

RACISMO OU INJÚRIA QUALIFICADA?

Autor:

Christiano Jorge Santos
Promotor de Justiça no Estado de São Paulo
Professor de Direito Penal na PUCSP

Breve histórico da intolerância

A manutenção de preconceitos, a existência de condutas negativamente discriminatórias, a aversão e o ódio de determinadas pessoas a outras ou de alguns grupos a distintas coletividades são questões presentes desde os primórdios da humanidade, nas mais embrionárias formas de agrupamento.

Como já asseverado anteriormente¹, tais características decorrem "...do instinto de preservação do homem que, por insegurança, tende a identificar-se com membros de determinados grupos (qualquer que seja sua espécie), repelindo os que considera desiguais, para a preservação do 'ego', segundo a psicanálise.²

Outros, a seu turno, entendem que o principal aspecto a ser considerado é o egoísmo. Assim, os conflitos religiosos, raciais, culturais e outros são de relevância secundária que podem '...servir de desculpa ou de razão para a exploração econômica e para a dominação política'.³

No âmbito do presente trabalho, não se optará por uma ou outra vertente. Interessa, primordialmente, o reconhecimento da existência dos aludidos ódios e aversões.

Na antigüidade, a intolerância normalmente ocorria por diferenças religiosas (os muçulmanos opunham-se aos que professavam outras crenças, mas eram absolutamente indiferentes quanto à origem ou cor, aceitando como irmãos – à luz do Alcorão – até os povos dominados que abraçassem a religião de Maomé) ou sócio-culturais (como, por exemplo, o tratamento diferenciado e o desprezo revelados pela própria definição dos demais habitantes do mundo como 'bárbaros', por parte dos gregos e romanos). Raramente dava-se pela diferença de características físicas, embora haja registro do desprezo dos egípcios pelos negros de lábios grossos e cabelos carapinhas do sul e pelos líbios de olhos azuis.⁴

As lutas pela sobrevivência e as próprias características de alguns grupos, tribos e povos provocaram invasões de territórios, guerras sangrentas e, conseqüentemente, fizeram nascer rivalidades e ódios, aguçando os sentimentos de discriminação e de preconceito transmitidos pelos que vivenciaram as batalhas através das gerações (como se verifica até hoje entre pessoas de diversos países e nações avançados quanto a seus

¹Christiano Jorge Santos. *Crimes de preconceito e de discriminação*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

²Marie Jahoda, *Relações raciais e saúde mental*, in *Raça e ciência II*. São Paulo: Perspectiva, 1960, p.251-253.

³Arnold M. Rose, a origem dos preconceitos, op. cit., p. 162.

⁴Kenneth L. Little, *Raça e sociedade*, op. cit., p. 62-63.

inimigos: europeus ocidentais em relação aos alemães e chineses e coreanos no que tange aos japoneses, exemplificativamente).

Além disso, após a difusão do cristianismo na Europa, a discriminação dos adeptos de outras crenças foi crescente, principalmente a partir da baixa Idade Média, sendo certo que os judeus foram exemplo significativo de implacável perseguição.

Acentuou-se a intolerância, principalmente a decorrente da raça, com o desenvolvimento do capitalismo, no qual a busca do lucro e as novas formas de exploração econômica – pelos meios disponíveis à época – obrigavam o emprego de vasta mão-de-obra. Os maiores detentores da força, os brancos europeus, acabaram por subjugar os habitantes de outros continentes, principalmente escravizando índios americanos e negros africanos.”

Como imediata decorrência dessas discriminações, emergiu o sentimento de superioridade do branco no centro econômico do planeta que foi encontrar fundamento nas ciências a partir do desenvolvimento do “darwinismo social”.

Os estudos sobre a superioridade de determinadas raças sobre outras, aliás, que concluíram estar os brancos acima dos demais, acabaram por resultar no surgimento de “hierarquias” biológicas e psicológicas, a partir de então, dentro da própria raça branca.

Originou-se daí o “arianismo”, utilizado pela Alemanha nazista para a prática de inúmeras atrocidades contra ciganos, comunistas, homossexuais e judeus, dentre outros grupos.

Paradoxalmente, um dos países “aliados” mais importantes para a vitória na 2ª Grande Guerra, os Estados Unidos da América, continuou a manter um regime segregacionista por raça em vários de seus Estados, o que chegou ao fim após lutas pelos direitos civis da década de 50 no século passado.

Não se ignora que o regime do apartheid vigorou até 1996 na África do Sul e somente foi extinto após enorme pressão econômica internacional.

Ninguém olvida que estão disseminados grupos de tendência neonazista em vários locais do mundo, inclusive no Brasil, bem como grupos das mais variadas tendências preconceituosas.

Por fim, a Convenção da ONU de 2001, realizada em Durban, na África do Sul, em sua declaração final, previu como preocupante o aumento do anti-semitismo e da “islamofobia”, além de diversos “movimentos raciais e violentos baseados no racismo e em idéias discriminatórias contra as comunidades judia, muçulmana e árabe”, entre outras formas, demonstrando que a questão é motivo de preocupação mundial.

