

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

RICARDO BASTELLI

**TUTELA PENAL E PROTEÇÃO DAS MINORIAS:
FUNDAMENTO E ANÁLISE CRIMINOLÓGICA**

São Paulo

2014

RICARDO BASTELLI

TUTELA PENAL E PROTEÇÃO DAS MINORIAS:
FUNDAMENTO E ANÁLISE CRIMINOLÓGICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio

São Paulo
2014

B325t Bastelli, Ricardo

Tutela penal e proteção das minorias : fundamento e análise
criminológica / Ricardo Bastelli. – 2014.

118 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade
Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

Orientador: Prof. Gianpaolo Poggio Smanio

Bibliografia: f. 109-117

RICARDO BASTELLI

TUTELA PENAL E PROTEÇÃO DAS MINORIAS: FUNDAMENTO E
ANÁLISE CRIMINOLÓGICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em 05 de agosto de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio – Orientador

Prof. Dr. Humberto Barrionuevo Fabretti

Prof. Dr. Augusto Eduardo de Souza Rossini

A meus queridos pais, João e
Marina.

À Viviane, pelo amor e pela
demonstração de carinho
incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todo o Programa de Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie, pela acolhida e por possibilitar a realização da presente pesquisa.

Ao Professor Gianpaolo Poggio Smanio, agradeço pela orientação e pelos ensinamentos nas aulas de Estado e Cidadania, enfim, por ter me guiado ao longo da pesquisa.

Ao Professor Humberto Barrionuevo Fabretti, agradeço pela leitura atenta e pelas contribuições oferecidas desde a qualificação da dissertação.

Devo agradecer, ainda, a todos os funcionários da Secretaria do Programa, especialmente ao Renato e à Cristiane, sempre dispostos a nos auxiliar.

RESUMO

A presente dissertação tem como tema a tutela penal das minorias e dos grupos vulneráveis. O estudo tem início com a conceituação do termo minoria e a sua diferenciação em relação aos grupos vulneráveis, tendo por fundamento os tratados internacionais e os estudos realizados no âmbito da Organização das Nações Unidas. Em seguida, empreende-se a análise da proteção penal conferida aos grupos minoritários e vulneráveis, tanto no plano internacional – definindo os crimes internacionais, bem como as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro em criminalizar as condutas de violação aos direitos humanos das minorias –, quanto no plano interno, descrevendo os instrumentos legais que tutelam os mais diversos grupos. Por fim, examina-se os fundamentos da tutela penal das minorias, nos aspectos dogmáticos e criminológicos, para concluir acerca da sua relativa idoneidade em efetivar os direitos das minorias.

Palavras-chave: Tutela penal – Minorias e Grupos Vulneráveis – Direito Internacional Penal – Criminologia.

ABSTRACT

The present dissertation has as a theme the criminal protection of the minority and of the vulnerable groups. The study initiates with the conceptualization of the term minority and its distinction related to the vulnerable groups, having as foundation the international treaties and the study conducted by United Nations. Thereafter, it accomplishes the criminal protection analyses conferred to the minority and vulnerable groups, either in the international plan – defining the international crimes, just like the duty assumed by the Brazilian State in criminalize the conduct of violation to the human rights of the minority –, or in the intern plan, describing the legal instruments that secure many kind of groups. Finally, assayed the foundation of the criminal protection in the dogmatic and criminological aspects, to conclude about its relative aptitude in accomplish the minority rights.

Keywords: Criminal protection – minority and vulnerable groups – International Criminal Law – Criminology.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
Parte I – Minorias e Tutela Penal	13
1. MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS	13
1.1. A ORIGEM DO PROBLEMA: A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA E A EXCLUSÃO DAS MINORIAS	13
1.2. O CONCEITO DE MINORIAS	19
1.2.1. Elementos caracterizadores das minorias	23
1.3. MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS	25
1.4. AS DIVERSAS FORMAS DE INJUSTIÇA E SEUS POSSÍVEIS REMÉDIOS	29
1.5. DIREITOS DAS MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS	33
1.5.1. Do direito à igualdade formal e material ao direito à diferença	33
1.5.2. Os direitos das minorias e grupos vulneráveis e as formas de proteção jurídica	39
2. A TUTELA PENAL DAS MINORIAS NO PLANO INTERNACIONAL	41
2.1. A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL	45
2.2. O CRIME INTERNACIONAL: ESPÉCIES	49
2.2.1. Crime de genocídio	53
2.2.2. Crimes contra a humanidade	57
2.3. O DEVER DE PUNIR DO ESTADO BRASILEIRO DECORRENTE DO DIREITO INTERNACIONAL	59
2.4. AS FORMAS DE PERSECUÇÃO PENAL INTERNACIONAL	63
3. A TUTELA PENAL DAS MINORIAS NO PLANO INTERNO	65
3.1. O PANORAMA DO PRECONCEITO NA REALIDADE BRASILEIRA	65
3.2. TRATAMENTO DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA ÀS MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS	68
3.3. MINORIAS RACIAIS, ÉTNICAS, RELIGIOSAS E DE PROCEDÊNCIA NACIONAL. 72	
Parte II – Fundamentação da tutela penal e sua análise criminológica	77
4. A LEGITIMIDADE DA TUTELA PENAL DAS MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS: ANÁLISE CRÍTICA	77
4.1. A TUTELA PENAL: DEFINIÇÃO E NATUREZA	78
4.2. A LEGITIMIDADE DO PODER DE PUNIR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	81
4.2.1. Fundamentação política da tutela penal: o controle social	84
4.2.2. Fundamentação jurídica da tutela penal: proteção de bens jurídicos	87

