

REFERÊNCIA: BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. DUARTE, Evandro Charles Piza. Parecer sobre o PLC 00122/2006. Trabalho técnico para a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSSEXUAIS. (AGLBT). Apresentado no Senado Federal na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) em audiência pública realizada em 23 de maio de 2007.

PARECER SOBRE O PLC 00122/2006 ¹

Instados a oferecer parecer sobre o Projeto de Lei nº 5.003-B, de 2001 (aprovado na Câmara dos Deputados em 23 de novembro de 2006) que altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a qual define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação a dispositivos do Código Penal, § 3º do art. 140 (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e ao art. 5 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), bem como dá outras providências, assim nos manifestamos:

1 - O Projeto de Lei em questão foi encaminhado para exame e votação pelo Senado Federal, (onde recebeu o número PLC 00122/2006) encontrando-se atualmente na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, já com Parecer Favorável da Senadora Relatora e pronto para inclusão na pauta da Comissão.

2 - Da leitura do referido Projeto de Lei nº 5003-B, de 2001, da Câmara dos Deputados e PLC 00122/2006 do Senado Federal, a que passaremos a nos referir tão somente como Projeto de Lei (PL) e do amplo debate que está sendo feito por nossos representantes legislativos são propostas as seguintes questões:

¹ **Demanda da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSSEXUAIS. (AGLBT)**

I A valoração dos bens jurídicos protegidos no PL conforma-se às disposições da Constituição Federal?

II A definição dos sujeitos passivos nos tipos penais constantes no PL se vale de linguagem técnica adequada?

III A definição das condutas delituosas no PL respeita o Princípio da Legalidade em matéria penal?

IV Os tipos penais incluídos na PL respeitam o Princípio da Proporcionalidade das Penas?

V O PL está em conformidade com as regras gerais de interpretação e aplicação da lei penal?

VI O PL respeita o direito a Liberdade de Consciência?

I A valoração dos bens jurídicos protegidos no PL conforma-se às disposições da Constituição Federal

Em matéria de respeito aos Direitos fundamentais é assente que a Dignidade da Pessoa Humana é instituto basilar para a interpretação das normas jurídicas. Dois princípios são elementares ao reconhecimento da Dignidade Humana: a Igualdade e a Liberdade.

A igualdade não importa em negar qualquer diferenciação, pois ela comporta tanto um sentido formal quanto material. Do ponto de vista formal, a Igualdade pressupõe a garantia da Não-Discriminação, ou seja, um indivíduo em suas relações sociais e, sobretudo, profissionais, deve ser julgado apenas pelas suas ações, sendo inadmissível a transposição de valores privados, ainda que louváveis sob determinado ponto de vista moral, para a esfera pública.

São Princípios Fundamentais da República, na letra do art. 1º da Constituição Federal, a Dignidade da Pessoa Humana (III) e o Pluralismo Político (V). Esses dois princípios exigem a garantia, por meio das instituições estatais, da tolerância, da civilidade e da imparcialidade de tratamento, coibindo-se as manifestações de discriminação.

Conforme se depreende da leitura do PL, ele não faz apologia da homossexualidade, mas tão somente busca impedir que a opinião privada de alguns indivíduos possa servir para limitar as opções privadas de realização pessoal de outros indivíduos.

A análise de alguns verbos, definidores das condutas criminosas, é sobremaneira evidente. Trata-se de praticar (atos de dispensa) (art 4º); impedir, recusar ou proibir (ingresso ou permanência) (art.5º); recusar, negar, impedir, preterir, prejudicar, retardar, (em sistema de seleção educacional, recrutamento ou promoção funcional ou profissional) (art. 6º). Em nenhum dessas condutas e das demais apresentadas no PL se pune a opinião privada. Regula-se, ao contrário, a convivência pública.

De fato, em todas as condutas descritas no PL, os comportamentos proibidos são comportamentos que visam a diminuir o status social de determinados indivíduos, restringindo-lhes direitos que são conferidos a outros indivíduos em igualdade de condições.

O PL não criminaliza a crença pessoal desfavorável à homossexualidade, mas as ações que conduzam à imposição dessa crença a outros indivíduos, com vistas a substituir a liberdade de uns pelo arbítrio de outros. Logo, o PL sob apreciação respeita dois espaços de Liberdade, criminalizando apenas as condutas que se destinam a impedir a existência com Dignidade Humana de determinados indivíduos ou grupos.

