



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DAVI ROCHA FERREIRA**

**PRECONCEITO CONTRA NORDESTINO: UMA ESPÉCIE DE RACISMO**  
**TIPIFICADO?**

**FORTALEZA**  
**2016**

DAVI ROCHA FERREIRA

PRECONCEITO CONTRA NORDESTINO: UMA ESPÉCIE DE RACISMO TIPIFICADO?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

- F44p Ferreira, Davi Rocha.  
Preconceito contra Nordeste : uma espécie de racismo tipificado? / Davi Rocha Ferreira. – 2016.  
75 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,  
Curso de Direito, Fortaleza, 2016.  
Orientação: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.
1. Racismo. 2. Legalidade. 3. Preconceito contra nordestinos. I. Título.

CDD 340

---

DAVI ROCHA FERREIRA

PRECONCEITO CONTRA NORDESTINO: UMA ESPÉCIE DE RACISMO TIPIFICADO?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Mestranda Lívia Maria de Sousa  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

À minha família.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, explico que os nomes elencados aqui não se tratam de um rol taxativo de quem merece reconhecimento, estando excluídos os não citados. Sou falível e passível de equívocos. Certamente, esquecer-me-ei de algumas pessoas, então começo já pedindo desculpas caso me olvide de alguém. Além disso, algumas pessoas mereceriam ser citadas mais de uma vez por estarem presentes no meu desenvolvimento acadêmico em diversos projetos ou estágios, contudo não o farei sob pena de me tornar repetitivo.

À minha mãe, Sandra, e meu pai, Flávio, que fizeram o melhor para assegurar uma educação de qualidade e um ambiente familiar propício para meu amadurecimento moral e intelectual. Ao meu amigo e irmão mais novo, Daniel, que também ingressou no curso de Direito da UFC e também muito me ensina. À toda minha família de Juazeiro do Norte que me acolhe no período de férias e em datas comemorativas e fez parte da minha criação oferecendo pilares morais necessários à minha formação.

A todos colegas de sala que, durante a graduação, contribuíram de forma significativa para a minha formação intelectual e profissional com discussões sobre amenidades, ciência jurídica, filosofia. Em especial, ao Lucas Andrade, Antônio Carlos Filho, Zanocchi, Mateus Cestaro, Vitor Hugo Butrago, Messias Adriano, Iago Dias, Thulio Mesquita, Jackson, Guilherme Calef, Mateus Barreto, Ricardo Facundo.

Aos amigos de outros semestres que a Faculdade de Direito me apresentou. Especialmente, Osvaldo Torrezan, Victor Alves, Vinícius Reis, Evanildo, Piero, Paulo Cezar, Olga, Alison, Isabelly, Geórgia Cavalcante, Liana, Breno Lacerda, Laura Ribeiro, Karina, Marcos Junior, Cairo, Thiago Cavalcante, Lucien, dentre outros que devo ter-me esquecido, porém não são menos importantes.

Ao João Paulo Sampaio e à Nadja Ponte por sempre terem sido muito solícitos comigo e me emprestado o material de estudo para a OAB, bem como me aconselhado como estudar e quais matérias dar maior enfoque, o que foi fundamental para minha aprovação no XIX Exame da OAB.

Ao Célio Belém, Joel Sousa, Roncalli Barreto os quais me deram minha primeira experiência profissional por me convidarem no meu quarto semestre para estagiar no escritório deles, tendo sempre paciência e confiança em mim, bem como dedicando parte de seu tempo para ajudar a tornar-me um estudante e um futuro operador do direito capaz de exercer minhas funções com aptidão. À Carol Pinheiro que ingressou como advogada no escritório e também merece os mesmos elogios que fiz aos meus três primeiros chefes.

A todos meus amigos servidores; Pedro Roney, Mário Freire, Andrea, Karina, tendo o primeiro em um breve debate jurídico sobre discriminação e legislação penal corroborado de sobremaneira com a minha escolha da temática deste trabalho; estagiários, Débora Chagas, Pedro, Lílian; e Procuradores da República, Dr. Luiz Carlos e Dr. Samuel Arruda; do Ministério Público Federal no Estado do Ceará que corroboraram com meu aprendizado em direito penal e processo penal, tendo sido tal estágio uma das razões por minha paixão por essas duas matérias jurídicas, além de o tema dessa monografia ter surgido durante o trabalho sobre processos dessa natureza.

À Defensoria Pública da União no Estado do Ceará como um todo por possuir um ambiente de trabalho “*sui generis*” em que se busca atender da forma mais eficaz e humanizada os assistidos hipossuficientes, resolvendo as demandas jurídicas com uma celeridade e qualidade que dão orgulho a quem já participou desse grupo. Aos meus colegas e amigos estagiários Emmanuel Furtado, Marlon, Wesley Martins Saulo, Carol Farias, Mário Sérgio, Victor Teixeira, Leonardo Mororó, Yan, Camila Leite, Marjorie, Morgana, Leudo, Brenda, Alexandre Neves, Fernanda Lobo, Lia Albuquerque; aos servidores Isac Marcel, Isabel, Karulina; aos Defensores Públicos Federais Dr. Anderson, Dra. Karla, Dr. Eduardo, Dr. Filipe Augusto, que contribuíram com meu crescimento pessoal e com minha evolução acadêmica e profissional.

Aos membros organizadores dos projetos da SONU e meus colegas de comitê da OIT Juliana, Rafael Nogueira e Marina Ponte, tendo sido tal projeto fundamental na minha preparação e conhecimento das normas da ABNT que foram imprescindíveis para a confecção dessa pesquisa. Aos membros organizadores da Sociedade de Debates Antônio Vitor, Arthur Cabral, Arthur Feijó, Miguel Serra, William Lessa, Jáder, Ítalo Tomas, Stephane, Renata, Mariana Estrela, Pedro Ângelo, Caio Alcântara, Rafael Cronje cujos ensinamentos me capacitaram a discursar perante grandes plateias, raciocinar e transmitir meus pensamentos de modo mais conciso e preciso.

Ao professor Raul que leciona com maestria e com dedicação e aceitou me orientar sobre um tema bastante controverso e pouco estudado, bem como disponibilizou seu tempo para revisar e tornar minha pesquisa melhor. Ao professor Sérgio que também muito contribuiu com meu aprendizado nas disciplinas de processo penal e se dispôs a participar de minha banca como examinador. À mestranda Lívia Maria que de modo bastante solícito aceitou meu convite para atuar como examinadora na minha banca de defesa de meu Trabalho de Conclusão de Curso.

“Eu sou de uma terra que o povo padece  
Mas não esmorece e procura vencer.  
Da terra querida, que a linda cabocla  
De riso na boca zomba no sofrer  
Não nego meu sangue, não nego meu nome  
Olho para a fome, pergunto o que há?  
Eu sou brasileiro, filho do Nordeste,  
Sou cabra da Peste, sou do Ceará.”

(Patativa do Assaré)

## RESUMO

A pesquisa tem como objeto as ofensas discriminatórias contra nordestinos sob o enfoque de sua criminalização como modalidade específica do crime de racismo, investigando se essas condutas são tipificadas e atendem ao postulado constitucional da legalidade. A importância da temática se dá pelo fato de pessoas estarem respondendo a processos por um delito com os atributos de imprescritibilidade e inafiançabilidade. Além disso, a investigação se deu por meio da leitura de literatura jurídica penal brasileira, da análise dos debates da Câmara dos Deputados acerca da evolução legislativa das normas que criminalizam o racismo e por intermédio do comparativo de “*leading cases*” do STF. Por fim, o estudo permitiu concluir que a ofensa discriminatória contra nordestinos não se encontra tipificada no art. 20 da lei de racismo (Lei 7.716/1989).

**Palavras-chave:** Racismo. Legalidade. Preconceito contra nordestino.

## **ABSTRACT**

This research aims on the study of discriminatory offenses against the northeastern, with the focus of its criminalization as a specific modality of the crime of racism, investigating if these behaviors are typified and respect the constitutional postulate of legality. The importance of the subject is due to the fact that people are responding to lawsuits for an offense imprescriptible and unsafe. In addition, the investigation was carried out through the reading of Brazilian criminal legal literature, the analysis of debates in the Chamber of Deputies about the legislative evolution of the norms that criminalize racism and through the comparison of STF leading cases. Finally, the study allowed to conclude that the discriminatory offense against northeastern people is not typified in art. 20 of the racism law (Law 7.716/1989).

**Keywords:** Racism. Legality. Prejudice against the northeastern.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
art.	Artigo
CE	Ceará
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
DF	Distrito Federal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MI	Mandado de Injunção
Min.	Ministro
MPF	Ministério Público Federal
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PL	Projeto de Lei
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PPR	Partido Progressista Reformador
PPS	Partido Popular Socialista
PR	Paraná
PSC	Partido Social Cristão
PT	Partido dos Trabalhadores
REsp	Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
SAJ	Sistema de Automação da Justiça
SC	Santa Catarina
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>2</b>	<b>LEGALIDADE PENAL</b> .....	16
2.1	<b>Histórico</b> .....	16
2.2	<b>Desdobramentos do princípio da legalidade</b> .....	18
2.2.1	<b>Anterioridade Penal</b> .....	19
2.2.2	<b>Princípio da Reserva legal</b> .....	20
2.2.3	<b>Taxatividade</b> .....	21
2.2.4	<b>Vedação à Analogia in malam partem</b> .....	23
2.3	<b>Ausência da Legalidade Penal no sistema brasileiro</b> .....	25
2.4	<b>Tipo Penal e Tipicidade</b> .....	26
2.4.1	<b>Fases do Tipo Penal</b> .....	27
2.4.2	<b>Funções do Tipo Penal</b> .....	28
2.4.3	<b>Elementos do Tipo</b> .....	28
2.5	<b>Interpretação e Métodos</b> .....	29
2.5.1	<b>Sujeitos que interpretam o texto legal</b> .....	29
2.5.2	<b>Métodos de Interpretação</b> .....	30
2.5.3	<b>Tipos de interpretação quanto ao resultado</b> .....	32
2.5.4	<b>In dubio pro reo</b> .....	32
<b>3</b>	<b>CRIMES DE DISCRIMINAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</b> .....	33
3.1	<b>Breves considerações sobre o racismo</b> .....	33
3.2	<b>Histórico Legislativo relativo à discriminação pré-Constituição de 1988</b> .....	36
3.3	<b>Racismo e Constituição de 1988</b> .....	38
3.4	<b>Crime de Racismo na Lei nº 7.716/1989</b> .....	41
3.5	<b>Alterações na Lei de racismo feitas pelas Leis nº 8.081/1990 e nº 8.082/1994</b> ....	43

3.6	Alargamento do rol de racismo promovido pelo Projeto de Lei nº 1240/1995 (convertido na Lei nº 9.459/97) .....	45
3.7	Últimas modificações realizadas pelas Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial) e Lei 12.735/2012.....	48
4	CRIME DE PRECONCEITO CONTRA NORDESTINOS .....	50
4.1	Interpretação doutrinária da abrangência do art. 20 da Lei 7.716/89.....	50
4.2	Caso Siegfried Ellwanger (HC 82424) .....	52
4.3	Argumentos dos pareceres da PGR na ADO 26/DF e no MI 4.733.....	57
4.4	Denúncia contra um Deputado Federal por homofobia.....	61
4.5	Injúria Racial e Imprescritibilidade .....	62
4.6	Possibilidades de Interpretação Jurídica da abrangência de racismo.....	63
5	CONCLUSÃO .....	67
	REFERÊNCIAS .....	69

## 1 INTRODUÇÃO

Em tempos de período eleitoral, torna-se mais evidente nas redes sociais a imagem que as outras regiões brasileiras têm acerca do Norte e do Nordeste. Com efeito, desde as eleições presidenciais de 2010, têm eclodido comentários cujo escopo é ofender, segregar os eleitores das regiões brasileiras com maiores índices de desigualdade social e pobreza.

Nesse contexto, este estudo não possui como finalidade negar esses acontecimentos nem defender tais manifestações com base no direito à liberdade de expressão, o que se busca averiguar é se as condenações em âmbito penal de pessoas as quais se utilizaram de redes sociais, por exemplo, Facebook ou Twitter, estão amparadas e de acordo com os princípios constitucionais penais, como a legalidade, e os subprincípios deles decorrentes.

Discorre-se aqui sobre a abrangência penal do racismo na perspectiva jurídica-penal, logo a estrutura da pesquisa é voltada para nos permitir verificar quais princípio são mais caros na esfera penal à consecução de um Estado Democrático de Direito, o qual não pune arbitrariamente seus cidadãos ou criminaliza condutas com fulcro em premissas não generalizáveis.

Nesse sentido, o primeiro capítulo do desenvolvimento é destinado ao estudo esmiuçado do princípio da legalidade penal, adentrando no seu histórico; desdobramentos em subprincípios; como a anterioridade penal, princípio da reserva legal e taxatividade; bem como as proibições decorrentes dele, por exemplo, a vedação à analogia *in malam partem*, por violarem seus subprincípios indiretamente.

No capítulo seguinte, são feitos rápidos comentários acerca do racismo, do uso de teorias pseudocientíficas para legitimá-lo enquanto política de Estado em alguns momentos históricos, mas o enfoque é a análise do histórico de penalização das condutas discriminatórias no Brasil. Desde a fase pré-constituição de 1988 na qual essa intolerância recebia tratamento a nível de contravenção penal, até a atualidade em que é um crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão. Tal investigação será feita por meio da análise do texto legal e das discussões as quais os originaram, assim como com os pareceres e substitutivos não aprovados para a promulgação do texto final.

No terceiro capítulo do desenvolvimento, serão expostas as interpretações doutrinárias acerca da abrangência dos dispositivos legais, as decisões em “*leading case*” sobre racismo proferidas pelo STF que terão seus fundamentos jurídicos confrontados para se possibilitar concluir se o conceito jurídico de “preconceito racial” engloba a discriminação em desfavor dos nordestinos.

Dessa forma, almeja-se estudar as ofensas discriminatórias contra nordestino sob a perspectiva de sua caracterização como racismo para fins de aferição de seu caráter legal e tipificado em um ordenamento penal que eleva o princípio da legalidade como preceito constitucional.

## 2 LEGALIDADE PENAL

Inicialmente, é preciso compreender que as garantias as quais são categorizadas como direitos fundamentais não podem ser observadas apenas como temática para discussões doutrinárias, tendo em vista que no Brasil aqueles que receberem tal nomenclatura possuem aplicação imediata, virtude do art. 5º, §1 da CF/1988, são cláusulas pétreas, conforme art. 60, §º da CF/1988, portanto não podem ser revogadas, e detêm hierarquia constitucional, logo são capazes de afastar normas de poder hierárquico inferior.<sup>1</sup>

Com efeito, o princípio da legalidade penal é considerado um direito fundamental, está elencado no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal<sup>2</sup> e merece ser estudado, pois sua aplicação e efeitos são imprescindíveis para a pesquisa desenvolvida.

Além disso, tem como função limitar as fontes de formais do direito penal bem como atua como garantia ao dar certeza e segurança do que é sancionado pelo poder punitivo estatal,<sup>3</sup> o que o torna fundamental para a compreensão dos limites do exercício de poder pelo Estado.

### 2.1 Histórico

Nereu José Giacomolli disserta sobre a inexistência do princípio da legalidade durante o Império Romano e a vigência da “*Crimina Extraordinaria*” do direito do Imperador Justiniano em razão dos conceitos amplos e quase indeterminados. Além disso, esse autor também relata que tal princípio estava alheio ao Direito Penal germano, pois se utilizava o direito consuetudinário como fonte de sanções.<sup>4</sup>

Nesse passo, Mirabete relata que o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, elaborado por Feuerbach é oriundo da Magna Carta de 1215 imposta ao rei João-sem-Terra, no art. 39, o qual previa que nenhum homem livre podia ser punido senão pela *lei da terra*, apesar de aparentemente tratar-se de uma garantia processual do que penal<sup>5</sup>, todavia Nereu José

<sup>1</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. P 17.

<sup>2</sup> Artigo 5º, XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Vide: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso 2 de novembro de 2016.

<sup>3</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: parte geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. Vol 1. Tomo 1. P 307.

<sup>4</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Função Garantista do Princípio da Legalidade. **Revista dos Tribunais Online**. vol. 778/2000. P. 476 a 488.

<sup>5</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: arts. 1º a 120 do CP**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005. P 55

Giacomolli não atribui à Magna Carta a primeira positivação desse princípio em virtude de o “*rule of law*” possuir diverso sentido em razão do órgão jurisdicional em detrimento da lei.<sup>6</sup>

Já Geovana Tavares de Mattos relata que o surgimento expresso ocorreu no “*Bill of Rights*” de 1689 e nas Constituições das colônias inglesas as quais se libertavam, por exemplo, da Filadélfia em 1774. No que tange à sua presença nos códigos penais, manifesta-se pela primeira vez na Europa, em 1787 com a codificação de José II, da Áustria e, posteriormente, aparece também no “*Allgemeine Landrecht*” prussiano, de 1794 (§9º, 11º, 20º), e no Código Penal Francês de 1810 (art. 4º).<sup>7</sup>

Por sua vez, Paulo Bonavides assevera que o princípio da legalidade teve maior justificação doutrinária e uma explicitação política com a ocorrência da Revolução Francesa de 1789, especificamente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, tendo sido também incluído na Constituição francesa de 1791 ao estabelecer que não há autoridade superior à da lei.<sup>8</sup> Com efeito, Nereu José Giacomolli destaca que tal caráter fica bem explícito quando se percebe que havia uma intenção de substituir a vontade individual do soberano e dos julgadores por uma vontade popular, representada pelo Poder Legislativo.<sup>9</sup>

Já Basileu Garcia pontua que sua aplicação era feita de modo tão severo na França em parte do período de vigência do Código Penal francês de 1791 que o magistrado somente poderia impor uma pena imutável designada no texto legal, o que só veio a se alterar com as reformas de 1824 e 1832 as quais inseriram as circunstâncias atenuantes, moderando assim as penas, portanto, conclui o autor, houve uma época de colisão entre a individualização da pena e a ríspida incidência da legalidade penal.<sup>10</sup>

No que tange ao Brasil, Gilmar Mendes e André Rufino explicam que a inserção do princípio da legalidade se deu pela primeira vez na Constituição Imperial outorgada de 1824, embora tal postulado objetive uma tutela das liberdades individuais ao, em tese, instituir o Estado de Direito em contraposição ao Estado Absolutista dos séculos XVII e XVIII. Além disso, esteve presente também em todas as posteriores, à exceção da Constituição de 1937. Por

<sup>6</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Função Garantista do Princípio da Legalidade. **Revista dos Tribunais Online**. vol. 778/2000. P. 476 a 488.

