. Ano XXXII nº. 97 Março de 2005. Porto Alegre: AJURIS, 2005, pp. 171 a 202.

⁵³ Observe-se, nesse particular, que a ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo foi, ao depois, consolidada na legislação pela alteração das Leis 9.099/95 e 10.259/01, promovida pela Lei 11.313/2006, que assim redefiniu o dispositivo que define aquelas infrações: “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006).”

Paralelamente, Márcia Dometila de Carvalho defende o incremento punitivo, relativamente às hipóteses de proteção penal de bens jurídicos reconhecidos pela Carta. Veja-se:

Penalização de fatos, até então atípicos, mas que, diante da Lei Maior passaram a ter relevância social, fatos até então indiferentes ao legislador, mas que não poderão continuar sendo por ofenderem, significativamente, interesses tutelados constitucionalmente. Aqui, **PODE-SE OBSERVAR, AINDA, A EXISTÊNCIA DE FATOS QUE JÁ ERAM APENADOS MAS CUJA APENAÇÃO DEVE SER MELHOR GRADUADA, DIANTE DE SEU SIGNIFICADO DE MAIOR RELEVO PARA A CONSTITUIÇÃO**⁵⁴. (sic)

Eis exemplos, nesse último pólo, de uma visão da limitação positiva da Constituição. Talvez, no entanto, mais do que isso: uma constitucionalização do direito penal com a qual se deva ter cuidado.

O problema é que o que aparenta, à primeira vista, ser mera reafirmação valorativa dos elementos democraticamente consagrados pela ordem constitucional, termina se transformando em justificativa para uma expansão indevida da esfera punitiva do estado, especialmente, quando se cuida de Constituições extensas e detalhistas como a brasileira.

Essa problemática acaba sendo evidenciada por visões extremadas, que absolutizam a esfera de influência da Constituição sobre as decisões e escolhas propulsoras da criminalização primária. Segundo tais concepções radicais, o Direito Penal deve ser encarado como um reflexo punitivo da Constituição, ou ainda, como um instrumento de tutela dos direitos fundamentais.

⁵⁴ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de Carvalho. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 38. No mesmo sentido, autores cuja índole liberal é largamente reconhecida, no Brasil e no estrangeiro: PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais**. SALOMÃO, Heloísa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2001, p. 91 e QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 72 e Idem, **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 123.

A crítica, então, diz com os riscos de se permitir que o Direito Penal possa proteger tudo aquilo do que se ocupa a Constituição, especialmente, se a ordem constitucional trata de tudo (ou quase tudo). De maneira direta, pergunta-se: será que a adoção da Constituição como fundamento da tutela penal dos bens jurídicos não implicaria desnecessária e indevida ampliação do direito penal? Será que adotar a supremacia da Carta Política brasileira, com a conseqüente submissão do Direito Penal, seria suficiente razão para fundamentar de maneira suficiente a imposição de dever de expansão da criminalização pelo legislador?

Mais: será que tal perspectiva, em face da Carta Constitucional brasileira, cujo caráter extensivo e minudencioso são notórios, não implicaria a demasiada expansão do direito penal? Não se estaria pretendendo, sob um discurso de teoria da valorização constitucional, legitimar criminalizações desnecessárias com o uso excessivo das ferramentas crime/pena? Não seria preciso, então, perante a Carta Republicana brasileira, repensar esse modelo? Quais as repercussões concretas da adoção dessa concepção no sistema normativo brasileiro?⁵⁵

Note-se que até mesmo partidários dessa visão constitucionalista, que admitem a criminalização de bens cuja consagração constitucional não precisa ser explícita, como Maria Conceição Ferreira da Cunha, reconhecem a margem de insegurança a que fica exposto o cidadão quando se adota tal concepção de maneira tão absoluta⁵⁶.

É preciso, pois, ter claro que a valorização dos princípios constitucionais penais (decorrente dessa concepção positiva da Constituição) pode ensejar a uma absolutização da ordem e dos valores constitucionais e, talvez, uma expansão desnecessária e, por isso, indevida da criminalização: algo como tornar o Direito Penal um instrumento de efetividade normativa da Constituição, uma arma automática da qual o estado se vale para garantir efetividade à Constituição, finalidades incompatíveis com a natureza peculiar do Direito Penal.

No mesmo sentido, Janaína Conceição Paschoal afirma:

⁵⁵ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, pp. 17 a 24.

⁵⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, pp. 200 a 208.

parece indubitável que o desenvolvimento dessa nova forma de legalidade (a substancial), pautada não apenas na lei, mas na própria Constituição, visou a limitar o âmbito de incidência do Direito Penal, não sendo sequer coerente tomar as relações estabelecidas entre Direito Penal e Constituição para justificar a obrigatoriedade do incremento do poder punitivo estatal, seja qual for a natureza conferida a tal relação⁵⁷.

Assim, submeter tranquilamente a apreciação sobre a necessidade e a eficácia da utilização do Direito Penal a um mero juízo de constatação de reconhecimento, até mesmo implícito, de valores perante o ordenamento constitucional (sejam eles meramente constitucionais ou dignos de direitos fundamentais) esvaziaria, assim, a pretensão limitadora das teorias constitucionalistas do bem jurídico e do direito criminal, especialmente quando se tem em mira constituições detalhistas (até mesmo em matéria de direitos fundamentais) como a brasileira, cuja interpretação extensiva, a fim de legitimar decisões de criminalização primária, podem transformar, parafraseando Alberto Silva Franco⁵⁸, o princípio da intervenção mínima em princípio da intervenção máxima⁵⁹.

Em resumo: enquanto essas visões permanecerem como formas limitadoras do poder punitivo estatal, está-se bem; entretanto, a partir do momento em que a Norma Constitucional, é utilizada em argumento puramente normativo, descolado das apreciações dos critérios que formam as noções de um direito penal mínimo e, afastando-se a análise dos requisitos de necessidade e eficácia da tutela penal, tem-se um problema.

Observe-se, ainda, que embora o objetivo desta investigação não seja analisar, mais amplamente, as discussões em torno das diversas teorias constitucionalistas do Direito Penal, quer-se examinar criticamente quais as consequências da utilização da cláusula de

⁵⁷ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, pp. 54 a 55.

⁵⁸ FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima: ao princípio da máxima intervenção. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Fascículo II. Vol. 6. abr./jun de 2006. Coimbra: Coimbra, pp. 175 a 187.

⁵⁹ No sentido do texto, veja-se ainda: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes**. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo: São Paulo, 1999, pp. 172 a 173. No mesmo sentido: NUVOLONE, Pietro. **Norme penali e principi costituzionali**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 6. e FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. Roma: Laterza, 2004, p.

criminalização do racismo pela Constituição Federativa de 1988 e suas decorrências dogmáticas.

Assim, parece relevante, até para que se ganhe em coerência e em substrato teórico quanto às premissas estabelecidas, esclarecer que se adota, neste trabalho, a compreensão de que a Constituição deva exercer um papel limitador positivo em face do Direito Penal, atentando-se, contudo, às considerações a respeito da absolutização dos valores constitucionais, não se podendo promover, assim, uma indevida expansão da intervenção mais drástica do ordenamento jurídico, mas garantindo um outro filtro no processo de decisão da intervenção penal, que deve ainda se socorrer de outros critérios mais à frente estudados.

3 DAS DECORRÊNCIAS DOGMÁTICAS DO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE INCRIMINAÇÃO DO RACISMO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

3.1 Da Necessidade de se Analisar as Decorrências Dogmáticas do Mandamento Constitucional de Incriminação do Racismo

Quando se se propõe a analisar criticamente o mandamento constitucional de incriminação do racismo, parece inafastável, sob pena de se realizar uma discussão vazia e desprovida de utilidade para ciência do direito penal, a exigência de se apreciar também as conseqüências concretas existentes para o valor da liberdade individual, isto é, as disposições legais incriminadoras.

Mostra-se, por isso mesmo, necessário perceber de qual maneira e em qual medida as disposições constitucionais criminalizantes do racismo repercutem sobre a liberdade individual para, diante disso, responder se isto está em conformidade com os elementos constitutivos do direito penal mínimo, noção, repita-se, considerada adequada ao direito penal moderno e implicitamente adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Destaque-se que isso também se justifica pela necessidade de se estabelecer precisamente quais são os parâmetros de aplicação da norma penal, de modo que possa o cidadão saber o limite que separa o lícito do ilícito⁶⁰.

Eis, então, o propósito da existência deste capítulo: a colocação da premissa menor desta investigação.

Atente-se para o fato de que falar em decorrências dogmáticas do mandamento constitucional de incriminação do racismo, no Brasil, significa falar na Lei nº.

⁶⁰ Também como uma decorrência do Princípio da Taxatividade. Sobre tal princípio, é sempre recomendável a abordagem: PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Gerson Pereira dos Santos (trad.) Porto Alegre: SAFE, 1989, pp. 49 a 52.

7.716/89⁶¹ e na Lei nº. 9.459/1997⁶², de cujos frutos adveio a incriminação da injúria qualificada pela utilização de elementos raciais, prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal, motivo pelo qual o estudo dessas normas dar-se-á de forma conjunta.

⁶¹ Apelidada de Lei Caó, em homenagem ao parlamentar e constituinte autor da emenda que gerou o art. 5º, XLII, da CF, e do projeto que originou a Lei 7.716/89, Carlos Alberto Caó (PDT-RJ), a Lei nº. 7.716, de 16 de janeiro de 1989, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

⁶² A Lei nº. 9.459, de 13 de maio de 1997, data comemorativa da abolição da escravidão no Brasil, foi assim ementada: Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

3.2 Da Necessidade de Investigar o Objeto de Tutela do Direito Penal

Quando se faz uma análise, no âmbito da dogmática penal como essa que se propõe, não se pode partir de premissa distinta daquela que enxerga o Direito Penal como uma parcela do ordenamento, um conjunto de regras de índole jurídica, que estabelece condutas contrárias à ordem legal, por isso mesmo, consideradas infracionais, impondo aos autores dessas condutas, como consequências jurídicas do comportamento desviante, pena e ou medida de segurança⁶³.

Embora essa concepção sirva a um delineamento inicial da matéria, pois, em seu bojo, associa as noções mais elementares para compreensão do Direito Criminal, quais sejam, a infração penal⁶⁴ e a sanção⁶⁵, é de se reconhecer que ela parte de uma perspectiva

⁶³ Ainda que não exatamente com essas palavras, mas em sentido semelhante pode-se consultar, por todos: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei nº. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1. e WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**: parte general. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 1., que afirmam, respectivamente: “O direito penal é realmente aquela parte do ordenamento jurídico que estabelece e define o *fato-crime*, dispõe sobre quem deva por ele responder e, por fim, fixa as penas e medidas de segurança a serem aplicadas”, “*El Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad.*”

⁶⁴ Ressalte-se, em respeito ao tratamento científico de maior rigor, que infração penal é um conceito maior que engloba as espécies crimes e contravenções. Destaca-se, assim, não se desconhecer a existência de tal distinção, promovida, no ordenamento jurídico brasileiro, por critério de índole meramente formal, estabelecido no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal – Decreto-lei nº. 3.914, de 09 de dezembro de 1941. Aproveita-se, no entanto, para afirmar que, neste trabalho, as expressões infração e crime são tomadas como, essencialmente, sinônimas, abdicando-se, grosso modo, de qualquer distinção entre infrações, crimes e contravenções, a qual será expressamente destacada quando necessário. Assumem-se, ainda, como sinônimas as noções de crime e delito, conforme a predominante doutrina brasileira, não se adotando, assim, a distinção existente noutros países. A respeito dessa diferenciação: WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Porto Alegre: SAFE, 1976, p. 7

⁶⁵ Nunca é demais lembrar que, nesta seara, a consequência jurídica do ilícito é denominada pena. Ressalte-se, ainda, não se desconhecer a existência das medidas de segurança tratadas, no Código Penal brasileiro, entre os artigos 96 a 99, como consequência jurídica do cometimento de fatos típicos e antijurídicos, porém, não criminosos, pois ausente o elemento imputabilidade integrante da culpabilidade. Contudo, por se tratar de instituto por demais peculiar, cujo estudo aprofundado não interessa aos propósitos desta investigação, não se mencionará mais, deixando para tratar da consequência jurídica do ato social desviante meramente pela perspectiva da pena.

excessivamente formalista, coisa que não interessa a esta análise. Essa, aliás, talvez seja a razão que tenha possibilitado a tal definição se perenizar ao longo dos tempos⁶⁶.

Diante disso, a questão sobre quais as características essenciais que deve ter um comportamento para que se autorize a intervenção jurídico-penal assumiu, modernamente, contornos de indagação absolutamente fundamental⁶⁷.

Ocorre, porém, que aquela definição, utilizada como premissa na abertura deste capítulo não analisa, materialmente, sobretudo com vistas a permitir uma análise crítica que objetive reduzir o arbítrio punitivo e a estabelecer garantias em favor do cidadão perante o Estado, os conteúdos daqueles institutos fundamentais ali considerados.

Observe-se, em primeiro lugar, que dizer apenas que o delito é a ‘conduta contrária à ordem legal’ e que enseja a intervenção punitiva do estado equivaleria a afirmar que crime é o que o direito quiser definir como tal ou, utilizando a analogia traçada por Zaffaroni, dizer que a “zebra é ‘o animal que a zoologia assim chama’”⁶⁸.

Não que tal afirmação incorra em equívoco. Ao contrário até. Como já mencionado, segundo as mais óbvias garantias conquistadas pelo princípio da legalidade, a noção de delito exige que haja prévia manifestação jurídico-estatal, numa dimensão formalmente legal, definindo o conceito de crime e delimitando os específicos contornos da ilicitude⁶⁹.

Contudo, considerando até mesmo as razões de existência do próprio Direito Penal⁷⁰, mostra-se estritamente necessário ir além.

⁶⁶ BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do Direito Penal. In: **Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. Luiz Régis Prado (coordenador). São Paulo: RT, 2007, pp. 120 a 121.

⁶⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 11.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2004, p. 367.

⁶⁹ Para um aprofundamento em discussões mais específicas acerca do Princípio da Legalidade, veja-se, ainda: BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, especialmente, os capítulos II, III e IV.

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo**. Entrevista concedida ao sítio eletrônico o Consultor Jurídico. Disponível, na internet, em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>> Acesso: 5 jul. 2009.

Assim, compreender melhor e, sobretudo, segundo critérios limitadores do *jus puniendi* (ao menos quando se tem como paradigma jurídico-estatal um modelo democrático), o que é o crime sob o prisma formal e, principalmente, numa perspectiva material. Isso porque, se naquela definição relacionam-se, intimamente, o crime e a pena, há de se recordar que esta é uma reação, também violenta, do Estado àquelas condutas desviantes.

Nas palavras de Fragoso:

O estudo da objetividade jurídica do delito constitui indagação fundamental e importantíssima para determinação de seu conceito e de sua essência. Trata-se de saber qual o sentido substância da ação delituosa, que é, em última análise, atingido através do fato punível, ou seja, qual o objeto da tutela jurídico-penal⁷¹.

Dessa forma, a fim de se fortalecer os critérios-garantia para incriminação do cidadão e, sobretudo, visando a subsidiar uma análise crítico-dogmática da incriminação do racismo, mostra-se extremamente necessário, tomando emprestados os conceitos da geologia, descer mais um nível nos estratos desse conceito⁷², quer-se dizer, aprofundar a investigação relativamente ao conteúdo do delito.

Isso porque, indiretamente, isto é, naquilo concernente à sanção penal, aquela idéia utilizada no início deste capítulo se mostra muito maleável e, por isso mesmo, perigosa, especialmente quando se atenta ao caráter violento do direito penal⁷³.

Recorde-se: crime e pena privam, ambos, o cidadão do que há de mais valioso: vida, liberdade e patrimônio. Bens, aliás, considerados invioláveis inclusive pelo art. 5º da Constituição Federal⁷⁴.

A respeito dessa natureza peculiar do direito penal, Muñoz Conde:

⁷¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 33.

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5ª ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2004, pp. 366 a 368.

⁷³ Cuidando do caráter violento do crime e também do direito penal, consulte-se, por todos, em lição sintética, mas exemplar: BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do Direito Penal. In: **Direito Penal contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. Luiz Régis Prado (coordenador). São Paulo: RT, 2007, pp. 122 a 124.

⁷⁴ *Idem. Ibidem*, p. 122.

À norma penal, assim como as demais normas jurídicas, incumbe uma função eminentemente protetora. **A diferença entre a norma penal e as demais normas jurídicas, nesta matéria, está na especial gravidade dos meios empregados pela norma penal para cumprir esta missão e na condição de que só intervém o deve intervir nos casos de ataques mais graves à convivência pacífica na comunidade**⁷⁵. (Original sem grifos)

Mais ainda até, há de se ter em mente que a justiça criminal é peculiar, pois:

...o direito penal não priva o indivíduo somente de sua liberdade, furtando-o, ainda, entre outras coisas, do contato com seus familiares, do direito de participar da vida política de sua comunidade, do prazer de acompanhar o desenvolvimento dos filhos, que também sofrem os efeitos da punição, ao se verem impedidos de compartilhar o cotidiano com o pai, e condenados a passar restrições financeiras durante sua ausência⁷⁶.

Vê-se, então, que não foi por acaso que Cernelutti, observando a relação de custo-benefício que traçou entre aqueles dois institutos, afirmou que “também a pena, da mesma forma que o delito, é um mal ou, em termos econômicos, um dano”⁷⁷ e asseverou que seriam eles “anverso e reverso de uma mesma moeda”⁷⁸.

Delitos e punições, portanto, seriam exatamente iguais, quando analisados sob uma perspectiva extrínseca e avaliativa.

⁷⁵ Livre tradução de: “*A la norma penal, igual que a las demás normas jurídicas, Le incumbe una función eminentemente protectora. La diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas, en esta materia, radica en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir esta misión y en que sólo interviene o debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica en la comunidad*”. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2003, p. 90.

⁷⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, p. 25.

⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 12.

⁷⁸ *Idem. Ibidem*, p. 23.

Desse modo, apenas critérios outros (especialmente os de índole valorativa) seriam idôneos a traçar uma diferenciação entre o mal praticado pelo criminoso (infração penal) e o mal imposto pelo Estado (pena). Entre esses critérios, encontram-se especialmente: a relação cronológica (o crime sempre deve preceder à aplicação da pena); a relação de causalidade (o mal infligido pela pena deve decorrer da prática de um ilícito anterior, deve ter caráter reacional e ser, em razão dele, imposto – o que Carnelutti chamou de característica *propter hoc* da pena) e, principalmente, o juízo moral de (in)justiça da conduta, que conduz à consideração sobre a (anti)juridicidade ou a (i)licitude⁷⁹.

Assim delineada, a atuação penal estatal constitui a mais brutal e incisiva arma de que se pode valer o Estado para reprimir uma ação anti-social violenta e o direito penal, portanto, representa a mais forte arma de que se pode valer o Estado para tentar regular tais condutas.

Em razão dessa gravidade representada pela intervenção jurídica do Direito Penal, filósofos e juristas passaram a desenvolver teses e teorias, objetivando a reduzir e controlar a atuação punitiva estatal⁸⁰.

Dessa forma, além das garantias formais estabelecidas em favor do cidadão, mostrou-se necessário traçar uma delimitação material da noção de crime, a fim de retirar do Direito Penal condutas cuja dimensão material não fosse com ele compatível.

Na lição de Francisco Muñoz Conde, extrai-se:

Mas o que protege ou pretende proteger a norma penal? A esta pergunta respondem de modo unânime os penalistas: a norma penal, o direito penal, protege os bens jurídicos. A verificação desta afirmação obriga, pois, a se delimitar o conceito de bem jurídico⁸¹.

É preciso, pois, estudar o objeto de tutela penal nos crimes de racismo. Isso porque essa questão da definição material dos elementos legitimadores da incriminação de uma conduta é hoje um relevante instrumento jurídico limitador da intervenção punitiva do Estado

⁷⁹ *Idem. Ibidem*, pp. 11 a 13.

⁸⁰ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, pp. 25 a 26.

⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2003, p. 90.

e, por isso, foi e continuará sempre sendo um problema nevrálgico não apenas do legislador e da Política Criminal⁸², mas também da Ciência do Direito Penal⁸³, pelo que se mostra como elemento importante no desenvolvimento dessa investigação.

⁸² FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. Ciências criminais e filosofia política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº. 63, pp. 188 a 230.

⁸³ ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 117.

3.3 Da Noção Material de Delito: o Bem Jurídico Enquanto Instituto Limitador das Possibilidades de Intervenção Penal

3.3.1 *Da necessidade de se historiar brevemente a formação do instituto do bem jurídico*

Antes mesmo de prosseguir com essa análise, mostra-se indispensável, delinear a noção de bem jurídico-penal com que se pretende trabalhar. Essa conceituação se faz necessária, mais especificamente, em razão da diversidade de abordagens presentes na doutrina.

Não se pode, todavia, compreender perfeitamente o que significa o bem jurídico hoje para o direito, e mais especialmente para o Direito Penal, se não se entender, ao menos com vistas à identificação de elementos básicos, aquilo que o precedera e contra o que a noção de bem jurídico se contrapôs. Nesse sentido é que se quer para se “elaborar o conceito de bem jurídico que funcione como elemento limitador do poder punitivo, deve se partir da concepção liberal originária”⁸⁴. Mostra-se, então, relevante saber o que ocasionou seu surgimento e o que está por trás de concepções contrárias a esse instituto.

Afirme-se, desde já, que tal esforço histórico não objetiva esgotar a matéria, no entanto. Ao contrário, ocupou-se aqui dos autores que, segundo um critério relativamente subjetivo, mais contribuíram, direta ou indiretamente, para a elucidação do conceito de bem jurídico e, por conseguinte, para a limitação do poder punitivo estatal.

Com isso, pretende-se tão somente evidenciar que a função político-criminal do bem jurídico é limitar o *jus puniendi*⁸⁵. Dito de outra maneira: quer-se fazer ver que o bem jurídico-penal constitui, no sentido liberal, um importante instituto de índole garantista, de cuja função limitadora o moderno Direito Penal do Estado Democrático de Direito não pode

⁸⁴ Livre tradução de: “para elaborar el concepto de bien jurídico funcional a la limitación del poder punitivo, debe partirse de la concepción liberal originaria”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2008, . 373.

⁸⁵ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2003, p. 21.

prescindir⁸⁶, e que o grau de limitação por ele exercido, entretanto, variará, precisamente, em conformidade com a noção que dele se adote⁸⁷.

Por fim, mostra-se relevante reavivar uma lição já consagrada. Quando se perquire a objetividade jurídica da intervenção penal, não se pretende examinar, evidentemente, o objeto sobre o qual incide a conduta proibida, denominado pela doutrina de objeto material. Quer-se investigar, isto sim, o conteúdo, a essência da tutela penal. Quer-se saber: o que justifica a criminalização dessa conduta? O que se pretende com tal incriminação evitar? É, portanto, a essência material do delito que interessa e não a concretude física de seu comportamento tipificado⁸⁸.

⁸⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, pp. 26 e 47 a 48.

⁸⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 111. COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 63.

⁸⁸ Assim, a clássica distinção traçada na doutrina entre bem ou objeto jurídico do delito e o bem material. Nesse sentido, por todos, veja-se: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 33 a 34.

3.3.2 Da evolução noção punitivo-limitadora de bem jurídico

3.3.2.1 Das concepções pré-estruturantes da noção punitivo-limitadora de bem jurídico: o delito como violação da Lei Natural

Muito freqüentemente, as investigações retrospectivas sobre o bem jurídico iniciam-se por uma referência a Anselm von Feurbach⁸⁹ e sua visão do delito como violação do direito subjetivo alheio. Embora essa concepção tenha sido, efetivamente, o gancho necessário para o aprofundamento do estudo do objeto do crime, parece relevante perceber que, mesmo antes dela, a essência do pensamento jusnaturalista já concebia o delito como ofensa ao que havia de mais relevante na sociedade e o Direito Penal, como ferramenta de combate a tais ataques. Vale dizer, ainda antes da formulação teórica do bem jurídico, como instrumento limitador da utilização estatal da sanção penal, já então eram elaboradas formulações teóricas visando à criação de instrumentos de controle ao arbítrio punitivo.

Para, por exemplo, o filósofo inglês John Locke, cuja teoria do “Governo Civil” tratou da evolução social de formação do Estado e, mais tarde, fundamentaria os ideais da Revolução Francesa, a transição social do “estado de natureza” para o “estado de sociedade civil” implicou uma metamorfose do *jus puniendi*, até então pertencente a cada um dos cidadãos⁹⁰. Segundo ele, no “estado natural” a comunidade se regrava, em última instância, pela Lei Natural (norma de origem divina, baseada na razão e na igualdade), cuja essência imporia a todos o respeito à vida, à integridade física, à liberdade e ao patrimônio de todos os demais, o exercício punitivo consistiria num poder difuso, isto é, disseminado entre cada um dos cidadãos que não só poderiam, mas deveriam exercê-lo, pois o castigo constituía, então, um mecanismo de proteção da Lei Natural.

Isso porque:

⁸⁹ Por todos, consulte-se: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 34 a 36.

⁹⁰ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: **Os clássicos da política**. (org. Francisco C. Weffort). São Paulo: Ática, 2006, p. 89.

quem viola esta lei ofende a humanidade como um todo, a sua paz e a sua segurança, garantidas pela Lei Natural, e transforma-se, assim, num ser perigoso para os outros homens, que têm o direito de puni-lo, tornando-se executores do direito natural⁹¹.

Impedir a violação da lei natural era, então, obrigação de cada um, individualmente, a quem a preservação do corpo social obrigatoriamente deveria interessar⁹².

Observa-se, assim, que apenas com a transição do “estado de natureza” para o “estado de sociedade civil”, quando a noção conceitual de crime foi se transmutando da violação da Lei Divina para a violação das liberdades garantidas pelo Estado, este que passaria a agir, agora, legitimado pela delegação do Contrato Social, é que se teria uma mudança importante na concepção do ilícito penal: a essência do delito, a partir de então, afastar-se-ia da noção de infração a mandamentos divinos.

Vê-se, dessa forma, que, mesmo em concepções naturalistas como a de Locke, já estava presente a compreensão de que o delito, mais do que um mero ilícito, constituía uma ofensa aos valores mais relevantes da sociedade. E isso demonstra que, mesmo naquela perspectiva e diante de uma abertura punitivo-legal tão ampla, já havia uma preocupação em limitar as possibilidades de punição apenas ao que era efetivamente necessário, o que, até então, estava fortemente associado às noções de Lei Natural.

⁹¹ Tradução livre de: “Chi viola questa legge, offende l’umanità nel suo complesso, la sua pace e la sua sicurezza, garantite dalla legge di natura, e diventa così pericoloso per gli altri uomini, che hanno il diritto di punirlo, diventando esecutori del diritto naturale”. ESER, Albin. Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell’uno sull’altro? In: **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: Giuffrè, ano XL, fasc. 4, pp. 1061 a 1084. 1997. Disponível, na internet, em: <<http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3775/>> Acesso: 22 fev. 2009, p. 1063.

⁹² *Idem, Ibidem*, p. 1063.

3.3.2.2. *Das concepções estruturantes da noção punitivo-limitadora de bem jurídico: o delito como violação da esfera de liberdades subjetivas alheias.*

Como já mencionado, a formação do Estado obteria, com a formulação da teoria do Contrato Social, um importante instrumento de afirmação, o que, por influência, acabaria por alterar também a visão que se tinha do ilícito delituoso. A idéia-fundamento era de que os homens, cansados do fardo de ter de defender pessoal e isoladamente suas próprias vidas e seus próprios bens das agressões e perigos alheios (conformação política característica do Estado de Natureza), teriam, renunciando coletivamente de seu poder individual, celebrado um pacto, consentindo com a transferência de vários poderes ao Estado, dentre os quais constaria o de exercer o *jus puniendi* que antes, repita-se, cabia a cada um, difusamente, como decorrência do fundamento jurnaturalista de necessidade de proteção da Lei Natural⁹³. Àquele pacto, deu-se o nome de Contrato Social.