4.3. OS FUNDAMENTOS DA TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS DAS MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS.....	92
4.4. ANÁLISE CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DA TUTELA PELNAL ÀS MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS	95
4.5.1. Ressalva metodológica: a Criminologia Crítica.....	95
4.5.2. A tutela penal protege de fato as minorias e os grupos vulneráveis?	98
CONCLUSÃO.....	106
REFERÊNCIAS	109

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como tema a proteção oferecida pelas normas penais aos grupos de pessoas que sofrem discriminação e exclusão social. Em termos jurídicos, podemos dizer que o estudo analisa a *tutela penal das minorias*, questionando o seu fundamento tanto em uma perspectiva dogmática, quanto em uma perspectiva criminológica.

O desenvolvimento deste estudo tem início com a delimitação do termo “minorias”, tomando-se por base documentos internacionais de Direitos Humanos. A partir desse enfoque, adota-se posição doutrinária que diferencia as “minorias” dos “grupos vulneráveis” como categorias autônomas, porém interligadas pela exclusão social e pela *vulnerabilidade* por ambas experimentadas.

A adoção dessa diferenciação tem reflexos não apenas no âmbito teórico, mas, sobretudo, no âmbito de sua proteção jurídica, pois as “minorias” acabam sendo vítimas de uma *diferença cultural*, ao passo que os “grupos vulneráveis” são comumente vítimas de *desigualdades*. A proteção jurídica, portanto, também possuirá finalidades distintas, pois se as diferenças culturais das minorias devem ser *mantidas*, as desigualdades sofridas pelos grupos vulneráveis devem ser *abolidas*.

A efetivação dos direitos das minorias e grupos vulneráveis, por integrarem o Direito Internacional dos Direitos Humanos, vem percorrendo tanto o caminho da *promoção da igualdade material* – pela implementação de políticas públicas específicas, também chamadas de ações afirmativas, que buscam a inclusão social de grupos de pessoas marginalizados –, quanto o caminho da *repressão às práticas discriminatórias*. A partir dessa segunda vertente, a repressivo-punitiva, é que podemos enxergar o ponto de contato entre os Direitos Humanos e o Direito Penal.

Tendo em vista esse panorama teórico, podemos nos perguntar qual é o papel do Direito Penal na proteção das minorias. Se as políticas públicas podem obter resultados mais eficazes no combate à discriminação e à exclusão de certos

grupos de pessoas, o que restaria ao Direito Penal? Caso lhe caiba algum papel nessa tarefa, qual é o seu limite de atuação?

No presente estudo, a análise da tutela penal das minorias e dos grupos vulneráveis é dividida em dois planos: interno e internacional. Com a construção de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a exemplo da Organização das Nações Unidas (em nível global) e da Organização dos Estados Americanos (em nível regional), a proteção dos direitos humanos foi revelando uma faceta punitiva, que obriga os Estados a criminalizarem condutas violadoras de direitos humanos, bem como a efetivarem a persecução penal dos agentes violadores. A omissão dos Estados em responsabilizarem penalmente tais agentes, pode levar a uma condenação pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, como, aliás, vem frequentemente ocorrendo.

Os influxos dessa faceta punitiva do direito internacional sobre o ordenamento jurídico interno dos Estados, apesar de não ser perceptível em muitas situações, vem se revelando em uma intervenção cada vez mais profunda, pautando, inclusive, a legislação penal interna. No caso brasileiro, a edição, no ano de 2006, da lei¹ que visa ao combate da violência doméstica sofrida pelas mulheres, decorreu mais em razão da condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos², do que pelos compromissos assumidos internacionalmente.

Ainda no plano interno dos Estados, este estudo faz um levantamento das leis brasileiras que protegem penalmente os diversos grupos vulneráveis em sentido amplo, como as crianças, os idosos, as mulheres, os negros, os indígenas, entre outros.

Uma vez delimitada a ideia de minorias e esboçada a estrutura normativa que protege as minorias penalmente, a qual combina um sistema internacional com um sistema nacional, centramos a parte final desta pesquisa nos fundamentos da tutela penal das minorias. A legitimidade da tutela penal, porém, é vista não apenas em uma perspectiva dogmático-jurídica, mas também numa perspectiva criminológica.

¹ BRASIL. Lei Federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

² OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 54/01. Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes. 4 de abril de 2001.

Se sob a ótica *dogmático-jurídica* a intervenção do Estado por meio do Direito Penal encontra fundamento doutrinário, a questão ganha outros contornos quando saímos do campo limitado ao direito positivo e voltamos os olhos para a indisfarçável realidade brasileira: uma massa de encarcerados pobres, que parece reproduzir, tal como um microcosmo, a pobreza e exclusão da sociedade como um todo.

Analisando, assim, os fundamentos da tutela penal das minorias a partir, não da dogmática jurídica, mas da criminologia, as respostas às questões antes formuladas tomam um rumo diferente. Isso é possível porque o método da criminologia, que se serve de outras áreas do saber, como a sociologia, traz as questões criminais para o nível das estruturas sociais e econômicas, não restringindo o estudo do crime em suas estruturas abstratas (o delito visto analiticamente como um fato típico, ilícito e culpável).

