

OS CRIMES DE RACISMO EM FACE DO CONCEITO SOCIOLÓGICO DE RAÇA

Moisés Moreira Vieira*

RESUMO

Lei 9.459/97 surge como manifestação normativa criminalizando os atos de preconceito e discriminação com base em raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, não incluindo – de forma explícita – outros critérios que poderão ser utilizados como elemento segregador dos seres humanos.

A despeito de aparentemente ter excluído da incidência de suas normas, atos com base em outras formas de preconceito e discriminação (tais como condição de saúde, orientação sexual ou convicção político-filosófica), não se pode admitir que o legislador haja tratado com desigualdade indivíduos nas mesmas condições de vulnerabilidade. Explique-se: nos casos de preconceito ou discriminação contra qualquer agregado social com base em características que tornam seus membros parte de um grupo, dentro do qual compartilham mesma identidade (social, cultural, político-filosófica, econômica etc.), tem-se violação de um mesmo bem jurídico (sentimento de dignidade dos membros do grupo ofendido, vistos como uma coletividade) motivada em um mesmo fundamento (preconceito ou discriminação). De tal forma, se procedesse excluindo do rol da tutela da lei em foco tantos outros grupos cujos membros compartilham entre si traços identitários, estaria o legislador rompendo com o princípio da igualdade, em comportamento visivelmente inconstitucional.

Junte-se a isso, o fato de que, ao incluir o termo “raça” no art. 1º da Lei 9.459/97, o legislador deixou clara a inclusão não somente de negros, brancos, índios ou amarelos, por exemplo, no catálogo de grupos sociais protegidos pelas normas da lei em tela. Muito pelo contrário: ao empregar este termo, incluiu todos os grupos sociais cujos membros possam ser identificados como possuidores de uma mesma identidade, a qual poderá servir como critério para a prática de atos de preconceito e discriminação. Tal entendimento acerca do significado da palavra raça, em sua dimensão sociológica, foi consagrado pela própria Constituição Federal - conforme manifestação jurisprudencial

* Estudante do 9º Semestre da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

do Supremo Tribunal Federal -, não devendo o intérprete, quando da aplicação das normas infraconstitucionais, afastar-se dos ditames da Lei Maior.

PALAVRAS-CHAVE: PRECONCEITO – DISCRIMINAÇÃO – RAÇA – IGUALDADE – INTERPRETAÇÃO – CRIMINALIZAÇÃO

ABSTRACT

The Law 9.459/97 arises a normative manifestation criminalizing the acts of prejudice and discrimination based on race, color, ethnics, religion or national origin, not including- explicitly – other criteria which may be used as a segregating element of human beings.

Despite having – apparently – excluded from the influence of its norms, acts base don other forms of prejudice and discrimination (such as those base don health conditions, sexual orientation or socio-political convictions),it’s not admissible that the legislator may have treated unequally individuals in the same conditions of vulnerability. In other words: in the case of prejudice and discrimination against any social gathering on the basis of any characteristics that make its members part of a group, in which they share similar identity (social, political-philosophical, economic etc.), there is a violation of a same judicial asset (feeling of dignity of the offended group, seen as a whole) motivated by a same foundation (prejudice and discrimination). Thus, in case the legislator excluded of the protection of the law in question so many other groups whose members share identity traits, he would be disregarding the principle of equality, in a visibly unconstitutional behavior.

Furthermore, the fact that, when he added the term “race” in article 1 of the Law 9.459/97, the legislator made clear the inclusion of not only the black, white, asiano r indians, for instance, in the list of social groups protected by the rules of the law under analysis. On the contrary: when this term was used, he included all the social groups whose members may be indentified as owners of a same identity, which may serve as a criterion to the practice of acts of prejudice and discrimination. Such understanding, in its sociological dimension, was adopted by the Federal Constitution – according to the Federal Supreme Court – in a way that can not be disregarded by the interpreter of the law.

KEY WORDS: PREJUDICE – DISCRIMINATION – RACE – EQUALITY–
INTERPRETATION – CRIMINALIZATION

Introdução

O Direito é fenômeno que se manifesta precipuamente no campo social. Daí ganhar destaque a dimensão sociológica que assume ao reger os processos de adaptação do indivíduo à lei e a adequação do próprio texto legal às necessidades sociais e individuais. Recebe especial destaque este último processo quando se pensa em um direito que embora leve em conta a almejada segurança jurídica, não se permita afastar-se da realidade social, tornando-se incapaz de atuar na solução de conflitos inerentes à própria natureza humana.