Não foi, por isso, à toa que Tadeu Antônio Dix Silva afirmou que “a consideração material do delito como uma lesão de um direito é a expressão da teoria do contrato social em direito penal”⁹⁴.

Não se pretende, diante das estreitas fronteiras e pretensões dessa abordagem, enfrentar a discussão sobre os limites da autorização consentida naquela transferência de poderes ocasionada pelo Contrato Social, como, por exemplo, saber se o Estado estaria autorizado a se utilizar da pena capital, como legítimo instrumento de coerção e controle (como defendia Rousseau) ou não (como pretendeu o marquês Cesare Beccaria)⁹⁵.

⁹³ ESER, Albin. Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'ultra? In: **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: Giuffré, ano XL, fasc. 4, pp. 1061 a 1084. 1997. Disponível, na internet, em: <<http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3775/>> Acesso: 22 fev. 2009, pp. 1063 a 1064.

⁹⁴ SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: IBCCrim, 2000, p. 311. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e Constituição. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2003, p. 29, afirma: “A concepção material de delito como lesão de um direito subjetivo decorre da teoria contratualista aplicada ao âmbito penal”.

⁹⁵ ESER, Albin. Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'ultra? In: **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: Giuffré, ano XL, fasc. 4, pp. 1061 a 1084. 1997. Disponível, na internet, em: <<http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3775/>> Acesso: 22 fev. 2009, p. 1064.

Com efeito, o que é relevante aqui é fazer perceber que a formulação do delito, como violação da esfera de liberdade alheia subjetiva, constituiu uma “arma contra uma concepção moralizante do direito penal”, então ainda dominante.

E até mais do que isso: quer-se fazer ver que aquela concepção constituiu verdadeira tentativa limitadora do poder de intervenção penal estatal. Significou mais um mecanismo de defesa do cidadão contra o Estado que se afirmava, uma vez que, para se incriminar uma conduta, não mais bastaria supor o desrespeito de uma norma divina ou ética, seria necessário encontrar violação a um direito subjetivo ou um interesse afeto a um sujeito específico⁹⁶. Nesse sentido é que Tadeu Antonio Dix Silva afirma que:

a limitação do ‘jus puniendi’ propiciada pelo princípio da exclusiva proteção de direitos subjetivos formulado a partir da idéias de Feuerbach, traduziu-se no campo do direito positivo, em um considerável diminuição da repressão penal estatal, já que condutas anteriormente cominadas com penas, perderam seu caráter delitivo ou tiveram diminuído o rigor penal: no campo dos delitos contra a religião e a moral, muitas condutas foram descriminalizadas, como a blasfêmia e o suicídio.⁹⁷ (sic)

Essa concepção, amiúde atribuída ao pensador Paul Johann Anselm Von Feuerbach, sofreu severas críticas, porém. A primeira é de que partiria de um prisma excessivamente privatista⁹⁸. Isso em razão do enfoque dado às liberdades individuais do homem, tendência própria de uma perspectiva de pensamento iluminista.

Contudo, não foi apenas por isso que se criticou essa concepção do delito como violação da esfera de liberdades subjetivas alheias: observe-se como o próprio Feuerbach, principal representante dessa formulação, admitia ainda, entre os ilícitos passíveis de

⁹⁶ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984, p. 37.

⁹⁷ SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: IBCCrim, 2000, pp. 313 a 314.

⁹⁸ ESER, Albin. Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell’uno sull’ultra? In: **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: Giuffré, ano XL, fasc. 4, pp. 1061 a 1084. 1997. Disponível, na internet, em: <<http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3775/>> Acesso: 22 fev. 2009, pp. 1066 a 1067.

intervenção jurídico-penal, não apenas os crimes e os delitos, mas também as chamadas contravenções de polícia. Dizia o autor, a esse respeito:

AS AÇÕES PUNÍVEIS PODEM SER CRIMES, DELITOS OU CONTRAVENÇÕES DE POLÍCIA. Todas as lesões jurídicas dolosas a que, pela qualidade e quantidade de mal, comine-se pena de morte, de reclusão, de detenção, com perda de função ou declaração de incapacidade para todas as dignidades funcionais estatais honrosas, chamam-se crimes. Por delitos se entenderão todas as lesões jurídicas não dolosas [culposas], como também as dolosas que, por sua escassa punibilidade, sejam castigadas com detenção, castigo corporal, multa e outros males menores. **AS AÇÕES OU OMISSÕES QUE, APESAR DE NÃO LESIONAREM EM SI OU POR SI MESMAS, DIREITOS SUBJETIVOS DO ESTADO OU DE UM CIDADÃO, MAS QUE SEJAM PROIBIDAS OU PENALIZADAS PELO SEU PERIGO À ORDEM E À SEGURANÇA JURÍDICA, COMO TAMBÉM AS PEQUENAS LESÕES JURÍDICA CUJA INVESTIGAÇÃO E PUNIÇÃO SE TRANSFIRA POR LEIS ESPECIAIS ÀS AUTORIDADES DE POLÍCIA, DAR-SE-Á O NOME DE CONTRAVENÇÕES DE POLÍCIA.**⁹⁹ (original sem grifos)

E mais ainda: aquela concepção não era hábil a conceituar, genericamente, o ilícito (como violação de liberdades subjetivas) simplesmente porque continuavam a existir

⁹⁹ Em tradução livre: “*las acciones punibles pueden ser crímenes, delitos y contravenciones de policía. Todas las lesiones jurídicas dolosas que, por la calidad y cantidad del mal de hecho, se conminen con pena de muerte, pena de cadena, pena de presidio, pena de casa de trabajo, pena de fortaleza, con pérdida de función o declaración de incapacidad para todas las dignidades funcionales estatales honoríficas, se llaman crímenes. Por delitos se entenderán todas las lesiones jurídicas no dolosas, como también las dolosas que, por su escasa punibilidad, sean castigados con prisión, castigo corporal, multa y otros males menores. Las acciones u omisiones que, pesa a no lesionar en sí ni por sí mismas, derechos del Estado o de un súbdito, pero que se prohíban o penen por su peligro para el orden y la seguridad jurídica, como también las pequeñas lesiones jurídicas cuya investigación y punición se transfiera por leyes especiales a las autoridades de policía, se llamarán contravenciones de policía*”. FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Tradução para o castelhano da 14ª edição alemã de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, pp. 389 a 390.

ilícitos cuja essência não significava a violação de uma liberdade subjetiva alheia, pois inexistiria liberdade a ser violada em casos tais.

Das lições de Fragoso, extrai-se a seguinte passagem, a respeito da obra de Feuerbach:

as críticas que lhe foram feitas afirmavam em geral o seu caráter formalístico e também que **o crime não é necessariamente a ofensa a um direito subjetivo que varia com a espécie da conduta punível, pois, nos crimes contra a sociedade (contra a paz pública, a incolumidade pública, a fé pública etc.), não se pode reconhecer certamente a existência de um direito subjetivo, inclusive porque lhe faltaria um titular.**¹⁰⁰ (original sem grifos)

O problema, segundo Hassemer, seria que Feuerbach teria concebido “um ‘crime em sentido amplo’, no qual uma idéia delimitada e precisa de ofensa a direito não mais poderia ser encontrada”¹⁰¹.

Então, paulatinamente, foi-se percebendo que o objeto do delito não eram liberdades subjetivas, violadas pelo “traidor do Pacto Social”¹⁰², o que conduz, inevitavelmente, à fase seguinte da evolução pretendida nesta investigação.

¹⁰⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 35.

¹⁰¹ HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 224.

¹⁰² **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Trad. Désirée Fondaroli (Título original: *Rechtsgut und Opfer: zur tiberhohung des einen auf Kosten des anderen*). Milano: Giuffré, ano XL, fasc. 4, pp. 1061 a 1084. 1997. Disponível, na internet, em: <<http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3775/>> Acesso: 22 fev. 2009, p. 1064.

3.3.2.3. *Da construção da noção punitivo-limitadora de bem jurídico: o delito como violação de bens jurídicos.*

3.3.2.3.1. Dos rudimentos conceituais lançados por Birnbaum.

Sob considerável consenso, a literatura jurídico-penal costuma atribuir a Johann Michael Franz Birnbaum a formulação de uma concepção doutrinária de bem jurídico-penal¹⁰³.

Destoando da maioria, porém, Barbosa Castillo e Gómes Pavajeau afirmam que, mesmo antes Birnbaum, o pensador italiano Giandomenico Romagnosi teria formulado uma concepção material do delito que o dissociava da noção de violação das liberdades alheias subjetivas, relacionando-o aos conteúdos destas.¹⁰⁴

De fato, Romagnosi, na sua “*Genesi del diritto penale*”, de 1857, já defendia que, em contraposição às formulações que associavam o delito à violação de liberdade subjetivas alheias, o direito penal não cuidava de direitos subjetivos, mas do objeto desses direitos. Afirmava o italiano que:

o delito, a falar mais precisamente, não retira ou diminui os direitos alheios, considerados em si mesmos, nem poderia retirá-los ou diminuí-los, mas apenas ofende o sujeito titular daqueles direitos; isso porque o delito é um ato injusto. Um furto é, isto sim, ato idôneo a me privar a posse de um coisa, mas nunca do direito de propriedade sobre ela. O ladrão me deve restituí-la e eu tenho o direito de recuperá-la. O alvo do delito é, portanto, o objeto dos

¹⁰³ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética-humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: RT, 2004, pp. 43 a 44.

¹⁰⁴ BARBOSA CASTILLO, Gerardo & GÓMES PAVAJEAU, Carlos Arturo. **Bien jurídico y derechos fundamentales**: sobre um concepto de bien jurídico para Colômbia. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1996, p. 21

direitos. Mas um direito não é valioso para o homem, senão em virtude de sua ligação com o seu sujeito. Tentar, assim, a destruição dos objetos dos direitos é atentar contra a existência e o bem estar do homem.¹⁰⁵
(sem grifos no original)

Entretanto, ainda que suas idéias somente tenham sido melhor desenvolvidas na segunda metade do século XIX, sabe-se que, já em 1834, Birnbaum lançara pioneiramente os rudimentos da construção da noção de bem jurídico¹⁰⁶, enquanto objeto material do delito, com a publicação de sua obra intitulada *Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonder Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*¹⁰⁷.

A esse respeito, é interessante perceber que ainda que:

Birnbaum não tenha chegado a utilizar a expressão bem jurídico (Rechtsgut) cuja paternidade lhe é consensualmente atribuída pela historiografia. Isto apesar de ter utilizado um conjunto diversificado de expressões – v.g. *Gut, welches uns rechtlich zusteht* ou ‘conceito de um bem a ser definido pela lei’ – de conteúdo mais ou menos descritivo e

¹⁰⁵ Em tradução livre e adaptada de: “Il delitto, a parlar propriamente, non toglie o diminuisce i diritti altrui considerati in sé stessi, né potrebbe toglierli o diminuirli, ma solamente offende il soggetto loro; imperocché il delitto è un atto ingiusto. Un furto è bensì valevole a privarmi dell possesso di una cosa, mas non mai del diritto del dominio. Il ladro è tenuto a restituirmela, ed io ho diritto a ricuperarla. Il *campo* del delitto sono dunque gli oggetti de’ diritti. Ma un diritto non è prezioso all’uomo, se non perché va accoppiato col suo soggetto. Tentare adunque la *distruzione* degli oggetti, de’ diritti, egli è attentare all’esistenza e ben esse dell’uomo.” ROMAGNOSI, Gian Domenico. **Genesi del diritto penale**. (Nuova edizione: arricchita d’altri suoi scritti in materia criminale ed illustrata da note ricavate dai più celebri criminalisti ti di cenni sulla vita e sulle opere dell autore). Volume primo. Milano: Libreria di Francesco Sanvito, 1857, pp. 61 a 62. Exemplar pertencente à *New York Public Library*, disponível, na internet, em: <<http://books.google.com.br/books?id=EBseAAAAMAAJ&printsec=frontcover#PPR4,M1>> Acesso: 15 mar. 2009.

¹⁰⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 55.

¹⁰⁷ Atribuindo a Birnbaum a paternidade da concepção do bem jurídico, consulte-se, por todos: BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 113; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 36. Apontando aquele ensaio como obra inaugural do conceito doutrinário de bem jurídico, veja-se ainda: SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética-humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: RT, 2004, p. 44.

cuja compreensão se identifica substancialmente com a de bem jurídico.¹⁰⁸ (grifos do original)

Independente, porém, de quem tenha sido o verdadeiro pai dessa nova concepção, o importante é perceber que, relativamente ao pensamento iluminista, segundo o qual o ilícito penal consistiria na violação das liberdades subjetivas alheias, a noção de bem jurídico abriu portas a uma visão conceitual distinta do que seria delito: a partir de então, as condutas criminosas seriam aquelas que se voltassem contra bens jurídicos, considerados *em si* e *por si* mesmos. Não mais aquelas que violassem direitos, liberdades ou faculdades subjetivas alheias.

Assim, o grande mérito da tese de Birnbaum se mostra em avançar na investigação da natureza dos bens jurídicos, cuja dimensão empírico-ontológica é ressaltada, sendo associada às coisas do mundo¹⁰⁹. Focou, então, no âmbito fático e concreto da realidade social para buscar uma compreensão material do delito¹¹⁰.

Desse modo, sua visão opôs-se “ao conceito ‘direito subjectivo’, ao Direito Penal centrado nos ‘homens e suas relações’, num ‘momento espiritual’”¹¹¹. Isso porque colocava em destaque os bens jurídicos, materiais.

Acerca desse contexto crítico sobre o pensamento jurídico-iluminista, não se pode deixar de dizer que muito ainda se discute se o pensamento de Birnbaum, quanto aos iluministas, significou apenas o aprofundamento dos estudos e o desenvolvimento linear das noções anteriormente já firmadas ou se, por outro lado, importou solução de continuidade, consistindo na formulação de um modelo de rompimento com o pensamento dominante, um paradigma completamente novo¹¹².

¹⁰⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 52.

¹⁰⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 46.

¹¹⁰ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética-humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: RT, 2004, p. 48

¹¹¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 46.

¹¹² Traçando bom panorama acerca da discussão, consulte-se: CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, pp. 41 a 45, que, posicionando-se pela inexistência de continuidade doutrinária, afirma (p. 44):

A respeito, disse Maria Conceição Ferreira da Cunha:

Parece-nos, pois, de recusar quer a opinião daqueles autores que vêm no pensamento de Birnbaum uma relação de ‘continuidade’ com o pensamento iluminista, quer a dos que entendem ter-se dado já nesta altura uma verdadeira ‘ruptura’¹¹³.

Ainda que não se queira afirmar um conjunto bem sistematizado de idéias harmônicas, a forma como fora enfrentada a questão da definição de crime pelos iluministas foi, sem dúvida, o gancho de que precisavam os sucessores (dentre eles Birnbaum) para inaugurar a concepção de bem jurídico-penal.

Mesmo que se lhe afirme o contrário, parece que os propósitos desses pensadores consistiam, efetivamente, na intenção de limitar o *jus puniendi* do Estado.

Mais uma vez, independente da posição que se assuma, é imperativo perceber, repita-se, que a concepção concreta e naturalista de bem jurídico ensejou uma nova visão conceitual do crime: a retirada das liberdades subjetivas do centro do foco, cujo núcleo agora estaria ocupado apenas pelos bens da vida, de reconhecida relevância jurídica.

Estava Birnbaum, pois, a reconstruir a concepção de delito: trouxe um “novo conceito de objecto e, por isso, um novo conceito de *lesão*”.¹¹⁴ Em lugar da lesão a direitos subjetivos, de lesão individual, de “perturbações ou frustrações a nível da intersubjectividade”, apontava para o atentado às “coisas” do mundo exterior valoradas como bens jurídicos¹¹⁵.

A esse respeito, destaque-se que havia ainda uma abertura conceitual, consistente na necessidade de estabelecer quais, dentre as coisas do mundo exterior que poderiam/deveriam ser valoradas como bens jurídicos. Quer-se dizer, continuava existindo ainda um problema, na exata medida em que, a escolha pelos bens considerados jurídicos não

“o pensamento de Birnbaum teria operado mais do que uma viragem, uma verdadeira ruptura com os postulados anteriores: ao pensamento individualista, contrapõe-se a referência sistêmico-social e a uma referência espiritual, uma outra, empírico-naturalista; ao *jusnaturalismo* e *jusracionalismo*, o positivismo e, assim, a uma função crítica do direito existe, uma função legitimadora das leis”.

¹¹³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 48.

¹¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 55.

¹¹⁵ *Idem*, *Ibidem*, p. 51.

decorre da lógica mais óbvia. Ao contrário, submete-se a um juízo sócio-político, do qual seus sucessores ocupar-se-iam.

A respeito dessas tentativas de limitação da esfera de possibilidade punitivas do estado (teoria das liberdades subjetivas e concepção do bem jurídico), Manuel da Costa Andrade afirma:

ambas se revelam inquinadas pelo mesmo e comprometedor vício: pretendem captar em categorizações necessariamente reducionistas uma realidade plurifacetada que, em aspectos mais ou menos significativos, escapará sempre a estas grelhas conceituais¹¹⁶.

A despeito disso, é de se reconhecer que não se pode:

naturalmente esperar encontrar-se em Birnbaum uma formulação acabada e claramente recortada do paradigma que deixamos sumariamente referenciado. Tal só viria a ser possível já na segunda metade do século, depois sobretudo dos contributos decisivos de Ihering, Binding e Liszt. Pelo contrário, **a obra de Birnbaum revela equivocidade que constitui a marca de todo o pensamento situado em períodos de viragem: do mesmo passo em que antecipam e anunciam o advento das realidades novas, apresentam ainda os estigmas do ambiente que vêm à luz do dia.**¹¹⁷ (original sem grifos)

Não se quer com isso também desmerecer o valor dessa concepção. Apenas é preciso perceber que ela não estava já ali perfeita, acabada. É que, ao fim de tudo, Birnbaum:

estabeleceu, ainda que não vislumbrasse toda nitidez necessária, bases sólidas para que as posteriores investigações envolvendo o objeto de tutela jurídico-penal pudessem aprimorá-la, como de fato ocorreu especialmente pelas contribuições de Binding e Liszt.¹¹⁸

¹¹⁶ *Idem, Ibidem*, pp. 54 a 55.

¹¹⁷ *Idem, Ibidem*, p. 52.

¹¹⁸ *Idem, Ibidem*, p. 51.

E essa vagueza conceitual foi justamente a parte inacabada de sua obra de que se ocupariam os seus sucessores mais tarde no desenvolvimento das noções de bem jurídico¹¹⁹.

Por fim, ainda se mostra relevante apontar uma contradição pouco tratada pela doutrina: é que ao mesmo tempo em que firmou posição, acentuando a natureza concreta e palpável dos elementos-objeto passíveis de proteção penal, Birnbaum admitiu a utilização dessa proteção também para bens imateriais como a “honra e, até, aos ‘bons costumes’ e ‘valores religiosos’”¹²⁰.

Birnbaum pagou, com aquela posição de vanguarda, enfática na afirmação dos bens jurídicos, despontada em momento de muitas influências filosóficas, o preço do pioneirismo, o que, a despeito de tudo que se lhe possa criticar, não ofusca o valor de sua obra.

Nesse sentido, afirma Manuel da Costa Andrade que, com a nova concepção:

em vez de apelar para a disfuncionalidade das perturbações ou, frustrações a nível da intersubjectividade, privilegiada pela compreensão do crime como lesão de um direito subjectivo, a lesão do bem jurídico aponta antes para o mundo **exterior** objectivo de que preferentemente relevam as ‘coisas’ valoradas como bens jurídicos.

(...)

Noutros termos: eram principalmente os homens e as suas relações, reconhecidas pelo direito, que, como direitos, pertenciam à esfera do espírito. A partir de então são os bens que passam a constituir o essencial. Bens que seguramente nos pertencem: o que implica a persistência da relação com o homem, mas não prejudica a acentuação do carácter concreto, objectivo e positivo¹²¹. (grifos do original)

¹¹⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 47.

¹²⁰ *Idem*, *Ibidem*, p. 47.

¹²¹ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 51.

Isso porque, ao cabo, não se pode deixar de reconhecer, porém, que esse pensamento significou um esforço, um importante passo no processo de limitação das possibilidades de escolhas atuações punitivas do Estado, abrindo espaço, a despeito de toda imprecisão conceitual que se lhe possa apontar, para que os pensadores que o sucederam pudessem desenvolver concepções materiais de crime ainda mais garantistas¹²².

¹²² PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, pp. 29 a 30.

3.3.2.3.2. Do desenvolvimento dos elementos conceituais lançados por Birnbaum: a contribuição de Binding e Liszt.

A partir das formulações traçadas por Birnbaum, alguns pensadores passaram a desenvolver melhor os conteúdos dessa concepção substantiva de crime.

Assim, diante da imprecisão conceitual da noção de bens jurídicos até então construída, uma das principais preocupações daqueles primeiros estudiosos que sucederam Birnbaum consistiu, precisamente, em melhor definir o objeto material de proteção penal, aquele contra o qual se voltavam as condutas consideradas criminosas.

Dos autores seguintes, aquele que, talvez, primeiro tenha se pronunciado a respeito fora Karl Binding, que, contudo, trouxe uma perspectiva excessivamente formalista de bens a serem penalmente tutelados. Para ele, esses bens objeto de proteção penal seriam aqueles dotados de relevância jurídica, tendo daí os chamado de bens jurídicos, sendo Binding, em função disso, às vezes reconhecido como verdadeiro pai dessa concepção¹²³. Albin Eser, por exemplo, considera Binding “o verdadeiro idealizador do conceito de ‘bem jurídico’”¹²⁴. (grifos do original)

Apesar dos méritos que se lhe reconhece (o de ter cunhado a expressão que viria batizar este instituto¹²⁵ e, principalmente, o de ter afastado, de maneira definitiva, a compreensão dos bens jurídicos de visões individualistas, de cujos resquícios Birnbaum não se livrara completamente¹²⁶, conforme se viu tópico anterior), a doutrina costuma ser bastante

¹²³ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, p. 30.

¹²⁴ Tradução livre de: “*Binding, il vero ideatore del concetto di ‘bene giuridico’*”. ESER, Albin. Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell’uno sull’ultra? In: **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: Giuffrè, ano XL, fasc. 4, pp. 1061 a 1084. 1997. Disponível, na internet, em: <<http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3775/>> Acesso: 22 fev. 2009, p. 1071.

¹²⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. (Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra) Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p.

¹²⁶ Seguindo esta ordem de idéias e afirmando, explicitamente, ter sido Binding o principal responsável pelo definitivo afastamento de concepções individualistas e pela consolidação de uma dimensão objetiva do bem jurídico, veja-se, ESER, Albin. Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell’uno sull’ultra? In: **Rivista**

crítica quanto à construção da noção de bem jurídico proposta por Binding¹²⁷. É que, como já mencionado, ao definir os bens jurídicos como aqueles dotados de relevância jurídica, ele lhes teria lançado um olhar excessivamente formalista, conferindo ao legislador o papel soberano de dizê-los¹²⁸. De maneira mais direta: bens jurídicos para Binding, seriam tudo aquilo e apenas aquilo que o legislador entendesse e classificasse como tal¹²⁹.

Comungando desse pensamento, Miguel Reale Júnior assevera:

A grande importância da obra de Binding está em ter revelado a noção de bem jurídico, elevando-a a pedra angular do direito penal, tema central, posteriormente da escola técnico-jurídica italiana.¹³⁰

Aquele simplismo conceitual, ao mesmo tempo em que lhe permitia um raciocínio singelo, claro e, até mesmo, didático para conceituação do que seriam os objetos de proteção da tutela penal, também lhe trazia, por outro lado, um incômodo gerado pelo reducionismo de sua definição: o problema de abrir excessivamente as possibilidades punitivas do Estado. Vale dizer, na perspectiva Bindingniana: qualquer pretensão punitiva estatal poderia vir a ser legitimada pela ação do legislador. A simples edição de diplomas normativos seria suficientemente idônea a caracterizar um bem jurídico, autorizando, assim, a atuação punitivo-estatal.

Nessa linha, é que afirma Eser:

Para Binding, ‘bem jurídico’ é ‘tudo aquilo’ que, aos olhos do legislador, tem valor como condição de vida da comunidade jurídica, e, para cuja preservação e manutenção, a sociedade, também a critério do

italiana di diritto e procedura penale. Milano: Giuffré, ano XL, fasc. 4, pp. 1061 a 1084. 1997. Disponível, na internet, em: <<http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3775/>> Acesso: 22 fev. 2009, p. 1071., que diz:

¹²⁷ Além dos contributos já indicados, reconhece-se-lhe ainda a criação da natureza fragmentária do Direito Penal. Explicitamente, louvando-o por isso: BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 86.

¹²⁸ Apontando-lhe as críticas resumidas no texto, tem-se, entre muitos outros: PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, p. 30.

¹²⁹ Assim simplificada, a noção de bem jurídico se aproxima bastante da definição de crime criticada por Zaffaroni, já mencionada supra.

¹³⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuridicidade concreta**. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 103.

legislador, tem interesse, esforçando-se em protegê-lo de lesões não queridas, ou perigos, por meio de suas normas¹³¹.

Das lições de Conceição Paschoal, extraem-se ainda as seguintes palavras a respeito desse pensador:

Percebe-se daí que importante não era o efetivo valor conferido ao bem pela sociedade, ou o real interesse de protegê-lo de perigos ou lesões. O que valia para Binding era a escolha feita por parte do legislador, a qual poderia ser até aleatória.¹³²

Reconheça-se: seu apego à atuação legiferante parece, de fato, não ter sido o melhor caminho.

Ora, se o valor da teoria do bem jurídico consistia, justamente, em somar mais um critério de limitação das escolhas punitivas; se, com a teoria do bem jurídico, procurava-se “dar ao crime conteúdo substancial, ou seja, um sentido material à conduta delituosa”¹³³, com vistas à limitação do arbítrio punitivo estatal, um concepção assim formalista, como aquela traçada por Binding, acabaria por frustrar todas essas pretensões. Por isso, houve quem lhe imputasse uma índole autoritária:

Realmente, a concepção de que o bem passível de ser protegido pelo Direito Penal não é captado da realidade, mas sim resultado de uma eleição irregrada do legislador, acaba por permitir um arbítrio.¹³⁴

¹³¹ Tradução livre de: “*per Binding, ‘bene giuridico’ è tutto ciò che agli occhi del legislatore è di valore come condizione di vita integra della comunità giuridica, e al cui immutato ed indisturbato mantenimento la società, secondo il legislatore, ha interesse, sforzandosi di proteggerlo da indesiderate lesioni o pericoli per mezzo delle sue norme*”. ESER, Albin. Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell’uno sull’altro? In: **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: Giuffrè, ano XL, fasc. 4, pp. 1061 a 1084. 1997. Disponível, na internet, em: <<http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3775/>> Acesso: 22 fev. 2009, p. 1071.

¹³² PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, p. 30.

¹³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 36.

¹³⁴ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, p. 32. No mesmo sentido: RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 236.

Daí Janaína Conceição Paschoal arriscar-se dizer ainda, a respeito desse mesmo autor, que ele:

poderia ser tido como um precursor do funcionalismo, com a diferença de que, enquanto Binding defendia que o legislador, mediante a norma, cria o bem jurídico, o funcionalismo, precipuamente o de Jakobs, prescinde de qualquer bem jurídico, já que postula que o Direito Penal visa a proteger a própria norma¹³⁵.

Talvez em razão disso, muitos autores, quando tratam desse momento histórico, acabaram reconhecendo mais relevância às contribuições de Franz Von Liszt do que às idéias de Binding, ao menos no que diz respeito ao desenvolvimento da conformação do bem jurídico-penal.

Isso porque Liszt trabalhou o conceito de bem jurídico enfatizando sua dimensão material, sua essência. Buscava encontrar, nas relações da sociedade, e não extrair da norma jurídica, os bens passíveis de tutela jurídico-penal.