A absoluta adequação desse raciocínio à Ordem Constitucional resulta, ainda, da consideração das opiniões mais aceitas sobre a origem do comportamento homossexual. Para alguns, ele é concebido como resultante do livre-arbítrio, havendo posições favoráveis e contrárias a essa escolha. Nesse caso, a PL não faz escolhas entre tal ou qual opção moral, mas apenas garante o espaço social de igualdade de condições para os indivíduos que fizeram suas escolhas. Para outros, ele é concebido como resultante de causas diversas que seriam condicionantes do comportamento. Nesse caso, com mais razão, seria absurdo não tutelar o direito à existência social, com igualdade de condições, de indivíduos cujo comportamento particular não representa uma lesão a outros indivíduos. A Liberdade e a Igualdade conferida aos indivíduos tutelados pelas normas penais descritas na PL não são lesivas a outros indivíduos ou grupos pela simples razão de que elas não excluem comportamentos criminosos que podem ser praticados por indivíduos homossexuais ou heterossexuais, como é o caso da prática sexual sem consentimento.

Considerando as opiniões mais correntes sobre a origem do comportamento homossexual, seria absurdo pressupor o direito de um indivíduo de excluir da vida pública ou do acesso a bens e direitos outro indivíduo, agredi-lo ou ofender-lhe, com fundamento em alegações de que discorda da opção feita por este outro cidadão ou de que se opõe a sua existência social.

Esse suposto direito esbarra em concepções éticas, morais, cívicas responsáveis pela construção do Estado Democrático de Direito, as quais encontram registro longínquo no princípio moral do “respeito ao próximo”. O respeito ao próximo, inclui, a discordância quanto ao modo de vida do outro, mas pressupõe o Princípio Constitucional (e Moral) da Tolerância, impondo a exclusão da esfera de legitimidade as ações degradantes da Dignidade Humana alheia.

Nesse sentido, prescreve o texto constitucional em seu art. 3º que constituem objetivos 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:

De igual modo, em termos prescritivos para o legislador, o art.5º determina:

XLI A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

As proibições conditas no PL visam garantir o exercício das Liberdades Fundamentais e, em última instância, a Dignidade Humana. O respeito à Dignidade Humana não se confunde com a honra privada que, eventualmente, também pode ser atingida, em algumas das condutas criminosas, tal como ocorre na injúria qualificada. Em matéria constitucional, a Dignidade Humana possui status semelhante à tutela do direito à Vida.

Portanto, as condutas descritas e as penas que lhes são cominadas são absolutamente adequadas.

Ademais, tendo em vista que o projeto trata de alteração na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor) e dá nova redação a dispositivos do Código Penal que tratam da injúria racial (§ 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), seria inconstitucional a proposta

reformadora que pretendesse dar às condutas ali descritas pena licenciosa, sem conteúdo, efetivamente, punitivo.

A substituição das penas previstas por pena de multa ou qualquer pena que importasse em transformar a medida penalizadora em medida de reparação meramente civil ou sanção administrativa colide frontalmente com disposição expressa da Constituição Federal que, em seu artigo 5º, determina:

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

II A definição dos sujeitos passivos nos tipos penais constantes no PL se vale de linguagem técnica adequada.

Do respeito ao Princípio da Estrita Legalidade em matéria penal (art. 5º, XXXIX), decorre a necessidade da clareza e da precisão da linguagem.

O Direito Penal, assim como outras áreas do Direito, devido à evolução técnica e social, tem incorporado termos que são utilizados nas ciências contemporâneas. Se assim não procedesse, o Poder Legislativo estaria a legislar no vazio de relações sociais passadas, já sem relevância para a coletividade, deixando sem proteção as novas situações que surgem no decorrer dos tempos. Tal incorporação exige perspectiva moderna em relação ao problema da interpretação de normas jurídicas.

Constata-se, a bem da verdade, que qualquer enunciado de uma norma proibitiva contém certa margem de indeterminação que não pode ser expurgada pelo Legislador, tendo seu significado precisado apenas na prática judiciária. Vejamos um exemplo.