Embora se admita a compartimentação do direito em diferentes ramos com o fim de atender a propósitos didáticos, não se pode olvidar que o ordenamento jurídico – independentemente de suas subdivisões – é um sistema único, regido por princípios que irradiam sua orientação sobre todas as normas a ele pertencentes e destinado a atingir fins que atendam a necessidade dos indivíduos de terem tutelados seus direitos (princípios e fins constitucionais). Assim sendo, o Direito Penal – como ramo do direito que é – deve estar atento à adequação das suas normas de condutas aos fins que orientam todo o ordenamento jurídico, isto é, os fins constitucionais. Mais do que isso, faz-se crucial que este ramo do Direito realize através da prática jurisprudencial os valores consagrados pela Carta Magna, buscando – através da interpretação de suas regras em conformidade com o texto constitucional e de acordo com os reclames sociais com este compatíveis – atender às novas reivindicações que se manifestam em virtude da natureza mutável do corpo social.

Assume, assim, especial importância a adoção de técnicas interpretativas que integrem aos elementos constitutivos do tipo penal valores que garantam ao intérprete a aplicação da lei conforme o que dita as regras constitucionais e os princípios que orientam a formação de todo o ordenamento jurídico.

A exposição que aqui se faz tem como escopo discutir o conceito de raça instituído na Lei 9.459 de 13 de maio de 1997, analisando-se – sob a luz do princípio da igualdade

– o conceito numa acepção sociológica, capaz de fundamentar a propositura de ação penal em face de preconceito ou discriminação contra grupos sociais que se enquadrem na definição juridicamente aceita do termo. Busca-se, desta forma, destacar a necessidade de uma interpretação teleológica da lei penal supra-referida e, ao mesmo tempo, de um exercício hermenêutico que celebre a coerência sistemática da Constituição Federal com o resto do ordenamento, conjugando – quando da aplicação da norma - fatores e circunstâncias histórico-sociais que regem a formação e aplicação do Direito.

Capítulo 01: Breve Análise da Lei 9.459 de 13 de maio de 1997

As alterações trazidas pela Lei 9.459 de 13 de maio de 1997 trouxeram importantes alterações no que se refere à efetivação do preceito instituído no art. 5º, XLII, da Constituição Federal Brasileira. Nos termos da Carta Magna, temos:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Levando em consideração o mandamento constitucional, o legislador procurou garantir que a prática de atos atentatórios à dignidade da pessoa humana com base em preconceito ou discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, seja objeto da lei penal, garantindo-lhe, assim, valor jurídico de significativa relevância.¹

Importante dar relevo, aqui, à edificante inovação legislativa: o texto da Lei 9.459/97, diferentemente das leis que lhe antecedem tratando sobre a mesma matéria, amplia –explicitamente - o rol de formas de preconceito e discriminação suscetíveis de intervenção penal. Assim, enquanto a Lei 7.716/89 limitava-se a dispensar proteção penal aos indivíduos quando estes fossem vítimas de preconceitos baseados em cor e raça, a Lei 9.459/97, alterando a redação do art. 1º da lei anterior, determina que serão punidos não somente os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça e de cor, mas também aqueles que se baseiam em etnia, religião ou procedência nacional.

Outra inovação introduzida pela Lei 9.459/97 diz respeito aos casos de induzimento e incitação às formas de preconceito ou discriminação elencadas no art. 1º da lei mencionada: enquanto o art. 20 da Lei 7.716/89, incluído pela Lei 8.081/90,

¹ Faz-se mister destacar aqui que a Lei 9.459/97 trata dos crimes cuja ofensa preconceituosa tenha alcance tal que recaia sobre o sentimento de dignidade do grupo social como um todo, refletindo-se sobre o indivíduo enquanto parte da coletividade a qual pertencem. Se a ofensa preconceituosa recair sobre o sentimento que o próprio indivíduo possui acerca de si mesmo, mas sua extensão não alcance o sentimento de dignidade do grupo social no qual se insere, fala-se de injúria preconceituosa ou discriminatória.

versava sobre os preconceitos e atos de discriminação através dos meios de comunicação social, a Lei 9.459/97 pune-os não apenas quando praticados pelos meios de comunicação social, mas quando levados a efeito através de qualquer outro meio.