A idéia fundamental de Liszt era de que o bem jurídico-penal não era criado pelo legislador; mas, no contexto social de uma determinada sociedade, por ele identificado e, só então, amparado pela norma jurídica. Aos bens em seu estado natural, isto é, apenas identificados, mas ainda não protegidos, pela norma, Liszt chamava interesses; àqueles já albergados pela tutela jurídico-penal, ele nominava propriamente de bens jurídicos.

Defendia o autor que:

Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito, a idéia finalística, a força que o produz.

Chamamos bens jurídicos os interesses que o Direito protege. **Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido.** Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É

¹³⁵ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, pp. 30 a 31.

a vida e não o direito que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do Poder Público. A necessidade origina a proteção e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero.

Os interesses, porém, surgem das relações dos indivíduos entre si e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade ou vice-versa.¹³⁶ (grifos do original)

De fato, o autor se distanciou das concepções até então predominantes. Para ele, bem jurídico “*não é **bem do direito** ou da ordem jurídica (como pensa Binding e também Rosin que o segue, W. V., 2ª 275), mas um **bem do homem** que o direito reconhece e protege*”¹³⁷ (grifos do original).

Contudo, reconheceu Liszt ter partido do mesmo ponto que Binding. Alegava, porém, divergir naquilo pertinente à conformação do bem jurídico. Isso porque, ao longo de sua caminhada, teria se preocupado em estabelecer conteúdos extraídos do contexto social (viés naturalístico-sociológico), ao passo em que, na perspectiva bindingniana, a constituição dos bens se dava a partir de uma perspectiva normativista (colocando a norma jurídica no centro desse modelo)¹³⁸.

A esse respeito, afirmava Liszt:

Nosso ponto de partida em relação à teoria geral do Direito é conseqüentemente o mesmo de Binding; mas logo se separam nossos caminhos. Binding, 1ª, 155, sem ter mais atenção ao bem jurídico, para cuja proteção a norma é chamada, de um modo

¹³⁶ LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. (Trad. José Higino Duarte Pereira Atual. Ricardo Rodrigues Gama). Tomo I. Campinas: Russel Editores, 2003, pp. 139 a 140.

¹³⁷ *Idem, Ibidem*, pp. 139 a 140.

¹³⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 53.

extremamente parcial o arbitrário faz da idéia da norma a pedra angular de todo o sistema do Direito Penal.¹³⁹ (sem grifos no original)

A grande contribuição da obra de Liszt está em ter atribuído conteúdo material (naturalístico-sociológico, nas palavras de Maria Conceição Ferreira da Cunha¹⁴⁰) ao conceito de bem jurídico. Isso porque essa concepção permitia a imposição de restrições à atuação do poder punitivo estatal: se, como já firmado por Binding, o direito penal só poderia ser utilizado para proteção de bens jurídicos, Liszt promoveu a melhor compreensão dos objetos de tutela penal, promovendo uma conseqüente limitação às opções incriminadoras do Poder Público.

Assim, a formulação da noção de bem jurídico mostrava-se essencial para a conformação de um direito penal que prima pela liberdade¹⁴¹.

A propósito, Miguel Reale Júnior afirma:

Liszt lançou, por primeiro, nas 12ª e 13ª edições de seu tratado o que é formal e o que é materialmente antijurídico.

No seu entender, **um fato seria formalmente antijurídico enquanto contrário a uma proibição legal, e materialmente antijurídico por implicar na lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico**, ou seja, formalmente, a antijuridicidade se caracteriza como desrespeito a uma norma, a uma proibição de ordem jurídica; materialmente, como **ataque a interesses vitais de particulares e da coletividade protegidos pelas normas estatuídas pelo legislador**. (sem grifos no original)¹⁴²

¹³⁹ LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. (Trad. José Higino Duarte Pereira Atual. Ricardo Rodrigues Gama). Tomo I. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 141. (em nota de rodapé).

¹⁴⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 53.

¹⁴¹ Tanto assim que Bettiol aponta que regimes totalitários (como o nazismo) buscaram a eliminação do bem jurídico como forma de dominação da sociedade, contexto em que aquele conceito serviria de óbice à imposição ao arbítrio estatal. BETTIOL, Giuseppe. L'odierno problema del bene giuridico. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: AG, anno II, 1959, p. 713.

¹⁴² REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuridicidade concreta**. São Paulo: Bushatsky, 1973, pp. 103 a 104.

A respeito desse momento histórico e da consolidação do bem jurídico como instituto essencial para compreender o direito penal, adequadas parecem as palavras de Janaína Conceição Paschoal:

Na verdade, para que não se caia em um arbítrio ainda maior que o representado pela concepção meramente formal de direito penal, faz-se necessário que a concepção material de bem jurídico sejam integrada à previsão legal, o que, como apontado no início é pressuposto básico do próprio Estado democrático de direito, tendo sido justamente essa relação que Liszt objetivou tecer, ao consignar que a previsão formal de uma conduta resta vazia, quando dissociada de um real valor social do bem atingido. (sem grifos no original)¹⁴³

Mostra-se, assim, inescapável a conclusão de que o avanço trazido pelos sucessores de Birnbaum (especialmente, por Binding e Liszt) consistiu precisamente na combinação desses elementos (bem jurídico formal e material). Suas idéias significaram a conformação de mais uma garantia do indivíduo perante o Poder Público, mais um mecanismo de contenção do arbítrio estatal em benefício do cidadão.

¹⁴³ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, p. 36.

3.3.2.4. Da relativização da noção punitivo-limitadora de bem jurídico: o delito como manifestação de disfunção do sistema jurídico.

Ao longo de sua história de afirmação e de sua existência, o bem jurídico, enquanto elemento jurídico fundamental de limitação do poder penal estatal, sofreu diversos ataques.

Notórias são já as tentativas dos regimes totalitários de relativizar a função limitadora da noção do bem jurídico no plano da política criminal, esvaziando-os, desconstruindo-os e permitindo, assim, que a atuação punitiva do estado flutuasse livremente aos sabores do arbítrio estatal, desgarrada desse especial elemento limitador.

Em sentido semelhante, Zaffaroni e Pierangeli dizem que:

Toda manifestação irracionalista no campo do direito penal tem tentado arrasar com o conceito de bem jurídico. Não é raro que, de uma maneira geral, todas as manifestações do direito penal autoritário tenham desacreditado este conceito.¹⁴⁴

Para se ter uma boa percepção da natureza imiscível de tais regimes com o instituto do bem jurídico, a Escola de Kiel parece ser o melhor exemplo. Essa corrente penal, fundamento do direito penal do período nazista da Alemanha, afastou-se completamente, por motivos de conveniência que serviam a propósitos políticos, de toda a construção teórico-material de delito até então estabelecida. Sobre aquela doutrina, Paulo Vinícius Sporleder de Souza diz:

Autores expoentes desta escola, como Schaffstein e Dahm, configuram o delito no marco de um direito penal do autor ou da vontade: (Willenstrafrecht); a essência do delito não é apreciada na incidência típica sobre bens jurídicos, mas assim constituída pelo espírito

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5ª Ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 443.

reprovável do autor que viola os sentimentos e valores coletivos da comunidade. Portanto, leva-se em consideração o próprio autor em vez do seu comportamento para fins de tutela penal¹⁴⁵.

Aos poucos, porém, manifestações assim irracionais foram sendo vencidas e, à medida que a sua derrocada se concretizava, mecanismos de contenção do direito penal iam se consolidando, especialmente pela reconstrução e reafirmação do instituto do bem jurídico¹⁴⁶.

Note-se, porém, que, desde o último quarto do século XX e até mesmo na atualidade, algumas vozes ainda se insurgem contra a consolidação do bem jurídico como elemento central da intervenção penal e um importante instrumento limitador da atuação punitivo-estatal.

Novas concepções sobre a conduta e mesmo sobre o crime têm significado, assim, construções dogmáticas que, por vezes, não mais se utilizam do bem jurídico como instituto fundamental para compreensão do direito penal. Ao inverso, prescindem dele. Trazem para o direito penal uma visão excessivamente formalista. A algumas dessas teorias tem se nominado funcionalismo, pois o núcleo de seu pensamento se reestrutura a partir da função que o direito penal deva desempenhar na sociedade.

Desde logo, no entanto, observe-se que, sob o rótulo do que se costuma chamar de “funcionalismo”, não há um conjunto de correntes harmônicas e coerentes entre si. O pensamento funcionalista não constitui, assim, uma doutrina homogênea, monolítica. Ao contrário, dentro dessa acepção, inserem-se hoje várias concepções, por vezes até, contraditórias entre si.

Diante desse quadro plural, Cláudio Brandão ressalta que:

¹⁴⁵ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética-humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: RT, 2004, pp. 95 a 96.

¹⁴⁶ Ainda a respeito dessa desimportância do bem jurídico e da utilização do direito penal nos regimes totalitários: DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, especialmente os capítulos sobre a Itália, a Alemanha e o Brasil, pp. 225 a 295; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética-humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: RT, 2004, pp. 94 a 99; BETTIOL, Giuseppe. L'odierno problema del bene giuridico. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: AG, anno II, 1959, p. 713; PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, pp. 37 a 43 e PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2003, p. 12.

o funcionalismo possui várias vertentes, que partem dos mais diversos pressupostos, podendo, na verdade, falar-se de ‘funcionalismos’¹⁴⁷

Assim, quando se pretende falar de funcionalismo, parece adequado definir de qual funcionalismo se quer cuidar.

Nessa esteira, uma das vertentes que melhor aparenta evidenciar o objetivo desta abordagem, é aquela representada pelo penalista alemão Günther Jakobs, tido por muitos como um funcionalista radical¹⁴⁸.

Para Jakobs, o direito penal é um subsistema social, que tem por finalidade a proteção das normas jurídicas. A pena serve, então, para restaurar a confiança abalada na validade das normas quando da prática de uma conduta socialmente perturbadora evitável¹⁴⁹.

Apontando que muitos dos conteúdos de normas do direito vigente não se relacionam com a proteção de bens jurídicos, sendo-lhes, ao contrário, absolutamente irrelevantes, o autor abandona tal instituto afirmando que:

a proteção de bens jurídicos, então, não consegue explicar todos os elementos do delito. Nem sequer é necessária para todos os delitos. A equiparação de finalidade da norma e proteção de bens jurídicos ou de delito e lesão de bens jurídicos fracassa, sobretudo, nos crimes com violação de um dever especial decorrente de uma função institucional. (...) Assim, pois, não cabe afirmar que o núcleo de todos os delitos seja a lesão de um bem jurídico¹⁵⁰.

Diante disso, o alemão coloca no centro de seu pensamento a noção de perturbação social. Assim, supondo a insuficiências das hipóteses legítimas de intervenção

¹⁴⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129.

¹⁴⁸ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: RT, 2005, p. 269.

¹⁴⁹ *Idem*, *Ibidem*, pp. 269 a 274.

¹⁵⁰ Tradução adaptada de: “La protección de bienes jurídicos, por tanto, no alcanza a explicar todos los elementos del delito. Ni siquiera es necesaria para todos los delitos. La equiparación de fin de la norma y protección de bienes jurídicos o de delito y lesión de bienes jurídicos fracasa sobre todo en los delitos con infracción de un deber especial derivado de competencia institucional. (...) Así pues, no cabe considerar que el núcleo de todos los delitos sea la lesión de un bien jurídico”. JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª edición, corregida. Madrid: Macial Pons, 1997, pp. 52 a 53.

penal se ficasse adstrita à produção de dano a um bem jurídico, amplia aquela autorização também para as situações em que se provoque a perturbação da paz jurídica ou, pior, se ameace “a validade fática das normas, que garantem que se possa esperar o respeito aos bens, à paz e aos propósitos jurídicos do estado”¹⁵¹.

Talvez, Jakobs tenha se esquecido do princípio da ofensividade, já mencionado. Relembre-se: segundo tal princípio a criminalização de condutas é permitida não apenas quando se violam efetivamente bens jurídicos; mas também quando, concretamente, tais institutos sejam expostos a situações de riscos insuportáveis, de maneira que, mesmo não havendo concreta violação do bem objeto de proteção, legitima-se a incriminação daquele comportamento e a conseqüente punição de seu autor.

E afirmando inúteis os esforços para se obter um conceito de bem jurídico, conclui o autor que:

A condição de punibilidade que há de se exigir, na investigação da danosidade social, para *todos* os delitos, consistente em que a conduta deva ser idônea a perturbar a paz social, obriga a se fazer diferenciações, o que conduz à idéia de que os delitos que protegem bens jurídicos são incompatíveis com a paz social.

(...)

O importante é que a punibilidade se oriente não ao *desvalor* em si, mas sempre à danosidade social¹⁵². (grifos do original)

Tal concepção se mostra, assim, em sua essência, como uma teoria normativista do direito penal¹⁵³. Nessa perspectiva, tal ramo punitivo do ordenamento consistiria num instrumento de tutela da norma jurídica. Apega-se, dessa maneira, à norma em

¹⁵¹ Livre tradução de: “*la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica*”. *Idem, Ibidem*, p 58.

¹⁵² Adaptado de: “*La condición de punibilidad que ha de aplicarse en el recurso directo a la dañosidad social en todos los delitos, consistente en que el hecho debe ser apropiado para perturbar la paz social, obliga a hacer diferenciaciones que en los delitos que protegen bienes son incompatibles a su vez con la paz social. Lo importante es que la punibilidad se oriente no a lo **disvalioso** per se, sino siempre a la dañosidad social*”. *Idem, Ibidem*, pp. 57 a 58. (grifos do original)

¹⁵³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 129.

si e por si mesma, não ao seu substrato, ao elemento por trás da proibição criminal, ao seu valor fundante, que justifica a sua existência.

Essa perspectiva, então, baseada, talvez, nas idéias de Antolisei¹⁵⁴ e Binding¹⁵⁵, apresenta um problema fundamental: com a retirada do bem jurídico do núcleo fundamental do crime e do Direito Penal, abre-se um amplo espaço – excessivamente largo – para livre e arbitrária atuação estatal, o que, além de permitir o surgimento de um modelo punitivo-autoritário, mostra-se absolutamente incompatível com as premissas aqui adotadas.

Nessa linha também, Janaína Paschoal:

Com efeito, o desprezo à teoria do bem jurídico permite que leis penais sejam editadas de forma totalmente assistêmica, visando apenas a atender demandas muitas vezes postas por pressão da mídia. É certo que esse desprezo não fica limitado à esfera legislativa, pois, constantemente, condenações são prolatadas, independentemente de qualquer lesão ao bem jurídico protegido¹⁵⁶.

Dir-se-ia ainda, fazendo-se acompanhar por Zaffaroni e Pierangeli, que:

Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens. Embora seja certo que o delito é algo mais – ou muito mais que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade. É por isto que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico (de *telos*, fim) à lei penal.

¹⁵⁴ Antolisei, entendendo que o conceito de crime não deveria ser associado à ofensividade de uma conduta aos bens jurídicos, mas deveria estar relacionado às prescrições legais para preservar a sociedade, previa que a noção de bem jurídico perderia, com o tempo, a sua importância. ANTOLISEI, Francesco. **Scritti di diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1955, pp. 116 a 128.

¹⁵⁵ Conforme já indicado no item que cuidou das contribuições desse pensador para o desenvolvimento da noção de bem jurídico.

¹⁵⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, pp. 40 a 41. No mesmo sentido, tratando do desrespeito à construção teórica do bem jurídico na elaboração de leis incriminadoras, não se deixe de conferir: NATALINO, Marco Antonio Carvalho. **O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

Sem o bem jurídico, não há um ‘para quê?’ do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa pura ‘jurisprudência de conceitos’. (...) Quando não se pergunta para que a norma proíbe essa conduta, só nos resta dizer que o dever se impõe por si mesmo, porque é o capricho, o preconceito, o empenho arbitrário de um legislador irracional. Resultará violado o princípio republicano de governo (art. 1º da CF), que impõe a racionalidade de seus atos¹⁵⁷.

No mesmo sentido, ainda mais eloquentes, Marinucci e Dolcini afirmam:

Em um Estado como o nosso, pluralístico, laico, inspirado nos valores de tolerância, no qual todo poder estatal emana do povo soberano, que no homem reconhece o valor da dignidade e um núcleo de direitos invioláveis – em um Estado assim o direito penal **NÃO** pode perseguir objetivos transcendentais ou éticos, **NÃO** pode degradar o homem a mero objeto de tratamento pelas suas presumidas inclinações antisociais, **NEM** pode reprimir a mera desobediência. **O ÚNICO MODELO DE DIREITO PENAL, E DE DELITO, COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO É, portanto, UM DIREITO PENAL INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS, e um CRIME como OFENSA AOS BENS JURÍDICOS.**¹⁵⁸ (grifos do original)

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª Ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, pp. 439 e 443.

¹⁵⁸ Tradução livre de: *...in un Stato come il nostro, pluralistico, laico, ispirato a valori di tolleranza, nel quale tutto il potere statale promana dal popolo sovrano, che nell'uomo riconosce il valore della dignità e un nucleo di diritti inviolabili – in un Stato sifatto il diritto non può perseguire scopi transcendentali o etici, non può degradare l'uomo a mero oggetto di trattamento per sue presunte inclinazioni antisociali, né può reprimere la mera disobbedienze. L'unico modello di diritto penale, e di reato, compatibile con la Costituzione è quindi un diritto penale strumento di protezione dei beni giuridici, e un reato come offesa ai beni giuridici*. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di diritto penale 1: nozione, struttura e sistematica del reato**. Milano: Giuffrè, 1995, p. 79 (grifos do original)

Importante destacar, no entanto, que dentro da concepção funcionalista não se faz necessário abandonar a noção de bem jurídico. Ao inverso. Um dos, talvez, mais proeminentes pensadores funcionalistas, Claus Roxin, continua, mesmo sob uma perspectiva funcional, enxergando aquele instituto como absolutamente fundamental para UMA correta compreensão do Direito Penal. Afirma o penalista alemão, reconhecendo o importante papel desempenhado pelos bens jurídicos:

A exigência de que o Derecho penal só pode proteger ‘bens jurídicos’ desempenhou um importante papel na discussão da reforma da legislação penal das últimas décadas. Partiu-se de que **o Direito penal só tem que assegurar determinados ‘bens’ previamente dados**, como a vida (§§ 221 ss.), a integridade corporal (§§ 223 ss.), a honra (§§ 185 ss.), a Administração da Justiça (§§ 153 ss.), etc., e **dessa posição se extraiu a exigência de uma substancial restrição à punibilidade em um duplo sentido**¹⁵⁹. (original sem grifos)

Assim, admitir-se-ia até cogitar de uma concepção funcionalista de direito penal. Desde que, no entanto, assim como faz Roxin, por exemplo, não se abdicasse do bem jurídico, enquanto elemento central da teoria do delito, em razão do que quaisquer perspectivas que relativizem ou até prescindam da noção do bem jurídico hão de ser completamente abandonadas, pois formalistas demais para uma concepção democrática de direito penal.

É forçoso, então, concluir que não apenas a afirmação do instituto do bem jurídico, bem como a restrição das possibilidades de intervenção punitivo-estatal, pela adoção das teorias constitucionalistas limitadoras positivas do direito penal, são construções teóricas absolutamente indispensáveis para a consolidação de um Direito Penal próprio de um Estado

¹⁵⁹ Livre tradução de: “La exigência de que el Derecho penal solo puede proteger ‘bienes jurídicos’ ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las últimas décadas. Se partió de la base de que el Derecho penal sólo tiene que asegurar determinados ‘bienes’ previamente dados, como la vida (§§ 221 ss.), la integridad corporal (§§ 223 ss.), el honor (§§ 185 ss.), la Administración de Justicia (§§ 153 ss.), etc., y de esa posición se ha deducido la exigencia de una sustancial restricción de la punibilidad en un doble sentido”. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. t. I. Madrid: Civitas, 2008, p. 52.

Democrático de Direito, do que, dentro das premissas estabelecidas nesta investigação, não se pode afastar.

3.3.2.5. *Da definição de bem jurídico adotada.*

Consolidado em sua concepção mais atual, o bem jurídico se firma no plano da dogmática punitiva como um importante elemento do qual o Direito Penal do Estado Democrático de Direito não pode prescindir.

Reconheça-se, porém, que no panorama teórico atual, mesmo dentre aqueles que reconhecem os bens jurídicos como elementos fundamentais da dogmática penal, não há uma definição consensual da natureza específica dos bens jurídicos.

Há, por exemplo, quem os defina como uma relação de disponibilidade:

se tivéssemos que dar uma definição a ele, diríamos que **BEM JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO É A RELAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DE UM INDIVÍDUO COM UM OBJETO, PROTEGIDA PELO ESTADO** que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam¹⁶⁰. (original sem grifos)

Por outro lado, há quem os conceitue como “interesses vitais da comunidade, aos quais o direito penal outorga proteção, noção, porém, que não deve ser confundida com o objeto material da ação”.¹⁶¹

Existem, ainda, aqueles que os enxergam como “pressupostos que a pessoa necessita para sua auto-realização na vida em sociedade”¹⁶², como “realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais

¹⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 439.

¹⁶¹ Livre tradução de: “intereses vitales de la comunidad, a los que el derecho penal otorga protección, noción que no debe ser confundida con el objeto de la acción”. RIGHI, Esteban. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2008, p. 96.

¹⁶² MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2003, pp. 90 a 91.

do indivíduo ou para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal fim”

¹⁶³ou ainda como simplesmente um bem ou interesse humano¹⁶⁴.

Vê-se, assim, que muitas são as compreensões que se tem do que seja tal instituto. Nesta abordagem, porém, parte-se do entendimento de que o bem jurídico constitui um valor, existente na comunidade, considerado imprescindível à preservação e ao desenvolvimento daquela sociedade.

Nessa diretriz, diz Cláudio Brandão:

Com efeito, para que o papel do bem jurídico cumpra a sua função de legitimar a intervenção penal, é imprescindível interpretá-lo à luz da sociedade, como pretende a atual dogmática alemã. A idéia de bem jurídico não é desvinculada da idéia de valor, visto que o bem jurídico é precisamente o valor protegido pela norma pena, mas **ESSE VALOR CUMPRE A FUNÇÃO DE RESGUARDAR AS CONDIÇÕES DE CONVIVÊNCIA EM SOCIEDADE DE UM DETERMINADO GRUPO HUMANO**. (grifos do original)¹⁶⁵

Em linha semelhante, Francisco de Assis Toledo, diz:

Bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas¹⁶⁶.

¹⁶³ Adaptação de: “*se pueden definir los bienes jurídicos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin*”. ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 124.

¹⁶⁴ ROCCO, Arturo. **El objeto del delito y de la tutela jurídica penal**: contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Buenos Aires: Euros Editores, 2001, p. 574.

¹⁶⁵ BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 115.

¹⁶⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei nº. 7.209/84 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16. No mesmo sentido: “uma vez afirmada a idéia de bem jurídico-penal, podemos então defini-lo, no plano político-criminal legislativo-dogmático, como **todo valor considerado digno de tutela jurídico-penal**” (grifos do original). SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética-humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: RT, 2004, p. 139 e TAVARES, Juarez E. X. **Bien Jurídico y función en Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 38 a 45.

Observe-se, porém, que seja entendido como um valor, um interesse, um pressuposto, uma realidade ou uma relação de disponibilidade, o que se extrai, em qualquer hipótese, é que o bem jurídico é considerado um elemento fundamental à preservação da sociedade e uma condicionante da intervenção penal. É, nesse sentido, um juízo negativo. Vale dizer: mesmo que o reconhecimento da existência de um bem jurídico não seja, por si mesmo, suficiente para já então justificar a intervenção penal, pois haverá critérios ulteriores a serem apreciados, não é permitido ao estado usar de sua força punitiva fora das hipóteses em que o faça para proteger e preservar os bens jurídicos.

Em sentido semelhante, Juarez Cirino dos Santos, ainda que demonstrando forte espírito crítico quanto aos institutos do direito penal atual, reconhece a importância do bem jurídico no contexto de um Estado Democrático de Direito:

O conceito de bem jurídico continua essencial para o Estado Democrático de Direito das formações sociais fundadas na relação capital/trabalho assalariado do capitalismo neoliberal, como critério de criminalização e como objeto de proteção do Direito Penal, conforme reconhecem as teorias jurídica e criminológica modernas¹⁶⁷.

Parece importante lembrar, ainda, que as meras imoralidades, as violações aos tabus sociais e aos sentimentos, as pretensões puramente ideológicas e, de maneira mais ampla, as cominações penais arbitrárias não constituem violações aos bens jurídicos, não se podendo admitir em razão disso mesmo a utilização do direito penal para tais finalidades¹⁶⁸.

Nesse mesmo diapasão, Roxin ensina que é:

vedado proteger finalidades ideológicas mediante normas jurídico-penais. Assim, por exemplo, a ‘manutenção da pureza do sangue

¹⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3ª ed. revista e ampliada. Curitiba: ICPC e Lúmen Juris, 2008, p. 15.

¹⁶⁸ Como exemplo de incriminação arbitrária, Roxin menciona as lendas européias em torno do personagem de Guilherme Tell. Segundo as tradições helvéticas, o imperador da Áustria, Hermann Geßler, teria, numa certa ocasião na cidade de Altdorf (Suíça), deixado um chapéu como símbolo de sua presença naquela região, impondo a todos, em razão disso, o dever de saudar aquele adorno como se fosse o próprio monarca em pessoa. Guilherme Tell, condenado por não reverenciar o chapéu, teria, então, liderado uma revolta da Suíça contra a Áustria, do que teria resultado a sua fuga e a morte do soberano. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. t. I. Madrid: Civitas, 2008, p. 56 (nota de rodapé).

alemão', em que se baseou a proibição nacional-socialista da chamada vergonha racial, no é um bem jurídico no sentido aqui descrito. **CONTUDO, O MESMO VALERIA TAMBÉM PARA A OBRIGAÇÃO DE SEGUIR TEORIAS IDEOLÓGICAS MENOS REPROVÁVEIS. (...) AS MERAS IMORALIDADES NÃO LESIONAM NENHUM BEM JURÍDICO E, POR ISSO, DEVEM FICAR IMPUNES.** Assim, por exemplo, **A PUNIÇÃO** de relacionamentos homossexuais ou outros considerados imorais, mantidos entre adultos, só restringe a liberdade do indivíduo, mas **NÃO APENAS É SUPÉRFLUA, COMO TAMBÉM NOCIVA PARA A CAPACIDADE FUNCIONAL DE SISTEMA SOCIAL, POR CRIAR CONFLITOS SOCIAIS DESNECESSÁRIOS AO ESTIGMATIZAR PESSOAS SOCIALMENTE INTEGRADAS.**¹⁶⁹. (sem grifos no original)

E, afirmando também que a mera imoralidade não basta para justificar uma disposição penal, uma vez que não envolve a lesão de um bem jurídico¹⁷⁰, diz ainda:

TÃO POUCO OS TABUS SÃO BENS JURÍDICOS, DE MODO QUE NÃO DEVERIAM SER TUTELADOS POR MEIO DO DIREITO PENAL. Veja-se um exemplo provocador: o incesto é sancionado penalmente pelo Direito Penal alemão e por muitos outros países, embora daquela conduta não reste claro qual é o dano que se produz quando, por exemplo um irmão e uma irmã, ambos maiores de

¹⁶⁹ Tradução livre de: “*vedado proteger finalidades ideológicas mediante normas jurídicopenales. Así p. ej. el ‘mantenimiento de la pureza de la sangre alemana’, en el que se basó la prohibición nacionalsocialista de la llamada vergüenza racial, no es un bien jurídico en el sentido aquí descrito. Pero lo mismo valdría también para la obligación de seguir teorías ideológicas menos reprobables. (...) las meras inmoralidades no lesionan ningún bien jurídico y por ello deben quedar impunes. Así por ejemplo, la punición de relaciones homosexuales u otras consideradas inmorales, mantenidas entre adultos, sólo restringe la libertad del individuo, pero además no sólo es superflua, sino incluso nociva para la capacidad funcional del sistema social, por crear conflictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas socialmente integradas.*” ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. t. I. Madrid: Civitas, 2008, pp. 56 a 57. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 126.