Abordagem jurídico-penal da questão

No âmbito jurídico, verdadeiro marco na história da defesa dos discriminados e também do direito positivo pátrio, a denominada “Lei Afonso Arinos” (Lei nº1390 de 1951) foi o primeiro estatuto legal brasileiro a erigir à categoria de infração penal a prática de algumas

condutas tidas como racistas, denominadas “atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor”.

Apesar de sua relevância, transformou-se em objeto de críticas por conta de sua sistemática de tipificação de condutas assemelhadas entre si e pouco abrangentes, que resultou numa mínima aplicação concreta.⁵ Também foi duramente atacada por tratar as condutas como meras contravenções penais, sujeitas a penas brandas (em geral de quinze dias a três meses de prisão simples ou multa).

Com vistas a tornar mais rigorosas as punições o legislador constituinte de 1988 fez inserir no artigo 5º, inciso XLII do Texto Magno que, “nos termos da lei”, “a prática do racismo constitui crime imprescritível e inafiançável, sujeito à pena de reclusão”.

Como consequência, aos 05 de janeiro de 1989, ou seja, apenas três meses depois, foi promulgada a denominada “Lei Caó” (Lei nº 7.716/89), que formalmente erigiu à categoria de crime os “atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor”.⁶

Em seu texto original, reproduziu boa parte do diploma legislativo anterior, a chamada “Lei Afonso Arinos” (Lei 1.390/51), prevendo várias condutas típicas assemelhadas, incidindo na mesma sistemática casuística já criticada com razão pelos movimentos de grupos discriminados e pela doutrina especializada.⁷

Alguns aperfeiçoamentos legislativos foram sendo verificados desde então, através das Leis nºs. 8.081/90, 8.882/94 e 9.459/97, esta última a mais relevante das três, principalmente por incluir a norma penal incriminadora até hoje prevista no artigo 20, “caput”, qual seja, “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena – reclusão, de um a três anos e multa”.

Outra inovação advinda da última reforma do texto da Lei 7.716/89 foi a previsão da injúria qualificada pelos elementos de raça, cor, etnia, religião e origem, inserida no artigo 140, §3º, do Código Penal, com mesma pena do delito do artigo 20, “caput”, da Lei especial.

Em decorrência da criação dos dois “novos” tipos penais, passaram a surgir mais registros de ocorrências policiais e, conseqüentemente, processos criminais.

Com a aplicação concreta das normas, todavia, algumas situações passaram a gerar dúvidas aos intérpretes, no que tange ao enquadramento de determinadas condutas como crime previsto no artigo 20 da “Lei Caó” ou como injúria qualificada.

Tal dúvida poderia instalar-se ao se imaginar, por exemplo, uma discussão decorrente de acidente de trânsito envolvendo dois motoristas, um branco e um negro, na qual dissesse o branco algo assemelhado a “tinha que ser preto para fazer uma caca

⁵Segundo Valdir Sznick, até meados de 1987 (ou seja, trinta e seis anos após a promulgação da “Lei Afonso Arinos”), foram verificadas apenas quatro ocorrências criminais de preconceito de cor nos tribunais pátrios. (*Nova contravenção sobre preconceito: raça, cor, sexo*. In: Revista de Jurisprudência do Tribunal do Estado de São Paulo, v. 107, p. 12-15, jul./ago. 1987.)

⁶Atualmente prevê a Lei como crimes os atos que caracterizem discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional.

⁷Eunice Aparecida de Jesus Prudente. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. Campinas: Julex, 1989.

dessas...” e o retorquisse o negro com um questionamento como “o que você disse, seu branquelo 'fdp'?”.

De se destacar, em primeiro lugar, que o episódio, conquanto lamentável, infelizmente nunca poderia ser dito incomum ou improvável numa cidade brasileira e de sua observação, certamente, inúmeras considerações poderiam surgir. Sob a ótica jurídico-penal, em particular, como acima já aventado, traz em seu bojo a necessidade de enquadramento adequado das condutas que, de modo genérico – mormente no meio jornalístico, mas também no mundo dos operadores do direito – são igualadas e tratadas como se fosse “racismo”.

Antecipando a conclusão final, afirmo tratar-se a primeira conduta (a fala do “branco”) de crime previsto no artigo 20, “caput”, da Lei 7.716/89 (prática do preconceito de raça), o que poderia ser tratado propriamente como delito de racismo, comportamento que se diferencia do segundo (o do negro), caracterizado como injúria qualificada prevista no artigo 140, §3º, do Código Penal.