Modifica, também, a referida lei, a redação do art. 140 do Código Penal, acrescentado-lhe o seguinte parágrafo:

§ 3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Muito se fala acerca dos excessos de tal disposição legal, reivindicando-se desrespeito ao princípio da proporcionalidade vez que o parágrafo adicionado ao Código por força da Lei 9.459/97 atribui – por exemplo - à violação da honra com base em preconceito ou discriminação, pena maior e mais rígida do que aquela atribuída aos casos de ofensa culposa à vida.²

Conforme se percebe do texto da Lei 9.459/97, houve grande preocupação do legislador em tutelar a dignidade da pessoa humana quando esta for alvo de preconceito ou discriminação fundamentada em raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. No entanto, embora se reconheçam as relevantes inovações trazidas pela lei, percebe-se que suas disposições – em especial no que concerne à restrição (pelo menos aparente) das formas de preconceito e discriminação passíveis de controle jurídico-penal – têm sido objeto de críticas. Exemplo de tal posicionamento encontra-se em Isaac Sabbá Guimarães o qual afirma:

“Houve, como se vê pelo rápido perpassar de olhos no conteúdo da lei, uma grande abertura do regime penal, de forma a punir variadas formas de discriminação. Mas, ainda, sujeita-se a reparos. O legislador olvidou-se, v.g., dos casos de discriminação decorrentes de enfermidades (e parece-nos existir, em realidade, tais atos discriminatórios quanto às pessoas infectadas com o vírus do HIV), de orientação

² O Código Penal determina no art.120 § 3 que, na hipótese de homicídio culposo, a pena aplicada será de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

*sexual, de convicções políticas ou filosóficas, sendo que estas representam liberdades fundamentais tuteladas por nossa constituição.”*³

Embora se reconheça o valor da observação realizada pelo autor supramencionado, deve-se ter em mente que, considerando-se o conceito de raça numa dimensão sociológica (o qual será discutido em capítulo próprio deste trabalho) e a sua aceitação pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, admite-se que o legislador infraconstitucional, apesar de não haver mencionado explicitamente grupos sociais tais como os portadores do vírus HIV ou homossexuais – por exemplo - não excluiu da tutela da Lei 9.459/97 seu direito à preservação da dignidade inerente à pessoa humana.

³ Isaac Sabbá Guimarães. *A intervenção penal para a proteção dos direitos e liberdade fundamentais: linhas de acerto e desacerto da experiência brasileira*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2955>>. Acesso em 06 de abril de 2008.

Capítulo 02: O Conceito Sociológico de Raça e sua Relevância Jurídica

Em face da necessidade do Direito de tutelar a dignidade de todos sem distinção de qualquer natureza, faz-se presente a demanda por manifestações normativas que regulem situações nas quais ocorram atos de cunho preconceituoso e discriminatório que atentem contra tal princípio. Neste contexto, surge a Lei 9.459/97 introduzindo logo em seu artigo 1º o conceito de raça, punindo, dentre outros, os crimes com base em preconceito e discriminação racial. No entanto, embora seja clara a lei no sentido de oferecer tutela a todos os grupos ditos raciais, coloca-se a questão de qual seria o conceito de raça acolhido pelo Direito Pátrio e, por consequência, quais os grupos que podem figurar como sendo raciais.

Inicialmente, é importante explicar que a Lei Maior dispõe de um órgão judiciário cujo fim precípuo é guardar as normas instituídas em seu texto: o Supremo Tribunal Federal. Assim sendo, cabe ao órgão de cúpula do Poder Judiciário resolver conflitos que versem sobre supostas violações de dispositivos constitucionais, sobressaindo-se, dentre outras, as atribuições de julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores - se denegatória a decisão -, além de julgar a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade (ambas nos casos de lei ou ato normativo federal) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição. É, este órgão, como se pode inferir, responsável por dizer no que consiste os preceitos dispostos na Carta Magna, isto é, delimitar o sentido e alcance das normas presentes no texto constitucional, especificando o significado de seus termos.