<sup>7</sup> MATTOS, Geovana Tavares de *et al.* **GARANTISMO PENAL NO BRASIL: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli**. Coord: Túlio Viana; Felipe Machado. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. P 162 a 165.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. P 121 e 122.

<sup>9</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Função Garantista do Princípio da Legalidade. **Revista dos Tribunais Online**. vol. 778/2000. P. 476 a 488.

<sup>10</sup> GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal. Vol. 1. Tomo 1**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P 195.

fim, relatam os autores que tal preceito liberal burguês oriundo da Revolução Francesa foi incorporada ao ordenamento imperial em razão da influência de Benjamin Constant.<sup>11</sup>

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt relata que tal princípio é decorrente de um longo processo de consolidação dos estados democráticos ao impedir que pessoas sejam apenadas sem a existência de prévio delito como enunciou Feuerbach no início do século XIX a expressão em latim *nullum crimen, nulla poena sine lege*.<sup>12</sup>

Damásio de Jesus afirma que na Alemanha, Dinamarca e na extinta URSS houve em determinadas épocas uma reação ao uso do princípio da legalidade. O autor relata que na URSS o Código Soviético de 1962 descrevia delito como as ações e omissões que atentassem contra a Estrutura do Estado Soviético, além da previsão expressa da faculdade do uso de analogia para criação de tipos penais. Na Alemanha nazista havia a possibilidade de sanção penal em razão do “são sentimento do povo”. Na Dinamarca, o Código de 1930 autorizava a criminalização de condutas assemelháveis aos tipos previstos, ou seja, uma permissão para a aplicação da analogia,<sup>13</sup> porém Nelson Hungria pontua que na Dinamarca há uma tradição do uso de uma analogia restrita nos códigos de 1836 e 1930 que seria muito mais uma interpretação extensiva por compreensão da redação da norma.<sup>14</sup>

Nelson Hungria também tece críticas ao Tribunal de Nuremberg que impôs penas a fatos retroativos bem como condenou pessoas a enforcamento e outras sanções arbitrárias, subjugando o princípio da territorialidade penal, sendo apenas um meio de os vencedores da Segunda Guerra Mundial legitimarem suas represálias, visto que até as sentenças eram inapeláveis.<sup>15</sup>

## 2.2 Desdobramentos do princípio da legalidade

A adoção do princípio da legalidade por um Estado tem diversas implicações desde a elaboração da norma penal até o momento de sua interpretação e aplicação pelo magistrado competente para julgar a lide. Nesse sentido, Alvaro Mayrink da Costa faz breves considerações sobre sua importância:

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. P 243 E 244.

<sup>12</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal parte geral 1**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P 52 e 53.

<sup>13</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume 1, parte geral**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P 63 e 64.

<sup>14</sup> HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P 17 e 18.

<sup>15</sup> HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P 31.

O princípio da legalidade transcende os limites de uma garantia política modulada no curso da história, e o eleva à condição de princípio científico imprescindível à racionalização de toda atividade punitiva regida pelo direito e não pela força.<sup>16</sup>

Luigi Ferrajoli verifica tantos efeitos do princípio da legalidade que o divide em duas principais ramificações. A primeira ao obrigar o Estado Democrático de Direito a produzir leis cuja tramitação no legislativo respeita o procedimento democrático seria a subcategoria mera legalidade, enquanto a segunda, chamada legalidade estrita, implicaria todas as outras garantias que o autor expressa em latim (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Em outras palavras, a mera legalidade obrigaria o Estado à elaboração de leis emanadas pelo Poder Legislativo; já a legalidade estrita serviria de modelo regulamentador das garantias materiais dos cidadãos.<sup>17</sup>

Resumindo as principais funções do princípio da legalidade Rogério Grego ressalta que ele serve para proibir a retroatividade penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), vedar a criação de delitos e penas pelo costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), impedir o emprego da analogia para inovar crimes, fundamentar ou agravar sanções (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) e proibir incriminações vagas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*),<sup>18</sup> porém é importante tecer mais comentários sobre as garantias decorrentes da legalidade penal.

### 2.2.1 Anterioridade Penal

Embora algumas condutas humanas mereçam um juízo de valoração negativo em decorrência dos danos causados a pessoas, a patrimônio ou à sociedade em geral, se essas ações ou omissões não estiverem previamente indicadas como proibidas na legislação, não devem nem podem receber as sanções do direito penal, como pode ser observado nos comentários de Nelson Hungria a seguir:

Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprovação pública, francamente lesivo ao *minimum* de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou da previsão do legislador, isto é, se não

<sup>16</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: parte geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. Vol 1. Tomo 1. P 307.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Vários tradutores. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P 93.

<sup>18</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. P 96.

corresponde, precisamente, *a parte objecti* e *a parte subjecti*, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da ilicitude *jurídico-penal*.<sup>19</sup>

Outrossim, um dos efeitos é a impossibilidade de a lei penal retroceder para atingir fatos ocorridos antes de sua vigência em prejuízo ao acusado, conforme estipulam o art. 5º, XI, da CF/1988 e o art. 2º do Código Penal, excetuando-se o caso da retroatividade da lei penal mais benéfica. Isso se dá com a finalidade de não surpreender os cidadãos com eventuais processos penais por razões que não eram típicas, antijurídicas e culpáveis à época do seu cometimento.<sup>20</sup>

### 2.2.2 Princípio da Reserva legal

Apesar da existência da controvérsia acerca da sinonímia dos termos legalidade e reserva legal,<sup>21</sup> adotaremos uma conceituação distinta em que o último constitui uma garantia decorrente da legalidade.

A reserva legal, segundo Fernando Capez, tem a função de proteger a coletividade contra as formas tirânicas e arbitrárias dos detentores do poder mediante seu exercício seletivo do direito penal, bem como garantir a convivência em sociedade sem o risco da perda da liberdade à exceção das hipóteses previamente estipuladas em regras gerais, abstratas e impessoais externadas pelo órgão legiferante competente.<sup>22</sup>

Nesse sentido, a atribuição ao Poder Legislativo da função exclusiva de escolher dentre o rol de comportamentos humanos aqueles que merecem a repressão da força estatal, devendo um agente público do Poder Judiciário fazer sua aplicação e interpretação é um meio da manutenção da estabilidade estatal, tendo em vista a teoria da Separação dos Poderes preconizada por Montesquieu,<sup>23</sup> o que assegura uma maior segurança jurídica, segundo Luiz Regis Prado, pois a intervenção penal apenas se legitima com estabilidade, segurança e certeza no que concerne ao controle formal-legal a que os cidadãos se submetem.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P 13 e 14.

<sup>20</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. P 99 e 100.

<sup>21</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. P 104.

<sup>22</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v 1.6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P 40 e 41.

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v 1.6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P 41.

<sup>24</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P 187 e 188.

Por sua vez, Alexandre de Moraes explicita que o parlamento historicamente tem o monopólio da atividade legislativa, pois em regra é a casa institucional dos debates políticos, lugar onde se debatem os temas que são objeto de mobilização popular e, em razão da composição plural de seus membros em tese, é o local hábil para positivar a síntese dos interesses e das ideias antagônicas da sociedade.<sup>25</sup>

Ademais, a reserva absoluta da lei em sua concepção formal e estrita implica uma inadmissibilidade de restrições aos direitos individuais por intermédio do regramento unilateral do Poder Executivo, logo medidas provisórias não são aptas para a criação de novos crimes.<sup>26</sup>

Por fim, Nelson Hungria argumenta que a codificação penal se mostra como um sistema fechado para o preenchimento de lacunas por meio de princípios gerais, costume, analogia ou arbítrio de julgador, portanto no que tange às omissões (lacunas) existentes sobre o prisma da política criminal, ou seja, pré-jurídica, somente nova lei incriminadora sem efeitos retroativos poderia supri-la.<sup>27</sup>

### 2.2.3 Taxatividade

Como corolário da reserva legal, a taxatividade adentra no ordenamento impedindo a criação de tipos penais genéricos e excessivamente abrangentes. Com efeito, seria possível tornar um sistema garantista penal ineficaz mesmo que possuísse o respeito à prévia edição de leis casos os termos usados fossem muito amplos, por exemplo, qualquer conduta contrária aos interesses nacionais, qualquer vilipêndio à honra alheia. Dessa forma, as garantias seriam meramente “ornamentos legais”, pois todo comportamento humano seria tipificável, implicando uma insegurança jurídica talvez equivalente a um sistema em que não houvesse lei alguma.<sup>28</sup> Nesse sentido, bom lembrar os exemplos dos Estados autoritários da Alemanha nazista e da União Soviética que possuíam termos muito amplos, conforme explicitado por Damásio de Jesus.<sup>29</sup>

Por outro lado, Luiz Regis Prado entende que é o princípio da legalidade o qual origina os subprincípios da determinação e da taxatividade. O primeiro acarreta o dever de o legislador descrever da forma mais precisa e clara, ou seja, uma exigência de certeza (*lex certa*).

<sup>25</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009. P 42.

<sup>26</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v 1.6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P 43.

<sup>27</sup> HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal: decreto-lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P 13

<sup>28</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v 1.6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P 45

<sup>29</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume 1, parte geral**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P 63 e 64.

O segundo subprincípio seria um instrumento de limite da interpretação do julgador, o qual deve respeitar as fronteiras delineadas pelas palavras e conceitos da norma incriminadora com o fito de cingir a liberdade decisória do magistrado, obrigando-o até a aplicar igualmente sanções a condutas semelhantes, o que desagua numa forma mediata de garantia de tratamento igualitário no âmbito penal.<sup>30</sup>

Por sua vez, Bittencourt não nega que a ciência jurídica possua um certo grau de indeterminação, admitindo assim interpretações variadas, os quais precisem de complementação valorativa para se chegar a uma resposta, o que pode ser útil para manter o texto legal atualizado, todavia o excesso dessa indeterminação, em vez de corroborar com a dinamicidade do direito penal, implica grave violação à segurança jurídica.<sup>31</sup>

Além disso, Luigi Ferrajoli disserta que a falta de taxatividade das previsões legais e da decidibilidade da verdade processual implica um enfraquecimento das outras garantias do princípio da legalidade, acarretando uma mera legalidade, o que gera um modelo de processo penal autoritário no qual, embora haja elaboração de lei por órgão competente, bem como sua aplicação pelo magistrado com a devida investidura, os cidadãos e suas liberdades civis não estão de fato protegidos das arbitrariedades do exercício do poder estatal.<sup>32</sup>

Resumindo as funções do princípio da taxatividade, Antônio de Padova Marchi Júnior elenca tais atribuições que podem ser vistas a seguir:

(1) impor a autolimitação do poder punitivo estatal; (2) satisfazer a exigência contida no princípio da separação de poderes de modo a impedir que o juiz, interpretando livremente a norma, invada a competência do legislador e (3) permitir que todos os cidadãos alcancem a exata compreensão da norma para que possam, desse modo, inibir eventual impulso criminoso através da prevenção geral negativa, tal como concebido por Feuerbach em sua já citada teoria da coação psicológica.<sup>33</sup>

Desse modo, após vislumbradas as principais motivações da existência do princípio da taxatividade no ordenamento, faz-necessário observar os outros princípios decorrentes da legalidade penal.

<sup>30</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 161 a 163.

<sup>31</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal parte geral 1**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P 52 e 53.

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Vários tradutores. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P 96

<sup>33</sup> JÚNIOR, Antônio de Padova Marchi. **O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUA ATUAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: o protagonismo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à delimitação do alcance dos tipos penais**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. P 56 Disponível em: < <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-98ZJ5B> >. Acesso 2 de outubro de 2016.

## 2.2.4 Vedação à Analogia in malam partem

Inicialmente é importante tecer comentários acerca da analogia e de sua diferenciação com a interpretação extensiva e com a interpretação analógica. Com efeito, Carlos Maximiliano define analogia como a aplicação a uma hipótese não prevista em lei à disposição relativa a um caso assimilável.<sup>34</sup> Por sua vez, Karl Larenz define a analogia como:

[...] a transposição de uma regra, dada na lei para a hipótese legal (A), ou para várias hipóteses semelhantes, numa outra hipótese B, não regulada na lei, semelhante àquela. A transposição funda-se em que, devido à sua semelhança, ambas as hipóteses legais não de ser identicamente valoradas nos aspectos decisivos para a valoração legal; quer dizer, funda-se na exigência da justiça de tratar igualmente aquilo que é igual.<sup>35</sup>

Nessa toada, Maria Helena Diniz argumenta que existem requisitos para a aplicação da analogia que são a inexistência de previsão legal do caso *sub judice*, uma relação de semelhança e identidade de característica essenciais entre as situações comparadas, pois essa técnica de integração tem como fundamento a igualdade jurídica.<sup>36</sup>

No que tange à diferenciação de analogia e interpretação extensiva, Karl Larenz acentua que o uso da interpretação extensiva se dá até os limites semânticos da interpretação literal para abarcar-se casos fáticos que ultrapassam o sentido nuclear da norma, enquanto a analogia acontece quando se vai além do máximo sentido literal do texto possível.<sup>37</sup>

Maria Helena Diniz discerne a interpretação extensiva ao caracterizá-la por fixar o sentido de lei ao se ater ao que ela prescreve implicitamente mesmo que as palavras não alcancem tal significado, enquanto a analogia buscaria determinar a *ratio legis* ao equipara duas situações essencialmente semelhantes embora apenas uma delas esteja abrangida pela norma.<sup>38</sup>

Noberto Bobbio compreende que o único critério aceitável para diferenciar os dois institutos seria em relação aos seus efeitos. Assim a analogia criaria uma nova norma para incidir em um caso não regulamento que possui mesma “*ratio legis*”, enquanto na interpretação extensiva há uma redefinição de um termo para agregar mais situações. Dessa forma, na analogia se acrescenta uma norma específica a outra norma específica que desembocam em um gênero comum; na interpretação extensiva agrega-se uma nova espécie ao gênero previsto pela lei.<sup>39</sup>

<sup>34</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P 169.

<sup>35</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 2 ed. Lisboa: FCG, 1989. P 461.

<sup>36</sup> DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas do Direito**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P 163 e 164.

<sup>37</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 2 ed. Lisboa: FCG, 1989. P 426.

<sup>38</sup> DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas do Direito**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P 184.

<sup>39</sup> BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. P 155 e 156.

Em relação à interpretação analógica, Arnaldo Vasconcelos explica que ela ocorre quando o legislador confere ao intérprete a incumbência de completar o rol legal de hipóteses, sendo uma mitigação à taxatividade legal.<sup>40</sup> Nesse sentido, Damásio de Jesus relata que o próprio Código Penal a autoriza ao utilizar a fórmula casuística seguida de uma cláusula genérica, por exemplo, no delito de homicídio cometido à traição, emboscada, mediante dissimulação ou *outro recurso* previsto no art 121, § 2º, IV, do Código Penal.<sup>41</sup>

Com efeito, a interpretação analógica se diferencia da analogia, porque a primeira ocorre quando a própria lei impõe ao intérprete o dever de estender seu conteúdo a casos análogos, por exemplo, no crime de ameaça<sup>42</sup> e no estelionato<sup>43</sup> que preveem respectivamente ações proibidas, bem como “*ou qualquer outro meio simbólico*” e “*ou qualquer outro meio fraudulento*”, enquanto na analogia se aplica os efeitos pretendidos da norma a um fato não abrangido por ela.<sup>44</sup>

Feitas tais considerações preliminares, torna-se mais fácil compreender, conforme Rogério Greco, que o emprego da analogia *in malam partem* para criar novos delitos, agravar penas violaria o princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), portanto não pode ser admitido,<sup>45</sup> visto que tal meio de integração cria uma nova norma, violando assim os princípios da reserva legal e da taxatividade penal.

Em contrapartida, Luiz Regis Prado relembra que a interpretação extensiva é permitida no Código Penal, tendo em vista que, conforme já demonstrado, tal método de interpretação não dá origem à nova norma. De fato, ela apenas amplia o sentido da norma para alcançar sua “*ratio legis*” sua presença pode ser verificada no delito de perigo de contágio venéreo, previsto no artigo 130 do Código Penal, em que a efetivação do contágio também caracteriza o crime embora a norma faça referência apenas à exposição de risco da vítima e no delito previsto no artigo 260 que tipifica o perigo de desastre ferroviário, apesar de os perigos

<sup>40</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. P 34.

<sup>41</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume 1, parte geral**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P 46.

<sup>42</sup> Art. 147 do Código Penal - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: [...] Vide: BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso 20 de novembro de 2016.

<sup>43</sup> Art. 171 do Código Penal - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: [...] Vide: BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso 20 de novembro de 2016.

<sup>44</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume 1, parte geral**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P 46 e 47.

<sup>45</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. P 96.

causados no serviço de metrô também devam ser abrangidos mediante o uso da interpretação extensiva.<sup>46</sup>

Já para Zaffaroni e Pierangeli, a analogia é vedada no campo científico jurídico do direito penal, pois somente a lei estatal pode indiciar em que momento a “ingerência ressocializadora” da pena pode recair sobre os particulares, sendo essa proscrição da analogia oriunda do princípio da legalidade penal. Esses autores entendem que a analogia está vedada no direito penal mesmo que *in bonam partem* à exceção dos casos em o direito penal faça remissão a outros campos legislativos.<sup>47</sup>

Nelson Hungria, por sua vez, afirma ser a analogia uma criação de novo direito, aplicando a lei a um caso que ela não cogita, devendo ser vedada.<sup>48</sup> Assim, mesmo a analogia *in bonam partem* não deve ser autorizada, pois daria muito poder ao arbítrio do magistrado que poderia inserir novas situações fáticas nos casos de não exigibilidade de conduta diversa ou de excludente de ilicitude.<sup>49</sup>

### 2.3 Ausência da Legalidade Penal no sistema brasileiro

Ao dissertar sobre a importância desse princípio no ordenamento pátrio, Nelson Hungria avisa quais seriam as possíveis consequências de sua exclusão:

Ao invés da segurança dos prévios ‘moldes’ penais, os erros de apreciação, de diversidade dos julgamentos, os ódios pessoais ou partidários, os caprichos da prepotência, o íncubo das paixões de momento, as sentenças inspiradas na covardia ou servilismo em face dos governantes ou, o que é pior, em face da desorientada opinião pública. Se a jurisprudência no próprio regime de *lex praevia* é, por vezes vacilante e incerta nas suas ilações exegéticas, imagine-se o que se passará no regime do direito penal extralegal ou não-escrito...<sup>50</sup>

Por fim, o mesmo autor do trecho acima transcrito também critica que a supressão de tal princípio inviabilizaria a teoria de coação psicológica elaborada por Feuerbach, porque os agentes não teriam segurança do que são delitos nem de que uma sanção aplicada a si teria

<sup>46</sup> PRADO, Luiz Regis. Argumento Analógico em Matéria Penal. **Revista dos Tribunais Online**. vol. 734/1996 | p. 541 - 548 | Dezembro/1996. P 543.