¹⁷⁰ ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 127.

idade, decidem em mútuo acordo manter relações sexuais. A justificação usualmente aduzida de que se trata de evitar o nascimento de crianças com anormalidades genéticas não se sustenta. Primeiro porque, em geral, tais relações não geram descendentes; em segundo lugar, porque, no caso de gerar descendência, é muito improvável que efetivamente tenha aquelas anormalidades; em terceiro lugar, até por uma questão de isonomia, já que, nos demais casos, o Estado, em respeito à esfera íntima, não tenta evitar, por meios penais, o nascimento de crianças defeituosas. **A NORMA PROTEGE UM TABU QUE PROVÉM DO INICIO DA SOCIALIZAÇÃO DOS SERES HUMANOS E QUE HOJE EM DIA É GENERICAMENTE RESPEITADO INDEPENDENTEMENTE DA INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL. COMO JÁ SE OBSERVOU NOS TEMPOS DA ILUSTRAÇÃO, NÃO EXISTEM RAZÕES SUFICIENTES PARA SUA PUNIÇÃO PENAL**¹⁷¹.
(original sem grifos)

Adota-se, assim, uma definição que se aproxime ao máximo de uma noção consensual, isto é, uma que reconheça no bem jurídico, além de sua natureza de imprescindibilidade para intervenção punitiva do estado, a sua existência real, na sociedade, destacando-lhe, ainda, as três funções mais freqüentemente lhe são atribuídas: a função hermenêutico-interpretativa, que condiciona a compreensão que se deva fazer dos delitos, permitindo avaliar, por exemplo, a consumação ou não de uma infração ou ainda outras a

¹⁷¹ Adaptação de: “*Tampoco los tabúes son bienes jurídicos, de modo que no deberían protegerse por medio de Derecho penal. Me limitaré a poner el ejemplo más provocador, el del incesto. Éste es sancionado penalmente por el Derecho penal alemán y por el de otros muchos países, a pesar de que no resulta evidente cuál es el daño que se produce cuando por ejemplo un hermano y una hermana mayores de edad deciden de mutuo acuerdo mantener relaciones sexuales. La justificación usualmente aducida de que se trata de evitar el nacimiento de niños con taras genéticas no se sostiene. Por un lado, porque por lo general tales relaciones no producen descendencia; en segundo lugar, porque en caso de que la hubiera es muy improbable que efectivamente tuviera taras y, en tercer lugar, porque en el resto de los casos el Estado, por respeto a la esfera íntima, no intenta evitar por medios penales el nacimiento de niños con taras. El precepto protege un tabú que procede de los inicios de la socialización de los seres humanos y que hoy en día es generalmente respetado con independencia de la intervención del Derecho penal. Como ya se observo en tiempos de la Ilustración, no existen razones suficientes para su protección penal*”. Idem, Ibidem, p. 130.

existência do estado de necessidade, cuja apreciação é permeada pela valoração dos bens jurídicos envolvidos¹⁷²; a função garantista-limitadora, restringindo, a intervenção jurídico-penal somente às hipóteses em que se vise proteger bens jurídicos; e sua função crítico-reflexiva, que possibilita aos estudiosos do sistema exercer uma permanente revisão crítica do ordenamento penal, afastando-se, então, do seu meio qualquer incriminação que não seja compatível com sua consolidação¹⁷³.

Ressalte-se, finalmente, a necessidade de uma concretude, de uma tangibilidade mínima ao reconhecimento dos objetos de proteção penal. Um bem jurídico não pode ficar sujeito a uma apreciação abstrata completamente inapreensível ou excessivamente fluida, ainda que se lhe reconheça certo grau de abstração.

Nesse sentido, mais uma vez, valiosas as palavras de Roxin:

Tão pouco hão de ser reconhecidos como bens jurídicos aqueles objetos de abstração inapreensível. O legislador alemão, por exemplo, pune certas formas de conduta quando são ‘adequadas’ para ‘perturbar a paz pública’. Com isso, não se descreve um bem jurídico suficientemente concreto. **A necessária ‘adequação’ exige um juízo de valor suficiente fundado empiricamente. Para se obter uma solução racional suscetível de ser fundamentada convincentemente há de se renunciar a esses vagos conceitos gerais e indeterminados e se averiguar se tais preceitos pretendem prevenir uma autêntica ameaça para a segurança ou se apenas perseguem a proteção de tabus ou sentimentos**¹⁷⁴. (sem grifos no original)

¹⁷² RIGHI, Esteban. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2008, p. 97.

¹⁷³ Idem, Ibidem, pp. 96 a 98. No mesmo sentido: TAVARES, Juarez E. X. **Bien Jurídico y función en Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 38 a 45.

¹⁷⁴ Extraído, em adaptação, de: “*Tampoco han de ser reconocidos como bienes jurídicos aquellos objetos de abstracción inaprensible. El legislador alemán, por ejemplo, pune ciertas formas de conducta cuando son ‘adequadas’ para ‘perturbar la paz pública’. Con lo anterior no se describe un bien jurídico suficientemente concreto. La exigida ‘adequación’ precisa un juicio de valor insuficiente fundado empíricamente. Para conseguir una solución racional susceptible de ser fundamentada de modo convincente ha de renunciarse a estos vagos conceptos generales y constatarse si tales preceptos pretenden prevenir una auténtica amenaza para la seguridad o sólo persiguen la protección de tabúes o sentimientos*”. Idem, Ibidem, pp. 130 a 131.

Definida, então, a noção de bem jurídico com que se pretende trabalhar, há de se passar à análise concreta das disposições dogmático-criminais do direito penal racial.

3.4 Da Análise Dogmática do Direito Penal Racial

3.4.1 Do esclarecimento de conceitos necessários à compreensão das figuras criminosas raciais

3.4.1.1 Da necessidade de se esclarecer conceitos indispensáveis à análise das disposições legais do direito penal racial

Reconheça-se, desde já, a colossal presunção deste tópico: pretende-se “esclarecer” termos cujas definições são tão fluidas que ensejam até hoje intermináveis discussões nos mais variados ramos do conhecimento humano¹⁷⁵.

Ainda assim, em especial atenção ao Princípio da Determinação Legal¹⁷⁶, a partir do qual se impõe uma precisa delimitação do alcance e dos limites da norma penal proibitiva, bem como visando a um melhor prosseguimento dessa discussão no plano jurídico evitando que se a perca do foco do problema com discussões terminológicas, tenta-se desanuviar minimamente alguns conceitos indispensáveis à análise das decorrências jurídicas existentes no ordenamento pátrio das cláusulas constitucionais de incriminação do racismo, quais sejam, a Lei 7.716/89 e o art. 140, § 3º, do Código Penal.

¹⁷⁵ A respeito, vejam-se, por exemplo, as reflexões de: PENA, Sérgio Danilo. *À flor da pele*: reflexões de um geneticista. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007.

¹⁷⁶ Rebatizado, o postulado Princípio da Determinação Taxativa encontra precisa exposição em: LUISI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: SAFE, 1991, pp. 18 a 20.

3.4.1.2. Da definição dos elementos raça, etnia e cor.

Em sentido leigo, o dicionário Aurélio¹⁷⁷ define raça, entre outros, como sendo um “conjunto de indivíduos cujos caracteres somáticos, tais como a cor da pele, a conformação do crânio e do rosto, o tipo de cabelo etc. são semelhantes e se transmitem por hereditariedade, embora variem de indivíduo para indivíduo”. Este é, geralmente, o conceito de raça compreendido no senso comum.

Na sociologia e na antropologia, “raça” tem servido para classificar populações de acordo com as características fenotípicas. Assim, por exemplo, oficialmente, o IBGE utiliza cinco raças para caracterização do retrato racial da população brasileira¹⁷⁸.

Na biologia moderna, porém, vem se negando a existência de raças, enquanto (sub)espécies do gênero humano, posição hoje bastante fortalecida pelas conclusões a que chegaram os estudos de decodificação do Genoma Humano, que surpreendeu muitos, constatando haver uma maior semelhança entre as pessoas do que se acreditava¹⁷⁹.

Cor, no senso comum, é elemento classificador e individualizador de matéria. Assim, temos, por exemplo, a cadeira amarela, a caneta azul etc.

Contudo, sociologicamente, cor seria apenas um dos elementos utilizados na definição da raça, vale dizer, um indicativo não determinante para se definir o grupo racial do indivíduo¹⁸⁰. Muitas vezes, porém, este conceito é confundido com a própria “raça”, associando-se o vermelho aos indígenas; o preto, aos negros; amarelo, aos asiáticos etc. Entretanto, se bem observadas, constata-se que até mesmo a pretensa mais pura das raças é de

¹⁷⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário eletrônico aurélio versão 5.0** (correspondente à 3ª ed. Editora Positivo, revista e atualizada do Aurélio Século XXI).

¹⁷⁸ Mais informações a partir de: <<https://www.ibge.gov.br>> Acesso em: 22 jun. 2005.

¹⁷⁹ Sobre o tema: PENA, Sérgio Danilo. **Os múltiplos significados da palavra raça**. Disponível, na internet, em: <http://publicacoes.gene.com.br/Imprensa_genealogia/Os%20múltiplos%20significados%20da%20palavra%20raça@Folha%20de%20São%20Paulo@21-12-2002.htm> Acesso em: 7 ago. 2006.

¹⁸⁰ SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 48 a 50.

grande variação cromática. Quantas pessoas não se aproximam mais do rosa, cinza ou bege que do tradicional branco?

A esse respeito, destaque-se o censo do IBGE de 1976, quando foram declaradas 135 espécies de cores! Dentre elas, chamam a atenção “cores” como alvarinta, baiano, branca-suja, bugrezinha-escura, cabo-verde, café, cor-de-cuia, cor-de-ouro, enxofrada, fogoio, lilás, morena-bem-chegada, queimada-de-sol, rosa-queimada etc¹⁸¹.

A questão da cor, por ser o mais evidente dos elementos componentes da raça, costuma ser um “calo” não apenas no processo de auto-reconhecimento. É, também, na classificação do outro que se encontram alguns tabus. Por isso, é comum se ouvir que fulano ou beltrano é pessoa “de cor”, como se houvesse pessoas transparentes ou como se branco não fosse uma cor. Nota-se aí, no trato social, uma grande dificuldade em dizer que determinada pessoa é negra, em razão da inconsciente carga pejorativa que o termo, usualmente, carrega.

Na sociologia e no senso comum, etnia tem significado semelhante, sempre relativo a um grupo biológico e culturalmente semelhante, dentro de um povo (grupo social). Numa exegese jurídica, também deve ser entendida como uma comunidade, unida por laços de identidade (biológica, cultural, fenotípica etc.), mas não necessariamente concentrada numa mesma localidade ou sob a mesma nacionalidade.

Entretanto, dado o uso indiscriminado desses três conceitos e a grande dificuldade de distingui-los precisamente, tais termos são utilizados, no plano legal, sempre de forma conjunta, visando a evitar a não aplicação do direito, em razão de divergências terminológicas.

Desta forma, ainda que cientificamente a divisão da espécie humana em raças seja discutível, porquanto geneticamente todas as pessoas teriam uma mesma essência, do ponto de vista jurídico, admite-se a prática do crime de discriminação em razão de “raça” (aproximando-se dos significados sociais), quando uma pessoa externa desprezo pelos negros, asiáticos ou judeus etc.

No caso destes últimos, por exemplo, ainda que não haja, biologicamente, entre os membros da comunidade judaica os elementos caracterizadores da raça, mas de etnia

¹⁸¹ RODRIGUES, Fernando. Racismo Cordial. In: VVAA. **Racismo Cordial**. Cleusa Turra e Gustavo Venturi (orgs.) São Paulo: Ática, 1995, pp. 32 a 41.

(componentes culturais), juridicamente, admitiu-se a prática do racismo contra judeus, posto que a divisão dos seres humanos em raças, ainda que não decorra de uma classificação científico-biológica tem forte conteúdo político-social, refletindo-se com forte apelo na sociedade¹⁸².

A fluidez desses conceitos, porém, não pode impedir que o Poder Judiciário atue para evitar e para punir os responsáveis pela reprodução de comportamentos racistas, os quais, muitas vezes, utilizam-se de sofismas terminológicos ou “jogos-de-palavras” para afrontar a dignidade da pessoa humana (valor constitucional fundamental).

¹⁸² A mais famosa ação sobre a Lei 7.716/89 tratava, exatamente, da impossibilidade do cometimento do crime racismo contra judeus, pois, conforme a defesa eles não seriam uma “raça” e, portanto, não poderiam ser vítimas do delito **racial** (HC 84.424/RS; Relator: Min. Maurício Corrêa; Julgado em: 17/09/2003; Tribunal Pleno). A tese vencedora, no entanto, admitiu o racismo contra os judeus, mesmo reconhecendo que não são biologicamente uma raça, mas a partir da construção social do conceito de raça. No mesmo sentido, adotando um conceito formal (“nominalista”) de raça, encontra-se na sociologia: GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: FUSP/Editora 34, 1999, pp. 21 a 37.

3.4.1.3. *Da definição de racismo, discriminação, preconceito e igualdade.*

O termo racismo, longe de ser um estudo ou uma compilação das várias combinações fenotípicas presentes na raça humana, costuma significar uma ideologia que, fundamentada em razões deterministas e em diferenças raciais supostamente existentes, tenta explicar fenômenos sócio-culturais. Politicamente, serve para tentar legitimar a dominação de um grupo social sobre a raça supostamente inferior¹⁸³.

Discriminação significa tratar diferente. Discriminar, portanto, não significa, necessariamente, algo negativo. Por isso, fala-se em discriminação positiva (significando as políticas públicas compensatórias, por exemplo) e em discriminação negativa (aproximando-se da compreensão de racismo). A Lei 7.716/89, porém, adotou esta segunda acepção, abrangendo apenas a discriminação quando praticada sem fundamento, indevidamente, contrária ao direito.

Preconceito, por sua vez, quer dizer idéia (conceito) pré-concebida e bem assim como discriminação não será, necessariamente, algo negativo. Reconheça-se, porém, que, geralmente, representa um conceito pouco refletido, um pré-juízo, manifestando-se, geralmente, como uma opinião suspeita, intolerante e irracional.

É este o sentido que interessa. Juridicamente, essa é a acepção de que trata a Lei, querendo significar uma conduta impensada, que manifesta sentimentos irracionais, pretendendo realizar discriminação negativa, segregacionista, odiosa, enfim, racista.

Em contraposição, igualdade é bem jurídico de grande relevância, elemento da Dignidade da Pessoa Humana, valor constitucional que se intenta preservar (art. 5º, *caput*, da CF).

Destaque-se, desde logo, que não se toma aqui apenas a noção de igualdade formal, vale dizer, apenas de aplicação “cega” da lei para todos. Amplia-se essa compreensão de igualdade para incluir, também, a valoração material do seu conteúdo. Problematicando: costuma-se afirmar que a igualdade estaria em tratar igualmente os iguais e desigualmente os

¹⁸³ MATTEUCCI, Nicola. Racismo. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de Política**. vol. II. 5ª ed. Carmem C. Varialle *et al.* (trads.) Brasília: Universidade de Brasília, 2000, pp. 1059 a 1062.

desiguais, na medida de suas desigualdades. Mas a questão, fundamentalmente, continua sem solução. Qual é esta medida? Quais as desigualdades juridicamente relevantes que poderiam ensejar a lícita discriminação? Existem proibições de discriminação? Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, que se tomam emprestadas, pode-se encontrar algumas respostas:

...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 de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (...) **COM EFEITO, POR VIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, O QUE A ORDEM JURÍDICA PRETENDE AFIRMAR É A IMPOSSIBILIDADE DE DESEQUIPARAÇÕES FORTUITAS OU INJUSTIFICADAS.** ¹⁸⁴

(Original sem grifos)

Assim, percebe-se que não há restrições, *a priori*, quanto aos elementos que podem fundamentar o tratamento desigual, desde que vinculados às lícitas razões e aos preceitos constitucionais de respeito à justiça.

¹⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 17 a 18

3.4.1.4. Da definição do elemento honra e seus componentes: dignidade, decoro e reputação.

Destaque-se, inicialmente, que muitas vezes apenas uma linha tênue (e, às vezes, bastante confusa) separa, segundo a doutrina, alguns desses conceitos, especialmente, a dignidade e o decoro¹⁸⁵.

A honra é o conjunto de atributos relativos à pessoa, dignificando-a, no seu meio social, e constituindo elemento importante para a auto-estima. Apesar desta compreensão dignificante, já se afirmou ser a honra um fruto do “egoísmo”. Isto porque, em verdade, buscar-se-ia a honra “não por um ditame moral ou por espontâneo amor à virtude, mas porque a honra, como *premium virtutis*, nos é útil”¹⁸⁶. Egoísmo ou não, o fato é que o cidadão médio muito se importa com sua honra, envaidecendo-se com o reconhecimento do seu valor e provando da mais intensa ferida moral, quando outros não a têm na mais alta conta.

Assim, cuidou o direito de assegurar, desde os mais pretéritos tempos, uma especial proteção¹⁸⁷ à honra, atribuindo-lhe verdadeiramente grande valor.

No Brasil, a Constituição Federal sacramentou o direito à “intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas”, como direito fundamental inviolável do indivíduo, assegurando-lhe a devida indenização pelo dano material ou moral causado, como garantia de proteção àquele direito.

Esta proteção está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, e, no direito, é tão forte que até mesmo a honra fictícia, fundamentada sobre falsas impressões, não pode ser desconstituída. Assim, traços vexatórios de um indivíduo, ainda que verdadeiros, se

¹⁸⁵ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: arts. 121 a 183. vol. 2. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 272.

¹⁸⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. vol. VI. (Arts. 137 a 154). 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 24 a 25.

¹⁸⁷ Segundo Cezar Bitencourt, na Roma Antiga, por exemplo, honra era considerada direito público do cidadão e os atos a ela lesivos severamente punidos. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 326.

pertencerem à intimidade de pessoa comum, não poderão ser indevidamente revelados, devendo permanecer na esfera de proteção da vida privada¹⁸⁸.

Tradicionalmente, a honra, enquanto bem jurídico imaterial, consiste na conjugação de três elementos básicos: dignidade, decoro e reputação. Dignidade é o conceito que fazemos de nós mesmos. Assim, negar dignidade a alguém é negar-lhe amor-próprio, auto-estima, em suma, negar que a pessoa nutra respeito por si mesma.

Já decoro é, no dizer Marcelo Barbosa, “o conceito que nós devemos ter perante terceiros e que imaginamos que os terceiros façam de nós”¹⁸⁹. Exemplificando, um professor que vai dar aulas sem as calças, apenas de cueca, não se dá ao respeito, facilitando ou ainda possibilitando o desrespeito dos seus alunos para consigo.

Há quem compreenda de outra forma a dignidade e o decoro, associando à primeira, os valores morais e, ao segundo, os atributos físicos e intelectuais. Desta forma, acusar alguém de desonesto seria uma ofensa à dignidade. Se, por outro lado, a ofensa consistisse em termos como “feio” ou “burro”, seria o decoro que estaria sendo atacado¹⁹⁰.

De uma forma ou de outra, porém, certo é que tais elementos (dignidade e decoro) compõem a honra subjetiva, que consiste na idéia ou conjunto de atributos (morais, físicos e intelectuais) positivos que a pessoa faz de si. Assim, ofender a honra subjetiva seria, em última análise, ofender a compreensão que o indivíduo tem de si próprio, enquanto pessoa, desmerecendo o seu valor. A junção daqueles dois elementos normativos (dignidade e decoro) forma a noção de honra subjetiva¹⁹¹.

O último daqueles elementos, a reputação, consiste na idéia e na imagem que a coletividade faz do indivíduo. Assim, o conjunto de características, ainda que irreais,

¹⁸⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 208.

¹⁸⁹ BARBOSA, Marcelo Fortes. **Crimes contra a honra**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 15.

¹⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 367.

¹⁹¹ Observe-se que a necessidade de “valoração de si mesmo” exclui a possibilidade de a pessoa jurídica ter honra subjetiva. Neste sentido, confira-se, por todos: CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial (arts. 121 a 212). vol. 2. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 259. Ainda sobre a pessoa jurídica como sujeito passivo nos crimes contra a honra: ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Crimes contra a honra**. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 28 a 35.

associados por terceiros àquele sujeito, será o conteúdo de sua reputação. Esta, pois, a percepção da comunidade sobre aquela determinada pessoa, também é chamada honra objetiva.

Em que pese a compreensão de uma honra objetiva, não se pode negar, porém, o caráter eminentemente subjetivo da honra, no conjunto de seus elementos, quer-se dizer, a influência da compreensão cultural, portanto, variável entre os sujeitos, dependendo da formação histórico-político da comunidade¹⁹².

Assim, tem-se que uma mesma característica (ou palavra) pode ter, em determinada comunidade, uma significação e ter compreensão diversa noutra sociedade ou momento social. Não há termos “ofensivos absolutos”! Tome-se como exemplo a “perda da virgindade”, que outrora maculava a honra da mulher e hoje é encarada sob a mais natural tranquilidade¹⁹³. A avaliação das circunstâncias em que ocorreram os atos é fundamental para compreensão do caráter injurioso da ofensa, devendo serem avaliadas sempre com prudência, para evitar cair em excessos e hipersensibilidades individuais.

Por fim, essas peculiaridades subjetivas remetem à distinção que a doutrina faz entre honra geral e honra especial. A primeira, também chamada honra comum, é aquela cuja valoração é semelhante (comum) a todas as pessoas num grupo social, ofendendo, pois, qualquer indivíduo no mesmo grau que lesa a honra das demais pessoas da comunidade. A honra especial, ao contrário, é aquela cuja ofensa atinge mais intensamente a vítima, em razão de sua profissão, situação ou qualquer outra condição especial. Assim, por exemplo, atribuir a um juiz a qualidade de corrupto, ou a um militar a covardia ou ainda a um médico o pejorativo apelido de “açougueiro”, seria muito mais ofensivo do que se tais agressões fossem direcionadas a outras pessoas (como apontar pouca cultura a um jogador de futebol, se comparada a ofensa que isso seria para um professor). Tal compreensão, porém, não poderá ser ampliada a ponto de se desconsiderar a proporcionalidade entre a agressão proferida e a ofensa percebida, não se podendo confundir com os abusos¹⁹⁴.

¹⁹² Neste sentido, por todos, confira-se: BARBOSA, Marcelo Fortes. **Crimes contra a honra**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 15.

¹⁹³ Saindo, inclusive, o direito penal dessa esfera com a lei 11.106/05, que revogou o crime de sedução (art. 217, do CP), agora conduta atípica, tendo operado a extinção da punibilidade pela *abolitio criminis*.

¹⁹⁴ Sobre a definição de honra: BARBOSA, Marcelo Fortes. **Crimes contra a honra**. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 13 a 15. e ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Crimes contra a honra**. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 4 a 5.

3.4.2 Da objetividade jurídica das disposições penais do direito criminal racial

Parece necessário analisar, em primeiro lugar, se há bens jurídicos tutelados pelas disposições criminais do direito penal racial e, em caso afirmativo, quais seriam eles.

Observe-se, nesse particular, que, diante das pretensões e das estreitas fronteiras estabelecidas na presente investigação, limitar-se-á aqui à análise dos preceitos criminais decorrentes da incriminação do racismo existente no cenário nacional. Foram consideradas como tal as disposições penais constantes do Código Penal¹⁹⁵, mais especificamente, no art. 140, § 3º, e da Lei 7.716/89¹⁹⁶, restringindo-se, ainda, o presente trabalho às redações atuais desses dispositivos¹⁹⁷, isto é, atentando-se às alterações promovidas pelas Leis nº. 8.081/90¹⁹⁸, 9.459/97¹⁹⁹ e 12.033/2009²⁰⁰.

A prática do racismo pressupõe a compreensão de que, entre os grupamentos humanos diferenciados por elementos de raça existem uns são melhores/superiores a outros piores/inferiores²⁰¹.

Parece, assim, não haver dúvida de que, ao proibir as discriminações indevidas praticadas em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, a Lei nº. 7.716/89 intenta proteger em todos os seus tipos penais a igualdade, enquanto valor social,

¹⁹⁵ Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível, na internet, em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>> Acesso em: 30 set. 2009.

¹⁹⁶ Disponível, na internet, em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L7716.htm>> Acesso em: 30 set. 2009.

¹⁹⁷ Consideradas até 30 de setembro de 2009. Destaque-se, desde já, que não se desconhece a existência de leis penais anteriores que tratassem do racismo. Entretanto, considerando que a presente investigação tem por objetivo analisar a (in)compatibilidade do direito penal racial com a noção de Direito Penal Mínimo, pareceu prudente adstringir a abordagem às prescrições vigentes, tangenciando-se, assim, as normas mais precedentes, as quais foram referidas apenas quando absolutamente necessário.

¹⁹⁸ Disponível, na internet, em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8081.htm> Acesso em: 30 set. 2009.

¹⁹⁹ Disponível, na internet, em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9459.htm> Acesso em: 30 set. 2009.

²⁰⁰ Datada de 29 de setembro de 2009, a Lei nº. 12.033 foi assim ementada: Altera a redação do parágrafo único do art. 145 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, tornando pública condicionada a ação penal em razão da injúria que especifica. Disponível, na internet, em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12033.htm> Acesso em: 30 set. 2009.

²⁰¹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 60.

satisfazendo, dessa maneira, o primeiro requisito, qual seja, a existência para tutelar um bem jurídico²⁰².

A propósito, nem se questione a natureza coletiva do bem jurídico igualdade. Isso porque, como visto, faz-se necessário que a norma penal tutele um bem existente na sociedade, podendo ele dizer com um indivíduo especificamente, configurando, assim, um bem jurídico individual, ou com toda a comunidade conjuntamente, sendo aí um bem jurídico coletivo.

Da clássica lição de Muñoz Conde, extrai-se:

A esses pressupostos existenciais e instrumentais mínimos se chama ‘bens jurídicos individuais’, na medida em que afetam diretamente o indivíduo. Ao lado desses, existem os chamados ‘bens jurídicos comunitários’, que afetam mais à comunidade como tal, a um conjunto de pessoas individuais, e que supõem uma certa organização social ou estatal. Por exemplo: a saúde pública, a segurança no trânsito, a organização política, etcétera. (...) Essa distinção não deve ser estendida, no entanto, como uma concepção dualista do bem jurídico, pela qual se contraporiam os bens jurídicos individuais aos ‘supraindividuais’. A convivência pacífica, assegurada pela ordem social ou estatal adequada, é também um bem jurídico do indivíduo, pois é o único ambiente onde ele pode se auto-realizar²⁰³. (sem grifos no original)

²⁰² No sentido do texto: SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 87 a 89; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 213; NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2006, pp. 215 a 242.

²⁰³ Livre tradução de: “A estos presupuestos existenciales e instrumentales mínimos se les llama ‘bienes jurídicos individuales’, en cuanto afectan directamente a la persona individual. Junto a ellos vienen en consideración los llamados ‘bienes jurídicos comunitarios’ que afectan más a la comunidad como tal, a la agrupación de varias personas individuales, y que suponen un cierto orden social o estatal: la salud pública, la seguridad en el tráfico motorizado, la organización política, etcétera. (...) Esta distinción no debe extenderse, sin embargo, como una concepción dualista del bien jurídico, por la que se contraponen los bienes jurídicos individuales a los ‘supraindividuales’. La convivencia pacífica, asegurada por un orden social o estatal adecuado, es también un bien jurídico del individuo, en tanto es la única forma de que éste pueda autorrealizarse”. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2003, p. 91.

Igualmente, no crime de injúria, a objetividade jurídica é tutelar um valor considerado bem jurídico, qual seja, a honra individual e subjetiva (composta pelos elementos dignidade e o decoro) da vítima, quando atacada por meio da utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência²⁰⁴.