Diante desse panorama, é possível perceber uma contraposição de discursos: um legitimador e o outro deslegitimador da intervenção penal. De um lado, a legitimação da tutela penal das minorias, que se apresenta como um discurso de efetividade e justiça proporcionada pelo Direito Penal. De outro, a completa invalidação da eficácia oferecida pelo Direito Penal, revelando ser a intervenção penal, na prática, nada efetiva além de seletiva e extremamente injusta.

A contradição entre o discurso penal (efetivo e justo) e a sua realidade (seletivo e injusto), leva-nos a concluir que a efetivação da igualdade das minorias e grupos vulneráveis deve ser alcançada antes pelas políticas públicas específicas, restando ao Direito Penal uma área de intervenção limitadíssima, longe de seu caráter expansivo apresentado nos dias atuais.

Parte I – Minorias e Tutela Penal

1. MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS

1.1. A ORIGEM DO PROBLEMA: A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA E A EXCLUSÃO DAS MINORIAS

Uma leitura atenta acerca da construção dos fundamentos do nosso pensamento político e jurídico, expressos pelas noções de *Estado, direitos fundamentais individuais e sociais, democracia, liberdade e igualdade*, revela, no seu processo de consolidação, uma ausência da ideia de “minoria”. Uma análise do contexto no qual se deu essa construção nos ajudará a compartilhar o porquê dessa exclusão.

Historicamente, é na Idade Moderna que são constituídos os pilares do pensamento jurídico-político contemporâneo, desempenhando um papel central o surgimento dos Estados Nacionais. O Estado Moderno nasceu absolutista, originário das monarquias nacionais que se formaram na Europa nos séculos XV e XVI.³ Naquele momento a centralização do poder político era imprescindível, em resposta à multiplicidade de ordens que disputavam a supremacia da Idade Média (senhores feudais, papas, imperadores, reis, corporações de ofício etc.).⁴ Foi a partir das denominadas revoluções burguesas que se pretendeu transformar o Estado Absolutista em Estado de Direito, proclamando a igualdade perante a lei, os direitos naturais à vida, à liberdade, à propriedade, a separação de poderes, como meio de limitar o poder político. Em fim, a ideia que temos hoje de cidadania,

³ DIAS, Solange Gonçalves. MINHOTO, Laurindo Dias. *Globalização e Estado Nacional*. In Revista Integração, jan/fev/mar, n 44. São Paulo: 2006, p. 34.

⁴ “O Estado Liberal, que surgiu na Inglaterra, e eclodiu na França, com a Revolução universalista do século XVIII, tomou conta de boa parte do mundo ocidental capitalista no período oitocentista. O objetivo dos liberais, desde o início, foi assegurar condições de livre comércio e de acumulação de capital à fortalecida classe social que não gozava de direitos políticos, muito embora já tivesse se apercebido da importância de exercê-los. A burguesia queria igualar-se à nobreza e compartilhar do poder manejado com exclusividade pelo rei, auxiliado pela corte.”. Idem, p. 34

predominantemente ocidental⁵, tem a sua construção iniciada na passagem para o Estado de Direito.⁶

A elaboração do conceito de “Estado-Nação” foi forjado nesse momento histórico, no final do século XVIII, período no qual a consciência nacional passa a consubstanciar importante força de coesão e de afirmação social.⁷ Quando um certo povo toma consciência de sua identidade, “busca afirmar sua nacionalidade por meio de expressões culturais, práticas cotidianas e manifestações razoáveis de civismo.”⁸ Todo esse conjunto de elementos tem por função estabelecer ou estreitar o sentimento dos membros de um grupo nacional, uns com os outros, e marcar o distanciamento deste grupo em relação a outros.⁹

Conceitualmente, o “Estado” não se confunde com a “Nação”. Primeiramente, o Estado refere-se ao domínio político-jurídico, enquanto que a nação pode ser mais bem visualizada no plano sociológico¹⁰. O Estado, na clássica definição de Max Weber, é “uma comunidade humana que pretende, com êxito, o *monopólio do uso legítimo da força física* dentro de um determinado território.”¹¹, Por outro lado, as pessoas que nascem num mesmo território e provém da mesma origem, têm a mesma língua, os mesmos costumes e tradições de seus antepassados, formando uma comunidade de base sócio-cultural, constitui o que denominamos de nação.¹²

⁵ Nesse sentido, DEMANT, Peter. *Direito para os excluídos*. In PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). História da cidadania. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 344.

⁶ Idem, p.

⁷ Idem, p. 35.

⁸ PINSKY, Jaime; ELUF, Luiza Nagib. *Brasileiro (a) é assim mesmo: cidadania e preconceito*. São Paulo: Contexto, 2002, p. 70.

⁹ “Ser nacional é, pois, num certo nível, *identificar-se com, fazer parte de e ser diferente de*”. PINSKY, Jaime; ELUF, Luiza Nagib. *Brasileiro (a) é assim mesmo: cidadania e preconceito*. São Paulo: Contexto, 2002, p. 70.