Apesar das penas previstas para as infrações serem idênticas (reclusão de um a três anos e multa) e as assertivas dos contendores aparentemente iguais (todavia, apenas aparentemente), da diferenciação delas surgem conseqüências relevantíssimas: o crime cometido pelo branco (no exemplo inicial) é imprescritível e inafiançável (artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal), sendo a natureza da ação penal pública incondicionada (movida, portanto, por membro do Ministério Público). Já o delito praticado pelo negro, sujeita-se às regras ordinárias de prescritibilidade e afiançabilidade, além de ser a ação penal de iniciativa privada (via de regra), ou seja, neste último caso, ainda a valer-se dos bons préstimos de um advogado para dar início à persecução penal, ensejando, no mais das vezes, pagamento dos honorários.

Cumprе ressaltar, portanto, em que se diferenciam as condutas.

Como já foi defendido anteriormente⁸, o critério a ser adotado para a diferenciação das condutas deve ser **o alcance das expressões, gestos ou qualquer modo de exteriorização do pensamento preconceituoso**.

O indivíduo que se manifesta como a pessoa branca no exemplo da discussão de trânsito, assim como quem diz sobre um semelhante ou a um grupo humano: “Oh, raça maldita!” ou “Você pertence a uma sub-raça” está praticando o preconceito criminoso, inequivocamente.

Isso porque a expressão dirigida pelo motorista branco ao negro não se resume a uma ofensa à honra subjetiva de vítima(s) determinada(s). Ao se afirmar algo assemelhado a “tinha que ser preto para fazer uma caca dessas...”, pratica-se⁹ o preconceito, ou seja, diz-se que todos os negros ou pretos) ou a maioria deles faz coisas erradas (pensamento muitas

⁸Christiano Jorge Santos, *Crimes de preconceito e de discriminação: análise jurídico-penal da Lei n. 7716/89 e aspectos correlatos*. São Paulo: ed. Max Limonad, 2001, p. 126.

⁹Como bem asseverado por Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer: “Praticar é o mais amplo dos verbos, porque reflete qualquer conduta discriminatória expressa. A ação de praticar possui forma livre, que abrange qualquer ato desde que idôneo a produzir a discriminação prevista no tipo incriminador.” (*Dos crimes de discriminação e preconceito: anotações à Lei 8081, de 21.9.1990*. RT 714/329).

vezes inconscientemente incutido nas mentes dos brasileiros desde a infância e traduzindo na tristemente conhecida frase: “preto quando não caga na entrada, caga na saída”). Daí já ter sido afirmado que “... praticar também vem a significar qualquer conduta capaz de exteriorizar o preconceito ou revelar a discriminação, englobando-se, por exemplo, os gestos, sinais, expressões, palavras faladas ou escritas ou atos físicos”¹⁰.

Enfrentando a questão, adotou o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais o mesmo entendimento, ao manter condenação de primeiro grau de jurisdição de um colunista de pequeno jornal da comarca de Ponte Nova, o qual foi dado como incurso no tipo do artigo 20, §2º, da Lei 7716/89 (a denominada “Lei Caó”).

Para melhor ilustrar a situação, merece referência o caso concreto. Publicou o autor do delito matéria contra uma professora negra, sindicalista local, por ter aforado ação trabalhista em face de uma escola superior daquele município. Terminou seu artigo dizendo: “A história da Faculdade nos ensina que o teor da melanina na pele não indica o bom ou o mau caráter das pessoas, mas aí que saudades do açoite e do pelourinho”.

Dentre outros argumentos, bateu-se sua defesa pela desclassificação para crime contra honra, injúria, destacando, até, o fato de ter o réu exaltado um outro negro, na mesma publicação, chamando-o de “sábio” (para tentar demonstrar que não era preconceituoso, tendo também levado testemunhas no curso da instrução processual para dizer que mantinha bom convívio com a comunidade negra¹¹).

Decidiu por unanimidade a 2ª Câmara Criminal, contudo, em seu desfavor: “Em bom português, o réu exprimiu que as pessoas, não importando a cor, podem ter bom e mau caráter – até aí tudo bem. Em seguida, expôs seu saudosismo aos antigos e deploráveis métodos de castigo aos negros do Brasil Colonial e Monárquico. Ora, em assim fazendo, expressou que algumas pessoas de raça negra, que tenham, ao seu entendimento, mau caráter, merecem dito tratamento, entre elas a sra. E. M. (...)”.

Consta da ementa: “O crime de preconceito racial não se confunde com o crime de injúria, na medida em que este protege a honra subjetiva da pessoa, que é o sentimento próprio sobre os atributos físicos, morais e intelectuais de cada pessoa, e aquele é manifestação de um sentimento em relação a uma raça”.¹²

Outros julgados foram proferidos no mesmo sentido, podendo-se destacar, dentre eles, a manutenção de condenação de radialista que, em programa transmitido na

10Christiano Jorge Santos, ob. cit., p. 122.