Atente-se, assim, para o fato de que os bens jurídicos tutelados nos crimes de racismo e injúria racial, ainda que muitas vezes caminhem bastante próximos, são diversos.

Afirme-se, então, que, naquilo pertinente ao envolvimento na proteção de bens jurídicos, parecem essas disposições estar em plena conformidade com um Direito Penal digno de um Estado Democrático de Direito.

²⁰⁴ Nesse sentido: PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial. Arts. 121 a 361. Vol. 2. 2ª Ed. Revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: RT, 2007, p. 130; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. São Paulo: RT, 2008, p. 655; PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial – arts. 121 a 249. Vol. 2. 7ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2008, p. 233; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. Vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 366 a 367. Fora do Brasil, também se aponta a honra como bem jurídico tutelado no crime de injúria. Por todos, consulte-se: BACIGALUPO, Enrique. **Delitos contra el honor**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 117; COSTA, José de Faria. **Comentário conimbricense do Código Penal**: parte especial. Tomo I. Artigos 131º a 201º. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 629; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: parte especial. 16ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 284 a 288; SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**. Vol. III. 3ª ed. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1970, p. 216.

3.4.3 *Dos sujeitos dos crimes*

Perceba-se, inicialmente, que essa diferente compreensão dos bens a que pretende proteger conduz, reflexamente, a uma segunda distinção, entre aqueles delitos, residente no sujeito passivo dos crimes.

Cumpre, assim, afirmar que para a injúria, racial ou não, haverá, necessariamente, uma vítima concreta, uma pessoa específica, Contra ela é proferida a ofensa, cuja honra subjetiva resta afetada.

Já nos crimes previstos na Lei Caó, o sujeito passivo será sempre a sociedade, cujo valor jurídico igualdade é violado ou posto em risco. Isso porque, ainda que a discriminação ocorra em detrimento de um determinado grupo concretamente prejudicado, que é tomado como padrão humano inferior àquele modelo comparado, o valor da igualdade existe em função de toda a sociedade.

Destaque-se ainda que, mesmo quando o racismo é manifestado contra ou perante uma “vítima”, pessoa determinada, ela poderá, nessa compreensão pessoal-individualizada, nem mesmo existir, o que, de qualquer maneira, não afasta a configuração do tipo penal. Assim, percebe-se que o crime de racismo ataca toda a coletividade, sendo a vítima, se houver, atingida apenas indiretamente (por vezes, mero objeto material do crime), enquanto parte integrante do grupo, parte da sociedade²⁰⁵. Desse modo, no caso dos crimes da Lei nº. 7.716/89, o sujeito passivo será sempre a sociedade, independentemente da modalidade. Assim ocorrerá, repita-se, em razão da natureza do bem jurídico violado, igualdade, que pertence a toda a coletividade e não apenas a um grupo ou indivíduo determinado.

Discussão interessante diz respeito à determinação de quem pode ser autor do crime de racismo e, quando se aborda tal tema, é bastante freqüente questionar se um indivíduo,

²⁰⁵ No sentido do texto: SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 91 a 138; VVAA. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Alberto Silva Franco e Rui Stoco (orgs.) vol. 2. 7ª ed. rev. e ampl. Jefferson Ninno (atual.) São Paulo: RT, 2002, p. 2669. Em sentido contrário, apontando como sujeito passivo a pessoa discriminada: NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2006, p. 241.

pertencente ao grupo social utilizado para manifestar o preconceito, pode também cometer o crime.

A esse respeito, parece interessante registrar a existência de concordância, total ou parcial, de 48% dos negros com a frase “negro bom é negro de alma branca”²⁰⁶.

Ainda que, sociologicamente, reconheça-se a mera reprodução, por imitação, de uma visão culturalmente assimilada, consolidada e interiorizada pela repetição de práticas opressoras, afirmando-se a inexistência de racismo em sentido estrito²⁰⁷, sob uma perspectiva jurídico-criminal, não se pode fazer qualquer restrição. Atente-se: trata-se de crimes comuns²⁰⁸. Podem, por isso, ser cometidos por qualquer pessoa, sem a necessidade o sujeito ativo apresentar nenhuma característica especial ou integral um grupo social distinto daquele por meio do qual o ato é cometido. Não há problema, portanto, em negros, por exemplo, cometerem o crime racismo contra os negros também, inexistindo, em favor desses ou de quaisquer pessoas, em razão dessa identidade, uma condição especial que os isente de pena.

Relativamente à injúria, algumas questões ainda merecem destaque.

Inicialmente, atente-se ao fato de que apenas as pessoas naturais possuem honra subjetiva, de modo que não poderia uma pessoa jurídica figurar no pólo passivo do delito injúria, muito menos na modalidade racial²⁰⁹.

²⁰⁶ Conclusões do estudo: RODRIGUES, Fernando. Racismo Cordial. In: VVAA. **Racismo Cordial**. Cleusa Turra e Gustavo Venturi (orgs.) São Paulo: Ática, 1995, p. 26.

²⁰⁷ Idem, Ibidem, pp. 11 a 55.

²⁰⁸ Afirmando comum o crime de injúria, veja-se: SILVA JR, Hédio. **Direito de igualdade racial**: aspectos constitucionais, civis e penais (doutrina e jurisprudência). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 98; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. Vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 367; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial. Arts. 121 a 361. Vol. 2. 2ª Ed. Revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: RT, 2007, p. 130; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. São Paulo: RT, 2008, p. 654; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial – arts. 121 a 249. Vol. 2. 7ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2008, p. 234. Quanto à Lei nº. 7.716/89, no sentido afirmado no texto, confira-se: SILVA JR, Hédio. **Direito de igualdade racial**: aspectos constitucionais, civis e penais (doutrina e jurisprudência). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 121; VVAA. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Alberto Silva Franco e Rui Stoco (orgs.) vol. 2. 7ª ed. rev. e ampl. Jefferson Ninno (atual.) São Paulo: RT, 2002, p. 2669 e SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 121.

²⁰⁹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 183). vol. 2. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 272 e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial. Arts. 121 a 361. Vol. 2. 2ª Ed. Revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: RT, 2007, p. 130.

Reconheça-se, porém, que, no plano teórico, admite-se a possibilidade de a pessoa jurídica ter reputação, mas não dignidade ou decoro (honra subjetiva), sendo, por isso, impossível ela se sentir “ofendida” com adjetivos pouco elogiosos que lhe sejam dirigidos²¹⁰. Em verdade, em tais casos, há quem atribua as ofensas aos responsáveis da empresa, como se contra eles fossem proferidas, ignorando a personalidade jurídica interposta²¹¹.

Não se admite, em regra, a auto-injúria, excetuando-se apenas as hipóteses em que a ofensa “ultrapasse a órbita da personalidade do indivíduo”²¹².

Questão interessante ainda é saber se o doente mental e a criança poderão ser vítimas do crime de injúria. A doutrina admite, com ressalvas, tais hipóteses, condicionando-as à necessária compreensão do caráter injurioso da ofensa. “Assim, os doentes mentais podem ser injuriados, desde que haja uma residual capacidade de compreender a expressão ofensiva. De igual modo, os menores podem ser injuriados, dependendo de sua capacidade de compreensão da expressão ou atitude ofensiva”.²¹³

Observe-se, finalmente, que, no Código Penal, não se admite a prática da injúria contra os mortos²¹⁴. Apenas quando cometida por meio de veículos de comunicação é que seria punível a conduta. Isso apenas em razão da expressa previsão do art. 24 da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa)²¹⁵. Note-se, porém, que, no julgamento da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 130/DF²¹⁶, o Supremo Tribunal Federal excluiu

²¹⁰ Nesse sentido é farta a doutrina. Por todos, confira-se: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. São Paulo: RT, 2008, pp. 648 e 654 e GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. vol. 2. Niterói, RJ: Impetus, 2005, pp. 531.

²¹¹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 183). vol. 2. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 272 e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial. Arts. 121 a 361. Vol. 2. 2ª Ed. Revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: RT, 2007, p. 130.

²¹² NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. vol. 2. 26ª ed. e rev. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 126.

²¹³ PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial. Arts. 121 a 361. Vol. 2. 2ª Ed. Revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: RT, 2007, p. 130; CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial (arts. 121 a 212). vol. 2. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 259. Em igual sentido, por todos: NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. vol. 2. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 126 a 12.

²¹⁴ Ressalte-se, porém, que a expressa previsão legal do art. 138, § 2º, do CP, admitindo a calúnia nessas hipóteses.

²¹⁵ No sentido do texto: PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 183). vol. 2. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 273. e CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial (arts. 121 a 212). vol. 2. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 260.

²¹⁶ ADPF nº. 130/DF; Relator(a): Min. CARLOS BRITTO; Julgamento: 30/04/2009; Tribunal Pleno; maioria, vencidos, em parte, os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Disponível, na internet, a partir de: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso: 30 set. 2009.

do ordenamento aquela lei, considerando-a não recepcionada pela Constituição Federal, prejudicando, assim, tal possibilidade de punição.

3.4.4 Da adequação típica: tipos objetivos

Questão importante está em saber como se consuma, efetivamente, o crime de racismo. Embora uma pluralidade de tipos previstos, no presente trabalho, considera-se que todas as condutas tipificadas na Lei nº. 7.716/89, mais precisamente, do art. 3º ao art. 14 da Lei, como manifestações de um crime essencialmente igual. Ou seja, todas são variações de comportamentos discriminatórios, e sua exaustiva enumeração se mostra, muitas vezes, desnecessária ou excessivamente restritiva, a ponto de não se poder enquadrar outras condutas semelhantes, também racistas²¹⁷. Neste contexto, a Lei 9.459/97, que entre outras coisas alterou a redação do art. 20, veio resolver o problema das condutas à época não previstas, criando um tipo residual, no qual se podem encaixar as demais condutas não especificamente tipificadas.

Portanto, grosseiramente, podemos resumir todos os tipos específicos previstos na Lei, como uma manifestação discriminatória negativa, baseada nos elementos do art. 1º, que objetive negar, recusar, impedir ou obstar a qualquer pessoa do grupo social discriminado o acesso a determinadas coisas ou lugares. Assim, como exemplo, tome-se o art. 3º da Lei 7.716/89 no qual se tipifica a conduta de “impedir ou obstar o acesso de alguém devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos”. O crime se consuma pelo óbice gerado, por exemplo, pela recusa de receber ficha de inscrição, na mais perfeita ordem, de alguém, em razão dos elementos de “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

²¹⁷ Pense-se, por exemplo, na hipótese de um médico recusar-se a atender um paciente por causa da cor deste. Isso não estaria incluído em nenhum dos tipos específicos (arts. 3º a 14, da Lei). Outrossim, já se absolveu, por atipicidade, um réu, mesmo quando reconhecida a prática da discriminação em razão das estreitas margens que a Lei 7.716/89 trazia, confira-se: “*PRECONCEITO DE RAÇA OU DE COR – Negar ou obstar emprego em empresa privada – Descaracterização – Ilícito imputado a síndico de edifício de apartamentos – Condomínio não assimilável como empresa privada – Atipicidade – Absolvição decretada – Inteligência do art. 4º, da Lei 7.716/89. Ementa oficial: Atípica a conduta do síndico do edifício de apartamentos, ao ofertar emprego com discriminação de raça ou cor, na justa medida de inoportunidade conceitual do elemento normativo do tipo – empresa privada – com o aludido condomínio, visto faltar a este o substrato de natureza econômica, bem por isso, sob os auspícios da reserva legal inconcebível de se ampliar exegeticamente o formatizado pela lei repressiva, máxime através de equiparações analógicas em detrimento do réu.* (TJSP; Apelação Criminal 141.820-3/4-01; Rel. Des. Gonçalves Nogueira; Julgada em: 19/03/1996” *apud* SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 64 a 65.

Entretanto, não será qualquer recusa “a atender ou receber cliente comprador” (art. 5º da Lei) que caracterizará o crime. Percebe-se que se faz necessária, para configuração dos tipos específicos da Lei Anti-racismo, ter-se presente a seguinte lógica: a conduta segregadora especificamente tipificada (previstas do art. 3º ao art. 14), vinculada às razões do art. 1º da Lei 7.716/89 (“cláusula geral”). Assim, pensou o legislador para evitar a repetição exaustiva de expressões como “em razão de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

Aqui reside, no entanto, a grande dificuldade para caracterização fática do delito, porquanto ainda que verdadeiramente baseada em preconceitos de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, poderá o sujeito ativo tentar justificar que negou o emprego, em empresa privada, por exemplo, a determinada candidata porque ela não era tão “simpática” quanto se fazia necessário.

Apesar do concreto e relativamente freqüente problema de se deparar com uma conduta não tipificada especificamente na Lei, a extensa relação de “manifestações” de racismo serve, em última análise, pelo menos para exemplificar e facilitar sua compreensão.

Assim o tipo principal do art. 20 da Lei, pelo qual se pune, com um a três anos de reclusão e multa, a prática, o induzimento e a incitação à “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, deverá ser aplicado residualmente aos demais tipos específicos.

Analisando-o, observa-se que os termos praticar e induzir têm acepção precisamente igual àsquelas tradicionalmente utilizadas no direito penal, quais sejam, de significar qualquer ato idôneo a produzir o resultado previsto (de discriminação, de levar alguém, que ainda não tinha tal intenção, a determinada conduta). O termo incitar tem seu correspondente no ato de instigar (art. 122 do CP), vale dizer, no sentido de insuflar ou incentivar uma idéia já existente, ainda que remotamente, na mente do sujeito ativo²¹⁸.

Já para a caracterização da conduta delitiva de injúria qualificada, precisará o agente “atacar, ofender ou insultar” a honra subjetiva da vítima, utilizando-se dos elementos do art. 140, § 3º do CP. Não se faz necessária, assim como na conduta típica principal da Lei

²¹⁸ Também na mesma linha é a expressão contida no art. 286, do CP.

7.716/89 (art. 20), nenhuma forma específica. Basta a atribuição genérica de qualidades negativas (vícios de personalidade moral, intelectual etc.) ou de fatos indeterminados (“que tal pessoa passa cheques-sem-fundos” etc.), podendo a ofensa consistir em agressões verbais, escritas, gestuais ou até mesmo omissivas²¹⁹. Ressalte-se que a ofensa deve utilizar os elementos previstos no art. 140, § 3º, do CP. Assim, a injúria proferida contra o negro, o idoso ou o deficiente só será qualificada se aqueles elementos forem usados para vulnerar a dignidade ou o decoro da vítima, não bastando que se lhes ofenda a honra subjetiva apenas²²⁰.

Destaque-se ainda que ambos são crimes formais, bastando, para tanto a prática do ato racista (art. 20 da Lei 7.716/89) ou da ofensa injuriosa, não se lhes exigindo qualquer resultado naturalístico para consumação²²¹.

Critica-se a Lei 7.716/89 por proibir a utilização da cruz suástica²²². Reconheça-se que a Lei foi incompleta, tendo dito menos do que deveria. Em verdade, para se furtrar a aplicação do art. 20, § 1º, bastaria que o agente promovesse a divulgação do nazismo não se utilizando da cruz suástica, podendo sujeitar-se, subsidiariamente, às penas das demais infrações da Lei.

Entretanto, no que proibiu a utilização do símbolo nazista, parece ter agido precisamente, incriminando apenas a reprodução do signo quando, finalisticamente, voltada à divulgação do nazismo. Aqui, realmente, evidencia-se a necessidade de se configurar, nessa utilização, uma específica finalidade de difusão do nazismo para consubstanciar a infração penal.

Por fim, atente-se para existência de outros dispositivos tipificando condutas discriminatórias genéricas (a exemplo do que ocorre com o art. 2º, da Lei 9.029/95). Observe-

²¹⁹ Embora difícil de se provar o delito, a doutrina exemplifica a *injúria omissiva* (ou por omissão) com a recusa de alguém em estender a mão, num cumprimento social, como manifestação de desprezo pelo outro. Neste sentido: NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. vol. 2. 26ª ed. e rev. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (atual.). São Paulo: Saraiva, 1994, p. 127. Exemplificando de forma bastante criativa as formas de injúria: HUNGRIA, Nélon *et al.* **Comentários ao código penal** – Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. vol. VI. (arts. 137 a 154). 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 95 a 96.

²²⁰ Neste sentido, por todos: CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial** (arts. 121 a 212). vol. 2. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 266.

²²¹ *Idem*, *Ibidem*, p. 260.

²²² SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 64.

se que, segundo majoritário entendimento da doutrina, apenas constitui crime de racismo as hipóteses previstas na Lei 7.716/89, ainda que criminosa e discriminatória seja a outra conduta. A importância disto está na aplicação, ou não, das cláusulas de imprescritibilidade e inafiançabilidade previstas no art. 5º, XLII, da CF²²³.

²²³ A respeito do que se remete ao item 3.9 (*infra*).

3.4.5 Da adequação típica: tipos subjetivos

No estudo das condutas humanas, a análise do elemento subjetivo é questão importantíssima para sua definição jurídica. Comportamentos aparentemente idênticos podem ter respostas legais completamente díspares, quando evidenciadas “intenções” diversas. Assim, a distinção entre duas condutas pode residir, justamente, no elemento subjetivo que a motivou. Se, por exemplo, um médico vai examinar uma paciente, é-lhe permitido “tocá-la”, até mesmo nas partes íntimas, desde que na conformidade dos interesses profissionais da saúde desta.

Se ele, porém, pretendendo satisfazer sua lascívia, abusa da condição de médico, para enganar a paciente, que se submete a um ato libidinoso, pode-se estar diante do crime previsto no art. 215, do CP²²⁴. Por essa razão, com vistas a configurar ou a afastar a prática de um delito, deve-se sempre investigar as circunstâncias em que o agente atuou, a fim de determinar o liame subjetivo da ação.

Nessa ordem de idéias, nosso sistema penal balizou-se pela regra geral de punir apenas os crimes dolosos. A aplicação de pena a condutas praticadas a título de culpa condiciona-se, portanto, à existência de expressa previsão legal que a autorize, a teor do art. 18, parágrafo único, do CP²²⁵.

Desse modo, não havendo, para os crimes raciais, expressa previsão legal que autorize a punição a título de culpa, restará, logicamente, descabida tal pretensão, não se podendo falar em “injúria racial culposa” ou “prática de racismo mediante negligência, imprudência ou imperícia”. Nesses casos, portanto, cogitar-se-á de responsabilidade penal

²²⁴ Recentemente alterado pela Lei nº. 12.015, de 10 de agosto de 2009, o crime de violação sexual mediante fraude, restou assim redigido:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

²²⁵ Com a seguinte redação: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Ainda nesse sentido, é farta a doutrina, podendo-se consultar, por todos: BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 69.

apenas se estiver presente o dolo, isto é a consciência e a vontade de realizar os elementos objetivos do tipo.

No entanto, chama atenção a imensa disparidade com que a doutrina define o tipo subjetivo nos crimes de injúria. Assim, mesmo arriscando-se a iniciar uma discussão que, além de parecer por demais “nominalista”, possa resultar improfícua, impõe-se questionar: como, exatamente, apresenta-se o elemento subjetivo do crime de injúria qualificada racial? Existe, nesse crime, alguma peculiaridade que o torne especial?

Para a configuração da injúria, seja ela simples ou qualificada, a doutrina, majoritariamente, costuma exigir a presença de um elemento específico, o chamado “dolo específico” ou, de acordo com a moderna teoria do delito, o elemento subjetivo específico²²⁶. Aduz-se que a conduta de injuriar alguém só estaria consubstanciada se o agente atuasse com a especial finalidade de ofender a dignidade e o decoro da vítima, o que se convencionou chamar de *animus injuriandi* ou *animus injuriandi vel difamandi*²²⁷.

Contudo, há de se relembrar aqui as lições iniciais. Adotada a teoria finalista da ação, o dolo será a vontade consciente de realizar os elementos objetivos do tipo penal²²⁸. Portanto, dois serão os seus elementos constitutivos: um componente intelectual (a consciência) e um componente volitivo (a vontade), mas ambos estarão, reitere-se, voltados à concretização dos elementos objetivos do tipo penal.

Ora, se dolo é isso, o crime doloso de injúria já traz, em si, os componentes intelectual e volitivo constitutivos do dolo. Noutras palavras: quem age dolosamente para injuriar já tem consciência e, destaque-se, vontade de ofender a dignidade e o decoro alheios. Não é necessário qualquer elemento especial ou finalidade específica no agir. Basta, tão-somente, a consciência e a vontade de realizar a conduta injuriosa, descrita no tipo penal. Vale

²²⁶ Em verdade, como destacado anteriormente, encontra-se, na doutrina, uma grande variedade de posições que definem o tipo subjetivo do crime de injúria, para além daquela exposta no texto como majoritária. Para uma maior discussão a esse respeito: ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Crimes contra a honra**. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 77 a 93.

²²⁷ No sentido apresentado no texto: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, pp. 567 a 568; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. vol. 2. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 370 a 371; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 254). São Paulo: RT, 2005, pp. 220 a 221.

²²⁸ Neste mesmo sentido, confira-se, por todos: BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, p. 69.

ainda dizer: se o sujeito ativo agiu com consciência e vontade (dolosamente) de realizar os elementos objetivos do tipo penal (injuriar a vítima), é porque pretendia ofendê-la na sua honra subjetiva ou, no mínimo, assumiu o risco de produzir o resultado, atuando com indiferença em face dessa possibilidade (art. 18, I, do CP)²²⁹. A isso, sem problema, se se quisesse, poder-se-ia chamar *animus injuriandi*, sem alterar a configuração de conduta simplesmente dolosa. Mas isso seria uma questão de nomes.

Reconheça-se, por outro lado, que existem dois elementos normativos no tipo, dignidade e decoro, cuja precisa compreensão apenas imporá uma valoração jurídico-normativa²³⁰, mas que, reitere-se, não têm o condão de exigir uma finalidade especial na conduta, já que esta é finalística por si mesma, segundo as premissas da concepção finalista, aqui tomada como parâmetro.

Assim, com mais ênfase, tem-se que conduta é um agir finalístico, ou seja, a conduta já é, por si mesma, um comportamento humano²³¹ voltado para um fim, no caso, o fim constante do tipo penal de injuriar alguém, por meio da ofensa à dignidade e ao decoro.

Claro está, porém, que se uma pessoa não age com finalidade de injuriar, isto é, sem consciência ou vontade de ofender a dignidade e o decoro alheios, ou seja, sem quaisquer dos elementos do dolo, sua conduta restará atípica. Isso porque o erro de tipo que ocorreria afastaria, na forma do art. 20 do CP afetaria o dolo, afastando a tipicidade da conduta. Assim, não havendo consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo penal, não seria

²²⁹ Admitindo, expressamente, a configuração da injúria também pelo dolo eventual: GRECO, Rogério. **Direito penal**: parte especial. vol. 2. Niterói, RJ: Impetus, 2005, p. 532; CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial (arts. 121 a 212). vol. 2. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 260 e PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 183). 5ª ed. rev. atual. e ampl. vol. 2. São Paulo: RT, 2006, pp. 274 e 275; SILVA Jr., Hédio. **Direito de igualdade racial**: aspectos constitucionais, civis e penais (doutrina e jurisprudência). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 99; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito penal**: parte especial. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 53. **CONTRA**, inadmitindo prática da injúria pelo dolo eventual: PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 254). São Paulo: RT, 2005, p. 221.

²³⁰ A respeito dos quais se remete ao tópico 3.4.1.4. supra.

²³¹ Tangencia-se, aqui, a discussão acerca da possibilidade de a pessoa jurídica praticar conduta. Sobre o conceito de conduta, ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, pp. 391 a 394; GRECO, Rogério. **Direito penal**: parte geral. 6ª ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, pp. 153 a 161; e BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9ª ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 197 a 216.

possível a responsabilidade criminal, pois, como visto, não há previsão culposa em tais hipóteses.

Aí, precisamente, reside a importância deste tópico: se o agente atuar com outra intenção (*animus defendendi*, *animus jocandi*, *animus narrandi*, *animus consulendi* ou *animus corrigendi*), não tendo consciência e vontade de ofender, a qual, repita-se, não se confunde com dolo específico elemento subjetivo específico ou coisa que o valha, atípica também será a conduta, pela ausência de vontade (dolo) de realizar as elementares objetivas do tipo penal.

A intenção do agente, porém, deve ser avaliada com prudência, no caso concreto.

Das hipóteses citadas acima, destaque-se, por exemplo, o *animus jocandi*, a circunstância excludente do dolo mais presente na doutrina. Um raciocínio apressado levaria a crer que todo comportamento jocoso seria atípico. Não é assim, porém, que tal elemento deva ser interpretado. Não é o simples fato de ser jocoso que torna um dizer atípico. Há de se avaliar, concretamente, se o agente, ao menos, não assumiu o risco ofender a vítima.

A esse respeito, parece adequado fazer referências às palavras de Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer:

A consciência e a vontade de produzir atos discriminatórios e preconceituosos não são incompatíveis com o formato das ‘brincadeiras’. Inadmissível, assim, a publicidade de manifestações jocosas, em qualquer de suas formas, versando discriminações e preconceitos vedados na lei penal. Por conseguinte as charges, o sarcasmo, a ironia, piadas, o deboche, configuram instrumentos idôneos à prática, ao induzimento e instigação do ato discriminatório e preconceituoso proibido. Essas manifestações jocosas, aliás, penetram mais sutilmente no inconsciente coletivo,

perfectibilizando o suporte fático da norma proibitiva²³². (sem grifos no original)

Essa brecha, pela qual tentam se evadir os ofensores da honra alheia, precisa ser, então, bem delimitada. Não se pode aceitar que essa seja uma excludente absoluta. Dessa forma também já pensava Nélson Hungria, para quem era preciso avaliar casuisticamente a índole do ato jocoso, diferenciando-se, assim, o que ele chama de gracejo e ridículo. Confira-se:

...AS PILHÉRIAS DE MAU GOSTO, SUJEITANDO A PESSOA AO RIDÍCULO E À GALHOFA, NÃO SE COADUNAM COM UMA INTENÇÃO INOCENTE. NÃO É ADMISSÍVEL QUE, POR AMOR À PILHÉRIA, SE TOLERE QUE ALGUÉM SE DIVIRTA OU FAÇA DIVERTIR À CUSTA DA REPUTAÇÃO OU DECORO ALHEIO. UMA COISA É GRACEJAR E OUTRA É RIDICULARIZAR. NESTE ÚLTIMO CASO, O DOLO SUBSISTE. O ridículo é uma arma terrível. Uma piada malévola pode destruir toda uma reputação. Além disso, não é de se confundir o animus jocandi com o objetvo de humour a serviço da maledicência. (...) **DESDE, PORÉM, QUE É ULTRAPASSADA A MEDIDA DE UM SÃO HUMORISMO, EXPONDO-SE A PESSOA AO ESCÁRNIO, DESAPARECE A BOA-FÉ E TORNA-SE EVIDENTE O PRAVUS ANIMUS.**²³³ (Original sem grifos)

Portanto, é preciso, para exclusão da configuração da conduta típica delitiva, reconhecer-se ausência total do dolo de agredir a vítima, subsistindo tão somente o *animus jocandi*. Isto é, para evitar a responsabilização penal, “é preciso reconhecer-se a ausência de dolo,

²³² OSÓRIO, Fábio Medina e SCHAFER, Jairo Gilberto. Dos crimes de discriminação e preconceito: anotações à Lei 8.081, de 21.9.90. In: Revista dos Tribunais. Nº. 714. São Paulo: RT, 1995, p. 335.

²³³ HUNGRIA, Nélson *et al.* **Comentários ao Código Penal**. 5ª ed. vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 57 a 58.

que o *animus jocandi* seja o único escopo da ação, e que o fato se contenha na órbita do gracejo, de modo a afastar qualquer vontade de ofender”.²³⁴

Nesse mesmo contexto, está o caso da injúria proferida em meio a uma discussão. A esse mesmo respeito, a parte majoritária da doutrina posiciona-se pela atipicidade da conduta em razão de os sujeitos, exaltados, não terem o liame subjetivo necessário à configuração da conduta, mais uma vez aquele *animus injuriandi*²³⁵.