Dispõe o art. 121 do Código Penal que:

Matar alguém:

Pena - reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

“Matar alguém”, diz a linguagem comum, é tirar a vida de uma pessoa. Entretanto, o interprete terá de resolver duas questões fundamentais: quando começa a vida humana e o que é a vida humana. Obviamente que a prática judiciária consolidou, no decorrer dos séculos, o conteúdo dessa norma proibitiva, porém isso não significa que não possam surgir

novas dúvidas sobre seu alcance, diante das mudanças tecnológicas que estão ocorrendo na sociedade atual. ²

Em tema de Direitos Humanos, no que se refere à proibição de condutas discriminatórias, o STF enfrentou questão relevante na interpretação do conceito de “raça”, ao ser demandado se o grupo judeu estaria ou não protegido pela norma constitucional, acima citada, que torna imprescritível a prática de racismo. Conforme decidiu a Suprema Corte, não foi necessário alterar a lei para considerar que os judeus, para fins de tutela contra a discriminação, deveriam estar incluídos na expressão “raça”. ³

A distância que separa a criação de condutas criminosas e sua aplicação é inerente ao Direito Penal e decorre da diferença existente entre a Regra e o Caso concreto. Nisso, não há qualquer violação do Princípio da Estrita Legalidade. A opção contrária a esse entendimento estaria na criação de leis detalhistas, tais como a de discriminação racial contra o grupo X ou discriminação racial contra o grupo Y. Opção que, em boa técnica legislativa, é uma excrescência já superada, pois a lei deve tratar de categorias de comportamentos, não de casos.

Nesse sentido, em diversos artigos, a PL se vale de boa técnica ao definir categorias normativas, tais como "gênero", "orientação sexual" e "identidade de gênero", não tratando de casos particulares. Incorpora, dessa forma, à letra da lei, conceitos presentes nas ciências humanas, os quais são adequados para identificar grupos de indivíduos passíveis de discriminação, ou seja, os sujeitos passivos da prática criminosa.

A lei não poderia, por óbvio, se valer de expressões chulas que são usadas no linguajar cotidiano, pois elas reproduzem valores incompatíveis com as regras de urbanidade. De igual modo, como elas são infundáveis, seria necessário preencher folhas e mais folhas de substantivos para identificar os indivíduos que são alvo da discriminação de "gênero", "orientação sexual" e "identidade de gênero".

Ademais, o cidadão comum, homem do povo, não conhece os conceitos de posse e propriedade como o jurista, mas guarda o conteúdo essencial da norma que proíbe furtar. O homem de senso comum é capaz de apreender do que se está a tratar nesses casos,

² A prova fática dessa questão está no julgamento que ora se ocupa o Supremo Tribunal Federal sobre o aborto de fetos anencefálicos.

³ Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. – Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

malgrado não domine a Ciência do Direito e não seja proprietário. No caso do PL, não se deveria aplicar raciocínio diverso.

III A definição das condutas delituosas no PL respeita o Princípio da Legalidade em matéria Penal

Ao descrever os comportamentos proibidos, o PL se vale de técnica legislativa compatível à Ciência Penal contemporânea. Conforme acima sublinhado, a lei não trata de casuísmos. A força normativa da lei decorre da sua capacidade de regulamentação de condutas e não de casos individuais.

Vejamos outro exemplo. Dispõe o Código Penal que:

Art. 140 Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Qual o conteúdo da expressão injuriar? A injúria englobaria o gracejo sem intenção dolosa? Ou a resposta imediata à provocação?

Quem supor que a lei deve resolver esses problemas previamente deveria propor a extinção de boa parte dos tipos penais. Ora, é evidente que a norma penal do artigo 140 garante a segurança jurídica pela simples evidência de que ela é invocada por todos, incluindo os representantes legislativos quando vêem sua honra atingida. De igual modo, a Liberdade de expressão encontra limites na lesão da honra alheia, sem que se possa com isso afirmar que aquela tenha sido suprimida.

Qualquer tipo penal pressupõe que se considerem como proibidos apenas os comportamentos concretos que atinjam, minimamente, o bem jurídico que a norma penal visa tutelar. A lesão ao bem jurídico penal integra o tipo penal. Dessa lesão depende a criminalização concreta de um comportamento. A leitura da PL indica que ela não trata da blague ou do chiste, mas de condutas gravosas de manifestação do preconceito e de discriminação. Tal questão não pode e não deve ser tratada na esfera legislativa, mas na judiciária, pois se trata de matéria de aplicação do direito, não de sua elaboração.

Da mesma forma que no crime de injúria (que pode ter como vítima qualquer indivíduo), a opção contrária seria a de não tutelar os direitos dos cidadãos, pressupondo a inutilidade do Direito Penal e a existência de um direito de guerra de todos contra todos. O

direito à Liberdade não comporta o direito à guerra, assim como não pode comportar o direito a uma suposta Liberdade para discriminar.