11Tal estratégia defensiva, aliás, tem sido comumente verificada nos processos criminais pelo país afora pelos acusados de preconceito e discriminação, como já se pôde constatar (proc. Nº375/98 da 17ª Vara Central de São Paulo/SP; Apelação Criminal nº272.907-3 da 2ª Câmara criminal do E. Tribunal de Justiça de São Paulo; Apelação Criminal nº133.995/5 da 2ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais e proc. Nº12.946 da 2ª Vara de Petrópolis/RJ). Ignorando-se, porém, aparentemente, haver inúmeros registros de anti-semitismo entre judeus, preconceito e discriminação contra negros cometidos por pessoas da mesma raça, sendo plenamente justificável psicologicamente, portanto, que uma pessoa branca que possua amigos ou parentes negros possa discriminar (sendo, portanto, racista), um negro em sua determinada situação (ou os negros discriminarem os brancos em situação análoga). Para uma mais profunda análise da questão, sugere-se a leitura de “Reflexões sobre o racismo: I – Reflexões sobre a questão judaica. II – O orfeu negro”, de Jean-Paul Sartre.

12TJMG – ApelCrim n. 133.955/5, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. Herculano Rodrigues, *Jurisprudência Mineira*, v. 146, p. 382-389.

comarca de São Carlos, interior de São Paulo, no dia 9 de abril de 1991, narrou um furto, acrescentando, quanto à autoria: “Só poderia ser preto (...)”. Em seguida, afirmou serem três os ladrões, dois brancos e um negro, mas completou: “cana neles, principalmente no preto”¹³.

Também no processo autuado sob o nº 193/98, da 2ª Vara do Foro Distrital de Valinhos, comarca de Campinas/SP, um funcionário público foi condenado como incurso no artigo 20, *caput*, da Lei 7.716/89, porque afirmou de modo explícito não gostar de uma colega de trabalho em virtude de ser ela negra, tendo antes, constantemente, referido-se a seu labor como “serviço de preto”, “caca de negro” e “coisa de negro”, entre outros.¹⁴

A Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, aliás, pelas assessorias especializadas dos Procuradores Gerais Luiz Antonio Guimarães Marrey e José Geraldo Brito Filomeno, adotou entendimento, para efeito de análise do artigo 28 do Código de Processo Penal, de prevalência do artigo 20 da Lei [n.7.716/89](#) em relação ao artigo 140, §3º, do Código Penal (injúria qualificada), nos casos “de ofensa proferida no limitado âmbito da comunicação direta e imediata entre agressor e vítima”.

Consta das decisões, abordando a atual redação do artigo 20 da Lei [n.7.716/89](#):

“(...) a modalidade básica é de ação livre, sendo absolutamente irrelevante a circunstância de se tratar, como na espécie, de ofensa proferida no limitado âmbito de comunicação direta e imediata entre agressor e vítima. A interpretação da norma em apreço evidencia que o legislador deu concreção a um dos objetivos fundamentais da República, que traçou para si, na ordem constitucional inaugurada em 1988, o ideal de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da qual seja erradicada a marginalização e na qual seja possível promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art.3º, incisos I, III e IV, da CF). É a esse comando que se curvou o legislador, ao estender o âmbito típico do crime especial com o qual pretende inibir a sobrevivência em nossas relações sociais dos ominosos preconceitos hauridos do direito antigo, sob o qual a pessoa humana, por conta de dominação econômica e imperial, podia ser objeto e não sujeito de direitos. Esse propósito, que é a *ratio essendi* da incriminação, está confiado à tutela do Ministério Público, que não pode desconsiderá-lo no exame dos casos que chegam ao seu conhecimento (...)”¹⁵.

Voltando ao exemplo inicial, no segundo caso, da pessoa negra (ou preta) que chama o outro motorista de “branquelo fdp” (e a situação seria idêntica se uma pessoa branca chamasse o negro de “negro fdp”, “negão safado” ou um muçulmano atribuísse a um hebreu a pecha de “judeu sovina” ou vice-versa), apesar de ser bastante provável que o

13TJSP – ApelCrim n. 153.122.3/0, 5ª Câmara Criminal de Férias de julho de 1995, rel. Des. Celso Limongi,

14Elaborou a denúncia o Promotor de Justiça Tatsuo Tsukamoto e lavrou a sentença condenatória o magistrado Henrique Nader.

15Para um análise de três dos casos em que foram ofertadas denúncias, vide referência em Christiano Jorge Santos, ob.cit., p. 125.

autor da ofensa seja alguém preconceituoso, não há o delito do artigo 20, “caput”, da Lei 7.716/89 (“Praticar ...o preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”), mas sim uma ofensa à honra subjetiva da vítima, com base em elementos preconceituosos, situação em que se enquadra no tipo penal do artigo 140, §3º, do Código Penal, ou seja, a injúria qualificada.

