



Hélio Silva: Preconceito racial deve ser circunstância legal genérica

Compete à Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, conforme disposto na Lei 10.683/2003, entre outras atribuições, acompanhar a implementação da legislação e o cumprimento de instrumentos congêneres relativos ao combate à discriminação racial ou étnica (artigo 24-C).

Merece realce, preliminarmente, o fato de que nos últimos anos os advogados negros e antirracistas vêm lançando mão de diferentes instrumentos jurídicos na defesa da igualdade racial perante as instâncias judiciais, valendo-se cada vez mais de normas de direito administrativo, civil, trabalhista, proposição de ações coletivas, controle de constitucionalidade, controle judicial de políticas públicas, provocação do sistema regional de tutela dos direitos humanos, etc.

Trata-se de esforço que teve como escopo principal valorizar e otimizar uma abordagem ampla e criativa das soluções normativas disponibilizadas pelo sistema jurídico brasileiro para o enfrentamento da discriminação racial e efetivação do direito de igualdade racial.

O resultado desta empreitada pode ser ilustrado por dois fatores perceptíveis a olho nu: 1. o aumento do número de processos e inclusive de indenizações por danos materiais e morais decorrentes de racismo, na jurisdição cível e trabalhista; 2. a crescente ênfase atribuída à dimensão promocional do direito de igualdade racial, superando o enfoque inicialmente circunscrito ao aspecto repressivo, especificamente a perseguição penal.

Assim é que cada vez mais o direito penal tem sido utilizado pelos advogados negros e antirracistas como último e não único instrumento de enfrentamento da discriminação racial.

A busca de respostas na jurisdição cível e o crescente e exitoso manejo do conteúdo jurídico promocional da igualdade racial não significam, entretanto, renúncia ou desconsideração da abordagem penal.

Sem embargo, a criação de uma cultura legal racialmente igualitária está a depender da conjugação do instrumental repressivo com o instrumental promocional da igualdade racial, considerados como formas distintas e igualmente imprescindíveis de intervenção estatal visando à eliminação do racismo e à efetivação da igualdade material, igualdade de oportunidades e de tratamento.

Não por acaso a prática do racismo mereceu atenção especial do constituinte de 1988, o qual destacou-a das demais práticas discriminatórias, atribuindo-lhe o gravoso estatuto da inafiançabilidade, da imprescritibilidade e a cominação de pena de reclusão.

A par da inafiançabilidade, a vedação constitucional da prescrição do crime de racismo ilustra o grau de censura atribuído ao delito, equiparando-o à tortura, ao tráfico de entorpecentes, ao terrorismo, aos crimes hediondos e à ação armada contra o Estado Democrático de Direito.

A despeito da recorrente e despótica incidência de sentimentos, valores e narrativas pessoais e ideológicas tantas vezes predominantes em investigações ou processos por crime de racismo, a diretriz



constitucional é cristalina e indubitosa — condutas ilícitas movidas por critério racial e que vulnerem bens jurídicos essenciais devem ser sancionadas pelo direito penal, lembrando que sanção penal não significa encarceramento e que penas alternativas à privação de liberdade podem e devem ser amplamente empregadas neste tipo de infração penal.

Nesta perspectiva, pelo menos duas alterações contidas no anteprojeto de Código Penal entregue ao Congresso Nacional preocupa, sobremaneira, a previsão normativa do princípio da insignificância como causa excludente de antijuridicidade e a criação de um tipo penal fechado de crime de racismo.

Abstraindo qualquer consideração sobre as motivações ideológicas que historicamente se antepõem à aplicação das leis penais contra o racismo, quer nos parecer que referida previsão contraria frontalmente o instituto constitucional do deslocamento de competência, por meio do qual violações de direitos humanos sob nenhuma hipótese podem ser entregues ao arbítrio ou omissão de quaisquer autoridades (CF, artigo 109, inciso V-A e parágrafo 5º).

A respeito da criação de um tipo penal fechado sobre racismo, vale lembrar que a ciência criminal utiliza o termo tipo penal aberto para designar aquelas normas que não descrevem completa e precisamente o modelo de conduta proibida, demandando, para sua aplicação a um caso concreto, de complementação derivada da interpretação feita por juristas, advogados e juízes.

Já a expressão norma penal em branco, não raro confundida com o aludido tipo aberto, indica aquelas normas que apresentam conteúdo incompleto, impreciso, formadas por preceitos indeterminados ou genéricos, e que dependem, para sua aplicação a um caso concreto, de complementação extraída de outra norma jurídica. Numa palavra, tipo penal aberto exige complementação pela jurisprudência e pela doutrina; norma penal em branco requer complementação por regra jurídica.

Carece de maior esforço a percepção de que a natureza do fenômeno da discriminação racial é absolutamente incompatível com qualquer tentativa de descrição exaustiva do tipo penal incriminador porquanto pode manifestar-se em incontáveis circunstâncias, por meio de condutas omissivas ou comissivas e conectadas ou não a outras condutas criminosas.

Esta a razão pela qual é inadmissível pretender descrever somente duas ou três espécies de condutas — como se o racismo se manifestasse somente nestas — e deixar impune um leque de possibilidades de manifestação de práticas racistas do cotidiano.

Bem por isso, a propósito, entendemos que o anteprojeto de Código Penal deve adotar a discriminação e o preconceito racial e religioso como circunstâncias legais genéricas, aptas a elevar a pena sempre que a conduta delituosa, qualquer que seja, houver sido motivada por critério racial.

Com estas breves considerações pretendemos chamar a atenção para a necessidade e importância da realização de um amplo debate capaz de espelhar o acúmulo e a experiência dos advogados e demais operadores do Direito que no dia a dia buscam assegurar eficácia às normas penais antirracismo e cujas formulações serão imprescindíveis para subsidiar a intervenção da Seppir na tramitação da reforma do Código Penal.



Sem a pretensão de apresentar respostas conclusivas ou fórmulas definitivas, intencionamos tão somente fomentar o debate e quiçá chamar a atenção do Congresso Nacional, das instituições jurídicas, dos órgãos do sistema penal, das Faculdades de Direito, dos operadores do Direito, das entidades negras, das organizações sociais, de pesquisadores, entre outros para o papel estratégico do direito penal na construção de um país mais justo e igualitário.

Hélio Silva Jr. , advogado, ex-secretário estadual de Justiça e Defesa da Cidadania de São Paulo e ex-conselheiro seccional da OAB SP.

Date Created

31/07/2012