Todos os tipos penais descritos na PL possuem um núcleo de razoabilidade para sua aplicação. Os verbos ali utilizados para descrever as condutas estão repetidos em inúmeros artigos de lei que são aplicados há décadas. É o que ocorre com o verbo injuriar ou incitar, por exemplo, cujo emprego no PL não representa nenhuma inovação legislativa capaz de gerar insegurança jurídica.

IV Os tipos penais incluídos na PL respeitam o Princípio da Proporcionalidade das Penas.

Como se disse acima, a Constituição da República não apenas alça a Vida Humana a valor fundamental do ordenamento jurídico, vai além. A Carta Magna qualifica a Vida Humana como portadora de Dignidade, ou seja, não protege apenas a vida em seu sentido biológico, mas nas relações sociais que são indispensáveis para o seu desenvolvimento. A Vida Humana com Dignidade pressupõe o Respeito.

Ato gravoso de desrespeito é a supressão da vida biológica, mas ele não é o único. Há formas diversas de se estabelecer a morte social, dentre as quais a discriminação é a principal. Daí sua relevância num sistema jurídico que parte do compromisso com os Direitos Humanos e as Liberdades Públicas.

A Proporcionalidade das Penas pressupõe a distinção entre comportamentos dolosos e culposos, a exemplo do que ocorre nas diferentes penas conferidas às formas de homicídio culposo e doloso presentes em nossa legislação (art. 121 e 121, parágrafo terceiro) A lei necessita respeitar essas e outras situações distintas. É o que ocorre, por exemplo, em casos particulares em que o agente se encontra em contexto específico, pressionado por fatores biológicos e sociais, tal como ocorre no caso do infanticídio e em outras figuras penais privilegiadas.

Nas condutas descritas no PL todos os comportamentos são dolosos e pressupõe a intenção de manifestar o preconceito ou de discriminar, decorrente do fato de a vítima pertencer àquelas categorias enunciadas. Em boa técnica legislativa, o PL não inclui tipos culposos, os quais dependeriam, conforme dispõe o artigo do Código Penal Brasileiro de

disposição expressa. Numa análise comparativa, o fato de que todas as condutas previstas na PL sejam dolosas e sua vinculação com a tutela da Dignidade Humana justificam as penas que são atribuídas aos tipos nele inclusos. Não se poderia conceder ao agente da discriminação o mesmo privilégio que possui a mãe, no caso do crime de infanticídio, posto que somente ela suporta condições particularíssimas, malgrado o caráter reprovável de sua conduta.

Fator relevante a se considerar é a repercussão potencial dos comportamentos descritos em alguns tipos penais que estão sendo criados no PL. É o caso da despedida motivada pelo preconceito (art. 5º). Ela não garante a estabilidade dos homossexuais nas relações empregatícias, mas, tão somente, que o empregador não se valha de seu preconceito para impedir determinados indivíduos de exercerem seu direito ao trabalho.

O Empregador poderá, caso não seja coibido em sua prática, tomar como regra esse comportamento discriminatório e, ao sentir-se autorizado pela ausência de Lei, inventar, quiçá, outras formas de discriminação contra novos grupos sociais. Situação sobremaneira grave tanto para as relações laborais quanto para as civis. O Trabalhador deve se sujeitar às regras da Empresa, mas esta não possui o direito constitucional de sujeitar a Vida integral daquele. Caso isso ocorresse, estariam instaurados o regime de Escravidão ou o regime Totalitário, incompatíveis com as Liberdades Democráticas.

O PL garante ainda a Proporcionalidade da Pena, na medida em que cabe ao juiz, conforme técnica utilizada no Brasil e demais países civilizados, estabelecer a quantidade de pena, segundo as circunstâncias do fato e as características dos indivíduos que praticam as condutas delituosas. Conforme já dispõe o Código Penal, em seu artigo 59, afirmando, por exemplo, que o Juiz, ao aplicar a pena, deverá estar atento à conduta social do agente, aos motivos e às circunstâncias do crime.