Aquele que, fica evidente – portanto –, com intenção de ofender, refere-se a outro (ou a outros) como “fdp”, safado, sovina, canalha, etc, está, inegavelmente, cometendo injúria, atacando-lhe a dignidade ou o decoro. Quando acresce a tais expressões “elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem” ou quando distorce as características de tais elementos para realizar a ofensa (ex.: ‘Seu macumbeirozinho de merda – exemplo de preconceito de religião’), comete a injúria especial do parágrafo 3º.

Concluindo: nesses casos, a ofensa fica circunscrita à pessoa ou às pessoas à qual ou às quais dirige-se a mensagem ofensiva à dignidade ou ao decoro.

Vários casos de condenação por injúria qualificada já foram verificados, podendo-se citar, a título de exemplificação, a situação de uma professora da comarca de Piracicaba, interior de São Paulo, que repreendeu uma aluna negra que se portava mal em sala de aula, chamando-a de “filhote de urubu”.

Fundamentou-se a decisão, dentre outros aspectos, no fato de que dispunha a professora de “recursos pedagógicos para coibir a indisciplina em sala de aula. Tinha, aliás, o dever de enfrentar a situação, sem ofender ninguém”.¹⁶

A súpil análise que o trato das questões impõe, faz saltar aos olhos, ante as gritantes diferenças de conseqüências penais entre os delitos de “racismo” e injúria, acima referidas (cabe lembrar: a imprescritibilidade e a inafiançabilidade do racismo e as diferentes espécies de ação penal), relevante indagação: **O que fazer na hipótese de oferecimento de denúncia por crime de “racismo” quando o magistrado, na ocasião de julgar a questão, decide operar a denominada “desclassificação” para delito de injúria? Ou seja, no caso de oferecimento de denúncia por membro do Ministério Público que entendeu ser hipótese de delito previsto na “Lei Caó”, poderia o autor de inequívoca conduta faticamente descrita na exordial, ser condenado por crime contra a honra, em virtude de diversa exegese?**

Pode-se afirmar, convictamente, que situação como esta gerará (como já gerou em casos concretos passados) profunda injustiça, pois mesmo que o meritíssimo sentenciante entenda estar caracterizada uma injúria qualificada (à qual comina-se idêntica sanção do artigo 20, “caput”, da Lei 7.716/89), não poderá condenar o réu.

Isso por conta das naturezas díspares das ações penais respectivas. Como o crime contra a honra, via de regra, nos termos do artigo 145 do Código Penal, será de ação penal de iniciativa privada, sujeita-se a vítima a todas as regras materiais e processuais à hipótese cabíveis e, especialmente, se decorrido o prazo de seis meses previsto em lei, ter-se-á que reconhecer a existência da causa extintiva da punibilidade prevista no artigo 107, IV, segunda figura, do Código Penal, ou seja, a decadência (sem que se precise indagar

¹⁶TACrim de São Paulo – Apel. Crim. n. 1.092.139/4, 13ª Câmara Criminal, relator, o Mm. Juiz Lopes da Silva.

sobre a legitimidade “ad causam”, até).

Facilmente, contudo, poderia ser superada a dificuldade. Bastaria que os parlamentares federais, por uma questão de lógica e de critério legislativo, criassem um novo dispositivo penal (mero parágrafo do artigo 145 do CP, de duas linhas), estabelecendo que o delito de “injúria preconceituosa” (ou injúria qualificada – art.140, parágrafo 3º, CP) passasse a ser de ação penal pública condicionada à representação.

Dada a relevância da conduta e visando a uma maior defesa dos grupos normalmente discriminados ou alvo de preconceitos (o que se comprova também pela elevada pena prevista: reclusão de um a três anos e multa, maior, até, que a injúria real, de ação penal pública), incongruente é a manutenção da ação penal como privada.¹⁷

Adotando-se, portanto a sugestão acima exposta, evitar-se-ia a incongruência e permitir-se-ia, em casos análogos, a condenação dos infratores por crime menos grave, ao menos.

Ademais, facilitar-se-ia aos ofendidos o acesso ao Poder Judiciário. Em primeiro lugar, porque a desinformação e a falta de recursos acabam sendo obstáculos para a maioria das poucas vítimas que levam os episódios criminosos ao conhecimento da polícia. Em segundo, porque depois de lavrado o boletim de ocorrência, quando dele resulta a instauração de inquérito policial, a maioria das vítimas acaba deixando de contratar advogado ou de procurar a assistência judiciária gratuita para intentar a ação penal, por desconhecimento, inclusive.

Por derradeiro, acresça-se ter a questão ganho relevância com a publicação de Estatuto do Idoso (Lei nº10.741, de 01 de outubro de 2003), em vigor desde o início de janeiro de 2004, que em seu artigo 110 previu modificações em várias normas estampadas no Código Penal, dentre elas no tipo descrito no artigo 140, §3º, acima referido, que vigora com a seguinte redação:

“Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem **ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:**”
(destacamos apenas os elementos acrescidos).

Destarte, aumentou-se o rol das possíveis vítimas de injúria qualificada por conta de características pessoais, indicando uma tendência de maior repressão penal aos autores dos chamados delitos de intolerância.