Ora, mais uma vez, com isso não se pode concordar. Pretender elidir a intenção de ofender do agente, cujos ânimos estavam acirrados em razão da discussão, por essa razão significa negar-lhe consciência ou vontade do seu comportamento. Não se pode admitir que as pessoas percam a consciência ou tenham viciadas suas vontades pelo simples fato de estarem envolvidas numa discussão, ainda que acalorada. Não se retira do agente, nesses casos, o dolo de atuar, ao contrário, pode-se até vislumbrar uma maior intensidade no agir, demonstrando que, realmente, pretendia ofender a vítima. O “calor” da discussão não exclui o dolo, descaracterizando o crime, como pretendem alguns. Consciência e a vontade de ofender não são, a teor do art. 28 do CP, abaladas por paixões ou emoções, mesmo que intensas. Ao contrário, mostram-se, talvez, até mais reais²³⁶.

Dessa forma, ter-se-ia amplamente consubstanciada a prática delituosa, podendo-se reconhecer, eventualmente, a atenuante genérica de violenta emoção (art. 65, III, *in fine*, do CP). Note-se que também assim ocorre com os demais crimes. Se uma pessoa, em meio a uma acalorada discussão, mata outra, não se advoga a elisão da tipicidade da conduta, porque o dolo de matar, representado pela consciência e vontade de agir, estava claramente presente. No máximo, reconhecer-se-ia a minorante prevista no art. 121, § 1º, do CP.

Em face de todo o exposto, observa-se que o tipo subjetivo será mais um elemento na distinção entre os crimes de racismo e de injúria qualificada. Por vezes, uma mesma

²³⁴ *Idem, Ibidem*, p. 58.

²³⁵ Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 568; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 254). São Paulo: RT, 2005, p. 221; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. vol. 2. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. pp 385 a 386; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito penal**: parte especial. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 54, entre outros.

²³⁶ No mesmo sentido do texto: GRECO, Rogério. **Direito penal**: parte especial. Niterói, RJ: Impetus, 2005, p. 544.

expressão pode ser classificada como a prática de uma injúria, de um ato de racismo ou ainda como conduta atípica. Assim, mostra-se sempre necessária investigar, a partir das circunstâncias fáticas, a intenção, a vontade do agente, para definir se algum e qual crime teria sido cometido.

De tal modo, se consubstanciada a intenção de agredir uma pessoa individualizada, para ofender-lhe a honra subjetiva, ainda que sua agressão demonstre forte conotação racista, em sentido amplo, estar-se-á diante do crime de injúria qualificada, caso sejam utilizados os elementos do § 3º, do art. 140 do CP. Se, por outro lado, o agente intenta promover a discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, vulnerando o bem jurídico da igualdade por meio do ataque, genérico, a todo um grupamento social de pessoas, ainda que presente uma vítima, o crime praticado será um daqueles previstos na Lei nº. 7.716/89.

3.4.6 Da consumação e da tentativa

Tratando-se, em sua maioria de crimes de forma livre, muitas são as possibilidades de consumação das infrações típicas do direito penal racial. Embora, por isso mesmo, seja impossível esgotar as hipóteses imagináveis de consumação e tentativa daqueles tipos penais, parece ainda relevante dizer algumas para ilustrar tais institutos.

Nessa esteira, é de se destacar, desde já, que na doutrina prevalece o entendimento de que a injúria verbal não admite tentativa. É crime unissubsistente. Assim, ou a ofensa permanece na mente do agente, na fase da *cogitatio criminis*, ou é manifestada, consumando os atos executórios com a compreensão da ofensa pela vítima, perfazendo, então, o crime.

A tentativa, no entanto, seria admissível nos crimes de injúria racial quando operada pela escrita.

O mesmo se diga, genericamente, quanto aos crimes de racismo previstos na Lei nº. 7.716/89, ressaltando-se, quanto a esses, porém, que se deve sempre analisar o núcleo do tipo de cada crime, individualmente, o que não é possível fazer aqui. Como exemplos, no entanto, aponta-se o art. 3º da Lei, na modalidade *impedir acesso (...) a cargos da Administração*, que tem como admissível a tentativa e o art. 8º, na modalidade *recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias ou locais assemelhados abertos ao público*, cuja tentativa não é possível.

3.4.7 Das penas e da ação penal

Como dito, ressalte-se novamente que parte da doutrina afirma a desnecessidade da criminalização das condutas racistas, quando praticadas por agente administrativo no exercício da função ou em razão dela.

Alexandre Magno Fernandes Moreira, por exemplo, sustenta que a tutela penal, em tais casos, é desnecessária, aduzindo que a responsabilização por improbidade administrativa já se seria suficiente, segundo o autor²³⁷.

Não se contesta que a prática de um ato racista, que importe em indevida discriminação, atente contra os princípios da Administração Pública (art. 11, da Lei 8.429/92), podendo configurar, assim, a improbidade apontada.

Não foi, porém, esse o tratamento dado pelo legislador. Foi estabelecida uma criminalização, cuja apenação não parece ter sido individualizada de maneira criteriosa, segundo os padrões de proporcionalidade, razoabilidade e isonomia na Lei nº. 7.716/89.

Isso porque delitos de natureza semelhante têm penas consideravelmente diversas, ferindo o princípio da proporcionalidade das penas.

Vejam-se, por exemplo, as sanções cominadas nos arts. 7º e 8º (que tratam ambos de impedir o acesso ou recusar atendimento, distinguindo-se apenas em razão do estabelecimento, referindo-se a “hotéis e hospedarias” e “bares e restaurantes”, respectivamente), e que não têm entre si substancial diferença, mas são puníveis com penas reclusivas de 3 (três) a 5 (cinco) anos, no primeiro caso, e 1 (um) a 3 (três) anos, no segundo.

De maneira geral, porém, as penas cominadas na Lei Caó são de 1 (um) a 3 (três) anos, como no caso do art. 20 da Lei 7.716/89, podendo variar para 2 (dois) a 5 (cinco) anos, no caso das modalidades qualificadas. Apenas na hipótese do art. 6º, *parágrafo único*,

²³⁷ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Crítica à incriminação do racismo**. Teresina, ano 10, n. 1128, 3 ago. 2006. Disponível na internet em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8735>>. Acesso em: 03 ago. 2006.

quando o crime é cometido contra menor de 18 (dezoito) anos, é que poderá a pena de reclusão atingir 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, no seu grau máximo²³⁸.

Critica-se, porém, a Lei 9.459/97, em função do *quantum* de pena estabelecida, quando se compara o crime de racismo simples (art. 20, *caput*) com o delito de injúria qualificada. Argumenta-se que a violação a bens jurídicos diversos, de relevância social distintas, não poderiam ter as mesmas sanções, com igual proteção jurídico-penal. Alega-se ainda que a cominação da pena do crime de injúria racial foi exagerada, violando o princípio da proporcionalidade²³⁹.

Por outro lado, há, na doutrina, quem reclame das “limitações penais” estabelecidas pela Lei nº. 7.716/89, porquanto a pequena quantidade de pena cominada, de maneira geral, acabaria por possibilitar, no fim das contas, a aplicação dos institutos despenalizadores, o que demonstraria o descaso do Poder Público²⁴⁰.

Reconheça-se que existe certo descaso do Poder Público, no tocante às demandas sociais dos grupos a que se visa proteger com as normas em comento, especialmente naquilo pertinente de igualdade. Entretanto, tal não se vislumbra, em razão da quantidade de pena cominada na Lei Caó ou pela possibilidade de aplicação de institutos despenalizadores, mas por outros fatores que não cabe analisar nos estreitos limites do presente trabalho, não havendo, porém, uma relação assim automática entre quantidade de pena e atenção às demandas sociais.

Há ainda uma questão importante: a ação penal.

Note-se, porém, que diante dos objetivos a que se propõe o presente trabalho, a ação penal, por ser instituto de natureza adjetiva, talvez não precisasse ser aqui apreciado. Ocorre, porém, a despeito de sua natureza instrumental, que as regras pertinentes à ação penal

²³⁸ Art. 6º, da Lei 7.16/89: “Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau. Pena: reclusão de três a cinco anos. Parágrafo único. Se o crime for praticado contra menor de dezoito anos a pena é agravada de 1/3 (um terço)”.

²³⁹ Neste sentido, ampla maioria da doutrina. Por todos: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. vol. 2. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. pp 385 a 387 e PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 183). vol. 2. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 278. **CONTRA**, alegando razoável e necessária a pena cominada: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, pp. 569 a 571.

²⁴⁰ SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de Preconceito e de Discriminação**. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 148 a 151.

têm uma direta e relevante repercussão sobre a punição do sujeito acusado de injúria racial qualificada. Isso porque poderia conduzir à extinção da punibilidade, se não fosse exercida no prazo legal.

Assim, relativamente à instrumentalização do direito penal, vale dizer, quanto ao direito processual, parece ser necessário abordar uma questão que vinha se mostrando importante, quase que como uma janela pela qual os agressores da honra alheia escapavam. É que, na injúria racial qualificada, havia na forma da ação ou, mais precisamente, na legitimidade para propositura da ação penal um grande óbice à sua punibilidade. Isso porque, ao contrário dos crimes previstos na Lei nº. 7.716/89, processava-se aquele crime mediante ação penal privada²⁴¹. Ou seja, na prática, o sujeito atacado, normalmente integrante de grupos sociais oprimidos, por isso mesmo, geralmente pobre, precisava, de alguma forma, contratar um advogado ou procurar a Defensoria Pública para, em seis meses²⁴², promover a ação sob pena de ver extinta a punibilidade de seu ofensor, em razão da decadência, o que diante daquela sistemática, não seria difícil de ocorrer.

Nesse ponto específico, melhor teria sido que se exigisse apenas a representação da vítima, evitando-se, dessa forma, a extinção da punibilidade pela decadência (art. 107 do CP), quando, ao fim da ação, a conduta fosse, eventualmente, desclassificada do crime de racismo para o delito de injúria qualificada²⁴³.

Foi exatamente em socorro dessa demanda que o legislador penal editou a Lei 12.033, de 29 de setembro de 2009, cujo conteúdo altera a legitimação da iniciativa da persecução penal em juízo, tornando a ação pública condicionada à representação. Assim, em vez de promover a ação penal, deverá o sujeito que se sentir vítima da injúria qualificada manifestar, no prazo de seis meses, sua inequívoca intenção de perseguir em juízo seu ofensor, a partir do que caberá ao Ministério Público impulsionar a persecução penal.

²⁴¹ Em contrapartida, os crimes previstos na Lei 7.716/89, são todos puníveis através da Ação Penal Pública “Incondicionada”, cujo titular privativo é o Ministério Público, conforme o art. 129, I da CF.

²⁴² Regra geral da decadência para os crimes de ação penal privada, a teor do art. 103 do CP.

²⁴³ No sentido do texto, consulte-se, por todos: SAMPAIO, Roberto Brayner. Racismo e injúria qualificada – inconstitucionalidade e questões procedimentais – decadência e prescrição. *In*: PERNAMBUCO. Ministério Público do Estado de Pernambuco (MPPE). **Anais do VI Congresso Estadual do Ministério Público – A construção dos direitos humanos no estado de pobreza**, pp. 24 a 26.

3.4.8 Da amplitude de aplicação das cláusulas de imprescritibilidade e de inafiançabilidade

A norma constitucional que considera inafiançável e imprescritível o crime de racismo já é notória²⁴⁴. Conquanto as críticas a ela sejam freqüentes²⁴⁵, descabe aqui analisar a “justiça” desses mandamentos constitucionais. O fato é que o dispositivo impõe uma maior reprovação ao crime de racismo (feita pelo constituinte originário), de maneira que a norma que determina incriminação das condutas violadoras do direito individual à igualdade, bem como os preceitos punitivos acessórios nela inseridos, teriam sido elevados à categoria de “cláusulas pétreas”, cuja extinção seria proibida pela própria Norma Constitucional (art. 60, § 4º, IV, da CF), sendo, portanto, “insuprimíveis”.

Uma das “garantias de punição”, a imprescritibilidade, consiste em não possibilitar a extinção de punibilidade em decorrência da passagem do tempo prescrição, podendo a ação penal ser proposta e, mais ainda, a pena ser aplicada a qualquer tempo. Por óbvio, não se limita, com isso, a persecução criminal às usuais regras de prescrição do Direito²⁴⁶.

A inafiançabilidade, porém, apesar da “aparente severidade” da Constituição, tem, na prática, conteúdo de aplicação bastante esvaziado. Tornou-se uma norma anacrônica. Isto porquanto, em que pese a existência da proibição constitucional de conceder fiança, não é isso que determina a concessão da liberdade ou manutenção da prisão provisória (o que parece ter sido a intenção do constituinte). Assim, se não estiverem presentes os fundamentos de necessidade da prisão preventiva (o *periculum libertatis*, constante no art. 312, do CPP), deverá

²⁴⁴ O art. 5º, XLII, da CF diz: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

²⁴⁵ A respeito das críticas à inafiançabilidade e à imprescritibilidade, confira-se, por todos: MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Crítica à incriminação do racismo**. Teresina, ano 10, n. 1128, 3 ago. 2006. Disponível na internet em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8735>>. Acesso em: 03 ago. 2006; SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 56 a 59 e TEJO, Célia Maria Ramos. **Dos crimes de preconceito de raça ou de cor**: Comentários à Lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989. Campina Grande: EDUEP, 1998, pp. 27 a 37.

²⁴⁶ LOZANO Jr., José Júlio. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2002 pp. 21 a 40.

o juiz conceder a liberdade provisória²⁴⁷. Isso levará, em verdade, a uma completa distorção: nem mesmo a fiança o acusado pagará, para obter tal benefício. Ao passo que, para obter a liberdade provisória no crime de injúria qualificada, por exemplo, deverá o acusado pagar fiança, ressalvados os arts. 310 e 350 do Código de Processo Penal²⁴⁸. Vê-se, destarte, que a intenção de não “monetarizar” a vulneração à igualdade fica numa posição, no mínimo, assistemática no Ordenamento.

Outra questão ainda toma relevo: as cláusulas de imprescritibilidade e inafiançabilidade aplicam-se a todos os crimes raciais ou sua abrangência exclui o crime de injúria qualificada, restando apenas a Lei 7.716/89?

Posiciona-se a maioria pela restrição da aplicação, de modo que só os crimes de racismo da Lei Caó seriam inafiançáveis e imprescritíveis²⁴⁹.

Reconheça-se que ambos os crimes têm a mesma essência (mesma ontologia) são, em última análise, atos racistas, que manifestam pensamentos e sentimentos preconceituosos. Mas isso não os confunde. Ainda que pela essência racial seja compreendida a injúria qualificada (como, aliás, é a tendência no PLS 309/2004²⁵⁰), há de se respeitar a opção do legislador que delimitou os crimes de racismo na Lei 7.716/89, não se podendo ampliar, em respeito ao Princípio da Legalidade, a abrangência das cláusulas constitucionais punitivas por simples construção hermenêutica, especialmente, quando *in malam partem*.

Outrossim, mostra-se interessante perquirir: essas cláusulas aplicam-se tão somente aos crimes de **racismo** (enquanto discriminação/preconceito em razão da **raça**) ou a todos crimes previstos na Lei 7.716/89?

²⁴⁷ Interpretação conjugada do art. 310, *parágrafo único*, combinada com o art. 312, ambos do Código de Processo Penal.

²⁴⁸ Neste sentido, por todos, confira-se: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 440 a 441.

²⁴⁹ Por todos, confira-se: SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001. 158. **CONTRA**, alegando aplicáveis ao crime de injúria racial, acha-se: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, pp. 569 a 571 e SAMPAIO, Roberto Brayner. Racismo e injúria qualificada – inconstitucionalidade e questões procedimentais – decadência e prescrição. *In*: PERNAMBUCO. Ministério Público do Estado de Pernambuco (MPPE). **Anais do VI Congresso Estadual do Ministério Público – A construção dos direitos humanos no estado de pobreza**, pp. 24 a 26.

²⁵⁰ Ver, a esse respeito, o anexo deste trabalho.

Aduz-se, com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal que a Constituição, ao dizer “nos termos da lei” (art. 5º XLII), delegou-lhe a função de definir os crimes de racismo, impondo a esses delitos as Cláusulas Severas. Assim, se a Lei definiu a discriminação vedada (racismo) ampliando os fundamentos da sua proibição para além da compreensão de **raça** Lei, seria lícito também dilatar as cláusulas punitivas acessórias. Destarte, seriam de “racismo” (no sentido do art. 5º, XLII, da CF) todos os crimes previstos na Lei que os define, ainda que não seja de raça o fundamento da discriminação. Dessa forma, incidiria em crime de racismo quem praticasse discriminação por motivos de religião ou procedência nacional (como no caso dos judeus²⁵¹).

Diverge a doutrina, porém, quanto à abrangência da expressão “procedência nacional”, constante na Lei. Assim, discute-se se cabe proteção aos nordestinos (que, ao contrário dos judeus, não poderiam ser incluídos “discriminação ou preconceito de **religião**”). Embora, preconceito em razão de procedência nacional enseje a idéia **países**, admite-se a prática de racismo, em função de regionalismos, defendendo-se, inclusive, a aplicação das cláusulas constitucionais de imprescritibilidade e inafiançabilidade, quando da discriminação contra regionais²⁵². Reconheça-se, porém, apesar da flagrante injustiça que isso possa representar, o perigo dessa interpretação. Ainda que insuflada pela decisão do Supremo, que ampliou largamente o conceito de raça, no *habeas corpus* já citado, deve-se ter prudência, pois, assim, qualquer aglomerado de pessoas, bastando que tivesse um elemento social em comum que o distinguisse do restante da Comunidade poderia ser, com fundamento na Lei 7.716/89, discriminado. Não parece, por exemplo, que a norma puna a discriminação, ainda que indevida,

²⁵¹ Neste sentido, inclusive, o parecer do então Subprocurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, que funcionou, como *custos legis*, no *Habeas Corpus* nº. 82.424/RS processado no STF. Na espécie, porém, o Tribunal, por maioria, manteve a condenação, interpretando ampliativamente o conceito de raça como um “grupo social”. Assim, aplicou a imprescritibilidade para a discriminação manifestada contra os judeus. A esse respeito, o voto do Min. Maurício Corrêa (relator) do *Habeas* citado. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Crime de racismo e anti-semitismo**: um julgamento histórico do STF. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, pp. 11 a 12. **CONTRA**, inadmitindo a aplicação das cláusulas punitivas a todos os crimes da Lei 7.716/89: SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 158.

²⁵² No sentido do texto: SILVA, José Geraldo da *et al.* **Leis especiais anotadas**. 6ª ed. Campinas: Millennium, 2004, pp. 299 a 300. e SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 80 a 86.

contra pessoas soropositivas do vírus do HIV, o que, repita-se, geraria, à omissão da Lei, uma grande injustiça²⁵³.

²⁵³ Neste sentido, observe-se: “*CRIME RESULTANTE DE PRECONCEITO DE RAÇA OU DE COR – Diretora de escola que impede a matrícula de aluno, portador do vírus da ‘AIDS’ – Caracterização – inocorrência – Inteligência: art. 1º do Código Penal, art. 286 do Código Penal, art. 5º, XXXIX, da Constituição da República, art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 6º da Lei 7.716/89, relativa a discriminações de raça, cor, religião e etnia, na conduta de Diretora de escola que impede a matrícula de aluno portador do vírus da ‘AIDS’, vez que, o princípio da reserva legal é fundamental e inarredável em matéria de restrição de liberdade, exigindo-se que a Lei seja interpretada sem ampliações ou equiparações analógicas, salvo se for para beneficiar o réu.*” (RJDTACRIM – São Paulo, v. 28, p. 76, out./dez. 1995) *apud* SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 82.

3.4.9 Violação à liberdade de expressão?

Finalmente, não se pode olvidar de um questionamento freqüente, sobretudo na esfera judicial, quando réus-confessos, na elaboração de sua tese de defesa tentam confundir o julgador, alegando consistir o ato racista, verdadeiramente, em livre manifestação de pensamento e opinião, assegurados pela inviolável garantia da Liberdade de Expressão (art. 5º, IV, VIII e IX da CF). Outrossim, na doutrina, encontram-se afirmações de que a criminalização do racismo atenta contra a liberdade²⁵⁴.

É preciso, antes de tudo, esclarecer que, num Estado Democrático, nenhum direito pode ser considerado absoluto, adequando-se sistematicamente às restrições impostas pelo conjunto social. Assim, no mais clássico dos exemplos, assegura-se o direito à propriedade, desde que ela respeite a sua função social. Diga-se o mesmo quanto à liberdade de expressão, de maneira que não se pode invocar tal garantia fundamental para promover o racismo ou ainda para vulnerar o também inviolável direito à honra e à imagem (conforme art. 5º, X da CF). Ressalte-se: não há “direito de ofender”, de atacar a dignidade e o decoro alheios. A ninguém é dado o direito de emitir opiniões negativas acerca de outras pessoas, sobretudo quando isso lhes ofende a dignidade e o decoro, mesmo que as adjetivações imputadas sejam procedentes (não cabe exceção da verdade nos crimes de injúria)²⁵⁵.

Finalmente, destaque-se que o Direito e, mais ainda o Direito Penal, ocupa-se da exteriorização de condutas presentes no mundo fático²⁵⁶, sendo obviamente necessário que o sentimento racista venha a se **manifestar** de alguma forma na sociedade. Não basta, ainda que socialmente reprovável, que alguém que simplesmente **pense** que os “negros sejam uma

²⁵⁴ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Crítica à incriminação do racismo**. Teresina, ano 10, n. 1128, 3 ago. 2006. Disponível na internet em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8735>>. Acesso em: 03 ago. 2006.

²⁵⁵ **Nesse sentido, por todos: NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 568.**

²⁵⁶ Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 36 a 38.

raça inferior”. É preciso, como dito, que o preconceito, manifeste-se como uma prática racista, que se torne um ato discriminatório. Do contrário, o direito penal não intervirá.

4 DA COMPATIBILIZAÇÃO DA INCRIMINAÇÃO DO RACISMO COM OS PRINCÍPIOS ESSENCIAIS FORMADORES DA NOÇÃO DE DIREITO PENAL MÍNIMO

Como visto, diante do contexto sócio-político-cultural existente ao tempo da reabertura democrática após o regime ditatorial, o constituinte, ainda traumatizado, constitucionalizou normas de intervenção penal. A reboque, o legislador penal, em socorro de relevantes bens jurídicos, como igualdade e honra, considerados sob o prisma racial, estabeleceu as prescrições da Lei nº. 7.716/89 e as respectivas alterações, das quais decorreu, entre outros, a tipificação da injúria racial qualificada prevista no art. 140, § 3º, do CP.

Diante desse contexto e considerando-se o panorama legal traçado nos capítulos anteriores, emerge como uma questão absolutamente fundamental a seguinte indagação: a criminalização do racismo na forma como atualmente estabelecida, em decorrência do mandamento constitucional incriminador, é compatível com o Direito Penal Mínimo e o Estado Democrático de Direito? Para se responder a essa pergunta, no entanto, há de se analisar, em primeiro lugar, o fundamento daquela incriminação.

Antes disso, porém, parece relevante lembrar, que, quando se propõe uma investigação científico-dogmática no plano das ciências jurídicas, o que não difere na seara criminal, não se pode prescindir dos postulados característicos de uma pesquisa jurídico-científica qualquer.

A respeito das várias peculiaridades típicas das investigações científicas no plano da dogmática penal, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas, com a clareza e a simplicidade que lhe são próprias, diz:

AS CIÊNCIAS DOGMÁTICAS, COMO VISTO ANTERIORMENTE, NÃO APRESENTAM DETERMINADAS CARACTERÍSTICAS DAS CIÊNCIAS EMPÍRICAS, como por exemplo, a possibilidade de verificar e refutar seus enunciados que são, dessa maneira, insuscetíveis de comprovação. Percebe-se que **ELAS**,

AO CONTRÁRIO DOS DEMAIS SABERES, LIDAM COM ALGUMAS LIMITAÇÕES IMPORTANTES. Os problemas que enfrentam acarretam a exclusão de determinados questionamentos das demais ciências. **ENCONTRAM-SE, DESSA FEITA, FUNDADAS EM ‘DOGMAS’, ISTO É, EM QUESTÕES FECHADAS QUE IMPEDEM A ESPECULAÇÃO NO NÍVEL MAIS ELEVADO, CARACTERÍSTICA DAS CIÊNCIAS EMPÍRICAS. POR EXEMPLO: SABE-SE QUE UM PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DOGMÁTICA É O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA NEGAÇÃO OU O PRINCÍPIO DA INEGABILIDADE DOS PONTOS DE PARTIDAS DAS SÉRIES ARGUMENTATIVAS.**

EM FACE DO REFERIDO PRINCÍPIO, VERDADEIRO ‘DOGMA’, O CIENTISTA DO DIREITO PENAL PODE ATÉ MESMO QUESTIONAR UM DETERMINADO ASPECTO FUNDAMENTAL DA CIÊNCIA PENAL, MAS NÃO PODE NEGÁ-LO, pô-lo em dúvida.²⁵⁷

Nessa ordem de idéias, embora haja liberdade científico-argumentativa (até mesmo para se questionar determinadas premissas fundamentais), diante de uma abordagem dogmática, não se pode negar a validade ou a vigência de certos “dogmas” típicos da investigação dogmático-jurídica.

E um desses dogmas é justamente aquele que supõe a estruturação do sistema jurídico de forma piramidal, em cujo topo estaria a Constituição, irradiando seus efeitos para o restante do ordenamento. A Carta Constitucional, seria, então, o núcleo fundamental de todo o ordenamento²⁵⁸.

²⁵⁷ FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. Ciências criminais e filosofia política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº. 63, pp. 199 a 200 (sem grifos no original). No mesmo sentido: FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 11 e SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**. Tomo I. Buenos Aires: Tea, 1987, p. 27. Ampliando tal observação para a ciência do direito em geral, veja-se, ainda: ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31.

²⁵⁸ A propósito, vejam-se, por todos, as lições de: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999, pp. 48 a 53.

Escalonado dessa forma, o sistema pressupõe a existência de patamares normativos. Os patamares superiores, então, serviriam de base aos inferiores, vinculando-os, inclusive, sob dimensões formais e materiais²⁵⁹.

Transpondo-se, assim, essa lógica para a seara penal, ter-se-ia, num primeiro raciocínio, que as cláusulas constitucionais incriminadoras, a exemplo daquela de incriminação do racismo, imporiam ao legislador o dever da edição de normas penais criminalizadoras.

Nesse contexto, parece adequado mencionar, contudo, que, mesmo entre os autores que aderem à constitucionalização como um caminho sem volta para o direito penal, tal obrigação criminalizadora é bastante discutida.

Para se trabalhar essa suposta obrigatoriedade de incriminação, no entanto, necessário se faz identificar antes qual a natureza da norma constitucional incriminadora do racismo.

Recomece-se, então, destacando a existência de uma, anteriormente mencionada, tipologia, segundo a qual os princípios e normas constitucionais penais haveriam de ser compreendidos.

Essa visão importaria a divisão dessas normas constitucionais penais em duas categorias: as indicações de incriminação e as cláusulas constitucionais criminalizadoras²⁶⁰.

Quanto ao primeiro grupo, que trata das indicações de criminalização, a Constituição, ao albergar tais normas, estaria esboçando, dentre os objetos passíveis de incriminação, aqueles bens jurídicos que, segundo a avaliação do legislador constitucional, seriam dignos de proteção punitiva estatal, reconhecendo-lhes, por assim dizer, o merecimento de tutela penal.

As cláusulas constitucionais de criminalização, por outro lado, seriam determinações de incriminação, advindas da Constituição. Possuiriam, dessa maneira, caráter

²⁵⁹ *Idem, Ibidem*, pp. 53 a 58.