De igual modo, a fixação da pena de multa, tal como prevista no PL, não desconsidera a peculiaridade do caso, pois o Código Penal dispõe que:

Art. 60 Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

Ademais, o PL confere, com razão, tratamento diferenciado aos funcionários públicos. A técnica tem sido utilizada em diversos outros tipos penais constantes no ordenamento jurídico. A apropriação indébita (Art 168 do CP), cuja pena é de reclusão de 1

(um) a 4 (quatro) anos e multa, se praticada por funcionário público, em relação a bens ou valores que tem em razão do cargo, constitui-se em peculato, com pena de 2 (dois) a 12 (doze) anos. Por sua vez, a falsificação ideológica de documento (art 299) tem sua pena aumentada na sexta parte, se o funcionário se prevalece do cargo (art. 299, parágrafo único). Qual a razão dessas distinções? A mesma que justifica o tratamento diferenciado no PL.

A doutrina é uníssona em asseverar que nos comportamentos criminosos do funcionário públicos há a lesão a um bem jurídico fundamental que é a moralidade pública. De fato, os funcionários públicos não podem agir, quando no exercício de suas funções, com base em suas opiniões privadas, devendo, ao contrário, respeitar as regras estabelecidas na legislação. Este proceder é indispensável tanto no agir dos funcionários públicos quanto daqueles que exercem serviços públicos por concessão, permissão ou delegação. Conforme dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 37, a Administração Pública deve obedecer “aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Imagine-se, por exemplo, que um concessionário resolve-se proibir os cidadãos negros de usarem o transporte público porque, segundo sua crença pessoal, os negros não seriam cidadãos em igualdade de condições. Seria razoável que ele alegasse em sua defesa a liberdade de consciência e de livre iniciativa? Evidentemente que não. Ao contrário, seu ato seria mais intensamente lesivo do que a conduta de um particular, merecendo a pena proporcional a seu comportamento.

Ademais, o PL, em consonância com a doutrina contemporânea, sobretudo européia, estabelece entre os efeitos da condenação, os quais devem ser motivados e declarados em cada caso pelo julgador, em conformidade com as circunstâncias do fato, medidas que atingem a pessoa jurídica. A proposição é salutar, pois ela representa forma adequada de coibir a multiplicação de condutas lesivas à Sociedade. De nada adiantaria proibir comportamentos tão lesivos à ordem jurídica se o agente criminoso pudesse, facilmente, absorver no cálculo de suas opções a possibilidade de praticar o crime, pagando determinada quantia em dinheiro, mantendo-se no exercício de sua atividade com o mesmo intuito criminoso. Em tal hipótese, a lei poderia servir apenas para distinguir ricos e pobres, permitindo que os primeiros “comprassem” o “direito” de praticar atos de discriminação.

V O PL não afasta as regras gerais do Código Penal e está em conformidade com as regras gerais de interpretação e aplicação da lei penal.

Felizmente, assim como a generalidade das legislações especiais, as alterações propostas pelo PL não afastam as regras contidas na Parte Geral do Código Penal. Tal fato deve ser sublinhado, pois essa constatação é antídoto para inúmeras objeções infundadas sobre a aplicação dos tipos penais ali previstos. No mais das vezes, a proposição de que cada nova lei específica deva refazer todas as regras gerais, presentes no Direito Penal, apenas serve para dificultar a compreensão da Lei ou para produzir normas desnecessárias. De modo usual, caso a legislação especial não disponha de modo diverso, as regras gerais quanto à interpretação, à fixação da pena, à diferenciação entre condutas comissivas e omissivas, às causas de exclusão de anti-juridicidade etc. continuam possuindo eficácia para resolver as questões sobre a aplicação da lei especial. Tal fato não foi modificado pelo PL.

Nesse sentido, o PL não especificou se as condutas podem ser omissivas ou comissivas pela simples razão de que se aplica às modificações por ela introduzidas a regra do art. 13, parágrafo segundo que trata dos efeitos jurídicos da conduta omissiva. No crime de homicídio, acima citado, igualmente não se afirma nada sobre sua prática por comportamento omissivo, pois a configuração do homicídio por omissão dependeria da existência dos exigentes requisitos do art. 13 do CP.

Da mesma forma, o PL fez bem em não incluir as expressões “sem justa causa” ou outras que indiquem a exclusão da antijuridicidade da conduta típica. Trata-se da melhor técnica, pois as hipóteses de justa causa estão inclusas na lei penal (art. 23 do CP) e na legislação trabalhista e civil. Ademais, há algum tempo, a jurisprudência e a doutrina vêm aceitando hipóteses de causas supralegais de exclusão da antijuridicidade. Logo, o PL não inovou onde não havia necessidade.

