

Leis contra discriminação traduzem avanço civilizatório da sociedade

Já dispensamos neste espaço três textos em que analisamos múltiplos aspectos da aplicabilidade da Lei nº 7.716/89 (crimes resultantes de preconceito de raça ou cor) às condutas homofóbicas e transfóbicas. Estudamos o caso do jogador de vôlei Maurício Souza, que criticou a criação de uma personagem de super-herói homosafetiva [1]; a decisão do STF na ADPF 457, que declarou inconstitucional a Lei de Gênero (GO), que proibia a utilização de material didático com referência a gênero [2]; e o crime de homofobia e a estrita legalidade [3].



Fernando Capez
candidato a deputado

Vimos que o ordenamento jurídico pátrio, ancorado pelo Estado

democrático de Direito, sustenta-se pelo princípio da respeitabilidade e dignidade da pessoa humana, objetivando a convivência pacífica entre os cidadãos, tendo, inclusive, nossa Constituição Federal reservado diversos artigos no sentido de coibir qualquer forma de discriminação e preconceito como meio da promoção do bem comum.

Nesse sentido, estabelece a CF, artigo 1º, III, que *"a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III — a dignidade da pessoa humana"*. O artigo 3º, IV, CF, preceitua que *"constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"*. Por fim, os incisos XLI e XLII do artigo 5º, CF, colocam que *"XLI — a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII — a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"*.

A abrangência da Lei nº 7.716/89 está prevista em seu artigo 1º, ao delimitar que *"serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional"*. Portanto, qualquer um que segregar, separar, menosprezar ou der tratamento depreciativo a um grupo de pessoas em função de sua raça ou cor ("negro", "pardo"); etnia ("judeu", "árabe", "oriental"); religião ("muçulmano", "católico", "evangélico", "espírita", "umbanda", "candomblé", "judeus"



— que, além de grupo étnico, também se enquadram como doutrina de fé) e procedência nacional ("imigrante", "cubano", "japonês", "paraguaio") incorrerá nas penas trazidas nos tipos.

Entre os delitos trazidos pela lei, destacamos os artigos 5º e 20, referentes a discriminação e preconceito nas relações de consumo e na prática, indução ou incitação de ação discriminatória em função de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Diz o artigo 5º que incorrerá na pena de reclusão de um a três anos, aquele que *"recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender, receber cliente ou comprador"*. Trata-se de tipo misto alternativo, consumando-se sempre que houver a recusa ou impedimento de acesso a estabelecimento comercial. O sujeito ativo será o comerciante ou o funcionário do local que recusar-se a servir, atender ou receber o cliente; ou negar-lhe acesso ao estabelecimento. Por sua vez, o sujeito passivo será todo consumidor que, em razão de sua cor, raça, credo, etnia ou procedência nacional, tiver sua liberdade ambulatorial restringida. O elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente na vontade livre e consciente do agente em segregar, discriminar, com inequívoca atitude racista.

O artigo 20 nos mostra que é crime *"praticar, induzir ou incitar a discriminação e o preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência religiosa"*, culminando em pena de reclusão de um a três anos e multa. Nota-se que o delito sob exame é de tipo misto alternativo e aberto, dando ao aplicador da lei margem de interpretação do que efetivamente seria praticar, induzir ou incitar atos discriminatórios. Auxiliando-nos as definições utilizadas para o crime do CP, artigo 122 (instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio), entendemos por induzir o ato de suscitar, fazer surgir uma ideia inexistente. Incitar é a ação de animar, estimular ou reforçar uma ideia já existente; e praticar é a conduta material, a ação que viola o bem juridicamente tutelado [\[4\]](#).

Por ser crime comum, qualquer um poderá ser o sujeito ativo. Já o sujeito passivo será a pessoa ou grupo de pessoas que foi alvo dos atos discriminatórios. O elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente na vontade livre e consciente do agente em menosprezar e depreciar a vítima, afetando pretensa superioridade em virtude de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional.

A objetividade jurídica de ambos é a proteção da dignidade e a preservação da igualdade. Em função da honorabilidade do bem tutelado, achou por bem o legislador constituinte reconhecer a imprescritibilidade do crime de racismo, vez que qualquer ação no sentido subjugar outrem causa repulsa e indignação a todo corpo social.

"(...) No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem apagar a 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" [\[5\]](#).

Há de se dizer que a lei veda a possibilidade de concessão de liberdade provisória mediante o pagamento de fiança. Contudo, nada impede que o julgador conceda a liberdade provisória sem fiança, desde que ausente o *periculum libertatis*, situação na qual a prisão não é a medida adequada.



Em que pese a larga abrangência da lei, os atos de intolerância e preconceito dos dias atuais nos mostram que nem todas as formas de segregação foram nela contidas. Exemplos clássicos são os atos de homofobia e transfobia, que por não estarem presentes no texto do artigo 1º foram objeto de debate pelo STF.

Em julgamento do MI 4733/DF, a corte reconheceu a omissão do Congresso Nacional em elaborar lei específica para criminalizar a discriminação e o preconceito por orientação sexual e identidade de gênero. Na ADO 26/DF, garantiu eficácia geral e efeito vinculante à mora inconstitucional do Congresso Nacional em elaborar lei específica de combate à discriminação e o preconceito por orientação sexual e identidade de gênero, cientificando o Poder Legislativo de sua inoperância, nos termos da CF, artigo 103, §2º, e artigo 12-H, Lei 9.869/99. Desta forma, utilizando-se do instrumento da interpretação conforme a Constituição, interpretou os incisos XLI e XLII do artigo 5º, CF, como "*mandados constitucionais incriminadores*", de forma que as condutas homofóbicas e transfóbicas são espécies do gênero "racismo social", consubstanciado na segregação e inferiorização de um segmento da sociedade. Assim, até que haja legislação específica, a Lei 7.716 terá incidência para a discriminação e preconceito por orientação sexual ou identidade de gênero.

Existem tantas outras formas de discriminação e preconceito não abarcadas pela Lei nº 7.716/89, mas disciplinadas por legislação específica, tal como a questão das pessoas com deficiência física ou mental, tuteladas pela Lei nº 13.146/16 e pelo artigo 8º, Lei nº 7.437/85, e os atos discriminatórios perpetrados contra pessoas soropositivas, conforme artigo 1º, incisos I a VI, da Lei nº 12.984/14.

Em que pesem as omissões legislativas e eventuais inexatidões terminológicas, as sucessivas leis que proíbem qualquer forma de discriminação e preconceito, criminalizando ações de segregação de grupo ou segmento social, traduzem o avanço civilizatório da sociedade brasileira, que não mais tolera qualquer tentativa de demonstração de pretensa superioridade de um grupo sobre o outro, dando efetivo entendimento aos princípios constitucionais da dignidade humana e da isonomia.

[1] CAPEZ, Fernando. <https://www.conjur.com.br/2021-nov-04/controversias-juridicas-mauricio-souza-homofobia-liberdade-expressao>

[2] CAPEZ, Fernando. <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/controversias-juridicas-identidade-genero-nao-ideologia>

[3] CAPEZ, Fernando. <https://www.conjur.com.br/2021-mai-27/controversias-juridicas-crime-homofobia-legalidade-estrita>

[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial* (arts. 121 a 154-B, crimes contra a pessoa), 20ª edição, Ed. SaraivaJur, 2020, p.209.



[5] STJ, HC nº 82.424/RS, Rel. para acórdão: Min. Maurício Corrêa, j. 17/09/2003, Tribunal Pleno.

Date Created

18/11/2021