²⁶⁰ Ainda que com palavras diversas, mas mantido o conteúdo, essa classificação prevalece na doutrina nacional e estrangeira. Veja-se, a respeito: CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 316; LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: SAFE, 1991, pp. 25 a 31; CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: SAFE, 1992, pp. 41 a 51; BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 90 e PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, pp. 69 a 72.

cogente, obrigatório e vinculador do legislador penal. Delas, não poderia, a autoridade legiferante se afastar em nenhuma hipótese, ensejando sua contrariedade ou abstenção a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade, inclusive.

A respeito, Maria Conceição Ferreira da Cunha diz que, “no caso das imposições expressas, a Constituição, como que implicitamente, declara não só a dignidade, mas também a carência de tutela”²⁶¹, isto é, a necessidade de intervenção punitiva do Estado.

Em linha semelhante, Jorge Figueiredo Dias, trabalhando com os elementos de necessidade de tutela e caráter subsidiário do direito penal, defende a inexistência de uma suposta obrigatoriedade de criminalização, decorrente das normas constitucionais, naquilo pertinente às indicações de criminalização, coisa que ele excepciona no caso das cláusulas expressas de intervenção penal.

Diz o autor:

o bem jurídico penalmente relevante tem de encontrar uma referência, expressa ou implícita, na ordem constitucional dos direitos e deveres fundamentais. Mas, justamente em nome do critério da necessidade e da conseqüente subsidiariedade da tutela jurídico-penal dos bens jurídicos, a inversa não é verdadeira: no preciso sentido de que **NÃO EXISTEM IMPOSIÇÕES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITAS DE CRIMINALIZAÇÃO. NATURALMENTE, ONDE O LEGISLADOR CONSTITUCIONAL APONTE EXPRESSAMENTE A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO PENAL PARA TUTELA DE BENS JURÍDICOS DETERMINADOS, TEM O LEGISLADOR ORDINÁRIO DE SEGUIR ESTA INJUNÇÃO E CRIMINALIZAR OS COMPORTAMENTOS RESPECTIVOS, SOB PENA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (EMBORA, AINDA AQUI, FIQUE UMA LARGA E INCONTORNÁVEL MARGEM DE LIBERDADE À LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA NO**

²⁶¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 316.

QUE TOCA AO EXATO ÂMBITO E À CONCRETA FORMA DE CRIMINALIZAÇÃO, BEM COMO, EM PRINCÍPIO, ÀS SANÇÕES COM QUE OS COMPORTAMENTOS DEVEM SER AMEAÇADOS E À SUA MEDIDA). ONDE, PORÉM, INEXISTAM TAIS INJUNÇÕES CONSTITUCIONAIS EXPRESSAS, DA EXISTÊNCIA DE UM VALOR-JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE RECONHECIDO COMO INTEGRANTE DE UM DIREITO OU DE UM DEVER FUNDAMENTAL NÃO É LEGÍTIMO DEDUZIR SEM MAIS A EXIGÊNCIA DE CRIMINALIZAÇÃO DOS COMPORTAMENTOS QUE O VIOLAM. Precisamente porque não pode ser ultrapassado o inevitável entreposto constituído pelo critério da necessidade ou da carência de pena.²⁶² (sem grifos no original)

Na mesma ordem de idéias, Márcia Dometila de Carvalho, apegando-se à Constituição, chega a afirmar que pretender, por exemplo, limitar a repressão a crimes hediondos seria “pecar por omissão; por inconstitucionalidade”²⁶³.

Diante de tal quadro tipológico predominante, pareceria não haver dúvidas de que a norma constitucional inserta no art. 5º XLII da CF, por sua redação atual²⁶⁴, estaria no grupo das cláusulas ou determinações constitucionais incriminadoras, cuja natureza, repita-se, de forma cogente, imporia ao legislador verdadeiro dever de criminalização.

A seu respeito, Luiz Luisi observa:

na nossa realidade atual não seria correto sustentar-se a inexistência de discriminação racial. Todavia essa se apresenta de forma mitigada.

Mesmo assim, aduz o autor gaúcho:

²⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 79.

²⁶³ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 49.

²⁶⁴ O art. 5º, XLII, da CF estabelece: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

em que pese a discriminação racial, não ser no presente momento da vida nacional, embora existente, um sério e grave problema, o legislador constituinte entendeu ser necessária a severa criminalização de práticas racistas, ordenando ao legislador ordinário, que tipificasse essas práticas, sancionando-as com penas de reclusão, afora a imprescritibilidade da ação penal e a inafiançabilidade, já consagradas em norma constitucional.²⁶⁵ (sic)

No mesmo sentido, Luciano Feldens diz ainda:

Considerando, pois, que no momento atual já existe previsão normativa incriminando condutas definidas como racismo, torna-se evidente que lei posterior, a qual sequer poderia abrandar o delito sob os aspectos acima enunciados (inafiançabilidade e imprescritibilidade), não poderia revogar a proteção penal já existente, atitude essa que denotaria uma clara ilicitude constitucional em face do específico mandato constitucional de criminalização²⁶⁶.

Note-se, então, como mesmo na doutrina e segundo uma perspectiva em que reconhece a desnecessidade da criminalização, submete-se, sem qualquer hesitação, a avaliação dos pressupostos de intervenção penal às chamadas determinações constitucionais incriminadoras, relativizando-se, quando não efetivamente rompendo, a inter-relação entre Direito Penal Mínimo e Estado Democrático de Direito.

Perceba-se, ainda, que tal submissão, além de desconsiderar todo aquele esforço para construção de uma teoria dogmática garantista, que estabelecesse pressupostos mínimos para não intervenção punitiva do Estado, subverte a lógica e a função própria do

²⁶⁵ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª Ed. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 61. No mesmo sentido: TEJO, Célia Maria Ramos. **Dos crimes de preconceito de raça ou de cor**: comentários à Lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989. Campina Grande: EDUEP, 1998, pp. 15 a 18.

²⁶⁶ FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 82.

Direito Criminal, sujeitando-o à condição de ramo assegurador da vigência da norma constitucional, e não instrumento de proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade²⁶⁷.

Observe-se que não se quer questionar a natureza imutável daquele dispositivo constitucional. Esclareça-se: a discussão, como aqui pautada, resume-se a perquirir se, em razão daquela norma, existiria verdadeiro dever inescapável de criminalização.

Deixa-se, assim, a delimitação das cláusulas pétreas para a doutrina especializada²⁶⁸.

Exige-se, assim, que se reafirme que o objetivo primordial do enfoque constitucional do direito penal é o de limitar, negativa ou positivamente, a força punitiva do Estado. Note-se, inclusive, que adotar tal premissa para pretender legitimar a expansão uma obrigatória (por vezes, indevida) não parece sequer coerente com as pretensões daquela concepção²⁶⁹.

Adota-se, então, como já anunciado, essa mesma premissa, da limitação positiva do direito penal pela constituição, sob um prisma diferente. Isso porque se compreende que, para fins de criminalização, cabe exclusivamente ao legislador ordinário penal interpretar as normas constitucionais penais avaliando-as, concreta e permanente, segundo uma valoração do substrato social. Quer-se dizer, ao legislador, sem perder de vista a teoria dos bens jurídicos e os pressupostos mínimos para permissão da tutela penal (dignidade, necessidade e eficácia da tutela), caberá definir o que venha a ser o racismo incriminado e, sobretudo, individualizar concretamente as condutas que exijam a intervenção penal.

²⁶⁷ Delineia-se aí, talvez, uma concepção normativo-funcionalista de direito penal, uma perspectiva da qual, aliás, os defensores daquela obrigatoriedade dizem querer se distanciar.

²⁶⁸ Atente-se, apenas para o fato de que, se se admitisse a obrigatoriedade de criminalização, decorrente da Carta Política, e se se entendesse pela natureza imutável daquela norma constitucional incriminadora, ter-se-ia situação de punibilidade penal tendente à perpetuidade, exacerbada, mais ainda, pela imprescritibilidade já analisada. Em razão disso, apenas sob um novo manto constitucional seria possível a *abolitio criminis* e a extinção da punibilidade de condutas relacionadas ao direito penal racial. Asseverando pétreas todas as cláusulas insertas no art. 5º, dentre as quais está a incriminadora do racismo, veja-se, por todos: AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 390 a 391. A respeito dos elementos característicos dos processos de descriminalização, consulte-se, em excelente estudo: CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: RT, 2002.

²⁶⁹ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, p. 69

Há de se destacar, porém, que: tanto os autores que vislumbram a Constituição apenas como um limite quanto aqueles que a concebem como fundamento do Direito Penal reconhecem a possibilidade de intervenção penal ao reconhecimento de sua real necessidade. Isso quando não se fala, expressamente, no pressuposto da eficácia.

Ainda assim, porém, como dito, a doutrina se inclina, majoritariamente, pela afirmação de tal obrigatoriedade, o que parece um contra-senso com a própria premissa de que a Constituição deva servir como limite positivo, apenas parâmetro máximo de intervenção penal.

Há, no entanto, algumas boas razões para não se concordar com essa conclusão prevalente na doutrina da obrigação de criminalização decorrente da Constituição. Ei-las.

Em primeiro lugar, essa não obrigatoriedade decorre daquela concepção, estabelecida como premissa fundamental no primeiro capítulo, segundo a qual, para o direito penal, a Constituição funciona apenas como limite, nunca como fundamento de incriminação, ao qual o legislador inevitavelmente há de se restringir, não sendo, repita-se, coerente admitir tal obrigação em detrimento das próprias pretensões dessa dimensão limitadora.

Observe-se, inclusive, que entendimento contrário conduziria, em desfavor do debate democrático na esfera pública social, a um congelamento do ordenamento jurídico, embora o fluxo das relações humanas continuasse em sua marcha inexorável, avançando dinâmica e ininterruptamente. De maneira mais clara, se num futuro remoto e eventual se pretendesse, julgando-se desnecessária a intervenção jurídico-penal, a descriminalização de condutas típicas de racismo, estar-se-ia diante de norma inconstitucional? Parece que uma resposta positiva significaria instituir verdadeira fossilização do ordenamento. Relembre-se ainda de que tais normas são consideradas por muitos como cláusulas pétreas: mesmo diante da avaliação da desnecessidade ou da ineficácia da tutela penal seria obrigatória a intervenção penal nessas hipóteses?

Disso decorre, a contrário senso, dizer que: se aquelas normas constitucionais fossem tomadas como vinculantes e obrigatórias para o legislador, a intervenção punitiva do Estado estaria, necessariamente, por antecipação do constituinte, sendo sempre estabelecida no parâmetro máximo, o que, por si só, já seria um sinal de que algo não está bem. Isso porque a inexistência de filtros e critérios a serem exercidos, concretamente, pelo legislador penal, de

acordo com uma serena e ponderada avaliação das demandas do corpo social, seria um forte indício do abuso da criminalização.

Em verdade, quer-se apenas lembrar a idéia é de que, a despeito da superposição da Constituição, subsistiria ainda um espaço interpretativo, próprio do legislador, dentro do qual ele ainda poderia se mover.

Tal margem, aliás, parece ter sido reconhecida pelo próprio Hans Kelsen: tratando da estruturação do ordenamento jurídico, reconheceu a força e a natureza absolutamente vinculativas das normas de escalão mais elevado em relação aos seus níveis inferiores, fazendo-lhe, porém, uma ressalva importante.

Compara, em ilustrativo exemplo, a relação existente entre esses patamares normativos, superpostos uns aos outros, com a elaboração de um quadro. Admite, assim, que, por menor que seja a moldura, sempre subsistirá uma tela, cuja imagem-conteúdo, haverá de ser pintada pelo legislador, abrindo-lhe assim um espaço de apreciação político-valorativa²⁷⁰.

Perceba-se: exatamente em razão da natureza dessa investigação, não se pretende refutar o dogma, o ponto de partida, segundo o qual a Constituição é o núcleo irradiador do ordenamento jurídico, dentro do qual se encontra sistema penal. Quer-se, apenas, assegurar a margem interpretativa típica de apreciação político-social do legislador, a quem caberá avaliar e decidir, em conformidade com a essência democrática da Constituição, sobre o atendimento dos critérios e pressupostos necessários à intervenção penal.

Dessa forma, tomando-se por inexistente a suposta obrigatoriedade de incriminação do racismo, decorrente diretamente da Constituição, há de se retomar o questionamento sobre a compatibilidade da incriminação do racismo hoje existente com o Direito Penal próprio de um Estado Democrático de Direito. Para isso, no entanto, mostra-se necessário confrontar a incriminação objeto de investigação com cada um dos elementos formadores da concepção de Direito Penal Mínimo.

Admita-se, todavia, que tal modelo não constitui um consenso científico em torno da qual a doutrina se mostra concordante.

²⁷⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 364.

Desse modo, mesmo que não se problematize demasiadamente, é preciso gizar uma noção conformadora de direito penal mínimo.

Assim, parece ser possível extrair, de autores como Alessandro Baratta²⁷¹, rudimentos com os quais se poderia ter uma noção que permita o cotejo aqui proposto. Daí, ter-se que se exige, ao menos, que, para ser compatível com o paradigma do Direito Penal Mínimo, o sistema criminal deve ter, exclusivamente, a função e a finalidade de proteger bens jurídicos, sobre cuja proteção se haja construído democraticamente o entendimento de que a intervenção penal é merecida, necessária, eficaz e proporcional²⁷².

Sobre o merecimento de tutela penal, Janaína conceição Paschoal traz lição valerosa:

A idéia de dignidade penal está diretamente relacionada com a identificação, na sociedade, de bens passíveis de receberem tutela penal, sendo justamente a Constituição que revela essa dignidade penal (ou merecimento de tutela).

Assim, dignos ou merecedores de tutela penal são aqueles bens que integram a ordem constitucional por terem sido reconhecidos em uma dada sociedade como relevantes para sua conservação, observando-se que essa dignidade não é suficiente para justificar a criminalização, fazendo-se ainda mister verificar, no caso concreto, se existe a necessidade da tutela de natureza penal²⁷³.

Reconheça-se, então, desde já e até por coerência com as premissas já postas, que a incriminação do racismo, seja pela Lei nº. 7.716/89 seja pela previsão do art. 140, § 3º,

²⁷¹ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: **Doctrina Penal**. n. 10-40, Buenos Aires: Depalma, 1987. pp. 623-650. Disponível, na internet, em versão traduzida: <<http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20dereito%20penal%20minimo.pdf>> Acesso: 21 out. 2009.

²⁷² Acerca do princípio da proporcionalidade no direito penal, veja-se: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3ª ed. revista e ampliada. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2008, pp. 27 a 30.

²⁷³ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, p. 51. No mesmo sentido: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. **Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho** (el objeto protegido por la norma penal). Barcelona: PPU Derecho y Estado, 1991, p. 140.

do CP, envolve a proteção de bens jurídicos cujo merecimento de tutela penal está consagrado em conformidade com os ditames minimalistas de direito penal, mesmo porque foram expressamente albergados pela Carta Política. Ressalte-se que isso está plenamente de acordo com a visão da Constituição como limite positivo ao ramo punitivo do Estado.

Pois bem. Fácil perceber, então, que para incriminação do racismo, satisfeito está o pressuposto de merecimento de tutela penal, pois ela existe para proteger bens jurídicos dignos de tal, em face de possíveis perigos e violações.

Outra, porém, é a situação do requisito necessidade de proteção penal, cujo reconhecimento se mostra mais dificultoso. Isso porque não há ainda, no plano da dogmática, critérios teóricos precisos que, por si mesmos, sejam suficientes a permitir uma apreciação objetiva sobre a exigência, ou não, de atuação punitiva do Estado. É, por assim dizer, da própria essência desse critério a fluidez, pois, não há, ao contrário do merecimento, anteriormente analisado, contribuições que permitam tamanha segurança numa análise estritamente dogmática.

É bem verdade que, assim como os demais, o núcleo desse juízo-condição seja formado por aqueles mesmos princípios elementares do direito penal, notadamente, subsidiariedade e intervenção mínima, que permitem questionar se os outros ramos do ordenamento já não estariam dando conta da proteção jurídica àquele bem.

Entretanto, ao inverso do que ocorre com a dignidade, as teorias existentes, dentre as quais aquela premissa de obrigatoriedade de incriminação já abordada neste tópico, têm natureza auxiliar e complementar na valoração desse pressuposto de intervenção penal, ajudando, assim, de forma insuficiente ainda.

Há de se reconhecer, em verdade, que a avaliação da precisão de intervenção punitiva em favor de um bem jurídico deve ser permeada por um intenso debate que necessita transcender as estreitas fronteiras da dogmática penal (parâmetro ao qual se limita este trabalho) para envolver as contribuições da Criminologia, da Política Criminal e ainda da Filosofia Política²⁷⁴.

²⁷⁴ Nesse sentido, apontando a necessidade da conformação do tripé das ciências criminais, e não a prevalência da dogmática em detrimento das demais, bem como reclamando o resgate da filosofia política nesse quadro:

Ainda assim, porém, não se pode deixar de mencionar algo do que há na doutrina em termos de tentativa de definir o pressuposto da necessidade de intervenção penal.

Traçando uma diferenciação entre dignidade e merecimento de tutela, Rafael Alcácer Guirao diz:

A diferença entre merecimento e necessidade de pena pode ser explicada nos seguintes termos. Enquanto que o merecimento de pena atende a uma racionalidade valorativa, dirimindo-se a questão de quando é legítimo estabelecer responsabilidade penal pelo fato praticado, a necessidade de pena tem sua esfera de decisão por uma racionalidade instrumental, apresentando-se quando seria necessária funcionalmente uma pena, de acordo com os fins a esta estabelecidos.

(...)

Se no merecimento não de ser encontrados os pressupostos que legitimam a responsabilidade penal e, por isso, a possibilidade de aplicar a sanção penal, na necessidade de pena deve se encontrar o **fundamento** da pena, essa, é a razão pela qual ela deve impor-se ²⁷⁵.
(grifos do original)

Parece, também, adequado atentar às lições de Winfried Hassemer:

...uma ameaça penal contra um comportamento humano é ilegítima sempre que não possa lastrear-se na proteção de um bem jurídico. A partir deste ponto de vista, **o Direito Penal manifesta-se como instrumento de controle social que só pode ser acionado para**

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. Ciências criminais e filosofia política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº. 63, pp. 188 a 230.

²⁷⁵ Livre tradução de: La diferencia entre merecimiento y necesidad de pena puede explicarse en los siguientes términos. Mientras que el merecimiento de pena atiende a una racionalidad valorativa, dirimiéndose la cuestión de cuándo es legítimo establecer responsabilidad penal por lo realizado, la necesidad de pena ve presidida su esfera de decisión por una racionalidad instrumental, planteándose cuándo es necesaria funcionalmente una pena, respecto de los fines a ésta asignados. (...) Si el merecimiento han de hallarse los presupuestos que legitiman la responsabilidad penal y, por ello, la posibilidad de aplicar la sanción penal, en la necesidad de pena debe hallarse el **fundamento** de pena, esto, es la razón por la que debe imponerse. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Sobre el concepto de delito**: lesión del bien jurídico o lesión de deber? Buenos Aires: Ad Hoc, 2003, pp. 148 a 149. (grifos do original)

proteção necessária de elementares interesses humanos, e desde que instrumentos menos lesivos e com resultados equivalentes não estejam disponíveis²⁷⁶.

Entretanto, embora não se possa, diante das limitações aqui estabelecidas, afirmar teórica e cientificamente sobre a concreta existência de tal necessidade no que diz respeito aos crimes raciais, parece relevante registrar a compreensão pessoal do autor, formada a partir de uma avaliação individual daquele conjunto de saberes, segundo a qual as prescrições punitivas típicas do direito penal racial existentes atualmente no ordenamento pátrio, isto é, a Lei nº. 7.716/89 e o art. 140, § 3º, do CP, ainda afiguram-se como necessários instrumentos de proteção àqueles bens jurídicos ali envolvidos, ressalvados os apontamentos dogmáticos feitos no momento próprio.

Todavia, recorde-se: mesmo que se considerassem satisfeitos, por presunção constitucional ou por efetivo atendimento, os requisitos da dignidade e da necessidade da tutela penal, relativamente à incriminação do racismo, ainda restaria um critério a ser, concreta e permanentemente, avaliado pelo legislador ordinário penal, qual seja, a eficácia da tutela, o que, caso desrespeitado, conduziria, de qualquer modo, à conclusão da indevida intervenção do Direito Penal.

A propósito da eficácia da proteção penal, à qual Alice Bianchini também chama adequação da tutela, afirma-se:

o fato de inexistirem outros meios de controle social, como já dito, não implica a legitimação da utilização do sistema punitivo. Há que se verificar, no momento seguinte, o grau de adequação da medida a ser utilizada. **A intervenção penal, sempre que não se fizer acompanhar de uma proteção que, abstratamente, possa ser tida por capaz de cumprir a função do direito penal, com custo suportável, deverá ser preterida²⁷⁷.** (sem grifos no original)

²⁷⁶ HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do Pós-Guerra. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 2. Nº. 6. Abril/junho. São Paulo: RT, 1994, p. 52.

²⁷⁷ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002, pp. 119 a 120.

A autora traz ainda valorosa contribuição. Em nota de rodapé, explica distinção importante:

A fim de facilitar a compreensão das categorias necessidade e adequação da tutela penal, pode-se dizer que uma delas, a primeira, refere-se a um juízo excludente e a outra, includente. Assim, por meio da necessidade verifica-se sobre a possibilidade de existirem outros meios à disposição do Estado para proteção do bem jurídico em causa (verifica-se a possibilidade de se **excluir** a utilização do direito repressivo). Descartando-se esta hipótese, parte-se para uma outra análise, na qual é verificado se o citado ramo do direito pode resolver a questão, tratando de **incluir** nas estratégias do Estado a utilização da via punitiva²⁷⁸. (grifos do original)

E sugere também um método para se apreciar a compatibilidade de uma determinada intervenção punitiva com esse seu elemento condicionante. Diz ela:

A fim de se chegar, o mais perto possível, de conclusão acertada, deve-se submeter a questão sob estudo a uma séria de averiguações. Inicialmente, buscar estabelecer o grau de eficácia que se deve ter por suficiente. Esta análise deve ser feita conjuntamente com outras: a que verifica a intensidade do custo individual e social da intervenção. Desta forma, um pequeno grau de presumível eficácia aliado a um elevado custo desautoriza a intervenção penal. Inversamente, um diminuto custo, associado a uma, pequena que seja, possível eficácia, a legitimaria.

Pode ocorrer, no entanto, de essa suficiência ser duvidosa. Propõe-se, neste caso, que se proceda a uma comparação entre a eficácia das medidas alternativas e a do direito penal. A partir daí se poderá concluir,

²⁷⁸ *Idem, Ibidem.* pp. 119 a 120.

vistos os custos e os benefícios, pela intervenção, isolada ou conjuntamente com essas medidas.

Assim é que uma investigação imparcial e segura pode concluir pela eficácia da via penal em relação às medias alternativas, mas a conclusão acerca da idoneidade da tutela penal não autorizar a sua utilização. Ocorrendo de a idoneidade da tutela ser nula ou duvidosa, subsiste um conflito entre necessidade de proteção penal e inidoneidade ou duvidosa idoneidade do direito penal²⁷⁹.

Parece, no entanto, que, mesmo diante dessas lições, o teste de atendimento ao pressuposto da idoneidade ou eficácia fica prejudicado. Isso porque também a análise da adequação da tutela penal pressupõe uma avaliação mais ampla, num debate maior, próprio de uma esfera pública democrática, fazendo-se permear por outras disciplinas relevantes, no mínimo, aquelas que integram o tripé das ciências criminais, compondo-se, assim, um cenário mais amplo e adequado a tão complexa avaliação.

Embora, mais uma vez, não se possa ultimar, com o grau de certeza desejável às finalidades deste trabalho, considerando-se apenas essa perspectiva da idoneidade da intervenção do sistema punitivo, o direito penal racial, de que ora se cuida, parece se aproximar, de maneira intrigante e bastante perigosa, daquele fenômeno que se consolidou nominar como legislação simbólica ou, no âmbito próprio da dogmática jurídico-penal, criminalização simbólica.

A esse respeito, Marcelo Neves, tratando de uma de suas espécies, chamada legislação-álibi, leciona com precisão ímpar:

O OBJETIVO DA LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA PODE SER TAMBÉM FORTIFICAR A CONFIANÇA DOS CIDADÃOS NO RESPECTIVO GOVERNO OU, DE UM MODO GERAL, NO ESTADO. Nesse caso, não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança nos sistemas

²⁷⁹ *Idem, Ibidem.* p. 120.

político e jurídico. **O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas.** A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão ‘legislação-álibi’. Através dela, o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.

Nos períodos eleitorais, por exemplo, os políticos prestam conta do seu desempenho, muito comumente, com referências à iniciativa e à participação no processo de elaboração de leis que correspondem às expectativas do eleitorado. **É secundário, então, se a lei surtiu os efeitos socialmente ‘desejados’, principalmente porque o período da legislatura é muito curto para que se comprove o sucesso das leis então aprovadas. Importante é que os membros do parlamento e do governo apresentem-se como atuantes e, portanto, que o Estado-Legislator mantenha-se merecedor da confiança do cidadão.**

Mas não só dessa forma evidencia-se a legislação-álibi. **Em face da insatisfação popular perante determinados acontecimentos ou da emergência de problemas sociais, exige-se do Estado muito freqüentemente uma reação solucionadora imediata. Embora, nesses casos, em regra, seja improvável que a regulamentação normativa possa contribuir para a solução dos respectivos problemas, a atitude legiferante serve como álbi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado²⁸⁰.**

Tratando dessa utilização simbólica na específica seara do direito penal, diz ainda o autor:

²⁸⁰ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, pp. 36 a 37. (sem grifos no original)

No Direito Penal, as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes. A onda anti-semítica que se propagou na Alemanha em 1959-60, com freqüentes violações de cemitérios de judeus e sinagogas, levou, por exemplo, a uma reforma juridicamente desnecessária do § 130 do Código Penal Alemão (StGB), a qual, porém, demonstrava simbolicamente a prontidão do Estado de responder à ‘indignação’ pública pelas desordens anti-semíticas. **Também em relação à escalada da criminalidade no Brasil a partir das duas últimas décadas do século XX, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como álibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor**²⁸¹.

Em sentido semelhante, Roxin assevera:

as leis penais simbólicas não servem à proteção de bens jurídicos. Entendo por ‘tipos penais simbólicos’ aquelas leis que não são necessárias para a proteção de uma convivência pacífica, mas perseguem fins extra-penais, como a tranquilidade do eleitorado ou a apresentação de uma boa imagem do Estado perante a sociedade. Como exemplo disso, um preceito do Código Penal alemão, que sanciona penalmente a conduta de negar ou minimizar os crimes de genocídio cometidos durante o nacional-socialismo. A negação total ou parcial de fatos históricos que não supõe uma comprovação do delito não prejudica a vida em comum das pessoas vivas, sobretudo porque esses fatos foram comprovados e sua realidade histórica é amplamente reconhecida. **O autêntico sentido do preceito é mostrar que hoje a**

²⁸¹ *Idem, Ibidem*, p. 38. Em nota de rodapé, o autor aponta ainda, como exemplo de legislação-álibi, o debate em torno da legalização da pena de morte.

Alemanha é um Estado purificado que não silencia ou oculta os delitos da época de Hitler. Tal finalidade é digna de encômio. No entanto, sua busca não serve à proteção de bens jurídicos e por isso mesmo é ilegítimo usar o Direito Penal para sua obtenção²⁸². (sem grifos no original)

Igualmente, Alice Bianchini, identificando funções legítimas e outras funções não autorizadas, mas, na prática, desenvolvidas pelo direito penal²⁸³, explica:

O que importa, para a função simbólica, é manter um nível de tranqüilidade na opinião pública, fundado na **impressão** de que o legislador se encontra em sintonia com as preocupações que emanam da sociedade. Criam-se, assim, novos tipos penais, incrementam-se penas, restringem-se direitos sem que, substancialmente, tais opções representam perspectivas de mudança do quadro que determinou a alteração (ou criação) legislativa. Produz-se a ilusão de que algo foi feito.