<sup>47</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P 168 e 169

<sup>48</sup> HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P 87.

<sup>49</sup> HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P 92 e 93.

<sup>50</sup> HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P24 e 25.

a mesma incidência e seria considerada injusto penal em relação a outrem julgado por magistrado ou tribunal diverso.<sup>51</sup>

Ademais, a violação do princípio da legalidade tornaria inócua a instituição da culpabilidade, pois a qualquer instante poderiam surgir novas condutas que consistiriam em violações a deveres jurídicos desconhecidos pelos cidadãos. Tal circunstância ensejaria uma ascensão do poder de magistrados penais que não teriam seus poderes funcionais bem delimitados no momento do enquadramento de crimes.<sup>52</sup>

## 2.4 Tipo Penal e Tipicidade

Damásio de Jesus disserta que para evitar a prática de arbitrariedades após os fatos os Estados passaram a adotar a prática de *a priori* indicar quais comportamentos são intoleráveis para o convívio social em virtude de violarem os bens jurídicos mais importantes para a sociedade. Isso se dá principalmente pela elaboração de leis penais incriminadoras cuja consequência é a aplicação de uma pena.<sup>53</sup>

Assim sendo, como um corolário da existência do princípio da legalidade no ordenamento brasileiro, o tipo penal exsurge como instrumento para concretização das ações e omissões que ensejam dano ou risco aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal.

Nesse passo, adotaremos a definição de Zaffaroni e Pierangeli de que o tipo penal “*é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes*”<sup>54</sup> e a definição de Luiz Regis Prado de que a tipicidade é “*subsunção ou adequação do fato ao modelo previsto no tipo legal. É um predicado, um atributo da ação, que a considera típica (juízo de tipicidade positivo) ou atípica (juízo de tipicidade negativo)*”.

Quanto mais fechado é o tipo, isto é, quanto mais restrita é a sua compreensão, maior é a garantia que dele decorre para as liberdades civis. Na submissão do fato ao tipo, o julgador está limitado pela linguagem terminante em que o traçou o legislador. Há mesmo um princípio de técnica legislativa que proíbe definirem-se os crimes em termos que dêem lugar à incerteza sobre os fatos que são realmente vedados. O tipo deve constituir-se de modo tal que reduz ao mínimo, nesse particular, o arbítrio do julgador. Os tipos abertos, dentro dos quais é possível incluir, segundo a interpretação que se lhes dê, essa ou aquela ação, frustram a função do tipo. A figura típica é, então,

<sup>51</sup> HUNGRIA, Néelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P 25.

<sup>52</sup> HUNGRIA, Néelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P 16.

<sup>53</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume 1, parte geral**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P 255 e 256.

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P 421.

um molde elástico, inapto para a definição precisa do fato punível. Tipos desse gênero encontram-se especialmente em leis de governos autoritários, onde há sempre tendência a deixar certa margem de arbítrio na incriminação dos fatos, e, afrouxando a definição legal, defraudam o princípio de garantia.<sup>55</sup>

Dessa forma, após a apresentação dos conceitos adotados, faz-se necessário um estudo do histórico, dos elementos e das funções do instituto jurídico do tipo penal.

#### 2.4.1 Fases do Tipo Penal

Luis Jiménez de Asua destaca que nos fins do século XVIII a doutrina alemã criou o chamado *Tatbestand* o qual concebia o delito em sua integralidade de elementos e pressupostos de punibilidade. Em contrapartida, em 1906, Beling reelaborou o conceito analítico de crime ao desenvolver a ideia de tipo, separando-o da antijuricidade e culpabilidade. Além disso, o autor adota uma divisão de fases históricas do tipo penal. A primeira (fase da independência) seria oriunda da produção acadêmica de Beling a qual tornou o tipo um conceito neutro e livre de valoração moral. Assim o juízo de tipicidade seria a busca objetiva da adequação do fato à norma penal incriminadora, cabendo as outras fases tal juízo de valor, porque para Beling o tipo penal teria escopo meramente descritivo.<sup>56</sup>

Em seguida, Asúa, informa que na segunda fase (fase do caráter indiciário da antijuridicidade) Max Ernst Mayer refez o conceito de tipo penal ao conceber que o amoldamento de uma conduta ao tipo penal já seria indiciário de sua antijuricidade, porém manteve distintos os conceitos de tipo penal e antijuricidade, alargando apenas o campo de atuação do primeiro.<sup>57</sup>

A terceira fase seria a da *ratio essendi* da antijuridicidade na qual Mezger inclui o tipo na antijuridicidade de modo que o primeiro é a razão de ser da segunda. Além disso, haveria uma antijuridicidade penal e uma antijuridicidade geral, o que permitiria que alguém inocentado por alguma causa de excludente de ilicitude ainda respondesse no âmbito cível ou administrativo.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> BRUNO, Aníbal. **Sobre o Tipo no Direito Penal**. Revista dos Tribunais. vol. 755/1998. P 791 a 803.

<sup>56</sup> ASUA, Luis Jiménez de. **Principios de Derecho Penal: La ley y el delito**. Buenos Aires: Abeledo Perrot Editorial Sudamericana. P 237 e 238.

<sup>57</sup> ASUA, Luis Jiménez de. **Principios de Derecho Penal: La ley y el delito**. Buenos Aires: Abeledo Perrot Editorial Sudamericana. P 238.

<sup>58</sup> ASUA, Luis Jiménez de. **Principios de Derecho Penal: La ley y el delito**. Buenos Aires: Abeledo Perrot Editorial Sudamericana. P 238 e 239.

Por sua vez, Cezar Roberto Bitencourt disserta sobre a quarta fase na qual Beling reformula em 1930 sua teoria ao tentar resolver problemas da teoria inicial, por exemplo, o caso do partícipe que não integra a realização perfeita da figura delitiva e da tentativa por ser a incompleta realização do tipo.<sup>59</sup>

Na quinta fase, seria o finalismo e a figura do tipo complexo, a qual não foi contemplada por Asúa, caracterizada pela presença de tipos dolosos e culposos com o elemento subjetivo integrando o tipo penal, portanto o tipo teria a parte objetiva (descritiva) e a subjetiva (elemento volitivo).<sup>60</sup>

Em contrapartida, Damásio de Jesus se filia à teoria de Mayer por acreditar que ela é melhor ao exercício do direito penal ao relatar que em regra condutas imorais são antijurídicas e precedem à elaboração do tipo penal, portanto a tipificação seria um indício da antijuridicidade.<sup>61</sup>

## 2.4.2 Funções do Tipo Penal

Cezar Roberto Bitencourt atribui três principais funções ao tipo penal, quais sejam a função indiciária, a função garantia e a função diferenciadora do erro. A primeira é decorrente da teoria já exibida de Mayer da *ratio cognoscendi*, porém o autor faz a ressalva de ela ser bem mitigada no que tange aos delitos culposos ou nos comissivos por omissão, pois o tipo é aberto. A função de garantia é responsável por limitar o alcance daquilo que o direito penal considera como bem socialmente relevante, o que é uma consequência direta do princípio da legalidade esculpido no art. 5º, XXXIX, da CF/1988. Por fim, a função diferenciadora do erro é aquela a qual isenta o agente infrator de penalidades em decorrência de o elemento volitivo estar eivado por erro ao desconhecer uma ou outra circunstância fática, implicando o chamado erro de tipo escusável ou inescusável.<sup>62</sup>

## 2.4.3 Elementos do Tipo

---

<sup>59</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal parte geral 1**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P 343.

<sup>60</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal parte geral 1**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P 344.

<sup>61</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume 1, parte geral**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P 262.

<sup>62</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal parte geral 1**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P 346 e 347.

Bitencourt afirma que o tipo penal detém elementos estruturais descritivos, normativos e subjetivos. Os primeiros, também chamados de objetivos, referem-se a objetos, pessoas, atos, e podem ser constatados mediante uma percepção sensorial. Os elementos normativos são as circunstâncias as quais implicam um juízo de valor, por exemplo, as expressões fútil, decoro, vulnerável. Enfim, os elementos subjetivos fazem o intérprete analisar o conteúdo volitivo da ação humana para fins de tipificação ao caracterizar o crime como doloso ou culposos, dando-lhe diferentes penalidades.<sup>63</sup>

Sobre o tema, discorre Aníbal Bruno:

A possibilidade de divergência no entendimento do termo normativo introduz no tipo um germe de imprecisão que lhe perturba a fixidez de limites. Evidentemente não se pode prescindir, na construção dos tipos, de termos passíveis de interpretação. É uma resultante das condições da própria linguagem. Mas, quanto mais abundantes forem êsses termos, ou mais vaga a sua significação, menor será a precisão da fórmula.<sup>64</sup>

Com efeito, o autor admite que o excesso de elementos normativos no tipo penal acaba por dar uma insegurança ao deslocar uma margem maior de poder interpretativo ao julgador, defendendo que quanto mais limitada e precisa é a norma incriminadora mais segurança jurídica há no Direito.<sup>65</sup>

## 2.5 Interpretação e Métodos

Em virtude de a pesquisa proposta abordar questões atinentes à congruência da compreensão do texto legal com sua elaboração, debates nas Casas Legislativas e os julgamentos em situações assimiláveis, são necessárias elucidações sobre as maneiras de interpretação, técnicas de integração do texto e sobre as possíveis restrições que se aplicam na seara penal, tendo em vista a já demonstrada importância da incidência do princípio da legalidade penal. Por outro lado, não discorreremos sobre a analogia e sua diferenciação da interpretação extensiva, pois isso já foi feito anteriormente.

### 2.5.1 Sujeitos que interpretam o texto legal

---

<sup>63</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal parte geral 1**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P 349 a 351.

<sup>64</sup> BRUNO, Aníbal. **Sobre o Tipo no Direito Penal**. Revista dos Tribunais. vol. 755/1998. P 791 a 803.

<sup>65</sup> BRUNO, Aníbal. **Sobre o Tipo no Direito Penal**. Revista dos Tribunais. vol. 755/1998. P 791 a 803.

Uma das modalidades de interpretação é aquela de acordo com os órgãos de que a emanam. Com efeito, Nelson Hungria as distingue em autêntica, judicial e doutrinal. Com efeito, a primeira é oriunda do próprio legislador o qual mediante a elaboração de outra lei explicita como se deve interpretar o texto. A interpretação judicial aquela é feita pelos juízes e tribunais. A terceira modalidade é aquela feita pelos estudiosos e escritores do direito, não possuindo caráter vinculante.<sup>66</sup>

## 2.5.2 Métodos de Interpretação

Rogério Greco relembra que são quatro os principais meios de interpretação de um texto legal: gramatical (filológica), teleológica, sistemática e histórica.<sup>67</sup>

Luiz Regis Prado afirma que atualmente não mais se pode apenas utilizar o método filológico, pois a lei pode carecer de clareza e precisão, porém essa forma deve ser a primeira etapa para compreensão do sentido jurídico da legislação.<sup>68</sup> Além disso, o referido autor relata sobre a interpretação dos termos elencados na lei:

Aos vocábulos constantes da lei, o intérprete deve atribuir sempre o sentido resultante da linguagem não técnica (vulgar), por se presumir que o legislador tenha querido utilizar expressões comuns. Quando, porém, se trata de termos jurídicos, a preferência recai sobre a linguagem técnica.<sup>69</sup>

Nessa toada, Nelson Hungria aponta que a interpretação gramatical deve ser a primeira a ser realizada, pois é a mais simples e objetiva ao se utilizar da sintaxe norma legal para alcançar seu sentido.<sup>70</sup>

Além disso, a interpretação teleológica é feita a partir do questionamento do intérprete acerca das finalidades da legislação. Com efeito, para sua realização é imprescindível se questionar qual bem jurídico é tutelado pela norma.<sup>71</sup>

A interpretação sistêmica se dá por intermédio da observação do dispositivo em conjunto com o ordenamento, com outros trechos da mesma norma ou com outras regras no

<sup>66</sup> HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P 63 e 64.

<sup>67</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. P 37.

<sup>68</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P 219

<sup>69</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P 219

<sup>70</sup> HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal: decreto-lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P 73.

<sup>71</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P 221.

momento da exegese para confrontarem-se as proposições e alcançar-se a interpretação que mais coaduna com o todo e a parte.<sup>72</sup>

Com efeito, para sua ocorrência Noberto Bobbio diz que se pressupõe uma norma básica fundamental a qual se relaciona com outras direta ou indiretamente, devendo tal sistema ser uma totalidade ordenada.<sup>73</sup> Além disso, o autor descreve que mediante tal método exegético é possível chegar-se à conclusão de encontro àquilo que se compreenderia, caso fosse feita uma interpretação literal, a fim de se tutelar a totalidade ordenada do sistema.<sup>74</sup> No âmbito penal, Juarez Freitas disserta que a interpretação restritiva é a que deve ser utilizada como regra em virtude de a exegese sistemática impelir o intérprete a aplicar os princípios da legalidade, da anterioridade, da presunção de inocência, por exemplo.<sup>75</sup>

Por fim, a interpretação histórica é a feita baseando-se na investigação dos motivos, contextos do surgimento dos institutos previstos na legislação promulgada ou naquela a qual foi substituída pela que se encontra em vigor atualmente.<sup>76</sup> Com efeito, Nelson Hungria avisa que “*sem o conhecimento dêsse processus histórico, o intérprete pode incidir em sérios anacronismos ou equívocos*”.<sup>77</sup> Já para Bitencourt, “*a interpretação não pode em hipótese alguma se desvincular do ordenamento jurídico e do contexto histórico-cultural no qual está inserido*”,<sup>78</sup> bem como é de fundamental importância para a compreensão do sentido do texto a qual se dá mediante a observação da exposição de motivos, os trabalhos preparatórios à elaboração da lei, os trabalhos da comissão legislativas, as atas das sessões parlamentares, as atas das comissões especiais, os debates realizados sobre o tema.<sup>79</sup>

Por outro lado, George Marmelstein levanta interessante questionamento acerca da hermenêutica tradicional a qual introduz métodos para interpretação do texto, por exemplo, interpretação, literal, histórica, teleológica, sistemática, entretanto, apesar da preocupação com a objetividade e com a segurança jurídica, não indica qual desses instrumentos interpretativos

<sup>72</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P 104 e 105.

<sup>73</sup> BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. P 71 e 72.

<sup>74</sup> BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. P 76.

<sup>75</sup> FREITAS, Juarez. **Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1995. P 166 e 167.

<sup>76</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P 221.

<sup>77</sup> HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P 79.

<sup>78</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal parte geral 1**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P 187.

<sup>79</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal parte geral 1**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P 193.

deve ser escolhido em detrimento dos outros no caso de se chegar a conclusões diferentes ao se utilizar métodos variados.<sup>80</sup>

### 2.5.3 Tipos de interpretação quanto ao resultado

Rogério Greco subdivide quanto ao resultado da exegese três categorias: declarativa, ampliativa e restritiva. A primeira explicitaria o significado linguístico da norma sem alterar seu alcance. Na segunda o resultado vai além da previsão legal com o escopo de se manter a logicidade do texto. Por fim a interpretação restritiva implica um abarcamento menor das possibilidades previstas no dispositivo.<sup>81</sup>

No âmbito penal, Nelson Hungria relata que a interpretação extensiva é permitida, embora a analogia seja vedada, apenas nos casos que para a compreensão sistemática se faça necessário, exemplificando que no crime de bigamia está implícita a poligamia.<sup>82</sup>

### 2.5.4 In dubio pro reo

Segundo Noberto Bobbio, outra modalidade de auto integração do texto da norma é a utilização de princípios gerais do Direito.<sup>83</sup> Nessa toada, no atinente ao princípio *in dubio pro reo*, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que é um tradicional critério de valoração das provas no processo penal, porém também tem incidência no campo material penal, limitando as expressões semânticas ao seu conteúdo bem como impedindo o uso da analogia nessa área jurídica, todavia tal princípio pode ser afastado caso se perceba uma contradição da lei com o resto do sistema.<sup>84</sup>

Em contrapartida, Damásio de Jesus menciona que o adágio *favorabilia sunt amplianda et odiosa sunt restringenda* não deve ser seguido, tendo em vista que o *in dubio pro reo* só incide no tocante à apreciação das provas do processo, não servindo de normas gerais interpretativas.<sup>85</sup>

<sup>80</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. P 390 e 391.

<sup>81</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. P 39.

<sup>82</sup> HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P 84 e 85.

<sup>83</sup> BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. P 156 e 157.

<sup>84</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P 171.

<sup>85</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume 1, parte geral**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P 44 e 45.

### 3 CRIMES DE DISCRIMINAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Inicialmente, deve-se lembrar que o corte epistemológico da pesquisa nos obriga a não adentrar em temas mais relacionados com a criminologia, a sociologia e outras ciências jurídicas no que concerne ao racismo - ou a fazê-lo de modo superficial. Assim sendo, o enfoque do segundo capítulo será o estudo da evolução histórica da legislação criminal no que tange ao preconceito e à discriminação.

Para os Amaury Silva e Artur Carlos Silva, racismo é espécie do gênero discriminação, sendo o primeiro uma conduta voltada contra um certo grupo racial por indivíduos que creem ser superiores a outra raça em razão de seus atributos físicos, culturais, intelectuais.<sup>86</sup> Outrossim, o preconceito racismo seria atinente à raça e à cor, não tendo relação com a idade, sexo, religião, orientação sexual.<sup>87</sup>

Do mesmo modo, Pedro Lima Marcheri e Silvio Carlos Álvares endossam a ideia de que a discriminação é uma forma genérica de intolerância, e o racismo uma de suas espécies.<sup>88</sup>

Assim sendo, adotaremos as expressões “preconceito” e “discriminação” como sinônimas que significam declarações, pensamentos ou ações de intolerância. Ademais, racismo, preconceito resultante de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, orientação sexual, gênero, sexo ou qualquer origem seriam espécies dos gêneros discriminação. Por outro lado, tal definição não implica que todas essas variedades de intolerância estejam tipificadas penalmente nem que o Supremo Tribunal Federal adote tal conceituação, visto que é um dos objetos de estudo dessa pesquisa entender qual é a tese aceita por essa Corte Constitucional brasileira acerca do alcance das condutas criminalizadas pela Lei de Racismo.