¹⁰ DIAS, Solange Gonçalves. MINHOTO, Laurindo Dias. *Globalização e Estado Nacional*. In Revista Integração, jan/fev/mar, n 44. São Paulo: 2006, p. 34.

¹¹ WEBER, Max. *Ensaios de sociologia*. 5ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p. 56.

¹² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 318.

A existência de uma nação, portanto, exige a conjunção de dois elementos: uma *cultura comum* e um *reconhecimento recíproco entre os que se estimam nacionais*.¹³ Nas palavras de Geller:

1. Dois indivíduos são da mesma nação, se e somente se compartilham a mesma cultura, onde a cultura, a seu turno, significa um sistema de ideias, signos e associações sobre as formas de comportar-se e comunicar-se; 2. Dois homens são da mesma nação, se e somente se eles se reconhecem um ao outro como pertencentes a mesma nação... É dizer, uma simples categoria de pessoas (digamos os ocupantes de um território dado, ou os falantes de uma determinada língua, por exemplo) chega a ser uma nação, só quando os membros dessa categoria firmemente reconhecem certos direitos e obrigações mutuas para cada um em virtude de seu pertencimento compartilhado.¹⁴

Conjugando esses dois elementos, temos como traço fundamental para que um grupo seja uma nação a existência de um *consciência nacional*, e isto ocorre quando os membros de um território são conscientes de seus pertencimento a uma comunidade e desejam manter essa identidade comunitária.¹⁵

A forma mais habitual da expressão jurídica de uma nação é o Estado Nacional, ou seja, cada nação possui um Estado. Nessa forma de organização política, a “totalidade da população dentro do território do monarca era considerada como nação; e suas unidades individuais, os cidadãos.”¹⁶ A utilização do termo “Estado-Nação” designa, portanto:

A organização política dotada de poder supremo nos precisos limites de um dado território, em decorrência do direito de um povo autodeterminar-se politicamente e de fazer valer dentro desse espaço a universalidade de suas decisões.¹⁷

¹³ IBARRA PALAFOX, Francisco. *Minorías etnoculturales y Estado Nacional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 60.

¹⁴ Geller. *Nations and Nationalism*. New York: Cornell University Press, 1983, p. 3. Apud IBARRA PALAFOX, Francisco. *Minorías etnoculturales y Estado Nacional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 60.

¹⁵ Geller. *Nations and Nationalism*. New York: Cornell University Press, 1983, p. 3. Apud IBARRA PALAFOX, Francisco. *Minorías etnoculturales y Estado Nacional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 60.

¹⁶ DEMANT, Peter. *Direito para os excluídos*. In PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 345.

¹⁷ DIAS, Solange Gonçalves. MINHOTO, Laurindo Dias. *Globalização e Estado Nacional*. In *Revista Integração*, jan/fev/mar, n 44. São Paulo: 2006, p. 40.

Na análise de Demétrio Magnoli:

O Estado nacional surgiu da decadência do absolutismo e de sua substituição pelo liberalismo. Essa forma contemporânea do Estado gerou a **soberania nacional**, expressa na eleição de governantes e na limitação do poder executivo por representantes também eleitos. A soberania deslizou do monarca para a nação. O poder despersonalizou-se, identificando-se com o povo. O poder divino deu lugar ao consenso popular.¹⁸

Nesse cenário, “quando emergiu a ideia da cidadania na Europa Ocidental do século XVIII, a *questão das identidades coletivas heterogêneas ficou inicialmente fora do olhar dos pensadores e políticos*”¹⁹. Por um lado, a construção do conceito de cidadão evoluiu em sociedades que eram, em comparação, relativamente homogêneas, tanto racial quanto religiosa e etnicamente. Por outro lado, e mais importante, “a heterogeneidade não foi vivida como problema a agendar.”²⁰

Desde a Paz de Westfália, em 1648, a maioria dos Estados era homogênea do ponto de vista religiosos. “França, Grã-Bretanha, Holanda eram também racialmente quase homogêneos”²¹ “Os Estados Unidos, primeira e até então única colônia a tornar-se independente, eram os únicos a conhecer o problema da cor, porém a escravidão era ainda amplamente considerada uma instituição ‘normal’, e os negros, quase todos escravos, se viram expressamente excluídos dos direitos constitucionais. As divisões étnicas, relativamente inócuas nas sociedades mais avançadas da Europa, não foram vistas como um problema que a emancipação geral não pudesse solucionar.”²²

O cidadão então “inventado”, nos explica Peter Demant, “tinha um discurso abrangente contra os monarcas absolutistas, as aristocracias com seus privilégios

¹⁸ MAGNOLI, Demétrio. *Relações internacionais: teoria e história*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18.

¹⁹ DEMANT, Peter. Op. cit., p. 343.

²⁰ Justifica Peter Demant: “As guerras religiosas tinham terminado há muito, revoltas regionais haviam sido reprimidas, o Iluminismo enfatizava e valorizava o que seres humanos tinham em comum, e o despertar das nações estava ainda no futuro.” Ibidem, p. 343.