(...)

Há quem entenda que um direito penal, quando opera de modo exclusivamente simbólico, perde a confiabilidade, prejudicando o cumprimento de sua função de proteção.

²⁸² Tradução livre de: “las leyes penales simbólicas no sirven a la protección de bienes jurídicos. Entiendo por ‘tipos penales simbólicos’ aquellas leyes que no son necesarias para la protección de una convivencia pacífica sino persiguen fines extrapenales, como la tranquilidad del electorado o la presentación de una buena imagen del Estado. Como ejemplo de lo anterior pondré solo un precepto del Código Penal alemán, que sanciona penalmente la negación o minimización de los delitos de genocidio cometidos durante el nacional-socialismo. La negación total o parcial de hechos históricos que no supone una aprobación del delito no perjudica la vida en común de las personas vivas, sobre todo porque estos hechos se han probado y su realidad histórica es generalmente reconocida. El auténtico sentido del precepto es mostrar que hoy en día Alemania es un Estado purificado que no silencia u oculta los delitos de la época de Hitler. Tal finalidad es digna de encomio. Sin embargo, su persecución no sirve a la protección, y por este motivo es ilegítimo usar el Derecho penal para su obtención”. ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 129.

²⁸³ Essas últimas, dentre as quais, estaria a função simbólica: BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 123.

(...)

Isto porque o agir alicerçado na função meramente simbólica de alguns preceitos impediria de atuar a função instrumental geral do direito repressivo, que reside na sua capacidade de prevenir a realização de comportamentos penalmente ilícitos e por meio da qual as leis podem influir (através de mandatos ou de proibições, bem como por meio da sanção correspondente à ação praticada) sobre o comportamento de seus destinatários, buscando demovê-los de praticar o comportamento (prevenção geral negativa), ou motivando-os a se comportar de acordo com a norma (prevenção geral positiva)²⁸⁴.

Também referindo-se a essa temática, Francisco de Assis Toledo diz:

O problema (...) não reside na questão de ser ou não ser benevolente com o crime (ninguém razoavelmente poderia sê-lo), mas de saber como contê-lo dentro de limites socialmente toleráveis, de modo sério e verdadeiramente eficiente. Sem retóricas que a nada têm conduzido. Sem lei que ficam no papel e não são executadas. Sem as sentenças que não cumpridas, pelas razões mencionadas ou por falta de estabelecimentos penais apropriados²⁸⁵.

Some-se ainda outra dimensão perniciosa da legislação simbólica: o fato de que a “articulação de uma aparência de eficácia, fundada em medidas fáceis de política criminal destinada a acalmar uma demanda social”²⁸⁶, acaba por efeito negativo a criação do sentimento de desobrigação do Estado de compor programas estruturais de política social, pano de fundo freqüentemente associado ao problema racial.

Na Ciência do Direito Penal, o antídoto contra a utilização simbólica do Direito Penal tem nome. Chama-se Direito Penal Mínimo, noção político-dogmática construída

²⁸⁴ *Idem, Ibidem*, pp. 123 a 125.

²⁸⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei nº. 7.209/84 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. X.

²⁸⁶ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 126.

a partir de princípios e elementos estruturadores da essência do discurso liberal, que, modernizado, assume um papel fundamental na consolidação do Estado Democrático de Direito, o que deve servir de parâmetro também para o direito penal racial, independente de qualquer fundamento constitucional.

Evidencia-se, assim, a necessidade de se permanecer atento ao problema, nunca perdendo, porém, o foco dos princípios e elementos formadores da noção de direito penal mínimo, cujo desprezo permitiria a criminalização simbólica, o que necessariamente, conduziria à constatação de sua indevida utilização, por violação a, pelo menos, um dos os critérios de contenção da criminalização primária, quais sejam, dignidade/merecimento, necessidade/carência e eficácia/adequação da tutela penal dos bens jurídicos.

Disso tudo, é inevitável concluir que a incriminação do racismo só será compatível com o Direito Penal Mínimo e, portanto, com o Estado Democrático de Direito, na medida em que esteja atendendo, segundo uma permanente e concreta avaliação dos elementos componentes do quadro social pelo Estado-Legislator, aos pressupostos mínimos para justificação da intervenção penal, quais sejam, o merecimento, a necessidade e a eficácia da tutela de bem jurídico-penal em face de condutas que o violem ou ponham em risco a sua existência, o que, conforme visto, não se satisfaz pela mera previsão constitucional de repressão punitiva àqueles comportamentos.

5 BREVE ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº. 309/2004

Durante a presente investigação, fez-se menção a algumas questões, visando a melhor sistematizar a proteção jurídica dos bens jurídicos da igualdade e da honra.

Diante disso, parece adequado tecer, com vistas a adequar a tutela penal daqueles valores jurídicos aos elementos conformadores da noção de direito penal mínimo, breves apontamentos sobre a principal proposta de reforma do direito penal racial existente atualmente no Congresso Nacional, qual seja, o Projeto de Lei nº. 309/2004, de autoria do Senador Paulo Paim²⁸⁷.

Propõe-se, assim, uma revisão geral das sanções penais, a fim de reequilibrar a cominação das penas atentando-se para uma justa medida de proporcionalidade entre a proteção dos bens jurídicos envolvidos e a sua relevância social.

Observe-se que o PLS 309/2004 pretende, neste sentido, sistematizar os crimes raciais, ampliando a proteção jurídica nos casos de injúria racial qualificada, equiparando-a, corretamente, aos crimes de racismo, propriamente ditos.

De um modo geral, porém, apenas promove uma reorganização dos delitos previstos na Lei nº. 7.716/89, tornando-os menos casuísticos e pretendendo ampliar sua esfera de aplicação, o que, para fins de análise no plano da dogmática penal, parece positivo.

Nesse contexto, talvez mereça destaque a previsão de homicídio qualificado quando relacionado a condutas preconceituosas e racistas. Isso porque, embora talvez já se pudesse qualificar tal crime com fundamento no art. 121, § 2º, inciso I, do CP, em razão da motivação torpe, pareceu salutar a previsão expressa e específica de aumentar os patamares punitivos nesses casos.

Perceba-se, porém, uma inconsistência: no art. 9º, o PLS 309/2004 diz que no crime previsto no art. 5º, procede-se mediante queixa. Atente-se para um duplo equívoco aí.

²⁸⁷ Constante do Anexo deste trabalho.

Primeiramente, parece a lei ter pretendido conservar a lógica outrora existente para a legitimação da iniciativa processual no crime de injúria racial. Supõe-se, assim, que ao mesmo tempo em que lhe reconhece relevância, determinando, com base no art. 8º do PLS, a aplicação das cláusulas punitivas acessórias do art. 5º, inciso XLII, da CF, outorga a legitimidade para propositura da ação penal à vítima concretamente ofendida, sujeitando a infração à extinção pelo evento da decadência, no prazo de seis meses, a teor do art. 103, do CP.

Veja-se: uma lei torna um crime, pela sua gravidade, imprescritível, sendo suscetível de punição a qualquer tempo, mas não permite a instrumentalização da punição pela atuação do órgão estatal constitucionalmente incumbido de tal função, deixando ao encargo do particular o ônus de promover a ação penal condenatória, o que, indiretamente, acaba permitindo a extinção da punibilidade pela via decadencial. Ou seja: se não exercida no prazo decadencial, o crime imprescritível terá sua punibilidade extinta, pois, como é óbvio, os institutos da prescrição e da decadência não se confundem²⁸⁸.

Atente-se ainda para outro fato. Supõe-se, em verdade, que o crime a que o art. 9º do PLS tenha querido fazer remissão, tornando privada a ação penal, não fosse o 5º, mas sim o 4º, daquele mesmo projeto. Quer-se dizer, em vez da apologia ao racismo (equivalente ao do art. 20, da Lei nº. 7.716/89 vigente), como de fato o faz, quisesse reportar-se à injúria racial, constante do art. 4º daquele PLS.

Se assim não for, consistiria num equívoco maior ainda, uma vez que se estaria transferindo para o particular a incumbência estatal de zelar pelo respeito à cláusula igualitária da sociedade, o que é ainda mais grave, posto que em alguns casos, a violação ao bem jurídico tutelado não lhe atinge diretamente, sendo a ofensa apenas oblíqua ou indireta.

Por fim, mostra-se, a cada dia mais urgente se mostra a necessidade do fortalecimento de espaços de discussão na esfera pública, visando à contribuição jurídica, mas, sobremaneira, à formulação de políticas estatais republicanas acerca de um tema “espinhoso”, que não se resolverá apenas pela via criminal e que, sobretudo, é tão usualmente encarado sob “máscaras de pudores”, o que relega a segundo plano necessidades tão prementes do ser

²⁸⁸ LOZANO Jr., José Júlio. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 26 a 33.

humano que vive em sociedade: a honra e a igualdade, elementos necessários à plena efetivação dignidade da pessoa humana.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo isso, há de se concluir que:

1. a constitucionalização do direito penal se mostra como a melhor e mais atual forma limitação do direito penal, pois sua conformação constitucional importa a imposição de um conjunto efetivo de restrições ao braço armado do ordenamento jurídico, o que funciona como um freio para sua intervenção desmedida e arbitrária;

2. essa constitucionalização, no entanto, deve se aproximar de um parâmetro positivo de limitação, isto é, restringindo as possibilidades de tutela penal apenas àqueles bens jurídicos albergados pela Constituição;

3. tal limitação do direito penal, a partir de uma visão constitucionalista positiva, deve, porém, restringir-se a encarar a Constituição como limite, e não como fundamento do direito penal, isso porque perspectiva diversa ensejaria a possibilidade de incremento desnecessário e, por isso, inadequado, indevido e indesejado da atuação repressivo-criminalizadora de um Estado Democrático de Direito;

4. apenas por meio de uma apreciação crítica dos elementos concretos da dogmática penal, com a utilização dos métodos próprios da interpretação do sistema e da pesquisa científico-jurídica, é que será possível analisar se a incriminação do racismo, como estabelecida atualmente, é compatível com o Direito Penal Mínimo;

5. diante do abuso do poder punitivo estatal, os teóricos sempre se preocuparam em construir elementos garantidores da limitação do arbítrio penal;

6. desde o momento de suas primeiras formulações, pensadas como medidas restritivas daquele arbítrio punitivo estatal, o bem jurídico vem assumindo um relevante papel no seio da dogmática jurídica, na medida em que exerce, segundo sua conformação mais atual, funções interpretativa, limitadora e crítica do sistema penal;

7. tenciona-se tutelar, com a criminalização das condutas racistas, os bens jurídicos da igualdade e da honra, naquilo pertinente às suas dimensões raciais,

8. como esses bens são institutos limitadores das possibilidade de intervenção penal, qualquer criminalização que, segundo os critérios informadores do Direito Penal Mínimo, extrapole a proteção penal de bens jurídicos deverá ser tida como indevida e, por isso, rechaçada do sistema normativo penal;

9. não há qualquer dever ou obrigação de criminalização, decorrente da Constituição, pois restará ao legislador ordinário penal a avaliação concreta e permanente do atendimento aos pressupostos de intervenção jurídico-penal;

10. admitir a existência de um suposto dever de incriminação significaria, em contrariedade às premissas adotadas nesta investigação, legitimar a utilização da Constituição como fundamento, e não como limite, do direito penal, ensejando, assim, uma perniciosa e antidemocrática atuação punitiva do Estado;

11. por isso, se o legislador entendesse pela desnecessidade ou pela ineficácia da tutela penal, motivos que por si sós justificariam a descriminalização, eventual norma revogadora das condutas racistas atualmente incriminadas haveria de ser considerada válida e constitucional perante o sistema;

12. da forma como atualmente estabelecida, parte das normas incriminadoras do racismo no Brasil parecem representar manifestações típicas de direito penal simbólico, mostrando-se, talvez, incompatíveis com os elementos conformadores do direito penal mínimo;

13. a criminalização do racismo dá entender estar solucionando o problema racial no Brasil, o que pode dificultar, enquanto eventual criminalização simbólica, o verdadeiro enfrentamento do problema que parece tem significação muito mais ampla que a simples inexistência de normas incriminadoras;

14. se há alguma mérito neste trabalho é o de fazer ver que é necessário reavaliar o discurso incriminador das condutas racistas no Brasil, a fim de adequá-lo aos critérios de restrição da intervenção penal e compatibilizá-lo, bem como sua interpretação, aos elementos constitutivos do Direito Penal Mínimo.

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Sobre el concepto de delito**: lesión del bien jurídico o lesión de deber? Buenos Aires: Ad Hoc, 2003

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 6ª ed. (atualizada, reformada e reformulada) São Paulo: Saraiva, 2009, p. 52.

ANTOLISEI, Francesco. **Scritti di diritto penale**. Milano: Giuffré, 1955.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Crimes contra a honra**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BACIGALUPO, Enrique. **Delitos contra el honor**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002

_____. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo: para uma teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal. In: **Doctrina Penal**. n. 10-40, Buenos Aires:

Depalma, 1987. pp. 623-650. Florianópolis: 2003. Disponível, na internet, em versão traduzida: <<http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>> Acesso: 21 out. 2009;

BARBOSA CASTILLO, Gerardo & GÓMES PAVAJEAU, Carlos Arturo. **Bien jurídico y derechos fundamentales**: sobre um concepto de bien jurídico para Colômbia. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Crimes contra a honra**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Nº. 9. (março/abril/maio de 2007) Salvador: IBDP, 2007. Disponível, na internet, em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em: 25 jul. 2009.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BERNARDES, Helton Fonseca. **Estratégias punitivas e legitimação**. Porto alegre: SAFE, 2005.

BETTIOL, Giuseppe. L'odierno problema del bene giuridico. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: AG, anno II, 1959, p. 713.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos de tutela penal**. São Paulo: RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. Vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Introdução ao direito penal:** análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Significado político-constitucional do Direito Penal. *In: Direito Penal contemporâneo:* estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. Luiz Régis Prado (coordenador). São Paulo: RT, 2007.

_____. **Teoria Jurídica do Crime.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Crime de racismo e anti-semitismo:** um julgamento histórico do STF. Brasília: Brasília Jurídica, 2004

BURKE, Debra D. The criminalization of virtual child pornography: a constitutional question. **Harvard Journal on Legislation.** nº 1. vol, 34. Winter, 1997

_____. **Thinking outside the box: child pornography, obscenity and Constitution.** <http://www.vjolt.net/vol8/issue3/v8i3_a11-Burke.pdf> Acesso: 11 out. 2009

CAÑAS, Antonio Gordillo. **Principios generales y constitución:** apuntes para una relectura desde la constitución, de la teoria de las fuentes del derecho. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte especial (arts. 121 a 212). vol. 2. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena.** Belo Horizonte: Líder, 2003.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal.** Porto Alegre: SAFE, 1992.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização.** São Paulo: RT, 2002.

CISNEROS, Danielle. “**Virtual child**” pornography on the internet: a “virtual” victim? Disponível, na internet, em: <<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2002dltr0019.html>> Acesso: 11 o. 2009.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 63.

COSTA, José de Faria. **Comentário conimbricense do Código Penal**: parte especial. Tomo I. Artigos 131º a 201º. Coimbra: Coimbra, 1999

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Luiz Régis Prado (trad.) São Paulo: RT, 2005.

_____. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. In: VVAA. **Ciências penais**: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Vol. 0. São Paulo: RT, 2004.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 20ª ed. Gilson César Cardoso de Souza (trad.) São Paulo: Perspectiva, 2005.

ESER, Albin. Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell’uno sull’ultra? In: **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: Giuffré, ano XL, fasc. 4, pp. 1061 a 1084. 1997. Disponível, na internet, em: <<http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3775/>> Acesso: 22 fev. 2009.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. Roma: Laterza, 2004, p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário eletrônico aurélio versão 5.0** (correspondente à 3ª ed. Editora Positivo, revista e atualizada do Aurélio Século XXI).

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Tradução para o castelhano da 14ª edição alemã de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987

FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima: ao princípio da máxima intervenção. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Fascículo II. Vol. 6. abr./jun de 2006. Coimbra: Coimbra.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

_____. Ciências criminais e filosofia política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº. 63.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. vol. I. tomo I. 7ª ed. revista e atualizada (coordenação: Maíra Rocha Machado e Denise Garcia). São Paulo: Saraiva, 2008

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. São Paulo: RT, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. vol. 2. Niterói, RJ: Impetus, 2005

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. São Paulo: RT, 2005.

GUASTINI, Riccardo. La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In: CARBONEL, Miguel (org.). Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: FUSP/Editora 34, 1999.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2ª ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2003.

_____. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 224.

_____. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. História das idéias penais na Alemanha do Pós-Guerra. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 2. Nº. 6. Abril/junho. São Paulo: RT, 1994

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. **Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho** (el objeto protegido por la norma penal). Barcelona: PPU Derecho y Estado, 1991

HUNGRIA, Nelson *et al.* **Comentários ao código penal** – Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. vol. VI. (arts. 137 a 154). 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general**. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª edición, corregida. Madrid: Macial Pons, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987

LEARY, Mary G. **Protecting children from child pornography and the Internet**: where are we now? http://www.ndaa.org/publications/newsletters/child_sexual_exploitation_update_volume_1_number_4_2004.html> Acesso: 15. out. 2009.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. (Trad. José Higino Duarte Pereira Atual. Ricardo Rodrigues Gama). Tomo I. Campinas: Russel Editores, 2003

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes**. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo: São Paulo, 1999.

LOZANO Jr., José Júlio. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2002

LUIZI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. In: **Revista CEJ**. vol. 2 Número IV. Jan. a Abr. 1998, p. 103 a 108. Disponível, na internet, em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo13.htm>> Acesso em: 09 ago. 2006.

_____. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

_____. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: SAFE, 2003.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di diritto penale 1**: nozione, struttura e sistematica del reato. Milano: Giuffré, 1995.

MATTEUCCI, Nicola. Racismo. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de Política**. vol. II. 5ª ed. Carmem C. Varialle *et al.* (trads.) Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. *In: Os clássicos da política*. (org. Francisco C. Weffort). São Paulo: Ática, 2006.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Crítica à incriminação do racismo**. Teresina, ano 10, n. 1128, 3 ago. 2006. Disponível na internet em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8735>>. Acesso em: 26 jul. 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: parte especial. 16ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007

_____. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2003.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. **O discurso do telejornalismo de referência**: criminalidade violenta e controle punitivo. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. vol. 2. 26ª ed. e rev. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 126.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2006.

NUVOLONE, Pietro. **Norme penali e principi costituzionali**. Milano: Giuffrè, 1957.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 440 a 441.

OSÓRIO, Fábio Medina e SCHAFER, Jairo Gilberto. Dos crimes de discriminação e preconceito: anotações à Lei 8.081, de 21.9.90. In: Revista dos Tribunais. Nº. 714. São Paulo: RT

PAGLIARO, Antonio. **Principi di diritto penale**: parte generale. 6ª ed. Milano: Giuffré, 1998.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Gérson Pereira dos Santos (trad.) Porto Alegre: SAFE, 1989.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Sexualidade, Controle Social e Práticas Punitivas**: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PENA, Sérgio Danilo. **À flor da pele**: reflexões de um geneticista. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007.

_____. **Os múltiplos significados da palavra raça**. Disponível, na internet, em: <http://publicacoes.gene.com.br/Imprensa_genealogia/Os%20múltiplos%20significados%20da%20palavra%20raça@Folha%20de%20São%20Paulo@21-12-2002.htm> Acesso em: 7 ago. 2006.

PEREIRA, Vera Regina Pereira de. Minimalismos abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**. (Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina). nº. 52. Jul. 2006, pp. 163 a 182. Disponível na, internet, em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/sequencia/article/view/1299/1295> Acesso em: 25 mar. 2008

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial. Arts. 121 a 361. Vol. 2. 2ª Ed. Revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: RT, 2007

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**: arts. 121 a 183. vol. 2. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial – arts. 121 a 249. Vol. 2. 7ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2008

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Funções do direito penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 123.

_____. **Para além da filosofia do castigo**. Disponível, na internet, em: <<http://pauloqueiroz.net/para-alem-da-filosofia-do-castigo/>> Acesso: 04 mar. 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuridicidade concreta**. São Paulo: Bushatsky, 1973.

RIGHI, Esteban. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2008.

ROCCO, Arturo. **El objeto del delito y de la tutela jurídica penal**: contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Buenos Aires: Euros Editores, 2001.

RODRIGUES, Fernando. Racismo Cordial. In: VVAA. **Racismo Cordial**. Cleusa Turra e Gustavo Venturi (orgs.) São Paulo: Ática, 1995.

ROMAGNOSI, Gian Domenico. **Genesi del diritto penale**. (Nuova edizione: arricchita d'altri suoi scritti in materia criminale ed illustrata da note ricavate dai più celebri criminalisti di

cenni sulla vita e sulle opere dell'autore). Volume primo. Milano: Libreria di Francesco Sanvito, 1857, pp. 61 a 62. Exemplar pertencente à *New York Public Library*, disponível, na internet, em:

<<http://books.google.com.br/books?id=EBseAAAAMAAJ&printsec=frontcover#PPR4,M1>>

Acesso: 15 mar. 2009.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. t. I. Madrid: Civitas, 2008.

_____. **Fundamentos político-criminales del Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2001

SAMPAIO, Roberto Brayner. Racismo e injúria qualificada – inconstitucionalidade e questões procedimentais – decadência e prescrição. *In*: PERNAMBUCO. Ministério Público do Estado de Pernambuco (MPPE). **Anais do VI Congresso Estadual do Ministério Público – A construção dos direitos humanos no estado de pobreza**

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3ª ed. revista e ampliada. Curitiba: ICPC e Lúmen Juris, 2008.

SILVA JR, Hédio. **Direito de igualdade racial**: aspectos constitucionais, civis e penais (doutrina e jurisprudência). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Geraldo da *et al.* **Leis especiais anotadas**. 6ª ed. Campinas: Millennium, 2004

SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Crimes sexuais**: reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005. Leme: JH Mizuno, 2006

_____. **Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: IBCCrim, 2000.

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

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais**: bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito penal**: parte especial. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2002

SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**. Tomo I. Buenos Aires: Tea, 1987

_____. **Derecho penal argentino**. Vol. III. 3ª ed. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1970

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética-humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: RT, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há

blindagem contra normais penais inconstitucionais. In: **Revista da Ajuris**. Ano XXXII nº. 97. Março de 2005. Porto Alegre: AJURIS, 2005.

TAVARES, Juarez E. X. **Bien Jurídico y función en Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TEJO, Célia Maria Ramos. **Dos crimes de preconceito de raça ou de cor**: comentários à Lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989. Campina Grande: EDUEP, 1998

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei nº. 7.209/84 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VVAA. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Alberto Silva Franco e Rui Stoco (orgs.) vol. 2. 7ª ed. rev. e ampl. Jefferson Ninno (atual.) São Paulo: RT, 2002

VVAA. **Racismo Cordial**. Cleusa Turra e Gustavo Venturi (orgs.) São Paulo: Ática, 1995, p. 26.

WASSERMAN, Adam J. Virtual.child.porn.com: defending the constitutionality of the criminalization of computer-generated child pornography by the prevention act of 1996 – A reply to Professor Burke and other critics. **Harvard Journal on Legislation**. nº 1. vol, 35. Winter, 1998.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**: parte general. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002

WESSELS, Johannes. **Direito Penal**: parte geral (aspectos fundamentais). Porto Alegre: SAFE, 1976, p. 7

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5ª ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo.** Entrevista concedida ao sítio eletrônico o Consultor Jurídico. Disponível, na internet, em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>> Acesso: 5 jul. 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal.** 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2008

Legislação

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 1988, atualizada.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848/1940 – Código Penal, atualizado.

BRASIL. Lei de Introdução ao Código Penal – Decreto-lei nº. 3.914/ 1941.

BRASIL. Lei nº. 7.716/89, atualizada.

BRASIL. Lei nº. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, atualizada.

BRASIL. Lei nº. 11.313/2006, atualizada.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Crime de racismo e anti-semitismo**: um julgamento histórico do STF. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

Disponível, na internet, a partir de:
<<http://www.senado.gov.br/web/senador/paulopaim/default.htm>> Acesso em: 26 ago. 2006.

REPÚBLICA PORTUGUESA. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível, na internet, em:
<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso: 25 ago. 2009.

ANEXO – PLS Nº. 309/2004**PROJETO DE LEI DO SENADO Nº. 309, DE 2004²⁸⁹**

Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Seção I**Disposição preliminar**

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Seção II**Dos crimes em espécie****Discriminação resultante de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem**

Art. 2º Negar, impedir, interromper, restringir, constranger ou dificultar, por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem, o gozo ou exercício de direito assegurado a outra pessoa:

Pena – reclusão, de um a três anos.

Aumento da pena

²⁸⁹ Disponível, na internet, a partir de: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/paulopaim/default.htm>> Acesso em: 26 ago. 2006.

§ 1º A pena aumenta-se de um terço se a discriminação é praticada:

I – contra menor de dezoito anos;

II – por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

III – contra o direito ao lazer, à educação e à saúde;

IV – contra a liberdade de consumo de bens e serviços.

Violência resultante de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem

§ 2º A pena aumenta-se de metade se a discriminação consiste na prática de:

I – lesões corporais (art. 129, *caput*, do Código Penal);

II – maus-tratos (art. 136, *caput*, do Código Penal);

III – ameaça (art. 147 do Código Penal);

IV – abuso de autoridade (arts. 3º e 4º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965).

Homicídio qualificado, lesões corporais de natureza grave e lesão corporal seguida de morte

§ 3º Se o homicídio é praticado por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem, aplica-se a pena prevista no art. 121, § 2º, do Código Penal, sem prejuízo da competência do tribunal do júri; no caso de lesão corporal de natureza grave e de lesão corporal seguida de morte, aplicam-se, respectivamente, as penas previstas no art. 129, §§ 1º, 2º e 3º do Código Penal, aumentadas de um terço.

Discriminação no mercado de trabalho

Art. 3º Deixar de contratar alguém ou dificultar sua contratação por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem:

Pena – reclusão, de dois a cinco anos.

§ 1º A pena aumenta-se de um terço se a discriminação se dá no acesso aos cargos, funções e contratos da Administração Pública.

§ 2º Nas mesmas penas incorre quem, durante o contrato de trabalho ou relação funcional, discrimina alguém por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Injúria resultante de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem

Art. 4º Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, com a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem:

Pena – reclusão, de um a três anos.

Apologia ao racismo

Art. 5º Difundir, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem:

Pena – reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, ou da rede mundial de computadores – *internet*, a pena é aumentada de um terço.

Atentado contra a identidade étnica, religiosa ou regional

Art. 6º Atentar contra as manifestações culturais de reconhecido valor étnico, religioso ou regional, por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem:

Pena – reclusão, de um a três anos.

Associação criminosa

Art. 7º Associarem-se três ou mais pessoas, sob denominação própria ou não, com o fim de cometer algum dos crimes previstos nesta Lei:

Pena – reclusão, de dois a cinco anos.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem financia ou de qualquer modo presta assistência à associação criminosa.

Seção III

Disposições gerais

Art. 8º Os crimes previstos nesta Lei são inafiançáveis e imprescritíveis, na forma do art. 5º, XLII, da Constituição Federal.

Art. 9º No crime previsto no art. 5º, procede-se mediante queixa.

Art. 10. A concorrência de motivos diversos ao preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem não exclui a ilicitude dos crimes previstos nesta Lei.

Art. 11. Nas hipóteses dos arts. 5º e 7º, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I – o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II – a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas;

III – a suspensão das atividades da pessoa jurídica que servir de auxílio à associação criminosa.

Parágrafo único. Constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido e a dissolução da pessoa jurídica que servir de auxílio à associação criminosa.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13. Fica revogada a Lei nº. 7.716, de 5 de janeiro de 1989.