Felizmente, no que diz respeito ao conceito de raça, o Supremo Tribunal Federal, através de sua jurisprudência, não deixa de manifestar claramente seu entendimento quanto ao termo. Ilustre posicionamento acerca da matéria pode ser encontrado quando do indeferimento do pedido de habeas corpus 82424, impetrado pela defesa do editor Siegfried Ellwanger, condenado pelo crime de racismo em decorrência de anti-semitismo, no qual alega que os judeus não constituem uma raça.⁴ Assim, nas palavras do Ministro Maurício Corrêa, versando sobre o caso em seu voto, tem-se:

“A questão como visto, gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível. Creio não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos.”

E com extremo brilhantismo, adiciona:

“Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, I e II). Pretende-se, com eles, que todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, tenham os mesmos direitos, para que de fato se cumpra na sua inteireza o “direito de ter direitos”.”

⁴ O Supremo Tribunal Federal manteve a condenação do editor Siegfried Ellwanger determinada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por crime de racismo. O julgamento do Habeas Corpus (HC 82424) ajuizado pela defesa de Ellwanger foi concluído em 17 de setembro de 2003. Por maioria de sete a três, o Plenário negou o recurso, vencidos o então-ministro Moreira Alves e os ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto. Os dois primeiros consideraram o crime prescrito. Ayres Britto concedeu o recurso de ofício para absolver o livreiro por falta de provas.

De tal maneira, fica claro o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de excluir do mundo jurídico o sentido de raça como sendo uma realidade meramente biológica, passando a atribuir ao termo um sentido mais amplo, entendido numa perspectiva sociológica. Reafirma, também, a necessidade de compreender a palavra sob a égide da cidadania e dignidade, valores constitucionais de mensura extrema. Melhor dizendo: quando afirma que o intérprete deve definir o sentido da palavra raça conforme rezam os dogmas supracitados e, mais adiante, afirma que a proteção de tais dogmas tem como pressuposto a igualdade entre os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, acaba por agasalhar no conceito de raça todos os grupos cujos membros guardem entre si traços identitários que possam ser utilizados por outrem como fundamento para atos de discriminação e preconceito. Ratifica tal pensamento, mais uma vez, o Ministro Maurício Corrêa, quando discorre sobre a posição de parte importante da doutrina representada, nas palavras do ilustre jurista, por Uadi Lamêgo Bulos:

“Outras manifestações da doutrina constitucional brasileira afastam a pretensa limitação do racismo ao conceito biológico tradicional de raça. Uadi Lamêgo Bulos define-os como” todo e qualquer tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a auto-estima e patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor de pele, sexo, condição econômica, origem etc...”

E continua:

“Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros. Nesse sentido a doutrina de Van der Berghe.”

Clara fica a opção do STF por um conceito de raça proposto pela sociologia moderna que identifica o racismo como “tendência cultural decorrente de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade por outra”.⁵ Assim, a palavra raça assume acepção de qualquer agregado de pessoas que possam ser identificadas - por seus traços culturais, sociais, dentre outros – como pertencentes a um certo grupo, podendo, em decorrência destas características, ser vítimas de ato de preconceito e discriminação,

Faz-se mister ressaltar aqui que almeja, o STF, a simplesmente destituir o termo raça de seu sentido biológico, preservando, no entanto, o significado proposto pela sociologia moderna. Ou seja, não há, segundo entende este órgão, uma superação do uso da palavra “raça”, mas sim o desprezo por seu sentido tradicional, classificatório dos seres humanos com base em uma suposta diversidade genética. E diferentemente não podia ser, pois o próprio legislador constituinte originário não se poupou de fazer referência às raças no texto constitucional, apontando, dessa maneira, que elas de fato existem, mas numa perspectiva histórico-sociológica e não como sendo uma realidade genética.

Seguindo a determinação instituída pelo artigo 5º, XLII, da Constituição Federal, surge a Lei 9.459/97 já declarando em seu artigo 1º que serão punidos os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Questiona-se: é lícito ao intérprete definir o conceito de raça de maneira diversa daquela que propõe a Constituição, limitando a extensão dada pelo próprio texto constitucional ao bem jurídico que se pretende tutelar?