²¹ Como ressalva Peter Demant: “obviamente, essa situação idealizada nunca aconteceu de forma ‘pura’ – nem nos primeiros Estados territoriais ‘modernos’ da Europa Ocidental. A Inglaterra rural pré-moderna já cotava com galeses, escoceses e irlandeses celtas; a França, com bretões, languedociens e bascos; o reino de Castela, com bascos, catalões e galegos; e todos esses estados tinham judeus e ciganos. Mesmo os chamados ‘verdadeiros’ ingleses, franceses etc., constituíram-se por meio da expansão e uniformização linguística e cultural – por imposição ou pela assimilação – de populações que originariamente não pertenciam a eles.” p. 345.

²² DEMANT, Peter. Op. cit., p. 345.

inúteis, os sacerdotes obscurantistas”,²³ porém, “tinha pouco a dizer sobre como lidar com diferenças de cor da pele, língua, fé.”²⁴

A evolução da ideia de cidadania, portanto, teve origem na sociedade europeia, branca e cristã, “sem divisões internas insuperáveis além das contradições de classe, e com poucas minorias raciais, nacionais ou religiosas.”²⁵ Nesse período, dentro de um mesmo Estado Nacional a sociedade estava estruturada em corporações funcionais, cada uma com seus privilégios e responsabilidades hereditárias: a aristocracia, o clero e o Terceiro Estado.²⁶ As divergências se concentravam na questão de quem merecia quais direitos e de como equilibrar os interesses dos componentes da nação.

Todo esse cenário “iria mudar no século XIX, sob o impacto das revoluções política, industrial e demográfica, que uniram massas humanas numa busca incessante e turbulenta frente à modernidade”²⁷. A confrontação entre as diferenças surgidas tornou urgente achar soluções para possibilitar a convivência e o *método* então utilizado para permitir e legitimar a coexistência de tantos homens diferentes foi o *conceito de “cidadão”*, expandido para incluir a democracia.²⁸

Só que o uso do ideário de cidadania para equilibrar as diferenças, paradoxalmente, só podia ser feito unicamente por meio da negação de diferenças grupais: acreditou-se que a aplicação de princípios genéricos solucionaria as desigualdades particulares. O ideal se chocou com a dura realidade social de discriminação, preconceitos, perseguição, alienação.²⁹ No plano jurídico-constitucional, a igualdade formal não se mostrou suficiente, fazendo surgir a chamada igualdade material.

Os ideais de liberdade e igualdade, gestados na Revolução Francesa, transcenderam as fronteiras da França e expandiram-se para outros países

²³ DEMANT, Peter. Op. cit., p. 344.

²⁴ Ibidem, p. 344.

²⁵ Ibidem, p. 345.

²⁶ Ibidem, p. 345.

²⁷ Ibidem, p. 344.

²⁸ Ibidem, p. 344.

²⁹ Ibidem, p. 344.

européus. Após Waterloo ³⁰, a Europa entra na era dos nacionalismos, desaparecendo primeiramente as dinastias da Europa Central, dando origem aos Estados nacionais da Itália e Alemanha. Na virada do século XX e após a Primeira Guerra Mundial, os impérios multinacionais da Europa Oriental (Áustria, Rússia e o Império Turco) explodiram numa multidão de novos Estados norteados pelo princípio da nacionalidade:

Pouco mais de um século após Waterloo, a Europa inteira estava reorganizada em Estados legitimados na 'autodeterminação da nação' herdada da Revolução Francesa, e – em muitos deles – igualmente nos princípios racionalistas de participação popular e de direitos civis: em outras palavras, na cidadania.³¹

Nesse preciso momento histórico, praticamente todas essas sociedades baseadas nos valores da nacionalidade e da cidadania “se viram confrontadas com problemas decorrentes de fragmentações internas não previstas no esquema iluminista”³². Agora, os “Estados-nação continham dentro de suas fronteiras minorias teimosas de outras nacionalidades”³³, além de que para alguns Estados, a reorganização geopolítica também colocou dentro de suas fronteiras grupos cuja identidade coletiva se centrava na religião (a exemplo dos gregos, armênios e judeus)³⁴.

De forma simultânea, a Revolução Industrial trouxe profundas alterações sociais, ensejando um aumento demográfico sem precedentes, unindo populações e comunidades anteriormente isoladas, e confrontando-as em suas diferenças. Enfim, “por todo lado, grupos humanos desenraizados foram desafiados a desenvolver novos modos de convivência”³⁵.

Essas tensões decorrentes da quebra da relativa homogeneidade social não se limitaram à Europa, expandindo o problema das minorias para outros continentes.

³⁰ “Batalha travada em 18 de junho de 1815 na vila de Waterloo, nas proximidades de Bruxelas, Bélgica, que determinou a derrota das tropas lideradas pelo imperador francês Napoleão Bonaparte diante das forças aliadas.” Idem, p. 383.

³¹ DEMANT, Peter. Op. cit., p. 347.

³² Ibidem, p. 347.

³³ Ibidem, p. 347.

³⁴ Ibidem, p. 347.

³⁵ Ibidem, p. 347.