O PL não criminaliza a Liberdade de Consciência. Alias, nenhuma norma penal pode fazê-lo pela simples razão de que no Direito Penal Moderno a norma proibitiva incide sobre a conduta humana, não sobre o pensamento. O controle da esfera da consciência é de ordem moral. Bem se percebe que a idéia medieval de punição do pecado, contida na noção

de heresia, não se ajusta às categorias normativas do Direito contemporâneo. O pensamento humano somente pode ser proibido quando ele se transforma em ação, no caso dos tipos penais descritos no PL, ações intencionais porque dolosas.

O ordenamento jurídico não pode proibir um indivíduo de acreditar em vetustas crenças racistas, mas deve incidir quando esse pensamento se transforma em ação, conformada à intenção de discriminar. Há inúmeras manifestações passivas do preconceito racial que jamais poderão ser criminalizadas. Assim, por exemplo, se um homem branco não casa com uma mulher negra devido a seu preconceito racial, o ordenamento jurídico não pode lhe obrigar a fazê-lo. Não obstante, isso não significa que esse indivíduo tenha o direito de impedir que dois cidadãos de “raças” “diversas” namorem em lugar público.

As condutas descritas no PL não tratam da esfera de consciência, mas da esfera de convivência, demarcando como negativos apenas comportamentos que importem numa lesão ao direito alheio. Nenhuma Liberdade absoluta de ação pode ser oposta em nome da própria Liberdade. Não teria o criminoso o direito de usar da Liberdade como bem entendesse? Não teria o assassino o direito de Liberdade de ação e de exercício de suas convicções? As respostas devem ser negativas para ambos os casos. O exercício da Liberdade tem como limite essencial a esfera dos direitos dos demais cidadãos. Cabe a Lei impedir que a Liberdade de crença sirva como pretexto para ações discriminatórias e atentatórias contra a Dignidade Humana.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, inúmeras vezes, no sentido de não há Direitos Fundamentais absolutos, devido à necessidade de conformar interesses individuais distintos e a interpretação que deles se deve fazer em relação ao respeito do Princípio fundamental da Dignidade Humana.⁴

Haveria liberdade de expressão para grupos armados? Para movimentos neonazistas? Para grupos que preguem o linchamento? Para grupos que proponham o extermínio de negros e judeus? Evidentemente que não.

As regras contidas no Art. 20 – B, § 1º e 2º, do P L, constituem inovação relevante que poderiam ser inseridas na Parte Geral do Código Penal, embora já estejam sendo utilizadas como padrão de interpretação por nossa Corte Constitucional.

⁴ Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. – Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

Dispõe o Projeto de Lei que:

“Art. 20-B. A interpretação dos dispositivos dessa lei e de todos os instrumentos normativos de proteção do direitos de igualdade, de oportunidade e de tratamento, atenderá ao princípio da mais ampla proteção dos direitos humanos.

§ 1º Nesse intuito, serão observados, além dos princípios e direitos previstos nessa lei, todas disposições decorrentes de tratados ou convenções internacionais das quais o Brasil seja signatário, da legislação interna e das disposições administrativas.

§ 2º Para fins de interpretação e aplicação dessa lei, serão observadas, sempre que mais benéficas em favor da luta antidiscriminatória, as diretrizes traçadas pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, devidamente reconhecidas pelo Brasil.”

Encontram fundamento explícito na Constituição Federal, ao dispor que:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

Art. 5º § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 5º§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Ademais, tendo em vista a norma do art. 60, § 4º, IV que proíbe supressão de norma constitucional instituidora de Direitos e Garantias Fundamentais, as inovações trazidas pelo PL, acima transcritas, constituem genuíno reforço das Cláusulas Pétreas de nossa Carta Magna. Efetivam a razão pela qual a Constituição de 1988 recebeu o epíteto de “Constituição Cidadã”.

A interpretação conforme aos Direitos Humanos proposta no PL não implica em interpretação extensiva, pois o Princípio da Reserva Legal é princípio basilar da tradição ocidental na preservação das relações entre o Indivíduo e o Estado, estando presente nos tratados internacionais sobre a matéria.

Não obstante, tal orientação tem a vantagem de aproximar, o que já tem acontecido na prática, as nossas Cortes do patrimônio cultural e jurídico dos Direitos Humanos, projetando o Brasil no lugar que lhe é devido no cenário internacional.