#### 3.1 Breves considerações sobre o racismo

Para Richard J. Perry, o racismo é real, mas a ideia de raças se constitui uma falácia. Aliás, o fato de os seres humanos partilharem 99,9% dos genes só reforça a perspectiva de o

<sup>86</sup> SILVA, Amaury; SILVA, Artur Carlos. **Crimes de Racismo**. Leme: J H Mizuno, 2012. P 25.

<sup>87</sup> SILVA, Amaury; SILVA, Artur Carlos. **Crimes de Racismo**. Leme: J H Mizuno, 2012. P 26.

<sup>88</sup> MARCHERI, Pedro Lima; ÁLVARES, Silvio Carlos. A epistemologia do racismo no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. v. 52, n. 208, outubro/dezembro. 2015. P 163 e 164. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517702/001055771.pdf?sequence=1>>. Acesso 1 de novembro de 2016.

conceito de raça ser pseudocientífico.<sup>89</sup> Em contrapartida, apesar de o racismo partir de uma falsa proposição de que existem raças humanas, suas consequências maléficas são reais e levam a um tratamento desigual para os grupos considerados inferiores.<sup>90</sup>

De fato, o racismo não se limita às ações e aos pensamentos humanos, tendo em vista que sua personificação mais nociva desponta quando as instituições são transformadas em meios de sua propagação, por exemplo, o uso da filosofia, do estudo científico, dos veículos de comunicação para a negativa da cultura, criminalização e marginalização de grupos discriminados.<sup>91</sup>

Por sua vez, Tzvetan Todorov relata que as doutrinas racistas em geral partem de cinco proposições comuns que serão explicitadas a seguir. O pressuposto básico inicial é o da existência de raças, logo os humanos poderiam ser reagrupados de acordo com determinadas características. Além disso, existiria uma interdependência entre os atributos físicos e o caráter ou outros traços psicológicos do grupo racial. O terceiro pressuposto, na mesma linha determinista do anterior, é de que os comportamentos dos indivíduos dependem em grande parte do grupo racial e cultural a que eles estão associados. A quarta proposição é a da superioridade de algumas raças as quais possuem valores, qualidades físicas e psíquicas melhores do que as de outras raças. A quinta proposição é a da necessidade de expansão dessas ideias e da adoção de políticas para levar a sociedade à plena harmonia por meio da eliminação ou subordinação das raças inferiores.<sup>92</sup>

Em contrapartida, o surgimento do conceito de raça humana, como classificação relacionada às características físicas, principalmente cor da pele, ocorreu somente no século XVIII. Antes disso, na Europa Ocidental o termo raça tinha aplicação apenas nas classificações de animais, por exemplo, cavalos e cachorros.<sup>93</sup> Aliás, o termo raça foi disseminado inicialmente em razão da ascensão do estudo científico da taxonomia, ou seja, da ciência que classifica os seres vivos ao estabelecer critérios para tal, embora não possuísse acepção discriminatória.<sup>94</sup>

---

<sup>89</sup> PERRY, Richard J. **“Race” and Racism: the development of modern racismo in America**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007. P 1.

<sup>90</sup> PERRY, Richard J. **“Race” and Racism: the development of modern racismo in America**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007. P 2.

<sup>91</sup> BERNASCONI; Robert. (organizador). **Race and Racism in Continental Philosophy**. Bloomington: Indiana University Press, 2003. P 6.

<sup>92</sup> BACK, Les; SOLOMOS, John. (Organizadores). **Theories of Race and Racism**. Londres: Routledge, 2000. P 64 a 67.

<sup>93</sup> FREDRICKSON, George M. **Racism: A Shorty History**. Princeton: Princeton University Press, 2002. P 52 e 53

<sup>94</sup> MOORE; John Hartwell. **Encyclopedia of Race and Racism** .vol 3. Detroit: Thomson Gale. P 1.

Posteriormente, com a ascensão do pensamento científico no período do Iluminismo, as classificações baseadas em raça de Linnaeus, Blumenbach e outros etnologistas deram origem ao chamado racismo científico cujo escopo era legitimar essa ideia discriminatória com fulcro na suposta autoridade científica ao considerarem os seres humanos como parte do reino animal, portanto alguns estariam mais evoluídos do que os outros.<sup>95</sup>

No final do século XIX, nos Estados Unidos da América, a ideologia do Darwinismo racial emergiu de maneira acentuada ao apregoar a possibilidade do surgimento de novas espécies após um vasto período temporal e que haveria uma competição entre elas, sobrevivendo somente a mais apta nessa luta pela existência.<sup>96</sup>

Por outro lado, caso se faça um paralelo entre o racismo norte-americano do fim século XIX em desfavor dos negros e o antissemitismo do começo do século XX presente na Alemanha, verifica-se que o primeiro inferioriza o negro por supor que esse grupo é primitivo, dotado de capacidades de trabalho inferior e causador das mazelas sócias, como a criminalidade, enquanto no antissemitismo os alemães racistas viam os judeus como oponentes inteligentes e sem escrúpulos ou qualquer virtude ética, tendo em vista as boas condições econômicas de alguns deles, logo tal discriminação era justificada como um meio de autoproteção contra o “mal”.<sup>97</sup>

Em decorrência do uso das instituições do governo para propagação do pensamento racista, na metade do século XX, foram perpetrados vários crimes contra a humanidade pelos alemães com base na idealização da superioridade deles mesmos, como no ódio pelos outros povos compreendidos como inimigos domésticos à nação.<sup>98</sup>

Ademais, os estereótipos atualmente são reforçados em virtude das condições socioeconômicas das vítimas de discriminação. Com efeito, a imagem de comerciantes desonestos ou agiotas ainda persegue os judeus os quais atuam como empresários ou no setor privado, bem como os negros em alguns Estados norte-americanos sofrem com o estigma de inferiores porque foram tolhidas suas oportunidades de ascensão social pela precariedade de serviços básicos que lhes são oferecidos, como educação, moradia, saúde.<sup>99</sup>

No Brasil, em virtude do entrelaçamento com o sistema escravagista desde o período colonial até pouco antes do início da primeira República de 1889, persiste um racismo

---

<sup>95</sup> FREDRICKSON, George M. **Racism: A Shorty History**. Princeton: Princeton University Press, 2002. P 57.

<sup>96</sup> FREDRICKSON, George M. **Racism: A Shorty History**. Princeton: Princeton University Press, 2002. P 85 e 86.

<sup>97</sup> FREDRICKSON, George M. **Racism: A Shorty History**. Princeton: Princeton University Press, 2002. P 90.

<sup>98</sup> FREDRICKSON, George M. **Racism: A Shorty History**. Princeton: Princeton University Press, 2002. P 92.

<sup>99</sup> FREDRICKSON, George M. **Racism: A Shorty History**. Princeton: Princeton University Press, 2002. P 93.

mais tácito o qual se manifesta por declarações ou atos em muitos segmentos sociais.<sup>100</sup> Além disso, em decorrência da inexistência ou da insuficiente adoção de políticas públicas de inclusão no período pós-abolição da escravatura, até hoje se percebe uma inferioridade da situação econômica de boa parte da população negra.<sup>101</sup>

### 3.2 Histórico Legislativo relativo à discriminação pré-Constituição de 1988

Em 1603, foram promulgadas as ordenações Filipinas pelo rei de Portugal, Felipe I, as quais vigoraram no território brasileiro até 1831. O livro V dessa norma dispunha sobre o direito penal, contudo possuía caráter discriminatório, por exemplo no título XCIV e no LXX.<sup>102</sup> Com efeito, em vez de o ordenamento coibir tal prática, seu texto já trazia um teor discriminatório.

Paulo Eduardo Cabral relembra que, durante o período de vigência da Constituição Imperial de 1824, a religião Católica Apostólica Romana era o credo oficial do Império, embora se autorizasse a crença em outras religiões desde que no ambiente particular, doméstico, proibida sua manifestação por templos nos termos do art. 5<sup>o</sup><sup>103</sup> da Constituição Imperial. Além disso, a Constituição Imperial vedada a perseguição religiosa desde que o culto não ofendesse a religião oficial nem a ordem pública conforme o art. 179, V,<sup>104</sup> da Constituição de 1824.<sup>105</sup> Dessa forma, na vigência do Governo Imperial brasileiro, a população negra não foi tratada

<sup>100</sup> MARCHERI, Pedro Lima; ÁLVARES; Silvio Carlos. A epistemologia do racismo no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. v. 52, n. 208, outubro/dezembro. 2015. P 150 e 151. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517702/001055771.pdf?sequence=1>>. Acesso 1 de novembro de 2016.

<sup>101</sup> SILVA, Amaury; SILVA, Artur Carlos. **Crimes de Racismo**. Leme: J H Mizuno, 2012. P 24 e 25.

<sup>102</sup> SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis Penais Especiais Anotadas**. 4 ed. Campinas: Millennium, 2003. P 311.

<sup>103</sup> Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo. Vide: BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil**: outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso 10 de outubro de 2016.

<sup>104</sup> Art. 179, V: Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica. Vide: BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil**: outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso 10 de outubro de 2016.

<sup>105</sup> CABRAL, Paulo Eduardo. O negro e a Constituição de 1824. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. v. 11, n. 41, p. 72, jan./mar. 1974. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180818>>. Acesso 10 de outubro de 2016.

completamente como pessoa cuja dignidade deve ser respeitada, sendo vista essencialmente como coisa ou propriedade de outrem.<sup>106</sup>

Somente em 28/09/1871 que começaram a surgir leis cujo teor começava a mitigar a tradição escravista brasileira que é uma das origens da discriminação racial. Com efeito, nesse dia, foi publicada a Lei do Ventre Livre a qual concedia liberdade aos filhos recém-nascidos da mulher escrava. Em 28/09/1855, entrou em vigor a Lei do Sexagenário que assegurou a libertação dos escravos a partir dos 60 anos de idade. Por fim, a Lei Áurea de 13/05/1888 acabou com a escravidão legalizada no Brasil.<sup>107</sup>

Também se pode citar a Lei nº 581/1850 a qual vedou a importação de escravos para o Brasil, prejudicando o tráfico negreiro, também conhecida por Lei Eusébio de Queirós, apesar de internamento o comércio escravista ter permanecido,<sup>108</sup> todavia ela não dispõe de teor relativo à discriminação, e sim à mitigação da economia escravista brasileira.

Em contrapartida, leis com o escopo de suprimir qualquer forma de discriminação ou preconceito só vieram a ser promulgadas a partir de 1951. Nessa toada, em 03/07/1951, entrou em vigor a Lei nº 1.390/1951<sup>109</sup> que ficou conhecida como Lei Afonso Arinos (a qual sofreu modificações pela Lei 7.437/1985) cuja motivação para ser colocada em pauta seria a ocorrência de o motorista do parlamentar Afonso Arinos de Mello Franco ter sido impedido de ingressar em um estabelecimento em virtude da cor de sua pele, tornando tal conduta em contravenção penal.<sup>110</sup>

Por outro lado, há quem atribua a elaboração da Lei Afonso Arinos ao episódio no qual a artista norte-americana Katherine Dunham, no ano de 1950, foi impedida em de se hospedar em um hotel na cidade de São Paulo em razão da cor de sua pele, o que levou a imprensa nacional a veicular tal informação, dando destaque ao tema discriminação racial.<sup>111</sup>

---

<sup>106</sup> CABRAL, Paulo Eduardo. O negro e a Constituição de 1824. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. v. 11, n. 41, p. 74, jan./mar. 1974. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180818>>. Acesso 10 de outubro de 2016

<sup>107</sup> SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis Penais Especiais Anotadas**. 4 ed. Campinas: Millennium, 2003. P 312.

<sup>108</sup> SILVA, Amaury; SILVA, Artur Carlos. **Crimes de Racismo**. Leme: J H Mizuno, 2012. P 22 e 23.

<sup>109</sup> BRASIL. **Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951**. Lei Afonso Arinos. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1390.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1390.htm)>. Acesso 18 de outubro de 2016.

<sup>110</sup> SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis Penais Especiais Anotadas**. 4 ed. Campinas: Millennium, 2003. P 312.

<sup>111</sup> ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; AZEVEDO, Ariston. The marginal of state law: the Black Experimental Theater's multidimensional fight for civil and human rights (1944-1968). **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 11, p. 33-62, agosto/2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-33522013000200002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522013000200002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso 20 de outubro de 2016.

Posteriormente, a Lei 7.437/1985,<sup>112</sup> conhecida como Lei Caó, acrescentou ao rol de discriminações punidas como contravenção penal o preconceito de sexo ou estado civil, contudo apenas diretor, gerente ou empregado do estabelecimento poderiam ser enquadrados como contraventores de acordo com o artigo 2º da referida norma.<sup>113</sup> Por outro lado, o artigo 8º<sup>114</sup> também prevê sanção para o funcionário dirigente da repartição, o que amplia o rol do artigo 2º.

Outrossim, embora existam normas mais recentes que abordem a discriminação racial como crime, como não houve revogação expressa da Lei 7.437/1985 segundo o site da Câmara dos Deputados,<sup>115</sup> o preconceito contra gênero ou estado civil poderá ser enquadrado como contravenção penal.

Nesse passo, na justificativa apresentada pelo Senador Nelson Carneiro do PMDB/RJ, o qual também foi autor da emenda do texto do art. 158, III, da Constituição de 1967,<sup>116</sup> que vedava a diferença salarial e de critérios de admissão com fulcro no sexo, cor ou estado civil, foi a necessidade de combater a segregação das mulheres no mercado de trabalho, tais como a recusa de empresas de empregar mulheres casadas, separadas judicialmente e divorciadas, ou impossibilitar o ingresso em carreiras públicas ou de empresas de sociedade de economia mista, por exemplo, a Petrobras proibia que geólogas participassem de concursos públicos, e o Tribunal de Justiça de Pernambuco tentou impedir a presença de candidatas do sexo feminino em concursos para a judicatura.<sup>117</sup>

### 3.3 Racismo e Constituição de 1988

<sup>112</sup> BRASIL. **Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985**. Lei Caó. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7437.htm)>. Acesso 18 de outubro de 2016.

<sup>113</sup> Art. 2º. Será considerado agente de contravenção o diretor, gerente ou empregado do estabelecimento que incidir na prática referida no artigo 1º. desta lei. Vide: BRASIL. **Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985**. Lei Caó. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7437.htm)>. Acesso 18 de outubro de 2016.

<sup>114</sup> Art. 8º. Obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público civil ou militar, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Vide: BRASIL. **Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985**. Lei Caó. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7437.htm)>. Acesso 18 de outubro de 2016

Pena - perda do cargo, depois de apurada a responsabilidade em inquérito regular, para o funcionário dirigente da repartição de que dependa a inscrição no concurso de habilitação dos candidatos.

<sup>115</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Legislação Informatizada - Dados da Norma. **Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7437-20-dezembro-1985-356204-norma-pl.html>>. Acesso 27 de setembro de 2016.

<sup>116</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: outorgada em 1967. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso 20 de novembro de 2016.

<sup>117</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados Projeto de Lei 5328/1985. **Dossiê Digitalizado**. P 10 e 11. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=227132>>. Acesso 27 de setembro de 2016.

Como pode ser visto, a discriminação de raça, de cor, de sexo ou de estado civil se manteve com punições de uma contravenção penal com penas de prisão simples e multa até a história recente da República Brasileira.

Por outro lado, segundo Canotilho, Lenio Streck, Gilmar Mendes e Ingo Salert, a Constituição Federal de 1988 foi elaborada para exercer, no que tange ao Direito Penal, três principais funções: limite material; fonte valorativa e fundamento normativo. Essa última função tem correlação com a obrigatoriedade de intervenção do legislador penal ao incriminar determinadas ações humanas,<sup>118</sup> o que a doutrina chama de mandado de criminalização como pode ser observado a seguir:

O mandado de criminalização veicula, portanto, uma relação de natureza impositiva que tem como destinatário o legislador, a este competindo a criação de um abrigo normativo, de caráter jurídico-penal, estabelecendo os termos e os limites dessa tutela, a qual, se por um lado não pode situar-se além do constitucionalmente permitido (proibição de excesso), tampouco se pode estabelecer aquém do constitucionalmente exigido (proibição de proteção deficiente).<sup>119</sup>

Assim, tais mandados de criminalização seriam uma projeção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.<sup>120</sup> Nesse sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet relatam que a presença de mandados de criminalização na Constituição, por exemplo, os incisos XLI, XLII, XLIII, XLIV impõem ao legislador a obrigação de tipificação penal de determinadas condutas bem como o dever de observância do princípio da proporcionalidade ao implicar uma proibição de excesso e uma proibição de proteção insuficiente. Assim sendo, seria possível um controle de constitucionalidade da atividade de legislar em temas penais no que concerne à proteção deficiente, apesar de o legislador possuir uma margem discricionária para a proteção dos bens jurídicos penais.<sup>121</sup>

Destaque-se que a decisão acerca da criminalização ou não das condutas elencadas nos mandados de criminalização não pode ser efetuada pelo legislador, tendo em vista que o constituinte originário o obriga a tipificá-las, portanto não existe plena liberdade no que tange

<sup>118</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. P 394.

<sup>119</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. P 395.

<sup>120</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. P 394.

<sup>121</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P 488, 491 e 492.

à política criminal e a escolha de quais bens jurídicos podem ou não serem tutelados penalmente.<sup>122</sup>

Dentre as condutas elencadas na Constituição Federal de 1988 para serem sancionadas penalmente está inserida a prática do racismo. Com efeito, Leon Frejda Szklarowsky afirma que a Constituição no seu art. 5º previu ser o racismo um crime imprescritível e inafiançável no Título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, impondo à lei sua determinação,<sup>123</sup> porém o comando constitucional de criminalização do racismo não é autoaplicável, tendo em vista o princípio da legalidade penal. Assim sendo, é imprescindível a existência de legislação infraconstitucional para efetuar a devida tipificação das condutas de racismo.<sup>124</sup>

Nesse passo, a Constituição no art. 5º, XLII, determinou como inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão a prática do crime de racismo, portanto verifica-se a importância dada na repressão de tal delito, pois apenas o racismo e o crime de organização de milícia armada contra o Estado de Direito são imprescritíveis conforme o art. 5º, XLIV, da Constituição Federal.