A descolonização da América com os processos de emancipação política originaram novos Estados baseados, ao menos em tese, nos ideais de liberdade e igualdade, cujas sociedades eram multirraciais desde a sua origem. Fruto da interação entre “as civilizações indígenas destruídas com os imigrantes europeus e a importação maciça de escravos africanos”³⁶, a abolição da escravidão e a ‘concessão’ da cidadania aos negros e índios também criou sociedades heterogêneas.³⁷

A onda emancipatória do século XX também chegou à África e Ásia, colonizadas pelas potências europeias no auge da época imperialista e, assim, influenciadas pelas ideias de autodeterminação, democracia e cidadania. Com a independência, os novos Estados que surgiram ergueram-se sobre fronteiras arbitrariamente traçadas pelas potências europeias, repetindo-se a formação de sociedades caracterizadas pela heterogeneidade (racial, étnica e/ou religiosa).³⁸ Por fim, a recente desintegração da URSS tem desencadeado, na Europa Oriental e Ásia Central, um processo de fragmentação nacional artificialmente contido por muito tempo.

A pergunta que se apresenta agora como questão central para a humanidade é a de como sobreviver nesse heterogeneidade explosiva? Como indaga Peter Demant “por toda parte, comunidades baseadas em identidades coletivas mutuamente opostas procuram novos caminhos que permitam a coexistência. Será que os valores da cidadania nos provêm com princípios suficientes para tal tarefa?”³⁹

1.2. O CONCEITO DE MINORIAS

As minorias, entendidas como um grupo de pessoas vistas como diferentes em relação ao todo e por isso discriminadas, sempre existiram nas sociedades humanas ao longo dos tempos. Deixando de lado uma digressão histórica que poderia remontar à Antiguidade, e restringindo a nossa análise ao período

³⁶ Idem, p. 348.

³⁷ “Polarizadas racialmente na América do Norte e mestiças na América Latina, mas sempre de complicada convivência, Idem, p. 348.

³⁸ Idem, p. 348.

³⁹ DEMANT, Peter. *Direito para os excluídos*. In PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 348.

contemporâneo, as minorias serão estudadas à luz do Estado Democrático de Direito e da proteção internacional que lhe é conferida.⁴⁰

Atualmente não existe uma definição universalmente válida de “minorias”, o que revela a dificuldade em saber exatamente o que constitui um grupo como minoritário.⁴¹ No período entre as duas Guerras Mundiais a antecessora da ONU, a Liga das Nações, já se preocupava com tal questão que, entretanto, acabou passando a um plano secundário durante a Guerra Fria, pois predominava a ideia de que os grupos minoritários já estariam protegidos pelos direitos humanos em sua dimensão universal, além de um evidente esfriamento das relações internacionais naquele contexto político bipolarizado.⁴²

Com o fim da Guerra Fria no final dos anos 1980 o tema das minorias volta com muita ênfase para agenda internacional, em razão nos novos conflitos surgidos com a queda do Muro de Berlim e do fim do bipolarismo mundial, destacando-se os violentos conflitos ocorridos na ex-Iugoslávia. Além disso, outros fatores como os processos de descolonização e de fluxo migratório de pessoas em razão da globalização, dando origem a novas minorias, também contribuem para explicar o ressurgimento do tema nas discussões internacionais entre os anos 1980 e 1990.

No contexto desses episódios é que se constatou “a necessidade premente de aprimorar a construção de um sistema internacional de proteção das minorias como pressuposto do respeito à dignidade da pessoa humana.”⁴³ Isso explica porque uma primeira abordagem sobre o tema referente às minorias toma como ponto de partida o plano internacional. Foi no âmbito da Organização das Nações

⁴⁰ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção*. In Direitos Humanos - Desafios Humanitários Contemporâneos - 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 344.

⁴¹ “Isto deve-se sobretudo ao facto de existir uma grande variedade de exemplos do que pode ser considerado uma minoria, que nem sempre são comparáveis: algumas minorias vivem em áreas comunitárias definidas, outras encontram-se espalhadas por um país ou mesmo por mais do que um país; algumas têm um sentido pronunciado de identidade cultural coletiva, baseado em eventos históricos, enquanto outras apenas têm um conhecimento limitado do seu legado comum; algumas têm um elevado grau de autonomia, enquanto outras estão longe de se governarem a si próprias; algumas têm um desejo mais vincado de preservarem e desenvolverem a sua cultura e traços característicos, enquanto outras não tanto. Por conseguinte, os Estados interpretam o termo “minoria” por si mesmos e de formas diferentes.” MOREIRA, Vital. GOMES, Carla de Marcelino. *Compreender os direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*. Portugal: lus Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), 2012, p. 471.

⁴² *Ibidem*, p. 344.

⁴³ *Ibidem*, p. 345.

Unidas que se concentraram esforços em definir minorias, tendo como meta elaborar uma Declaração Universal sobre Direitos de Minorias, tarefa que restou infrutífera.

Apesar de não alcançar o seu objetivo final, as propostas formuladas no âmbito das Nações Unidas deixou como legado alguns *elementos conceituais* sobre minorias, que poderão ser úteis à tarefa de delimitá-los, os quais serão vistos em detalhes em tópico abaixo.⁴⁴ Dessa forma, a análise da evolução dessa tentativa de definição merece ser vista, ainda que de forma panorâmica.