VI O PL respeita o direito a Liberdade de Consciência.

A história da Nação Brasileira e de nosso Direito demonstra que somos uma Sociedade Pluralista em nossa tradição e nossos processos sociais de emancipação. O Pluralismo somente pode subsistir quando se delimitam os espaços de ação, lícitos e ilícitos, na composição dos conflitos. Sob a ótica do Estado, nenhuma tradição, salvo a do Constitucionalismo, fundado no respeito da Dignidade Humana e nos Direitos Fundamentais, é absoluta. Diante da relatividade dos valores, a lei deve garantir o espaço de reserva privada e a civilidade do espaço público. Duas máximas milenares revelam-se importantes nesse contexto: a liberdade de arbítrio e o respeito ao próximo.

As condutas proibidas pelo PL apenas buscam garantir a possibilidade de existência e de co-existência, não fazendo opção pelo comportamento homossexual ou sua apologia.

Entre diversas éticas conflitantes, a melhor solução é a garantia da preservação das opções individuais privadas. As condutas criminais descritas impedem apenas que os agentes criminosos adentrem esfera privada alheia. Portanto, o julgamento sobre o comportamento do cidadão deve ser objetivo no que tange suas atividades laborais, em sua conduta profissional, reprimindo-se as práticas que pretendam se valer de concepções éticas, moralistas, religiosas etc. como critério de julgamento e de exclusão.

Nem todas as tradições são louváveis pela sua longividade. O apedrejamento já foi uma tradição que cedeu lugar a novas concepções baseadas no princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A Dignidade e os Direitos Fundamentais daqueles que se não aceitam a prática homossexual não está sendo ferida no presente projeto. Não é necessário ser a favor de um criminoso para não aceitar a pena de morte ou concordar com determinado ato ilícito para defender o direito ao devido processo legal de quem o praticou. O que o PL coíbe é o excesso, ou seja, a possibilidade de que indivíduos, em decorrência de suas crenças, possam

se valer de um espaço social de ação que é ilícito constitucionalmente, mas ainda não penalmente, para excluir ou desmerecer outros indivíduos ou grupos.

O PL não faz propugna pela defesa da homossexualidade, pois ela continua a ser uma opção individual para aqueles que são favoráveis a sua prática e para os que lhe são contrários. Se um indivíduo fosse demitido de um emprego por não ser homossexual, os contrários às práticas homossexuais não considerariam esse fato um absurdo? Se um indivíduo fosse demitido de um emprego por ser homossexual, os favoráveis às práticas homossexuais não considerariam, de igual modo, o fato um absurdo?

O PL apenas exclui a possibilidade de tais julgamentos, tratando a todos da mesma forma. Ele resolve um conflito sem fazer opção por comportamentos, restando preservado o espaço de liberdade de expressão e vida privada dos indivíduos. Ele reforça uma mensagem importante para os democratas, qual seja, a ninguém é dado o direito de discriminar em nome da Liberdade, pois a discriminação não é Liberdade é arbítrio.

Conclusões

O Projeto de Lei nº 5.003-B, de 2001, apresenta rigor técnico quanto à definição dos sujeitos passivos e das condutas criminosas nele criados, respeitando o Princípio da Reserva Legal da norma penal, da Proporcionalidade e da Individualização da Penas bem como o direito à Liberdade de Expressão.

É o PARECER.

Dora Lúcia de Lima Bertúlio.

Evandro Charles Piza Duarte.

Dora Lúcia de Lima Bertúlio.

Advogada; Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; autora de Direito e Relações Raciais: Introdução Crítica ao Racismo, Dissertação de mestrado, 1989; Visiting school na Harvard University, School of Law Cambridge; Professora de Direito Penal; Ex Procuradora Geral da Universidade Federal do Paraná onde é atualmente Procuradora; Conferencista e Autora de diversos artigos sobre Direito e Relações Raciais; Pesquisadora e Membro do Núcleo de Estudos Afro-brasileiros da UFPR;

Evandro Charles Piza Duarte.

Advogado; Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor de Processo Penal e Direito Penal nas Faculdades do Brasil, onde já foi Coordenador do Curso de Direito e Ouvidor; Autor de “Criminologia & Racismo” – Introdução à Criminologia Brasileira. Curitiba: Juruá, 2003; Pesquisador e Membro do Núcleo de Estudos Afro-brasileiros da UFPR;