Acolhendo a sugestão supramencionada, o Exmo. Senador da República, Paulo Paim, apresentou o projeto de lei nº 225/2004, visando a corrigir a injustiça.

Resta aguardar, por conseguinte, que façam eco as razões acima expostas e, em se implementando as mudanças, possamos contar com um arcabouço legislativo mais eficiente e cada vez mais voltado à defesa das pessoas e grupos alvos de preconceitos e discriminações.

¹⁷No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de direito penal*, v.2, p. 378.

Da definição de racismo

A par das considerações já levadas a efeito, faz-se necessário abordar a definição de racismo, de altíssima relevância, em especial por conta da expressa referência do artigo 5º, XLII, do Texto Magno.

Entende-se como tal o preconceito ou a discriminação negativa praticados contra uma pessoa, um determinado grupo de pessoas por pertencerem a determinada raça ou então a conduta típica voltada contra todos os integrantes de um grupo racial.¹⁸

Saliente-se que, em alguns casos, fica absolutamente indissociável a definição de raça dos conceitos de cor e etnia (na prática, revelando situações idênticas), motivo pelo qual, excepcionalmente, abarcaria o racismo o preconceito e a discriminação em virtude destas duas características, também.

De tal sorte, o crime de racismo, aludido na norma constitucional, limitar-se-ia às hipóteses de preconceito e discriminação mencionadas nos parágrafos anteriores, previstas na Lei nº 7.716/89.

Justifica-se tal entendimento no princípio da reserva legal, não se podendo afirmar que seja interpretada uma norma de caráter penal (nada obstante inserida no texto constitucional) de forma ampliativa.

Sem embargo, decidiu o Pretório Excelso Nacional no *habeas corpus* 82.424-2/RS, contrariamente ao posicionamento acima defendido e à pretensão do paciente Siegfried Ellwanger¹⁹, que a expressão racismo abarca também o preconceito por religião.

No acórdão de quase quinhentas laudas, vê-se que se posicionaram os Excelentíssimos Ministros, majoritariamente, pela tese da não limitação da expressão racismo, havendo expressas menções à definição dada pela ONU na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de racismo: “Nesta Convenção, a expressão 'discriminação racial' significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em outro domínio de sua vida...”²⁰

Reconheceu-se, após amplos debates, que apesar da possibilidade de membros da religião judaica pertencerem a diversas raças, o preconceito aos judeus (e doravante às demais religiões) caracteriza crime de racismo.

Não se definiu, entretanto, se o preconceito em virtude da “procedência nacional” (hipótese da Lei nº7.716/89) ou a “intolerância” contra os portadores de deficiência (Lei nº

18Já defendera tal posição em 2001: Christiano Jorge Santos, op.cit., p. 47/48

19O nome do paciente está sendo reproduzido na íntegra em virtude da ampla publicidade dada ao caso pelos meios de imprensa escrita e televisiva.

20Convenção internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, à qual aderiu o Brasil em 27/03/1968 (Decreto nº65.810, de 08/12/1969).

7.853/89), igualmente poderão ser equiparados ao delito de racismo, marcado pelas características da imprescritibilidade e da inafiançabilidade, dando margem a novos questionamentos judiciais.

A definição exata do crime de racismo (um dos pouquíssimos delitos a merecer expressa menção no Texto Constitucional – indicativo de sua relevância), por conseguinte, está a depender da contribuição dos doutrinadores pátrios e de nossos operadores do direito.

Outro aspecto altamente polêmico da decisão diz respeito ao reconhecimento da inexistência de raças.

Consta da ementa do r. Aresto:

“Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais”.

Inicialmente, incumbe salientar que desde as denominadas “Declarações de 1950 e 1951” da UNESCO²¹, já se discute a validade da classificação dos seres humanos em raças ou não. Ou seja, no pós-guerra, os antropólogos, geneticistas e biólogos recrutados entre os melhores profissionais do mundo já haviam se manifestado neste sentido.

Tanto que, do texto de 1951, constam, exemplificativamente, as seguintes conclusões:

“- Todos os homens atuais pertencem a uma mesma espécie e são resultantes de uma mesmo tronco. Quando e como os diferentes grupos humanos se separaram do tronco comum é questão que continua controversa;

- As diferenças físicas entre os grupos humanos são devidas às diferenças de constituição hereditária, ao meio e, na maioria das vezes, às duas;

- Os grupos nacionais, religiosos, lingüísticos e culturais não coincidem necessariamente com os grupos raciais, e os aspectos culturais não coincidem necessariamente com os grupos raciais, e os aspectos culturais desses grupos não têm nenhuma relação demonstrável com as características próprias à raça. Nenhum grupo nacional constitui uma raça *ipso facto*, tampouco grupos religiosos;

- Não se possui nenhuma prova da existência das raças ditas 'puras' mas, ao contrário, é legítimo pensar que o processo de hibridiz humana se prolonga desde uma época considerável”.