Ciente da utilidade de um conceito universal de minorias, que poderia estender-se e ser aplicado a todos os Estados, a Comissão de Direitos Humanos da ONU, no ano de 1947, criou a *Subcomissão de Prevenção de Discriminação e de Proteção de Minorias* das Nações Unidas, que sugeriu, em 1950, os seguintes enunciados:

- I - o termo minoria inclui, dentro do conjunto da população, apenas aqueles grupos não dominantes, que possuem e desejam preservar tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis, marcadamente distintas daquelas do resto da população;
- II - tais minorias devem propriamente incluir um número de pessoas suficiente em si mesmo para preservar tais tradições e características e;
- III tais minorias devem ser leais ao Estado dos quais sejam nacionais.⁴⁵

Diante da rejeição dessa e de outras tentativas, a Subcomissão abandona a pretensão de encontrar uma definição de minorias, recomendando apenas que os grupos minoritários fossem objeto de proteção em documentos de direitos humanos que viessem a ser elaborados posteriormente. Em 16 de dezembro de 1966, a Assembleia Geral da das Nações Unidas institui o *Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos*, consistindo no primeiro documento normativo da ONU a abrigar disposição específica sobre o tema.

Utilizando-se da linguagem fornecida pela Subcomissão, o seu artigo 27 não define minorias, mas acaba outorgando certo direitos aos grupos minoritários:

⁴⁴ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção*. In Direitos Humanos - Desafios Humanitários Contemporâneos - 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 343.

⁴⁵ Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/lmaia_minorias.html. Acessado em: 13/12/2013.

ARTIGO 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar a sua própria língua.⁴⁶

No ano de 1977, a Subcomissão designou como relator especial Francesco Capotorti, com o objetivo de analisar os direitos previstos no artigo 27 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos, sendo que desse estudo apresentou uma definição que se tornou referência até os dias de hoje. Para Francesco Capotorti, minoria constitui:

Um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não dominante, cujos membros – sendo nacionais desse Estado – possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes das do resto da população e demonstre, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação de sua cultura, de suas tradições, religião ou língua.⁴⁷

O estudo elaborado por Francesco Capotorti recomendou a elaboração de uma declaração internacional sobre os direitos das minorias. Em 18 de dezembro de 1992, fruto dos esforços de um Grupo de Trabalho, a Assembleia Geral da ONU adotou a *Declaração sobre os Direitos de Pessoas que Pertencem a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas*. Essa Declaração teve por finalidade explicitar os direitos previstos no art. 27 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos e, ao fazê-lo, mais uma vez deixou de definir minorias.

Como é possível perceber, “é patente a dificuldade de definir minorias, não se tendo alcançado no plano internacional um consenso sobre a questão.”⁴⁸ Não há dúvida de que um passo importantíssimo na efetivação da tutela das minorias seria a adoção de um documento único de proteção internacional, “a ser respeitado por todos os Estados, agasalhando em seu manto todas as minorias.”⁴⁹

⁴⁶ Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos, adotado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

⁴⁷ CAPOTORTI, Francesco. *Study on the rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*. E/CN.4/Sub.2/384/add.1-7, 1977).

⁴⁸ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Op. cit., p. 345.

⁴⁹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Op. cit., p. 345.

Uma pretensão de definição universal de minorias encontra óbices decorrentes de diversos fatores, a começar pela amplitude que o termo “minorias” pode atingir, tendo em vista os diferentes contextos históricos, culturais e sociais de cada Estado. O conceito de “minorias”, assim, poderia tornar-se excessivamente amplo (ao incluir grupos que não necessitem de especial proteção) ou extremamente reduzido (excluindo, de forma injusta, certos grupos carecedores de proteção).

Não se pode perder de vista, ainda, a existência de um fator político, consistente no fato de muitos Estados não desejarem que minorias sejam reconhecidas em seus territórios, visando fugir de eventuais responsabilidades nacionais e perante cortes internacionais, contribuindo ainda mais para redução de abrangência do termo.⁵⁰

1.2.1. Elementos caracterizadores das minorias

Como foi possível antever, no plano internacional as Nações Unidas não conseguiram formalizar uma Declaração Universal que congregasse uma definição de minoria universalmente aceita. Entretanto, toda essa evolução não pode ser simplesmente descartada, pois a partir desses estudos acumulados é possível identificar alguns *elementos conceituais* sobre minorias.

A partir das experiências realizadas sob os auspícios das Nações Unidas, é possível destacar determinados elementos de natureza *objetiva* e *subjetiva*. São apontados quatro elementos objetivos: o *diferenciador*, o *quantitativo*, o da *nacionalidade* e o de *não-dominância*. Somados a estes, há outro elemento de natureza subjetiva: o da *solidariedade*.

O *elemento diferenciador* exige que esteja presente, de forma estável, em cada membro do grupo uma determinada característica, que o distinga do restante da população. Tomando por base o Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966, o artigo 27 elegeu como elementos diferenciadores a etnia, a religião e a língua. A

⁵⁰ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Op. cit., p. 346.

partir do elemento diferenciador pode-se chegar à qualificação das minorias, falando-se em minorias étnicas, minorias religiosas e minorias linguísticas.⁵¹

O *elemento quantitativo* revela que um grupo numericamente majoritário em uma sociedade, não pode ser considerado minoria. Presume-se, assim, que grupos majoritários não precisam de proteção especial. Deve-se pontuar, contudo, que essa presunção é relativa, pois tanto é possível que um grupo majoritário mereça proteção especial, quanto um grupo minoritário não precisar dessa proteção (como no caso de um pequeno grupo que titulariza o poder político num Estado).