Em contrapartida, em relação à imprescritibilidade, Guilherme Nucci critica tal medida ao lembrar de a pena máxima de reclusão de 5 anos ser baixa para se receber tal atributo, consubstanciando-se em demagogia política, pois isso não seria coerente quando se observa o binômio pena e possibilidade de prescrição de outros delitos cujas sanções penais são bem mais elevadas, porém não são imprescritíveis.<sup>125</sup>

Por outro lado, Gabriel Habib pontua que a Constituição Federal, ao prescrever no seu art. 5º, XLII, ser a prática de racismo crime inafiançável e imprescritível, estabeleceu que somente a discriminação relacionada a raça teria a pretensão punitiva albergada pelos atributos de inafiançabilidade e imprescritibilidade, portanto as demais formas de discriminação não

---

<sup>122</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. P 395.

<sup>123</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Crimes de Racismo: Crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. v. 34, n. 135, jul./set. 1997. P 22. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/249>>. Acesso 11 de setembro de 2016.

<sup>124</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Crimes de Racismo: Crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. v. 34, n. 135, jul./set. 1997. P 25. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/249>>. Acesso 10 de outubro de 2016.

<sup>125</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Vol 1. 9 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. P 267.

teriam tais características, tendo em vista que isso seria uma forma de analogia *in mallam parte*.<sup>126</sup>

### 3.4 Crime de Racismo na Lei nº 7.716/1989

Atendendo à determinação do Constituinte originário de se criminalizar o racismo, o Projeto de Lei nº 668/1988<sup>127</sup> do Deputado Carlos Alberto Caó do PDT/RJ e outros, foi posto em discussão para se atribuir penas mais severas a quem incidisse na discriminação de cor ou de raça. Na justificativa relembra que o momento é oportuno por se tratar do centenário da Lei Áurea e do ano em que se instalou a Assembleia Nacional Constituinte a qual promulgou a Constituição cidadã. Além disso, a penalização a título de contravenção tinha-se mostrado insuficiente para combater o preconceito, portanto imprescindível tornar essa conduta em um crime para fins de melhor combater o racismo.<sup>128</sup>

No plenário do Congresso Nacional, o relator Senador Maurício Corrêa PDT/DF em seu parecer afirma que o escopo desse projeto de lei seria atender aos ditames de criminalização da Constituição Federal, por isso exclui-se o preconceito de sexo e de estado civil, trazidos pela Lei nº 7.437/1985, bem como não se tornou típico o preconceito contra velhos, jovens, judeus, imigrantes ou apátridas, ou os que discriminam a pobreza, a ignorância e a deficiência física ou mental.<sup>129</sup>

Por sua vez, na data 25/11/1988, o Senador Leite Chaves PMDB/PR apresentou a Emenda nº 1 de Plenário (substitutivo), o qual retirava do texto legal a discriminação por razões econômicas, sociais, políticas ou religiosas por não se tratarem de preconceito de raça ou cor e a discriminação no âmbito do casamento e da convivência familiar em virtude de o direito penal não dever tipificar tal conduta, bem como o texto legal carecia de precisão conceitual e de simplicidade terminológica.<sup>130</sup>

<sup>126</sup> HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais: Tomo II: dicas para realização de concursos artigo por artigo**. 6 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. P 143 e 144.

<sup>127</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 668/1988**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=180567>>. Acesso 18 de outubro de 2016.

<sup>128</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 668/1988. **Dossiê digitalizado**. P 7 e 8. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988)>. Acesso 19 de outubro de 2016.

<sup>129</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 668/1988. **Dossiê digitalizado**. P 56 a 58. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988)>. Acesso 19 de outubro de 2016.

<sup>130</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 668/1988. **Dossiê digitalizado**. P 61 e 62. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988)>. Acesso 19 de outubro de 2016.

Além disso, na mesma data, o senador Cid Saboia Carvalho do PMDB/CE apresentou a Emenda nº 2 (substitutivo) que tipificava a discriminação por raça, cor ou por causas econômicas, políticas e religiosas, mas sua justificativa foi oral.<sup>131</sup> Por fim, o senador Maurício Corrêa do PDT/DF ofereceu a Emenda nº 3 (substitutivo)<sup>132</sup> no qual ele concorda com o Substitutivo do Senador Leite Chaves do PMDB/PR, pelos fundamentos expostos na sua justificativa,<sup>133</sup> bem como sugere uma fusão dos três estudos.<sup>134</sup> Em contrapartida, em 13/12/1988, no Plenário da Câmara dos Deputados, após manifestação do Deputado Amaury Müller do PDT/RS que relatou a ocorrência da mutilação do projeto de lei, que havia sido aprovado por unanimidade na Câmara dos Deputados<sup>135</sup> em discussão única houve rejeição dos substitutivos do Senado Federal.<sup>136</sup>

Dessa forma, embora tenha havido um veto parcial, foi promulgada a Lei nº 7.716/1989, a qual na redação original de seu artigo 1º tornou crime os preconceitos de cor e raça, apesar de se ter excluído desse rol a discriminação em razão de sexo ou estado civil conforme se vê a seguir:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. (redação original da Lei 7.716/1989; texto atualmente modificado)

Outrossim, na mensagem de veto parcial, o então Presidente da República José Sarney explica as motivações para os artigos 2, 15, 17 e 19 terem sido rejeitados.<sup>137</sup> Com efeito, a análise das razões do veto do artigo 15 tem pertinência temática a esta pesquisa, mas antes é necessário conhecer seu teor:

<sup>131</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 668/1988. **Dossiê digitalizado**. P 65. Disponível em: < [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988) >. Acesso 19 de outubro de 2016.

<sup>132</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 668/1988. **Dossiê digitalizado**. P 66 a 70. Disponível em: < [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988) >. Acesso 19 de outubro de 2016.

<sup>133</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 668/1988. **Dossiê digitalizado**. P 75. Disponível em: < [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988) >. Acesso 19 de outubro de 2016.

<sup>134</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 668/1988. **Dossiê digitalizado**. P 78 e 77. Disponível em: < [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988) >. Acesso 19 de outubro de 2016.

<sup>135</sup> BRASIL. **Diário do Congresso Nacional**. Ano XLIII, nº 127. Quarta-feira, 14 de dezembro de 1988. P 49 e 50. Disponível em: < <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14DEZ1988.pdf#page=49>>. Acesso 5 de outubro de 2016.

<sup>136</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 668/1988**. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=180567>>. Acesso 4 de outubro de 2016.

<sup>137</sup> BRASIL. **Mensagem de Veto nº 09/1989**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf)>. Acesso 27 de setembro de 2016.

Art. 15: Discriminar alguém por razões econômicas, sociais, políticas ou religiosas, em local de trabalho, em público, ou em reuniões sociais.

Nesse passo, o então Presidente da República José Sarney fundamentou sua recusa em sancionar tal dispositivo, porque a norma promulgada trataria apenas do preconceito de cor, bem como careciam de definição precisa os termos razões econômicas, sociais, políticas.<sup>138</sup> No que tange à temática, entendemos não ser problemático inserir a tipificação de outras modalidades de discriminação, porém o argumento da imprecisão dos termos é razoável ante o princípio constitucional da legalidade, visto que os cidadãos devem ter ciência de quais condutas podem-lhe ensejar uma pena de reclusão.

Nesse mesmo sentido, Amaury Silva e Artur Carlos Silva alegam que haveria elevada oscilação interpretativa dessas locuções, portanto a existência do crime desse artigo ficaria ao arbítrio do intérprete, violando assim a taxatividade penal, bem como o princípio constitucional da legalidade.<sup>139</sup>

### 3.5 Alterações na Lei de racismo feitas pelas Leis nº 8.081/1990 e nº 8.082/1994

O projeto de lei 5239/1990 proposto pelo Deputado Ibsen Pinheiro do PMDB/RS, o qual foi convertido na Lei 8.081/1990 renumerou os antigos artigos 20 e 21 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para artigos 21 e 22, respectivamente e no “local” que ficou vago acrescentou o art. 20,<sup>140</sup> inserindo pela primeira vez o termo procedência nacional na lei de racismo e tipificando as condutas de praticar, induzir ou incitar o preconceito. Mais adiante colocaremos a íntegra desse artigo a fim de se evitar repetições desnecessárias, embora ele já tenha sido revogado, pois a Lei nº 8.882/1994 inseriu mais um parágrafo ao texto; mas não causou outras modificações.

Além disso, na justificativa do projeto de lei 5239/1990, afirma-se que é necessário punir não só as obstacularizações e recusas a serviços, funções, empregos ou locais públicos por motivos de raça e cor, mas também as pregações do preconceito mediante os meios de comunicação, por exemplo, televisão, rádios e jornais, que inclusive discriminassem por razões

<sup>138</sup> BRASIL. **Mensagem de Veto nº 09/1989**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf)>. Acesso 27 de setembro de 2016.

<sup>139</sup> SILVA, Amaury; SILVA, Artur Carlos. **Crimes de Racismo**. Leme: J H Mizuno, 2012. P 89.

<sup>140</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5239/1990. **Dossiê Digitalizado**. P 3 e 4. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1147704&filename=Dossie+-PL+5239/1990](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1147704&filename=Dossie+-PL+5239/1990)>. Acesso 5 de outubro de 2016.

de religião, etnia ou procedência nacional.<sup>141</sup> Nessa toada, no relatório da Comissão de Constituição e Justiça, o relator Deputado Renato Vianna do PMDB/SC concordou com sua constitucionalidade tanto no mérito quanto no aspecto formal, porém não teceu comentários acerca do termo procedência nacional.<sup>142</sup>

Posteriormente, o Deputado Alberto Goldman do PMDB/SP apresentou o Projeto de Lei nº 3261/1992, convertido na Lei nº 8.882/1994. Em sua justificativa, seu autor explica a proliferação de grupos nazifascistas os quais disseminavam ideias de ódio contra judeus, negros, nordestinos e homossexuais, almejando coibir a divulgação e comercialização de símbolos da suástica.<sup>143</sup> Na Comissão de Constituição e Justiça, o parecer foi favorável à constitucionalidade do projeto.<sup>144</sup>

Com efeito, a lei foi sancionada sem vetos e acrescentou o §, 1º e reenumerou os §§ 2º e 3º cujo texto original se segue, apesar de já ter sido revogado pela Lei nº 9.459/97:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. (Artigo incluído pela Lei nº 8.081, de 21.9.1990)

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.882, de 3.6.1994)

§ 2º Poderá o juiz determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:(Parágrafo reenumerado pela Lei nº 8.882, de 3.6.1994)

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 3º Constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (Parágrafo reenumerado pela Lei nº 8.882, de 3.6.1994)

<sup>141</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5239/1990. **Dossiê Digitalizado**. P 4 e 5. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1147704&filename=Dossie+-PL+5239/1990](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1147704&filename=Dossie+-PL+5239/1990)>. Acesso 5 de outubro de 2016.

<sup>142</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5239/1990. **Dossiê Digitalizado**. P 27 e 28. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1147704&filename=Dossie+-PL+5239/1990](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1147704&filename=Dossie+-PL+5239/1990)>. Acesso 5 de outubro de 2016.

<sup>143</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3261/1992. **Dossiê Digitalizado**. P 4 e 5. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=F26A28442728679935A11A9BF13AF86F.proposicoesWeb1?codteor=1137867&filename=Dossie+-PL+3261/1992](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F26A28442728679935A11A9BF13AF86F.proposicoesWeb1?codteor=1137867&filename=Dossie+-PL+3261/1992)>. Acesso 6 de outubro de 2016.

<sup>144</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3261/1992. **Dossiê Digitalizado**. P 7 a 9. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=F26A28442728679935A11A9BF13AF86F.proposicoesWeb1?codteor=1137867&filename=Dossie+-PL+3261/1992](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F26A28442728679935A11A9BF13AF86F.proposicoesWeb1?codteor=1137867&filename=Dossie+-PL+3261/1992)>. Acesso 6 de outubro de 2016.

Após visualizado o artigo 20 inserido na Lei 7.716/1989 que também recebeu um acréscimo posterior de um parágrafo, faz-se necessário estudar a tramitação legislativa da Lei nº 9.459/97 a qual deu a redação que está em vigor desse mesmo art. 20.

### **3.6 Alargamento do rol de racismo promovido pelo Projeto de Lei nº 1240/1995 (convertido na Lei nº 9.459/97)**

O Projeto de Lei nº 1240/1995 cuja autoria é do Deputado Paulo Paim do PT/RS, que foi convertido na lei nº 9.459/97, alterou os artigos primeiro e 20º da Lei nº 7.716/1989 e acrescentou um parágrafo ao delito de injúria do Código Penal, entretanto esse parágrafo inserido no Código Penal atualmente possui redação atual definida pela Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).<sup>145</sup>

Ressalte-se que o projeto também previa a inserção dos arts. 21 e 22 que seriam novas condutas típicas, renumerando os que já tinham tal numeração para 24 e 25. Embora não tenham sido promulgados, é necessário conhecer seu teor:

Art. 21 . Praticar ou instigar preconceito ou discriminação de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional.

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 22. Causar constrangimento, praticar injúria, calúnia e difamação utilizando elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 23. Discriminar alguém por razões econômicas, sociais, políticas ou religiosas, em local de trabalho, em público, ou em reuniões.

Pena: reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.<sup>146</sup>

Com efeito, a modificação no artigo primeiro da Lei nº 7.716/1989, realizada pela Lei nº 9.459/97, serviu para atualizar o texto ao redigir que a discriminação e o preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional seriam punidos, tendo em vista que a Lei nº 8.081/1990 já os havia tipificado anteriormente.

---

<sup>145</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1240/1995**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=189504>>. Acesso 6 de outubro de 2016.

<sup>146</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1240/1995. **Dossiê Digitalizado**. P 3 e 4. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995)>. Acesso 8 de outubro de 2016.

Além disso, na justificativa do projeto há uma breve retrospectiva dos deputados responsáveis pela evolução do texto legal,<sup>147</sup> bem como uma homenagem ao tricentenário da morte e vida de Zumbi dos Palmares.<sup>148</sup>

Por outro lado, no parecer do relator Deputado Jarbas Lima do PPR/RS da Comissão de Constituição e Justiça que alega ser legítima e acertada a ampliação as condutas criminalizadas como racismo, contudo o relator ressalta de os tipos não serem vagos nem impreciso e tece o seguinte comentário:<sup>149</sup>

Todavia não nos parece de clareza cristalina a expressão "procedência nacional". Melhor seria que em lugar desta fosse colocada a expressão "origem", pois assim abranger-se-ia, também, o hediondo preconceito contra os estrangeiros, além dos próprios cidadãos nacionais, oriundos dos mais longínquos rincões do País.<sup>150</sup>

Em razão disso, o Deputado Jarbas Lima do PPR/RS apresentou um substitutivo, o qual trocava em todo o projeto o termo procedência nacional por origem, votou pela constitucionalidade e juricidade do projeto, mas na técnica legislativa e no mérito pela sua aprovação nos termos do substitutivo proposto por ele.<sup>151</sup>

Durante reunião ordinária da Comissão de Constituição e Justiça na data de 20/10/1996, aprovou-se por unanimidade o substitutivo e reiteraram o voto pela aprovação do projeto de lei nos termos do substitutivo do Deputado Jarbas Lima do PPR/RS.<sup>152</sup>

Na votação no plenário, o Deputado Paulo Paim do PT/RS apresentou uma Emenda de Plenário em substituição àquela apresentada pela Comissão de Constituição e Justiça. Em

---

<sup>147</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1240/1995. **Dossiê Digitalizado**. P 5. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995)>. Acesso 8 de outubro de 2016.

<sup>148</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1240/1995. **Dossiê Digitalizado**. P 6. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995)>. Acesso 8 de outubro de 2016.

<sup>149</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1240/1995. **Dossiê Digitalizado**. P 10. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995)>. Acesso 8 de outubro de 2016.

<sup>150</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1240/1995. **Dossiê Digitalizado**. P 10. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995)>. Acesso 8 de outubro de 2016.

<sup>151</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1240/1995. **Dossiê Digitalizado**. P 10. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995)>. Acesso 8 de outubro de 2016.

<sup>152</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1240/1995. **Dossiê Digitalizado**. P 13. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995)>. Acesso 8 de outubro de 2016.

seu texto retorna-se a utilizar o termo “procedência nacional” em detrimento de “origem”, bem como se suprime os novos tipos que iriam ser inseridos. Além disso, a nova emenda previa uma atualização da redação do art. 20 e a inserção do § 3º no art. 140 do Código Penal.<sup>153</sup>

Na justificativa, argumenta-se que o retorno ao uso da expressão “procedência nacional” ocorre, porque o termo já estava incorporado ao mundo jurídico desde a alteração feita pela Lei nº 8.081/1990,<sup>154</sup> portanto seria apenas uma adequação da norma conforme se vê a seguir:

Desta forma, o acréscimo de artigos anteriormente previsto se torna desnecessário ante a alteração da redação de disposições legais já existentes; adota-se a expressão "procedência nacional", conforme a redação original, tendo em vista que a mesma consta do artigo 20 da Lei nº 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 8.081/89, portanto, já incorporada ao mundo jurídico; e a tipificação do crime anteriormente previsto no artigo 2º da redação aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça passa a ter enquadramento específico, tecnicamente possível ressalte-se, como injúria, face a dificuldade da caracterização penal enquanto calúnia e difamação.<sup>155</sup>

Nessa toada, o parecer do relator Deputado Milton Temer do PT/RJ à Emenda do Plenário coaduna com o seu teor e enaltece os trabalhos do Deputado Jarbas Lima do PPR/RS.<sup>156</sup> Com efeito, não há outros registros de discussões acerca do termo durante a sessão.<sup>157</sup> Assim sendo, foi aprovada a Emenda Substitutiva de Plenário, ficando prejudicados o projeto inicial e o substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça.<sup>158</sup> Dessa forma, imprescindível transcrever os dois primeiros artigos da lei para verificarmos como ficou a redação final promulgada:

<sup>153</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1240/1995. **Dossiê Digitalizado**. P 21 e 22. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995)>. Acesso 8 de outubro de 2016.