²¹Encontram-se os textos completos em *Raça e Ciência II*. São Paulo: Perspectiva, 1960, p. 279-291.

Nem por isso, o conceito de raça deixou de existir, como bem salientado no voto do Ministro Moreira Alves:

“Embora entre antropólogos, no decorrer dos tempos, tenha havido divergência sobre a conceituação de raça, especialmente quando utilizado o termo para finalidades políticas como ocorreu com o nazismo e o mito do arianismo, essas divergências modernamente, se existentes, se reduziram a ponto de Nicola Abbagnano ('Diccionario de Filosofia, trad. Galletti, p. 977/978, Fonde de Cultura Econômica, México, 1993), acentuar:

'O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto para subministrar o esquema zoológico dentro do qual podem ser situados os diferentes grupos do gênero humano. Portanto, a palavra deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança. Tais características são principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo. Tradicional e convencionalmente se distinguem três grandes raças, que são a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide. Portanto, os grupos nacionais, religiosos, geográficos, lingüísticos e culturais não podem ser denominados raças sob nenhum conceito e não constituem raça nem os italianos, nem os alemães, nem os ingleses, nem o foram os romanos ou os gregos, etc. Não existe raça **ariana** ou **nórdica**”.

É de conhecimento geral, portanto, que os seres humanos são classificados de diversas maneiras. Além da aferição fenotípica, não se olvide que nos Estados Unidos da América as pessoas poderiam ser ditas “negras” ou “índias” por terem um dezesseis avos de “sangue índio” ou “sangue negro” – isto é, quando um de seus dezesseis ancestrais foi um negro ou um índio, pouco importando seu fenótipo (branco de olhos claros, por hipótese).

Critério assemelhado foi utilizado na África do Sul, durante o triste período do *apartheid* e, igualmente, em nosso país, pois “Desde o século XVI, os negros, mestiços, cristãos novos e indígenas foram impedidos de ocupar cargos de confiança e de honra, sob a alegação de não possuírem tradição católica e título de nobreza (...). Afirmava-se que esses grupos pertenciam a uma raça impura, cujo sangue se encontrava manchado; daí a expressão raça infecta, que aparece nos documentos coloniais (...) na prática, para ocupar os cargos de regedor da Justiça da Suplicação, escrivão do juízo, coletor de impostos, juiz de fora, (...) o candidato devia comprovar que era limpo de sangue, ou seja, que não tinha na família nenhum membro pertencente às raças ditas impuras (...). Para comprovar que não pertencia à raça infecta, o candidato tinha que apresentar um atestado que comprovasse a limpeza de sangue. As autoridades abriam então um processo que buscava informações sobre as origens, a vida e os costumes do candidato (...).”²².

²²Maria Luiza Tucci Carneiro, O racismo na história do Brasil: mito e realidade. São Paulo: Ática, 1998, p.11.

Claramente distinguem-se duas formas de classificação dos humanos: pelos fenótipos ou pelos genótipos.

No que tange à última, vê-se ter sido praticamente banida do mundo após a derrubada do regime racista sul-africano.

Os últimos estudos genéticos, entretanto, vem dando suporte às afirmações de que inexistem raças, ressuscitando a afirmação de Montaigne: “Todo homem carrega a forma inteira da humana condição”.

Dados do geneticista Sergio Danilo Pena, professor da UFMG, que realizou a pesquisa intitulada “Retrato Molecular do Brasil” bem retratam o novel entendimento de que os “...estudos genômicos vêm destruindo completamente a noção de raça. Do ponto de vista genômico, elas não existem”.²³

Apontaram os dados da pesquisa que nos grupos de negros, pardos e brancos (assim classificados por seus fenótipos) foram encontradas as características de todas as “raças”, ou seja, havia brancos com predominância de genótipos de africanos bem como negros com predominância de genótipos euroasiáticos e que 61% dos brasileiros têm “sangue” índio ou africano.

Outros cientistas compartilham de igual entendimento, como o biólogo Edward O. Wilson, citado no voto do HC 82424/RS pela Excelentíssima Ministra Ellen Gracie:

“A maior parte dos biólogos e antropólogos usam a expressão 'raça', apenas de maneira vaga e eles não deseja sugerir nada mais do que a observação de que certos traços, tais como, estatura média ou cor da pele variam geneticamente de um local para outro. (...) Em consequência, a maior parte dos cientistas já de há muito reconheceu que se trata de um exercício fútil tentar definir raças humanas distintas. Tais entidades, de fato, não existem. Igualmente importante é afirmar que a descrição de uma variação geográfica em um ou outro traço, por parte de um antropólogo ou biólogo ou por qualquer outra pessoa, não deve comportar o juízo de valor em relação à valia das características definidas”.²⁴

Por tudo o que se expôs até então, pareceria óbvio também afirmar-se que “não existem raças, mas apenas a raça humana”. Todavia, a questão é muito mais complexa.