Parece ser negativa a resposta, pois, é, a Constituição Federal, a manifestação dos valores supremos que norteiam o Estado Democrático de Direito, não podendo o legislador infraconstitucional promulgar leis que a contrariem ou, muito menos, o intérprete aplicá-las realizando os elementos constitutivos das normas de maneira distinta daquela que estabelece o texto da Constituição.

Ou seja, o sentido da palavra raça, empregada na Lei 9.459/97, não pode, inexoravelmente, afastar-se daquele estabelecido pela Constituição Federal, pois, conforme leciona Paulo Queiroz, “os atos legislativos infraconstitucionais não de guardar coerência com os princípios e regras constitucionais fundamentais que lhes dão

⁵ Ministro Maurício Corrêa, ao discorrer sobre o tema em seu voto, indeferindo o pedido de habeas corpus 82424.

vida e sustentação, sob pena de invalidação por meio do controle de constitucionalidade. Semelhante controle vale sobretudo para as disposições penais, já que são as que incidem mais energicamente sobre as liberdades dos indivíduos.”⁶

Capítulo 03: Os fins da Lei 9.459/97 e sua harmonização com os princípios fundadores do texto da Constituição Federal.

Toda lei carece de interpretação. Com o escopo de realizar um Direito capaz de regulamentar a convivência entre os indivíduos no contexto em que ocorrem as situações de conflito e que, ao mesmo tempo, consagre os princípios gerais que orientam a formação e aplicação das normas, faz-se necessário definir um conceito de interpretação que atenda a tal propósito. Assim, pode-se dizer que interpretar uma norma legal é atribuir-lhe sentido próprio, determinando o significado dos conceitos empregados em face das mudanças que se operam na vida social, levando-se em conta a unidade do ordenamento jurídico proporcionada pelos fundamentos comuns que norteiam a existência e aplicação das regras de seus diferentes ramos.

Em outros termos: defende-se, aqui, sem prejuízo da aplicação de outras técnicas interpretativas quando mais eficazes forem na resolução do caso concreto, uma análise teleológica e sistemática da lei, considerando-se, sempre, sua dimensão histórico-sociológica.

Discorre Tércio Sampaio Ferraz Júnior sobre o fenômeno da interpretação afirmando que:

*“Postula-se que a ordem jurídica, como um todo, seja sempre um conjunto de preceitos para a realização da sociabilidade humana. Faz-se mister assim encontrar nas leis, nas constituições, nos decretos, em todas as manifestações normativas o seu telos (fim) que não pode jamais ser anti-social.”*⁷

E, ainda, versando sobre a conexão e subordinação das normas no ordenamento jurídico, tendo por base a Constituição, defende o prestigiado autor:

⁶ Paulo Queiroz, *Direito Penal-Parte Geral*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, p. 30.

⁷ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 292.

*“(...) em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema para que se preserve a coerência do todo. Portanto, nunca se deve isolar o preceito nem no seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil, etc.) e muito menos na sua concatenação imediata (nunca leia só um artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos).”*⁸

A lei penal, como manifestação normativa que é, também não exclui, no momento de sua interpretação, a orientação teleo-sistemática que deve nortear o intérprete no momento de fixação de seu sentido. Assim sendo, cabe ao jurista – ao delimitar o sentido e alcance da norma penal – levar em consideração os princípios que definem o espírito do ordenamento como um todo, manifestados explícita ou implicitamente no texto constitucional, atendendo aos fins sociais de pacificação de conflitos e igualdade entre os indivíduos.

Partindo de tal premissa, passemos a analisar os fins que pretendem atingir a Lei 9.459/97 e a aplicação de seus dispositivos conforme os princípios e normas constitucionais.

Estabelece a Constituição Federal já em seu preâmbulo:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Mais adiante em seu art. 3º determina que:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

⁸ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p.289.

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

E, por último, ao versar sobre os direitos e garantias fundamentais, especifica:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; ”

Apesar de discussões acerca do valor normativo do preâmbulo da Constituição Federal, atribuindo-lhe a doutrina ora valor normativo, ora *status* de vetor interpretativo dos mandamentos constitucionais, é indubitável o papel que exerce tal enunciado no tocante a sua função de interpretar e integrar os dispositivos da Constituição.⁹ Dessa forma, é mister ressaltar a intenção do legislador constituinte originário de garantir a edificação de uma sociedade plural que aceite e respeite a diversidade em seus mais distintos aspectos.