<sup>154</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1240/1995. **Dossiê Digitalizado**. P 23. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995)>. Acesso 8 de outubro de 2016.

<sup>155</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1240/1995. **Dossiê Digitalizado**. P 53. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995)>. Acesso 8 de outubro de 2016.

<sup>156</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1240/1995. **Dossiê Digitalizado**. P 44. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995)>. Acesso 8 de outubro de 2016.

<sup>157</sup> BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados. Ano LI - nº 221. Quinta-feira, 28 de novembro de 1996. PL. 1240-B/95. P 155 e 156. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0019961128002210000.PDF#page=114>>. Acesso 19 de outubro de 2016.

<sup>158</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1240/1995**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=189504>>. Acesso 19 de outubro de 2016.

Art. 1º Os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional."

"Art. 20. 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.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, 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.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido."

Art. 2º O art. 140 do Código Penal fica acrescido do seguinte parágrafo: "

Art. 140

[...]

§ 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."

No próximo capítulo que adentraremos nos comentários acerca da evolução das expressões usadas no tipo penal do art. 20 da Lei 7.716/1989, mas é preciso ressaltar a distinção das expressões incluídas nas diversas normas. Com efeito, enquanto se incluiu o termo "origem" ao texto do art. 140, § 3º, do Código Penal, o Congresso Nacional fez incorporar ao art. 20 da Lei 7.716/1989 a expressão "procedência nacional".

Assim sendo, no tópico seguinte será feita uma breve exposição da Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial) e da Lei 12.735/2012 as quais fizeram as últimas modificações na Lei 7.716/1989.

### **3.7 Últimas modificações realizadas pelas Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial) e Lei 12.735/2012**

O Estatuto da Igualdade Racial foi promulgado para garantir que as normas programáticas da Constituição Federal sejam cumpridas, visto que a efetivação da igualdade de oportunidades até hoje não se deu. Nessa toada, esse estatuto realizou modificações ao inserir

parágrafos nos tipos penais,<sup>159</sup> bem como assegurou ao magistrado a faculdade de interditar páginas na rede mundial de computadores cujo teor fosse discriminatório conforme o art. 20, § 3º, III, da Lei 7.716/1989.

Além disso, em virtude da necessidade de reforçar a tipificação de determinadas condutas perpetradas pela internet ou outro meio eletrônico, a Lei 12.735/2012, que atualizou a redação do artigo 20, § 3º, II da Lei 7.716/1989,<sup>160</sup> teve como função assegurar poder ao juiz de mandar cessar ou apagar as publicações em meio eletrônico ou análogo ao acrescentar essas duas modalidades de veiculação de informação como passíveis de punição prevista no artigo 20, § 3º<sup>161</sup>. Por fim, tal norma fez alterações em outros diplomas legais, mas realizar comentários e análises sobre eles seria uma digressão prescindível ao estudo aqui abordado.

---

<sup>159</sup> Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstar a promoção funcional. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada. § 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica: (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores; (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional; (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

§ 2º Ficará sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

Pena: reclusão de dois a cinco anos. Vide: BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm)>. Acesso 20 de novembro de 2016.

<sup>160</sup>Artigo 20, § 3º, II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio;

<sup>161</sup> Art. 20, § 3º: No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

## 4 CRIME DE PRECONCEITO CONTRA NORDESTINOS

Após o estudo dos princípios penais que dão marcos regulatórios e limites a um direito penal de um Estado Democrático de Direito no capítulo primeiro e a análise da evolução histórica legislativa dos crimes relacionados à discriminação no capítulo segundo, estamos aptos a enfrentar os posicionamentos da doutrina e dos tribunais pátrios para chegar a conclusões efetivamente jurídicas; e não, políticas.

### 4.1 Interpretação doutrinária da abrangência do art. 20 da Lei 7.716/89

Antes de expor os comentários da doutrina brasileira acerca da abrangência do art. 20, *caput* e § 2º, da Lei 7.716/89, o qual é utilizado para enquadrar penalmente as pessoas cujos comentários contra nordestinos foram publicados nas redes sociais, é necessário observar seu teor:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)  
 Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)  
 [...]  
 § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)  
 Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Com efeito, quem praticou, induziu ou incitou discriminação em desfavor de nordestinos em rede social teria praticado uma discriminação de procedência nacional, como pode ser visto no julgado a seguir:

PENAL - CRIME DE PRECONCEITO - ART. 20, CAPUT E § 2º, DA LEI 7.716/1989 - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS - OFENSAS CONTRA O POVO NORDESTINO QUE PARTIRAM DO TWITTER DA RÉ [...] RECURSO DO RÉU DESPROVIDO E APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARCIALMENTE PROVIDA - SENTENÇA REFORMADA. 1. A materialidade delitiva restou comprovada pelas cópias da mensagem enviada pela ré, por Twitter, às fls. 216 e 232vº dos autos. Também restou comprovado nos autos que a ré, na data citada na denúncia, fez o comentário preconceituoso em desfavor dos nordestinos, por conta do resultado da eleição presidencial, pregando que estes não seriam humanos. [...] 3. Daí não resulta, porém, que tal direito seja absoluto quanto ao seu exercício. Tanto pela teoria interna (ou da imanência) quanto pela teoria externa, que estudam limites a direitos fundamentais, há em regra barreiras ao exercício dos direitos indispensáveis ao ser humano ou à vida em sociedade, como bem destacou o Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do pedido de habeas corpus n.º 82424/RS. 4. A ré transpôs os limites de seu direito constitucional de expressão do pensamento para invadir o campo tutelado

pelo delito previsto no art. 20, § 2º da Lei 7.716/1989, exibindo pelo twitter conotação pejorativa e preconceituosa contra o povo nordestino. [...] 13. Recurso da defesa desprovido. Recurso da acusação parcialmente provido. Reparação de danos excluída de ofício. Sentença mantida quanto ao mais. (TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 50674 - 0012786-89.2010.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, julgado em 06/07/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/07/2015)<sup>162</sup>

Em contrapartida, também há discussões acerca da possibilidade de enquadrar outros tipos de preconceito, como a homofobia e a transfobia como será visto em tópicos seguintes. Dessa forma, é importante observar as interpretações feitas pelos doutrinadores acerca do alcance da norma.

Para Guilherme Nucci, procedência nacional seria a origem de nascimento de algum lugar do Brasil bem como a origem de nascimento ou vivência em outra nação, portanto preconceito contra franceses, ingleses, cariocas, paulistas, gaúchos estariam contemplados pela norma.<sup>163</sup> Nucci informa que o art. 20 da Lei 7.716 é residual, devendo ser aplicado somente quando os outros tipos previstos na mesma norma não forem cabíveis sob pena de se violar o princípio da legalidade. Ademais, ele explicita que tal ofensa tem de ser destinada a um grupo de pessoas, e não a uma em específico, embora se possa segregar uma pessoa apenas.<sup>164</sup>

Aliás, Nucci diz que a Lei de contravenções nº 7.437/1985 estaria inaplicável, pois toda forma de preconceito, inclusive em razão do gênero e do estado civil, seriam manifestações racistas.<sup>165</sup> Com efeito, aparentemente o autor utiliza o termo racista para definir quem possui mentalidade segregacionista, não importando necessariamente em um ódio à raça, quando disserta que “*se o racismo, como acabamos de expor, é, basicamente, uma mentalidade segregacionista, ele é capaz de percorrer todos os lados dos agrupamentos humanos.*”<sup>166</sup>

No mesmo sentido, para Gabriel Habib, o termo procedência nacional é utilizado para criminalizar discriminações relativas ao elemento identificador da origem das pessoas.<sup>167</sup>

<sup>162</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Criminal - 50674/SP**. Processo originário nº 0012786-89.2010.4.03.6181. Relator: Desembargador Federal Paulo Fontes. Quinta Turma. Apelante: Mayara Penteadó Petruso. Advogados: Osvaldo Luis Zago e outro. Apelado: Ministério Público Federal. São Paulo, São Paulo, 13 de julho de 2015. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/4440294>>. Acesso 15 de novembro de 2016.

<sup>163</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol 1.** 9 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. P 276.

<sup>164</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol 1.** 9 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. P 299.

<sup>165</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol 1.** 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. P 260.

<sup>166</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol 1.** 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. P 266 e 267.

<sup>167</sup> HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais: Tomo II: dicas para realização de concursos artigo por artigo.** 6 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. P 146.

Por sua vez, ao analisar o artigo 1º da Lei 7.716/1989, Ricardo Antonio Andreucci afirma que no termo procedência nacional significa origem da pessoa, podendo representar a nação, português, italiano, e até a procedência interna do País, por exemplo, nordestino, baiano, cearense, paulista.<sup>168</sup>

Já Walter Claudius Rothenberg acredita que discriminações com base em gênero, orientação sexual e procedência regional foram esquecidas pelo Poder Legislativo no momento de ampliação do rol de preconceitos criminalizados feito pela Lei 9.459/1997, contudo se deve entender que a discriminação resultante de preconceito nacional abarca também a discriminação de caráter regional contra nordestinos.<sup>169</sup>

Em sentido contrário, para Amaury Silva e Artur Carlos Silva, no que concerne ao termo procedência nacional, ele abarcaria a xenofobia, isto é, a aversão aos estrangeiros, porém não somente os nascidos em países alienígenas, mas também aqueles nascidos em solo brasileiro em se tratando de descendentes de outros povos, como judeus, japoneses ingleses. Nessa toada, o preconceito em desfavor de brasileiros em razão das diferentes regiões nacionais ou de estados não seria penalizado, portanto a discriminação regionalista contra nordestino não teria a incidência do direito penal.<sup>170</sup>

Por outro lado, Pedro Lima Marcheri e Silvio Carlos Álvares afirmam que o mandado de criminalização na Constituição Federal implica uma observância à hermenêutica da corte para fins de alcance das elementares do tipo penal incriminador.<sup>171</sup> Desse modo, é necessário o estudo das decisões proferidas e dos julgamentos em andamento no Supremo Tribunal Federal.

#### 4.2 Caso Siegfried Ellwanger (HC 82424)

O enfoque do estudo desse “*leading case*” é a acepção do alcance do termo jurídico “racismo”. Assim nos adentraremos apenas superficialmente no confronto dos princípios da liberdade de expressão e da criminalização do racismo, pois isso escapa aos objetivos dessa pesquisa, mormente, porque partimos do pressuposto que manifestações segregacionistas

<sup>168</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P 434.

<sup>169</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade Material e Discriminação Positiva: o princípio da isonomia. **Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 13, n. 2, p. 77 a 92, jul. /dez. 2008. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>>. Acesso 4 de novembro de 2016.

<sup>170</sup> SILVA, Amaury; SILVA, Artur Carlos. **Crimes de Racismo**. Leme: J H Mizuno, 2012. P 41 e 42.

<sup>171</sup> MARCHERI, Pedro Lima; ÁLVARES; Silvio Carlos. A epistemologia do racismo no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. v. 52, n. 208, outubro/dezembro. 2015. P 157. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517702/001055771.pdf?sequence=1>>. Acesso 1 de novembro de 2016.

contra nordestinos não devem ser amparadas pela liberdade de expressão, o que não significa que elas estejam penalmente tipificadas.

Trata-se de um Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional da decisão do STJ impetrado perante o STF. O referido processo criminal versa sobre o editor Siegfried Ellwanger, o qual teria publicado e editado livros de teor antisemita.<sup>172</sup>

Com efeito, na primeira instância o editor Siegfried Ellwanger foi absolvido, tendo tal decisão sido revertida na segunda instância. Em razão disso, o acusado interpôs Habeas Corpus no STJ, o qual também foi denegado.<sup>173</sup>

No referido caso, a defesa do paciente apresentou perante o STF o argumento de que o racismo não abarcaria a discriminação contra os judeus por ausência de conotação racial, logo o delito em questão estaria prescrito.<sup>174</sup> Além disso, como originalmente a Lei 7.716/1989 havia criminalizado somente o preconceito em razão de raça e cor, as atualizações realizadas pela Lei nº 8.081/1990 ao inserir o art. 20 seriam de condutas diversas da prática de racismo.<sup>175</sup>

Nesse contexto, com o escopo de otimizar a análise do julgado, serão apresentados somente os argumentos dos votos de alguns ministros cujo teor direcione e delimite a extensão que o termo “racismo” deve ter a fim de se evitar a repetição desnecessária das teses jurídicas.

Inicialmente, no voto do Ministro Relator Moreira Alves, ao relatar sobre o alcance do crime de racismo, o Ministro defende que a imprescritibilidade é preceito constitucional, portanto a legislação ordinária não pode “*dar o entendimento que lhe aprouver sobre o significado de ‘racismo’, mas sim, que cabe a ela tipificar as condutas em que consiste essa prática e quantificar a pena [...]*.”<sup>176</sup> Além disso, no voto há o argumento de que não se pode

<sup>172</sup> STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus. **Notícias STF**, Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>>. Acesso 14 de novembro de 2016.

<sup>173</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. P 5. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

<sup>174</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. P 5 e 6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

<sup>175</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. P 10 e 11. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

<sup>176</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior

incluir o preconceito contra sexo e idade, pois a expressão “racismo” deve ser interpretada estritamente, tendo em vista a imprescritibilidade não abarcar os crimes hediondos os quais são de elevado grau de ofensividade social.<sup>177</sup> Por outro lado, conclui que judeus não são uma raça, e sim membros de uma religião, portanto a imprescritibilidade constitucional não incidiria no caso, o que o levou ao voto por deferir a ordem do referido remédio constitucional.<sup>178</sup>

No pedido de vistas do Ministro Maurício Corrêa, há o questionamento da extensão do preceito sobre o sentido semântico de racismo, devendo ser interpretado “*strictu sensu*” ou de maneira teleológica para ficar conforme à Constituição.<sup>179</sup> Com efeito, no voto do Ministro há o embasamento em estudos científicos acerca da inexistência de diferenciação biológica em raças humanas de acordo com os avanços no campo da genética, sendo tal divisão um resultado de um processo político-social da intolerância humana.<sup>180</sup> Além disso, ao relembrar o Holocausto nazista, o ministro destaca que o antissemitismo parte da premissa da divisão dos seres humanos em uma raça superior e outra inferior, então se deve observar se quem segrega o faz por convicções de cunho racial, embora tal forma de pensar seja eminentemente social, e não biológica.<sup>181</sup> Dessa forma, o ministro pontua que “*A referência a raça deve ter conteúdo mais amplo, sob pena de inaceitável inocuidade no que tange a cor.*”,<sup>182</sup> portanto a inclusão

---

Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. P 12 e 13. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

<sup>177</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. P 13. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

<sup>178</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. P 21 e 22. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

<sup>179</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. P 29. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

<sup>180</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. P 37. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. P 43 a 45. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

<sup>182</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior

de outras modalidades de discriminação pela Lei 8.081/1990 aproximou mais a legislação infraconstitucional brasileira às obrigações assumidas nos tratados internacionais ratificados, adequando-se melhor ao princípio da igualdade.<sup>183</sup>

Já o Ministro Gilmar Mendes reafirma em seu voto vista que o conceito jurídico de racismo deve ser observado sob o contexto histórico, político-social e cultural no qual se encontra inserido o antissemitismo em virtude das ideias racistas disseminadas pelo nazismo, o que implica no indeferimento do Habeas Corpus.<sup>184</sup>

O ministro Carlos Ayres Britto fundamenta o deferimento da ordem nos princípios da estrita legalidade penal e na reserva legal para decidir pela atipicidade, tendo em vista as publicações terem ocorrido antes da promulgação da Lei 8.081/1990 e não se tratar de um crime permanente.<sup>185</sup>

Por seu turno, o ministro Marco Aurélio enfatiza que não verificou uma manifestação racista, porém uma releitura histórica<sup>186</sup> bem como não encontrou referência nos Anais da Constituinte ao antissemitismo quando da discussão do racismo, o que revelaria uma ausência de tutela penal no caso, pois no Brasil nunca houve histórico de repressão em relação ao povo judeu como teria ocorrido na Europa.<sup>187</sup> Assim sendo, não se poderia estender a imprescritibilidade para práticas além do preconceito em desfavor da população negra sob risco

---

Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. P 58. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. P 65. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

<sup>184</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. P 125, 126 e 148. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

<sup>185</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. P 274 e 328. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

<sup>186</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. P 365 e 366. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

<sup>187</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Inteiro Teor. Brasília, DF, 19 de março de 2004. P 393 e 394. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

de se criar um tipo penal aberto imprescritível. Por fim, o Ministro votou pela concessão da ordem em virtude da prescrição do delito.<sup>188</sup>

A seguir, os trechos mais pertinentes para esta pesquisa da ementa do julgado:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. [...] 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. 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. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. [...] 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. [...] 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. [...] 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. [...] 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)<sup>189</sup>

<sup>188</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. P 399 a 401. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

<sup>189</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador:

Com a leitura dos tópicos de número seis e oito da ementa do julgado, verifica-se que, em 2003, o STF adotou a definição de que o “preconceito racial” seria um gênero cujas espécies de intolerância também tipificadas seriam delimitadas por circunstâncias históricas, políticas e sociais. Por outro lado, os processos e as decisões mais recentes da Suprema Corte demonstram uma possível incoerência de entendimento com esse “*leading case*”.

### 4.3 Argumentos dos pareceres da PGR na ADO 26/DF e no MI 4.733

Em decorrência dos recorrentes episódios de homofobia e transfobia que acontecem no Brasil, existem projetos de lei cujo teor busca criminalizar especificamente como racismo esses atos discriminatórios, todavia há uma mora legislativa,<sup>190</sup> a qual ensejou a proposição de um Mandado de Injunção e da Ação de Omissão por Inconstitucionalidade.

Por convergirem quanto ao objeto acerca do enquadramento da homofobia e da transfobia como delitos de preconceito racial, será feita uma análise concomitante dos argumentos apresentados na e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e no Mandado de Injunção 4.733. Com efeito, apesar de o enfoque deste trabalho ser o crime de preconceito contra nordestino, eventualmente os argumentos empregados nesses processos acerca do alcance da Lei 7.716/1989 podem ser arrimo de futuras decisões do STF.