Nunca é demasiado lembrar que as pseudo verdades científicas que tanta “segurança” trazem às assertivas jurídicas, ao longo da história vão sendo paulatinamente desmistificadas e, no mais das vezes, desmentidas.

Se hoje os estudos do genoma humana estão a fortalecer a idéia da “não raça”, pouco tempo atrás o estudo dos genes do homem levaram aos conceitos de “raça infecta” e

²³Materia jornalística de José Edward, publicada na revista VEJA, n.51, de 20.12.2000, publicada sob o título “Quem somos nós?”.

²⁴Edward O. Wilson. “*On Human Nature*”. Massachusetts: Harvard University Press – Cambridge, 1998, p. 48.

deixaram privados dos exercícios de seus direitos milhões de pessoas.

Igualmente já foram conceitos científicos aceitos por boa parcela da população do planeta e principalmente pela classe intelectualmente privilegiada o “darwinismo social” e o “arianismo”.

O fato é que, no mundo todo, pessoas continuam a ser discriminadas em virtude de suas convicções políticas, religiosas, orientações sexuais, condições sexuais, e, inequívoca e de uma maneira mais visível, por suas raças (fenotipicamente consideradas, ao menos).

Destarte, quer parecer merecedor de extrema atenção o reconhecimento da inexistência de raças humanas.

Mais ainda preocupa o eventual uso do precedente em interpretações indevidas.

No início do atual milênio, quando grupos historicamente submetidos a toda sorte de exploração passam a reivindicar reparações; quando as ditas “minorias” passam a se organizar e pleitear isonomia; quando o mundo mostra-se parcialmente mais sensível para analisar a questão, pode parecer até irônica a assertiva de que aquele ser vilipendiado e humilhado por pertencer a determinada raça (raça esta cuja existência era até então cientificamente utilizada para justificar a desequiparação), agora, não tem mais direito a nada, porque as raças não existem mais.

Forçoso é reconhecer que a simples afirmação da inexistência das raças não faz superar a questão da intolerância.

Quer parecer ser necessário – e útil – mormente no mundo jurídico, a manutenção das classificações das raças humanas, ao menos a partir dos fenótipos, normalmente impossíveis de se ocultar, posto que as diferenças físicas, assim como as religiosas e culturais, deverão existir juntamente com a humanidade.

Enquanto o ser humano não aceitar o convívio nem respeitar o “próximo” (mesmo “distante”) como um irmão, mesmo que não seja, em muitos aspectos, “seu semelhante”, ou melhor, até a superação das intolerâncias, quer parecer ser passível do emprego de má fé o transporte dos conceitos da genética atual de que não há raças para a seara do direito.

Vê-se, portanto, que infelizmente, a isonomia e o ideal de igualdade estão, na prática, longe de serem atingidos, mas é inquestionável a necessidade de se continuar lutando pelo sonho. O mesmo sonho de Martin Luther King.

Texto publicado em “Direito Processual Penal e Garantias Constitucionais”. São Paulo: Quartier Latin, 2006. (coord. Marco Antonio Marques da Silva)

Bibliografia

- ADORNO, Sergio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n.43, p.45-63, nov.1995.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *O racismo na história do Brasil: mito e realidade*. 7.ed. São Paulo: Ática, 1998.
- EDWARD, José: Quem somos nós. *Veja*, São Paulo, Abril, v.33, n.51, p. 102-109, 20.12.2000.
- JAHODA, Marie. Relações raciais e saúde mental. In: *Raça e Ciência I*. São Paulo: Perspectiva, 1960, p. 251-253 (Coleção Debates n.56).
- LITTLE, Kenneth L. *Raça e Sociedade*. In *Raça e Ciência I*. São Paulo: Perspectiva, 1960, p. 62-63 (Coleção Debates n.25).
- OSÓRIO, Fabio Medina, SCHAFFER, Jairo Gilberto. Dos crimes de discriminação e preconceito. *Revista dos Tribunais*, n. 714, p.329, abr.1995.
- PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. Campinas: Julex, 1989.
- ROSE, Arnold M. A origem dos preconceitos. In: *Raça e Ciência II*. São Paulo: Perspectiva, 1960, p. 161-194 (Coleção Debates n. 56).
- SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de preconceito e de discriminação: análise jurídico-penal da Lei n.7716/89 e aspectos correlatos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SARTRE, Jean-Paul. *Reflexões sobre o racismo: I – Reflexões sobre a questão judaica. II – O Orfeu negro*. Trad. J. Guinsburg. 6. ed. Rio/São Paulo: Difel Difusão Editorial, 1978.
- SZNICK, Valdir. Nova contravenção sobre preconceito: raça, cor, sexo, In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v.107, p. 12-15, jul./ago. 1987.
- WILSON, Edward O. "On Human Nature". Massachusetts: Harvard University Press – Cambridge, p. 48, 1998.