De maneira contundente, informa que, dentre os objetivos fundamentais de nossa República, se inclui a promoção do bem de todos, não se admitindo a execução de quaisquer atos discriminatórios que atentem contra esta finalidade. Mais do que isso: determina ao legislador infraconstitucional que puna qualquer discriminação atentatória

⁹ A despeito de controvérsias doutrinárias, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 2.076/AC, decidiu que o preâmbulo não tem valor jurídico-normativo, refletindo posição ideológica do constituinte, sem relevância jurídica. Assim, segundo o STF, o preâmbulo tem natureza política, mas não jurídica. Seguindo a orientação deste órgão, Alexandre de Moraes explica que apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não deixa de ter relevância jurídica, uma vez que deve ser observado como "elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem" (*Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 2005, p. 15*).

dos direitos e liberdades fundamentais. Consagra, pois, o princípio da igualdade em seu sentido formal e material.

Desta forma, buscando-se efetivar a coerência hermenêutica da Lei 9.459/97 com o texto constitucional, não se poderá conceber que sua interpretação afaste-se dos valores que a própria Constituição visa a proteger. E, no caso em questão, é sobre o princípio da igualdade que aqui se fala.

Assim sendo, pergunta-se: embora comprometido, por força das normas e princípios constitucionais, a realizar o direito fundamental de igualdade, teria o legislador infraconstitucional optado por tutelar a dignidade de uns desconsiderando a posição de outros grupos sociais passíveis de serem objeto de igual preconceito e discriminação? Haveria o legislador violado o princípio da igualdade, tratando com desigualdade indivíduos que se encontram em mesma condição de vulnerabilidade?

Em outros termos: teria o legislador pensado ser suficiente efetivar – através da Lei 9.459/97 – o mandamento constitucional instituído no art. 5º, XLI, em defesa apenas de negros, mulçumanos e judeus, por exemplo, mas não em socorro de portadores do vírus HIV ou homossexuais? Estariam estes grupos – a despeito da proteção constitucional – desprovidos de lei que implementasse o preceito disposto na Constituição?

Ou ainda: haveria o legislador optado – ou irresponsavelmente esquecido – de incluir no texto da lei tais grupos, não regulamentando as situações nas quais o preconceito ou discriminação ocorre com base em critérios relativos à saúde e orientação sexual?

Naturalmente, o exercício legislativo não admite tamanhas falhas. E mesmo que o legislador as houvesse cometido, não poderia o Poder Judiciário esquivar-se da função social que lhe é imputada, optando por realizar meras inferências lógicas, sem interpretar a lei em consonância com o texto constitucional.

Daí ser possível afirmar que a Lei 9.459/97 não exclui de sua apreciação as manifestações de preconceito e discriminação fundamentados em condições de saúde, orientação sexual ou mesmo convicção político-filosófica. E isto se dá por duas razões: o legislador infraconstitucional não pode simplesmente desconsiderar os princípios gerais que regem o ordenamento jurídico, vale dizer, neste caso, o princípio da igualdade (protegendo apenas a dignidade de alguns e não de outros em situação de

igual vulnerabilidade) e, além disso, o próprio conceito de raça, quando tomado em sua concepção sociológica, – sentido este abraçado pelo STF conforme se mostrou no capítulo anterior – já engloba os grupos sociais cujos membros compartilham entre si traços (sociais, históricos, culturais, econômicos etc.) comuns que podem ser utilizados pelo ofensor como fundamento para o preconceito e atos de discriminação. Grupos sociais como os portadores do HIV ou homossexuais constituem coletividades cujos membros são dotados de traços comuns - seja sua condição somática, seja sua inclinação homo-afetiva – que possibilitam a membros de outras coletividades utilizá-los para fins discriminatórios.