Assim sendo, a ADO 26/DF foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) tem como pedido cautelar o fim da inércia do Congresso Nacional em votar projeto de lei que criminalize a homofobia e a transfobia ou, subsidiariamente, que se reconhecesse o enquadramento dessas modalidades de discriminação como racismo com o intuito de enquadrar tais condutas no delito previsto na Lei 7.716/1989.<sup>191</sup> Além disso, na peça inicial dessa ação há o pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, devido à

---

Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Ementa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000096099&base=baseAcordaos>>. Acesso 15 de novembro de 2016.

<sup>190</sup> PPS pede declaração de omissão do Congresso por não votar projeto sobre homofobia. **Notícias STF**. Brasília, 23 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=256721>>. Acesso 15 de novembro de 2016.

<sup>191</sup> BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 110.474/2015-AsJConst/SAJ/PGR. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 Distrito Federal**. Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Interessado: Congresso Nacional. Brasília, DF, 15 de junho de 2015. P 2. Disponível em: <[http://aplicativos.pgr.mpf.mp.br/aptusweb/visualizarIntegra.action?id\\_integra=9984321B91345271782D849510FFD3A9](http://aplicativos.pgr.mpf.mp.br/aptusweb/visualizarIntegra.action?id_integra=9984321B91345271782D849510FFD3A9)>. Acesso 25 de outubro de 2016.

mora do dever de legislar,<sup>192</sup> porém não analisaremos tal requerimento civil, pois são questões não atinentes ao tema abordado nessa pesquisa.

No parecer nº 110.474/2015-AsJConst/SAJ/PGR do Procurador Geral da República, fundamenta-se a possibilidade de extensão do sentido de racismo com fulcro no princípio da igualdade:

Nesse contexto, em observância ao princípio da igualdade, os crimes previstos pela Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, abarcam as condutas homofóbicas, isto é, os atos de discriminação em virtude de orientação sexual, motivo por que o reconhecimento de sua inclusão naqueles tipos não ofende o princípio da legalidade em matéria penal. O conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto, e deve sua interpretação ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito.<sup>193</sup>

Outrossim, o parecer retoma os votos do Ministro Celso de Mello e do Ministro Maurício Corrêa no julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS para que se reconheça a fluidez histórica dos significados das palavras utilizadas nas normas brasileiras de tipificação da discriminação, possibilitando a identificação de novas modalidades de grupos suscetíveis à prática segregacionista de racismo.<sup>194</sup>

Em relação ao Mandado de Injunção 4.733 cujos pedidos principais são o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia estão inclusos na definição ontológica-constitucional de racismo e a declaração de mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar essas intolerâncias, inicialmente foi rejeitado em decisão monocrática do Relator Ministro Ricardo Lewandowski ao acolher os argumentos apresentados no primeiro parecer da PGR cujo teor pleiteava o não cabimento do *writ*, pois haveria projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional e já existiria legislação aplicável à discriminação resultante de orientação sexual. Por fim, o ministro relator alega estar a edição de normas penais sujeita ao princípio da

<sup>192</sup> BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 110.474/2015-AsJConst/SAJ/PGR. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 Distrito Federal**. Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Interessado: Congresso Nacional. Brasília, DF, 15 de junho de 2015. P 1. Disponível em: <[http://aplicativos.pgr.mpf.mp.br/aptusweb/visualizarIntegra.action?id\\_integra=9984321B91345271782D849510FFD3A9](http://aplicativos.pgr.mpf.mp.br/aptusweb/visualizarIntegra.action?id_integra=9984321B91345271782D849510FFD3A9)>. Acesso 25 de outubro de 2016.

<sup>193</sup> BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 110.474/2015-AsJConst/SAJ/PGR. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 Distrito Federal**. Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Interessado: Congresso Nacional. Brasília, DF, 15 de junho de 2015. P 10. Disponível em: <[http://aplicativos.pgr.mpf.mp.br/aptusweb/visualizarIntegra.action?id\\_integra=9984321B91345271782D849510FFD3A9](http://aplicativos.pgr.mpf.mp.br/aptusweb/visualizarIntegra.action?id_integra=9984321B91345271782D849510FFD3A9)>. Acesso 25 de outubro de 2016.

<sup>194</sup> BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 110.474/2015-AsJConst/SAJ/PGR. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 Distrito Federal**. Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Interessado: Congresso Nacional. Brasília, DF, 15 de junho de 2015. P 11. Disponível em: <[http://aplicativos.pgr.mpf.mp.br/aptusweb/visualizarIntegra.action?id\\_integra=9984321B91345271782D849510FFD3A9](http://aplicativos.pgr.mpf.mp.br/aptusweb/visualizarIntegra.action?id_integra=9984321B91345271782D849510FFD3A9)>. Acesso 25 de outubro de 2016.

reserva legal, portanto em mandado de injunção não poderia haver uma decisão aditiva, bem como tais delitos estariam tipificados no art. 20 da Lei nº 7.716/1989 como poderia ser observado no Inquérito nº 3.590, o qual tramitava no STF à época.<sup>195</sup>

Em contrapartida, em razão do não recebimento da denúncia oferecida no Inquérito nº 3.590 como será visto no próximo tópico, o novo Ministro Relator Edson Fachin reconsidera a decisão monocrática para dar prosseguimento do Mandado de Injunção.<sup>196</sup> De fato, até a data da elaboração desta pesquisa, não ocorreu o julgamento do feito, contudo, em decorrência da completa mudança de posicionamento do PGR, é importante refletir sobre seu conteúdo do seu segundo parecer.

No segundo parecer da PGR no Mandado de Injunção 4.733 o *parquet* se manifesta contra a ilegítima mora de mais de dez anos em votar o Projeto de Lei 122/2006 do Senado Federal.<sup>197</sup> Relata também que deve ser aplicada a lei de racismo, realizando-se uma interpretação conforme a Constituição para aplicar uma interpretação extensiva ao texto legal a fim de enquadrar também a homofobia e a transfobia.<sup>198</sup> Além disso, o PGR pede que se utilize desde já o conteúdo do Projeto de Lei 122/2006 ou dos dispositivos do Projeto de Código Penal do Senado em que tipifica o racismo qualquer discriminação por razão “*de gênero, raça, cor, etnia, identidade ou orientação sexual, religião, procedência regional ou nacional ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância*”.<sup>199</sup> Contrapondo o argumento da reserva absoluta de lei, o parecer invoca o papel do STF na concretização de direitos fundamentais e sugere que por meio da jurisdição constitucional poder-se-ia realizar uma

---

<sup>195</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 23/10/2013. DJe-213. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Advogados: Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Impetrado: Congresso Nacional. Advogado: Advogado-Geral da União. Brasília, DF, 28/10/2013. Decisão Monocrática. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188542&base=baseMonocraticas>>. Acesso 12 de novembro de 2016.

<sup>196</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal**. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento: 14/06/2016. DJe-125. Agravante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Advogados: Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Impetrado: Congresso Nacional. Advogado: Advogado-Geral da União. Interessada: União. Brasília, DF, 17/06/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000274497&base=baseMonocraticas>>. Acesso 12 de novembro de 2016.

<sup>197</sup> BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 214.146/2016-AsJConst/SAJ/PGR. **Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal**. Relator: Ministro Edson Fachin. Requerentes: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Interessado: Congresso Nacional. Brasília, DF, 13 de setembro de 2016. P 7.

<sup>198</sup> BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 214.146/2016-AsJConst/SAJ/PGR. **Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal**. Relator: Ministro Edson Fachin. Requerentes: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Interessado: Congresso Nacional. Brasília, DF, 13 de setembro de 2016. P 8 e 9.

<sup>199</sup> BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 214.146/2016-AsJConst/SAJ/PGR. **Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal**. Relator: Ministro Edson Fachin. Requerentes: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Interessado: Congresso Nacional. Brasília, DF, 13 de setembro de 2016. P 11.

regulação provisória até que lei em sentido estrito sobreviesse, regulamentando de modo permanente.<sup>200</sup>

Como até o momento não houve manifestação final do STF, faremos alguns comentários acerca das teses aventadas, bem como possíveis argumentos relacionados à assinatura de tratados internacionais.

Com efeito, há uma notória tentativa de mitigar o princípio da legalidade penal e seu subprincípio da reserva legal, pois evocar o princípio da igualdade para abarcar modalidades não previstas no tipo penal consiste em uma analogia “*in malam partem*”, tendo em vista inclusive que o princípio da igualdade é a justificativa para a aplicação do meio de integração analógico nos sistemas jurídicos conforme se estudou nos capítulos anteriores.

Aliás, também não se pode nem argumentar que se trata de uma interpretação extensiva, porque em nenhum momento se busca justificar o alargamento do sentido do texto legal, mas sim atender o princípio da igualdade ao inserir no conceito de racismo mais modalidades de discriminação. Por fim, em relação à sugestão de aplicar o conteúdo do conteúdo do Projeto de Lei 122/2006, fica evidenciado a flagrante ilegalidade ao se observar a violação à cláusula pétrea da separação dos poderes prevista no art. 60, § 4º, III da Constituição Federal, quando se aplica um projeto que não foi votado pelo Poder Legislativo nem sancionado pelo chefe do Executivo.

No que tange à compromissos firmados pelo Brasil em tratados de combate à discriminação, por exemplo, Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação racial (CIED) e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP), tais normas de direito internacional possuem nível hierárquico inferior ao princípio constitucional da legalidade, bem como em seu teor possuem dispositivos que solicitam da edição de legislação para lhes dar eficácia:

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

ARTIGO 20: [...] 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência.

ARTIGO 26 Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de

---

<sup>200</sup> BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 214.146/2016-AsJConst/SAJ/PGR. **Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal**. Relator: Ministro Edson Fachin. Requerentes: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Interessado: Congresso Nacional. Brasília, DF, 13 de setembro de 2016. P 16 e 17.

outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.<sup>201</sup>

CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL

Artigo II

1. Os Estados Partes condenam a discriminação racial e comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados e sem tardar uma política de eliminação da discriminação racial em todas as suas formas e de promoção de entendimento entre todas as raças e para esse fim: [...]

d) Cada Estado Parte deverá, por todos os meios apropriados, inclusive se as circunstâncias o exigirem, as medidas legislativas, proibir e por fim, a discriminação racial praticadas por pessoa, por grupo ou das organizações;<sup>202</sup>

Após vistos os processos em trâmite e os argumentos para a ampliação das condutas humanas que devem ser enquadradas como racismo, deve-se analisar o inquérito que ensejou a continuidade do referido Mandado de Injunção.

#### 4.4 Denúncia contra um Deputado Federal por homofobia

Apesar de inicialmente o Ministro Ricardo Lewandowski não ter conhecido o Mandado de Injunção nº 4.733 do Distrito Federal, posteriormente tal situação se alterou em decorrência de o Supremo Tribunal Federal ter rejeitado uma denúncia contra o Deputado Marcos Feliciano do PSC/SP no Inquérito nº 3.590/DF<sup>203</sup> pela prática de homofobia em razão de uma mensagem postada em sua conta pessoal da rede social *Twitter*.<sup>204</sup> Tal decisão teve como fundamento a assertiva de que o crime de homofobia não estaria tipificado no art. 20 da Lei nº 7.716/1989.

Assim sendo, fica evidente que o Supremo Tribunal Federal ao não receber a denúncia demonstrou não considerar a homofobia como uma modalidade de discriminação

<sup>201</sup> ASSEMBLÉIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional, de 1966. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Nova Iorque. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso 11 de novembro de 2016.

<sup>202</sup> ASSEMBLÉIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção, de 1969. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**. Nova Iorque, Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso 11 de novembro de 2016.

<sup>203</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 3.590 Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Autor: Ministério Público Federal. Investigado (a/s): Marco Antônio Feliciano. Advogado (a/s): Rafael Novaes da Silva. Primeira Turma. Brasília, DF, 12 de agosto de 2014. Ementa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>>. Acesso 20 de outubro de 2016

<sup>204</sup> “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição.” Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 3.590 Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Autor: Ministério Público Federal. Investigado (a/s): Marco Antônio Feliciano. Advogado (a/s): Rafael Novaes da Silva. Primeira Turma. Brasília, DF, 12 de agosto de 2014. Inteiro Teor do Acórdão. P 2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>>. Acesso 20 de outubro de 2016.

prevista na Lei 7.716/1989. No que concerne ao tema, Gilberto Schäfer, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Rodrigo Hamilton Dos Santos afirmam em relação às palavras proferidas pelo Deputado Federal:

São manifestações de caráter discriminatório, intolerantes ao diferente, que induzem ao ódio a um determinado grupo. A inferiorização provocada pela fala coloca o grupo na condição de inimigo e, mais que isso, resulta em fato criminoso, como se o fato de pertencer a tal grupo conduzisse naturalmente ao crime<sup>205</sup>

Além disso, no voto do Relator Ministro Marco Aurélio há o reconhecimento da ocorrência de uma discriminação em virtude da opção sexual, porém o argumento da defesa do investigado estaria com o fundamento jurídico correto ao pedir pelo não recebimento da denúncia, devido à atipicidade da conduta, pois o art. 20 da Lei nº 7.716/1989 não versaria sobre essa modalidade de discriminação.<sup>206</sup> Nesse sentido, os outros ministros também votaram sempre destacando a importância da prévia existência de lei para tipificar condutas, bem como a necessidade do respeito ao princípio da legalidade penal.<sup>207</sup>

Por outro lado, conflitando com os entendimentos anteriores já explanados, o STJ proferiu um acórdão cujo teor dificulta, ainda mais, a aceção do termo “racismo” com o sistema jurídica pátrio, como será visto no próximo tópico.

#### 4.5 Injúria Racial e Imprescritibilidade

Recentemente, ampliando o rol de crimes considerados como racismo pela Constituição Federal, o STJ proferiu uma decisão na qual reconhecia o atributo da imprescritibilidade do delito de injúria racial em virtude desse tipo incriminador ter sido inserido no Código Penal pela Lei nº 9.459/1997, qual também fez alterações na Lei nº 7.716/1989 como pode ser observado adiante:

<sup>205</sup> SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de informação legislativa**. v. 52, n. 207, p. 143-158, jul./set. 2015. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/515193> >. Acesso 20 de outubro de 2016.

<sup>206</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 3.590 Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Autor: Ministério Público Federal. Investigado (a/s): Marco Antônio Feliciano. Advogado (a/s): Rafael Novaes da Silva. Primeira Turma. Brasília, DF, 12 de agosto de 2014. Inteiro Teor do Acórdão. P 6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176> >. Acesso 20 de outubro de 2016.

<sup>207</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 3.590 Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Autor: Ministério Público Federal. Investigado (a/s): Marco Antônio Feliciano. Advogado (a/s): Rafael Novaes da Silva. Primeira Turma. Brasília, DF, 12 de agosto de 2014. Inteiro Teor do Acórdão. P 6 a 11. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176> >. Acesso 20 de outubro de 2016.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INJÚRIA RACIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE CERTIDÃO EMITIDA POR SERVENTUÁRIO DA JUSTIÇA ABRINDO PRAZO PARA A RESPOSTA AO REFERIDO RECURSO. TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO AFERIDA EM CONFORMIDADE COM A SÚMULA N.448 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. DECISÃO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DE ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE EM RECURSO ESPECIAL. IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO DE INJÚRIA RACIAL. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA, IN CASU. RECURSO DESPROVIDO. [...] 4. Não cabe, na via do recurso especial, a análise de suposta violação de artigos da Constituição Federal. De acordo com o magistério de Guilherme de Souza Nucci, com o advento da Lei n.9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão. [...] 6. A dúvida sobre o termo inicial da contagem do prazo decadencial, na hipótese, deve ser resolvida em favor do processo. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no AREsp 686.965/DF, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 31/08/2015)<sup>208</sup>

Com efeito, tal decisão cria uma insegurança jurídica ao permitir que os crimes de injúria racial considerados prescritos por magistrados de primeira instância ou tribunais tenham seu curso processual retomado, tendo em vista que não importa mais o decurso temporal para fins de extinção da punibilidade com base na prescrição.

Além disso, mantendo a coerência lógica da decisão exarada, todos os crimes de injúria que tivessem relação com etnia, religião ou procedência nacional também mereceriam igual tutela por estarem elencados na Lei nº 7.716/1989 como modalidades de discriminação. Por fim, é questionável se tal decisão se consubstancia numa invasão da competência do STF, pois a imprescritibilidade é matéria de índole constitucional, o que reputa apenas à Suprema Corte a competência para decidir sobre esse tema.

#### 4.6 Possibilidades de Interpretação Jurídica da abrangência de racismo

Findada a exposição sobre julgamentos e evolução histórica legislativa das normas de combate ao racismo, constatamos que é possível se estipular três formas de interpretar a abrangência do art. 20 da Lei 7.716/1989.

<sup>208</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 686.965 - DF (2015/0082290-3)**. Relator: Ministro Ericson Maranhão (Desembargador Convocado do TJ/SP) Agravante: Paulo Henrique dos Santos Amorim. Advogados: Carmem Mansano da Costa Barros; Eduardo Medaljon Zynger e Outro (s); Maria Elizabeth Queijo. Agravado: Heraldo Pereira De Carvalho (Assistente De Acusação). Advogados: Cristina Alves Tubino. Interessados: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, DF, 18 de agosto de 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49761759&num\\_registro=201500822903&data=20150831&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49761759&num_registro=201500822903&data=20150831&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso 1 de outubro de 2016.

A primeira seria uma interpretação irrestrita do alcance da expressão “preconceito racial”, o qual não se resumiria somente ao que está positivado no art. 20 da Lei 7.716/1989, mas também as outras manifestações de segregação e de inferiorização dos grupos humanos. Tal modalidade de exegese coaduna com a fundamentação e a ementa do Habeas Corpus 82424 e com uma compreensão de que a assinatura de convenções e tratados internacionais pelo Brasil, respaldados pelo art. 5º, XLI da Constituição Federal cujo teor estabelece que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”,<sup>209</sup> supririam a ausência de expressão previsão das demais hipóteses de discriminação, estando todas as espécies de intolerância criminalizadas, então, e eivadas do atributo de imprescritibilidade.

Em contrapartida, não nos filiaremos a essa tese, pois ela viola o princípio constitucional da legalidade penal, bem como seus subprincípios da reserva legal e da taxatividade, porque nitidamente tornará o tipo legal genérico e excessivamente abrangente. Além disso, a coação psicológica preconizada por Feuerbach restaria inutilizada, pois não se saberá as fronteiras desse tipo penal, bem como os julgadores terão uma margem alargada demais de interpretação, o que facilita a ocorrência de arbitrariedades, violando aquele princípio que é o principal argumento por essa maneira de exegese, ou seja, o princípio da igualdade.