Por fim, vale ressaltar que não se trata aqui de caso de interpretação extensiva de preceito incriminador, pois, como é de conhecimento pleno, este não admite tal modalidade interpretativa. Conforme afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr. ao referir-se a posição da doutrina, a interpretação extensiva “se limita a incluir no conteúdo da norma um sentido que já estava lá, apenas não havia sido explicitado pelo legislador”¹⁰. No caso da lei que ora se analisa, não se vislumbra razão para alegar-se uso de critério interpretativo incompatível com o tipo de norma em tela, já que o próprio legislador tratou de incluir o termo “raça” nas disposições da Lei 9.459/97 o qual – por força da acepção sociológica da palavra e sua adoção pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário – não pode ser entendido como simples dado biológico. E foi apenas isso que não foi dito: que raça não é uma realidade biológica. Inclusive, anda bem o legislador quando transfere para doutrina a tarefa de conceituar tal expressão. Garante, assim, a adaptação da lei aos novos fatos e circunstâncias que influenciam o labor doutrinário e, reflexamente, a realização do Direito.

Melhor dizendo: não se está diante de situação na qual o legislador não tenha explicitamente determinado o sentido da norma. De fato o fez quando incluiu no texto legal a palavra “raça” (embora não tenha definido na lei este conceito assim como não o fez com tantas outras expressões que exigem do julgador buscar significado fora da definição da figura penal). O que faz o legislador é apenas estabelecer que cabe ao intérprete delimitar o significado do termo. E, este, naturalmente, não deve limitar a definição da palavra a uma perspectiva meramente biológica, admitindo um conceito de

¹⁰ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p.296.

raça cientificamente inoperante que mais segrega e legitima o preconceito e a discriminação.

Considerações Finais

Conforme se pôde constatar ao longo da exposição que aqui se fez, é de extrema importância que o fenômeno jurídico não se afaste das circunstâncias e fatores sociais que o geraram e modificam sua existência. Da mesma forma, não se pode olvidar a relevância da interpretação das normas jurídicas de maneira teleológica e de forma coerente com os princípios e regras constitucionais. De tal maneira, cumprir-se-á a função primordial do Direito, vale dizer, pacificar conflitos oriundos do embate de interesses e visões acerca dos fatos da vida, tutelando o direito daqueles que o vêm lesionados ou ameaçados e aplicando sanções àqueles que ofendem ou põem em risco bem juridicamente relevante.

O Direito Penal – como parte integrante do sistema jurídico - consiste em instância de controle da sociedade, visando a proteger os bens jurídicos de maior importância, cuja ofensa constitua-se em ato intolerável que requeira a mais invasiva e hostil manifestação jurídica. Na defesa destes bens, cabe ao intérprete da lei penal jamais reduzir a tutela dada pelo legislador ao objeto de proteção ou não concedê-la, por redução do significado dos termos empregados na lei, a grupos ou indivíduos que dela necessitem.

Assim sendo, em conformidade com os argumentos e fatos demonstrados ao longo desta exposição, a interpretação do vocábulo “raça” empregado na Lei 9.459/97 não pode limitar-se a uma concepção reducionista que restrinja tal conceito a um mero dado biológico, deixando prevalecer entendimento ultrapassado, que pressupõe a segregação dos seres humanos de acordo com alegadas diferenças genéticas. Merece destaque, portanto, o conceito sociológico do termo (abraçado pelo órgão maior de interpretação e aplicação das regras e princípios constitucionais) que acaba por abranger todos os grupos marcados por traços identitários que os caracterizem e possam ser utilizados pelo ofensor como fundamento para a prática de atos de discriminação e preconceito.

Com base nisto, fica demonstrada a necessidade de manter sob a tutela da Lei 9.459/97 o direito à dignidade dos grupos sociais que, pelas características que conferem a seus membros uma identidade comum, possam ser alvo de práticas preconceituosas e discriminatórias, garantido-lhes, quando da ocorrência de tais eventos, os recursos processuais associados aos delitos dispostos na lei em apreço e outras determinações relativas à comissão dos crimes de racismo.

Referências

1. Queiroz, Paulo. *Direito Penal - Parte Geral*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
2. Prado, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume 02*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
3. Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.
4. Diniz, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
5. Supremo Tribunal Federal – *Habeas Corpus n° 82424*, Plenário, relator, o Ministro Moreira Alves. Disponível em < www.stf.gov.br>. Acesso em 08 de abril de 2008.
6. Guimarães, Isaac Sabbá. A intervenção penal para a proteção dos direitos e liberdade fundamentais: linhas de acerto e desacerto *da* experiência brasileira. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2955>>. Acesso em 06 de abril de 2008.
7. *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos e Lívia Céspedes. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