O modo intermediário de aceção seria interpor no conceito de “procedência nacional” as ofensas e ações discriminatórias contra nordestinos, sulistas, nortistas, além do preconceito contra os estrangeiros, devendo-se compreender o “estrangeiro” por aqueles oriundos de nações diversas. Tal interpretação se daria mediante a compreensão de que o termo “procedência” equivaleria à palavra “âmbito” ou “proporção”, portanto discriminações de âmbito ou proporções nacionais ensejariam condenação nas penas do art. 20 da Lei 7.716/1989. Dessa forma, o preconceito contra nordestino seria legal e típico, bem como a homofobia e a transfobia, o que implicaria uma reapreciação do não recebimento da denúncia do Inquérito nº 3.590/Distrito Federal.

Por outro lado, mesmo se utilizando dessa técnica de exegese mediante sinonímia a qual já é questionável por não ser usual, a margem de discricionariedade judicial também ficaria preocupantemente demasiada. Seria possível enquadrar em um crime de preconceito de âmbito nacional comentários feitos de grandes torcidas de time de futebol para outra rival, bem como xingamentos políticos seguidos de frases “Fora Determinado Partido Político”. Aliás, caso alguém da cidade mineira de Montes Claros fizesse um comentário inferiorizando e

---

<sup>209</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso 2 de novembro de 2016.

discriminando os habitantes do município baiano de Vitória da Conquista, tal situação fática seria típica? Ou lhe faltaria o critério do âmbito ou proporção nacional, embora se tratem de municípios de estados e regiões diversas? Aliás, se mudássemos as cidades envolvidas para São Paulo e Fortaleza, estariam atendidos os requisitos para a caracterização de um âmbito ou uma proporção nacional? Assim sendo, acreditamos que essa falta de precisão também ensejaria problemas semelhantes ao da primeira teoria, inviabilizando essa segunda opção ao intérprete.

Por fim, um modo mais restritivo no qual se compreenderia como preconceito racial somente aquilo estipulado na Lei 7.716/1989 de forma expressa. Apesar de discordarmos do uso da expressão “preconceito racial” como gênero, no que tange ao ordenamento jurídico e aos julgados, sua aceção como tal é a mais adequada, embora só se deva considerar como espécies de intolerância tipificadas penalmente as modalidades de discriminação preconizadas no texto legal. Por outro lado, a adoção dessa terceira via implica a aceitação da atipicidade da homofobia, da transfobia e do preconceito contra nordestino.

Com efeito, é mais evidente que a homofobia e a transfobia não estão tipificadas com base em uma interpretação literal da norma, contudo faremos uma justificativa maior para demonstrar com clareza o porquê de o preconceito contra nordestino também não estar elencado.

Apesar da maioria da doutrina enfatizar a existência da tipicidade do crime de discriminação contra nordestino como forma de racismo, durante o estudo das atividades legislativas que vieram a dar o texto que vigora atualmente à Lei 7.716/1989, verificou-se no parecer do relator Deputado Jarbas Lima do PPR/RS da Comissão de Constituição e Justiça que da forma que estava prescrito o termo “procedência nacional” não abrangeria o preconceito interno entre os cidadãos brasileiros, devendo ocorrer sua substituição pelo termo “origem”.<sup>210</sup> Aliás, destaque-se que o substitutivo proposto pelo Deputado Jarbas Lima do PPR/RS foi aprovado por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça conforme já exposto nos capítulos anteriores.

Entretanto, a sugestão foi ignorada e o substitutivo rejeitado sob a justificativa de a expressão “procedência nacional” já estar incorporada ao mundo jurídico,<sup>211</sup> levando à situação

---

<sup>210</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1240/1995. **Dossiê Digitalizado**. P 10. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995)>. Acesso 8 de outubro de 2016.

<sup>211</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1240/1995. **Dossiê Digitalizado**. P 53. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995)>. Acesso 8 de outubro de 2016.

inusitada de o crime de injúria qualificada possuir um rol mais amplo do que as hipóteses de racismo muito antes da última modificação feita pelo Estatuto do Idoso a qual inseriu mais condutas criminalizáveis nesse crime contra honra, pois o termo “origem” foi acrescentado apenas no texto do dispositivo do crime de injúria qualificada no art. 140, § 3º do Código Penal.

Dessa forma, para se evitar que fique ao arbítrio absoluto dos julgadores e dos tribunais, bem como para atender ao postulado da legalidade penal cuja finalidade é assegurar um direito punitivo coerente, democrático e igualitário, a adoção de uma interpretação estrita do sentido de racismo como apenas aquilo que expressamente consta na Lei 7.716/1989 faz-se necessária para evitar que o judiciário criminalize uma modalidade não prevista, por exemplo, a discriminação regional, e não fazê-lo em relação a outras, como a homofobia e a transfobia.

Assim sendo, as condutas de discriminação contra nordestinos genéricas, isto é, sem ofendido específico, são atípicas como forma de racismo, e as condenações ocorridas até a presente data devem ser revisadas; porém, caso o enquadramento se dê em outro tipo penal, por exemplo, injúria qualificada do art. 140, § 3º, do CP, quando a ofensa contra a dignidade da pessoa humana for direcionada a um ou vários cidadãos determinados, tal comportamento é passível de sanção penal, pois o texto legal utiliza o termo “origem” que abarca um espectro bem maior de ações humanas, embora tal infração penal não possua os atributos da imprescritibilidade e inafiançabilidade.

## 5 CONCLUSÃO

Verificou-se que, para limitar o poder punitivo estatal, existem normas jurídicas no ordenamento as quais obrigam a existência de prévia lei cujo teor delimite, de modo preciso, as condutas que violam os bens jurídicos mais importantes para a sociedade a fim de evitar também o exercício arbitrário de poder pelo Judiciário e pelo Executivo, estando tal tipificação condicionada à elaboração de lei formal em sentido estrito.

Assim sendo, em razão de o texto legal não possuir o atributo da completude, ou seja, ordenamentos sempre padecem de lacunas que devem ser preenchidas pelo intérprete, o Direito Penal admite o uso de técnicas de interpretação, por exemplo, a interpretação extensiva; entretanto o método de integração, a analogia, não compõe o conjunto de procedimentos aplicáveis a essa esfera jurídica, pois seria um meio de violação indireto do princípio da legalidade penal ao agravar penas e criar novos crimes não previstos na legislação, o que arruinaria a segurança jurídica a qual é imprescindível na seara penal de Estados Democráticos de Direito.

Além disso, investigou-se que, durante um longo período histórico, houve omissão legislativa em tutelar as vítimas de crimes de preconceito, bem como, quando surgiu, a proteção se mostrou demasiadamente ineficaz por apenas punir como contravenção o preconceito por cor ou raça. Somente com a Constituição de 1988, que trouxe ao mundo jurídico os mandados de criminalização do preconceito racial, o Poder Legislativo votou e aprovou a Lei 7.716/1989.

Tal lei passou por diversas atualizações, tendo seu rol de condutas preconceituosas sido alargado para abranger também a discriminação resultante de religião, etnia e procedência nacional, o que ensejou dúvidas quanto ao alcance da imprescritibilidade estipulada nos mandados de criminalização na Constituição Federal de 1988.

Em contrapartida, como uma reação ao longo período sem a devida tutela penal, o estudo dos entendimentos doutrinários sobre a extensão da imprescritibilidade e da possibilidade de se inserir preconceito contra nordestinos no conceito de “procedência nacional” e a análise dos fundamentos do “*leading case*” atinente à definição de racismo, o Habeas Corpus 82424, levaram-nos à inferência de que qualquer modalidade de discriminação seria crime de racismo por se tratar de uma concepção com estrita relação às circunstâncias sociais, culturais e históricas.

Por outro lado, as decisões mais recentes da Suprema Corte demonstraram que a homofobia e a transfobia estavam excluídas, o que caracteriza uma contradição com o que foi decidido no Habeas Corpus 82424, em virtude do não recebimento de uma denúncia contra um

Deputado Federal por homofobia. Nesse contexto, a investigação dos fundamentos do indeferimento dessa denúncia do Inquérito nº 3.590 Distrito Federal, e por quais razões deveriam ser julgadas procedentes a ADO 26/DF e o MI 4.733 cujo pedido é o retorno ao entendimento de que toda modalidade de segregação é criminalizada pela Lei 7.716/1989 nos ajudaram a optar por uma exegese mais restritiva.

Com efeito, ao compilar e comparar todas as informações obtidas nessa pesquisa acadêmica, verificamos que a interpretação de que toda modalidade de segregação é crime se consubstancia em uma analogia “*in malam partem*”, ficando tal situação mais nítida quando o fundamento dessa técnica seria em atenção ao princípio da igualdade, o que caracteriza ainda mais se tratar desse método de integração, e não de uma interpretação extensiva.

Em relação ao preconceito contra nordestino estar incluso na expressão “procedência nacional”, a análise das discussões legislativas demonstrou que os Deputados Federais da Comissão de Constituição e Justiça debateram e aprovaram por unanimidade a alteração do termo pela palavra “origem”, pois a outra expressão linguística alcançaria apenas as discriminações atinentes à nacionalidade, não tendo relação com regionalidade.

Nesse contexto, destacamos que a criminalização como racismo apenas das condutas expressas na lei 7.716/1989 é o caminho mais adequado para se evitar que espécies de intolerâncias não previstas sejam inclusas, por exemplo o preconceito contra nordestino, em detrimento da omissão no que tange à homofobia e à transfobia, o que tornaria o Estado Brasileiro em agente discriminador ao tratar situações fáticas semelhantes de modo diferente sem uma justificativa racional.

Desse modo, apesar de as condenações penais com base no preconceito contra nordestino como forma de racismo serem ilegais e passíveis de revisão, é imprescindível que os projetos de lei cujo teor criminaliza essa modalidade de intolerância na Lei 7.716/1989, bem como a homofobia e a transfobia, retomem um andamento célere e sejam aprovados e sancionados, pois segmentos da população brasileira estão sendo atingidos por essa proteção deficiente.

## REFERÊNCIAS

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; AZEVEDO, Ariston. The marginal of state law: the Black Experimental Theater's multidimensional fight for civil and human rights (1944-1968). **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 11, p. 33-62, agosto/2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-33522013000200002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522013000200002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso 20 de outubro de 2016.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ASSEMBLÉIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção, de 1969. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**. Nova Iorque, Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso 11 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. Pacto Internacional, de 1966. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Nova Iorque. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso 11 de novembro de 2016.

ASUA, Luis Jiménez de. **Principios de Derecho Penal: La ley y el delito**. Buenos Aires: Abeledo Perrot Editorial Sudamericana.

BACK, Les; SOLOMOS, John. (Organizadores). **Theories of Race and Racism**. Londres: Routledge, 2000.

BERNASCONI, Robert. (organizador). **Race and Racism in Continental Philosophy**. Bloomington: Indiana University Press, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal parte geral 1**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 668/1988**. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=180567>>. Acesso 18 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1240/1995**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=189504>>. Acesso 6 de outubro de 2016

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 668/1988. **Dossiê digitalizado**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/1988)>. Acesso 19 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1240/1995. **Dossiê Digitalizado**. P 3 e 4. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D484D5F69F3EAA6DCD1455921EB8D8D.proposicoesWeb1?codteor=1133351&filename=Dossie+-PL+1240/1995)>. Acesso 8 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3261/1992. **Dossiê Digitalizado**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=F26A28442728679935A11A9BF13AF86F.proposicoesWeb1?codteor=1137867&filename=Dossie+-PL+3261/1992](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F26A28442728679935A11A9BF13AF86F.proposicoesWeb1?codteor=1137867&filename=Dossie+-PL+3261/1992)>. Acesso 6 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5239/1990. **Dossiê Digitalizado**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1147704&filename=Dossie+-PL+5239/1990](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1147704&filename=Dossie+-PL+5239/1990)>. Acesso 5 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados Projeto de Lei 5328/1985. **Dossiê Digitalizado**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=227132>>. Acesso 27 de setembro de 2016.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Legislação Informatizada - Dados da Norma. **Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7437-20-dezembro-1985-356204-norma-pl.html>>. Acesso 27 de setembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso 2 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**: outorgada em 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso 20 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Imperio do Brazil**: outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso 10 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso 20 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Diário da Câmara dos Deputados**. Ano LI - nº 221. Quinta-feira, 28 de novembro de 1996. PL. 1240-B/95. P 155 e 156. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0019961128002210000.PDF#page=114>>. Acesso 19 de outubro de 2016

\_\_\_\_\_. **Diário do Congresso Nacional**. Ano XLIII, nº 127. Quarta-feira, 14 de dezembro de 1988. P 49 e 50. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14DEZ1988.pdf#page=49>>. Acesso 5 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951**. Lei Afonso Arinos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1390.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1390.htm)>. Acesso 18 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985**. Lei Caó. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7437.htm)>. Acesso 18 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm)>. Acesso 20 de novembro de 2016

\_\_\_\_\_. **Mensagem de Veto nº 09/1989**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf)>. Acesso 27 de setembro de 2016.

\_\_\_\_\_. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 110.474/2015-AsJConst/SAJ/PGR. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 Distrito Federal**. Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Interessado: Congresso Nacional. Brasília, DF, 15 de junho de 2015. P 2. Disponível em: <[http://aplicativos.pgr.mpf.mp.br/aptusweb/visualizarIntegra.action?id\\_integra=9984321B91345271782D849510FFD3A9](http://aplicativos.pgr.mpf.mp.br/aptusweb/visualizarIntegra.action?id_integra=9984321B91345271782D849510FFD3A9)>. Acesso 25 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 214.146/2016-AsJConst/SAJ/PGR. **Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal**. Relator: Ministro Edson Fachin. Requerentes: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Interessado: Congresso Nacional. Brasília, DF, 13 de setembro de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 686.965 - DF (2015/0082290-3)**. Relator: Ministro Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP) Agravante: Paulo Henrique dos Santos Amorim. Advogados: Carmem Mansano da Costa Barros; Eduardo Medaljon Zynger e Outro (s); Maria Elizabeth Queijo. Agravado: Heraldo Pereira De Carvalho (Assistente De Acusação). Advogados: Cristina Alves Tubino. Interessados: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, DF, 18 de agosto de 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49761759&num\\_registro=201500822903&data=20150831&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49761759&num_registro=201500822903&data=20150831&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso 1 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal**. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento: 14/06/2016. DJe-125. Agravante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Advogados: Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Impetrado: Congresso Nacional. Advogado: Advogado-Geral da União. Interessada: União. Brasília, DF, 17/06/2016. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000274497&base=base Monocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000274497&base=baseMonocraticas)>. Acesso 12 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/ Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Inteiro Teor. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso 8 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 3.590 Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Autor: Ministério Público Federal. Investigado (a/s): Marco Antônio Feliciano. Advogado (a/s): Rafael Novaes da Silva. Primeira Turma. Brasília, DF, 12 de agosto de 2014. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>>. Acesso 20 de outubro de 2016

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 23/10/2013. DJe-213. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Advogados: Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Impetrado: Congresso Nacional. Advogado: Advogado-Geral da União. Brasília, DF, 28/10/2013. Decisão Monocrática. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188542&base=base Monocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188542&base=baseMonocraticas)>. Acesso 12 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Criminal - 50674/SP**. Processo originário nº 0012786-89.2010.4.03.6181. Relator: Desembargador Federal Paulo Fontes. Quinta Turma. Apelante: Mayara Penteado Petruso. Advogados: Osvaldo Luis Zago e outro. Apelado: Ministério Público Federal. São Paulo, São Paulo, 13 de julho de 2015. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/4440294>>. Acesso 15 de novembro de 2016.

BRUNO, Aníbal. **Sôbre o Tipo no Direito Penal**. Revista dos Tribunais. vol. 755/1998.

CABRAL, Paulo Eduardo. O negro e a Constituição de 1824. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. v. 11, n. 41, p. 72, jan./mar. 1974. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180818>>. Acesso 10 de outubro de 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v 1.6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: parte geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. Vol 1. Tomo 1.
- DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas do Direito**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Vários tradutores. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- FREDRICKSON, George M. **Racism: A Shorty History**. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- FREITAS, Juarez. **Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1995.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal. Vol. 1. Tomo 1**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GIACOMOLLI, Nereu José. Função Garantista do Princípio da Legalidade. **Revista dos Tribunais Online**. vol. 778/2000.
- HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais: Tomo II: dicas para realização de concursos artigo por artigo**. 6 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- HUNGRIA, Néilson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume 1, parte geral**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JÚNIOR, Antônio de Padova Marchi. **O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUA ATUAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: o protagonismo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à delimitação do alcance dos tipos penais**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. P 56 Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-98ZI5B> >. Acesso 2 de outubro de 2016.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 2 ed. Lisboa: FCG, 1989.

MARCHERI, Pedro Lima; ÁLVARES; Silvio Carlos. A epistemologia do racismo no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. v. 52, n. 208, outubro/dezembro. 2015. P 163 e 164. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517702/001055771.pdf?sequence=1>>. Acesso 1 de novembro de 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MATTOS, Geovana Tavares de *et al.* **GARANTISMO PENAL NO BRASIL: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli**. Coord: Túlio Viana; Felipe Machado. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: arts. 1º a 120 do CP**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOORE; John Hartwell. **Encyclopedia of Race and Racism** .vol 3. Detroit: Thomson Gale.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol 1. 9 ed.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

PERRY, Richard J. **“Race” and Racism: the developement of modern racismo in America**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007.

PPS pede declaração de omissão do Congresso por não votar projeto sobre homofobia. **Notícias STF**. Brasília, 23 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=256721>>. Acesso 15 de novembro de 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade Material e Discriminação Positiva: o princípio da isonomia. **Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 13, n. 2, p. 77 a 92, jul. /dez. 2008. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>>. Acesso 4 de novembro de 2016.

SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de informação**

**legislativa.** v. 52, n. 207, p. 143-158, jul./set. 2015. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/515193> >. Acesso 20 de outubro de 2016.

SILVA, Amaury; SILVA, Artur Carlos. **Crimes de Racismo.** Leme: J H Mizuno, 2012.

SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis Penais Especiais Anotadas.** 4 ed. Campinas: Millennium, 2003.

STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus. **Notícias STF,** Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291> >. Acesso 14 de novembro de 2016.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Crimes de Racismo: Crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal.** v. 34, n. 135, jul./set. 1997. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/249> >. Acesso 11 de setembro de 2016.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica.** 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral.** 5