No que diz respeito ao *elemento nacionalidade*, apesar de ter sido exigido inicialmente, a tendência hoje em dia é a de reconhecer a existência de obrigações dos Estados para com os grupos minoritários inseridos nos seus limites territoriais, independentemente das pessoas que os compõem serem seus nacionais ou cidadãos.⁵² O próprio Comitê de Direitos Humanos entendeu que os Estados não podem negar os direitos previstos no artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos aos sujeitos que não fossem nacional ou residente permanente.⁵³

O elemento da *não-dominância* exige que o grupo não esteja em uma situação de domínio do processo político do Estado em que se encontra. Grupos que exercem o poder político encontram-se em situação de força e destaque na sociedade, ainda que sejam numericamente pequenos.⁵⁴

O *elemento da solidariedade*, que possui natureza subjetiva, significa “uma vontade coletiva dos membros do grupo de preservar o elemento diferenciador, ou seja, os caracteres que os distinguem do restante das pessoas.”⁵⁵

Uma dúvida pode surgir sobre quantos e quais elementos devem estar presentes para configurar uma minoria. Não há consenso sobre a quantidade de elementos, há, entretanto, um documento da ONU que tem sido tradicionalmente aceito, apontando no sentido de que a existência de uma minoria depende da

⁵¹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Op. cit., p. 352.

⁵² Ibidem, p. 353.

⁵³ Ibidem, p. 353.

⁵⁴ Ibidem, p. 354.

⁵⁵ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Op. cit., p. 354.

combinação de pelo menos um elemento objetivo com o elemento subjetivo.⁵⁶ Dessa forma, é possível afirmar que qualquer um dos elementos, isoladamente, não tem o condão de definir um grupo como minoria.

1.3. MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS

Os termos “minorias” e “grupos vulneráveis” são utilizados, frequentemente, como sinônimos, “talvez porque dentre os aspectos de similitude se encontre um de especial significado social, que é a situação de *vulnerabilidade*.”⁵⁷ Assim, é possível encontrar na doutrina ora a referência a *grupos vulneráveis*, a exemplo de Lytton L. Guimarães⁵⁸ (“*grupo de pessoas que mais facilmente têm seus direitos humanos violados*”), ora a *minorias*, como o faz Ester Kosovski⁵⁹ (“*Quando falamos de minorias, referimo-nos a todas as pessoas que de alguma maneira são objeto de preconceito social e/ou não têm respeitados os seus direitos de cidadania*”).

Interessante proposta é a apresentada por Robério Nunes dos Anjos Filho⁶⁰, a qual adotamos nesse trabalho. Propõe o autor o uso da expressão *grupos vulneráveis lato senso*, ou *em sentido amplo*, como um gênero “ao qual pertencem, conforme o contexto do Estado, pessoas portadoras de necessidades especiais físicas ou mentais, idosos, mulheres, favelados, crianças, minorias étnicas, religiosas e linguísticas, índios, descendentes de quilombos, ribeirinhos, trabalhadores rurais sem-terra, dentre outros.” Todas essas coletividades dividem-se, dentro do gênero *grupos vulneráveis lato senso*, em duas espécies: *minorias* e *grupos vulneráveis em sentido estrito*. Esclarecendo a distinção, pondera Robério Nunes dos Anjos Filho:

⁵⁶ Conforme consta no documento da ONU E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/WP.2, p. 15: “Traditionally it has been accepted that the existence of a minority depends on a combination of one or more objective elements with one subjective element, namely the members’ awareness of belonging to a minority.”

⁵⁷ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Op. cit., p. 355.

⁵⁸ In CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Editor). *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. 2ª Ed.. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

⁵⁹ In: SÉGUIN, Elida. *Direito das minorias*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 356.

⁶⁰ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos, Op. cit., p. 356.

Dessa maneira é possível separar *minorias* e *grupos vulneráveis em sentido estrito*. Ambas são subespécies de *grupos vulneráveis em sentido amplo*, mas *minorias* trata-se de um termo que identifica grupos cujos componentes portam especificidades próprias – os elementos objetivos e subjetivos acima referidos – que os distinguem das demais coletividades vulneráveis. Estas últimas são os *grupos vulneráveis em sentido estrito*, os quais englobem coletividades que precisam de proteção especial, porém não se enquadram nos requisitos das *minorias* por não portarem os elementos de natureza objetiva e subjetiva necessários. A fórmula negativa de definição dos *grupos vulneráveis em sentido estrito* é proposital, e tem o objetivo de conferir a maior abrangência possível à expressão.⁶¹

Em que pese haver a referida distinção, pode-se apontar o traço comum entre as *minorias* e os *grupos vulneráveis em sentido estrito*. Ambas as categorias compartilham: a) existe uma *vulnerabilidade* que torna imprescindível uma *proteção especial* além dos Direitos Humanos reconhecidos a todos; b) a desnecessidade de que os seus integrantes sejam nacionais ou cidadãos do Estado em que se encontram; c) são grupos que não ocupam posição dominante na sociedade.⁶²

Importante notar que há uma inter-relação muito próxima entre os requisitos, pois “*para fins de especial proteção a condição de não-dominante deve vir acompanhada da vulnerabilidade.*”⁶³ Dessa forma, pode-se afirmar que nem sempre o grupo não-dominante do processo político estará numa situação de vulnerabilidade, necessitando de uma especial proteção. É o caso de um partido popular que vença as eleições num dado país; nessa situação, não se pode afirmar que os integrantes da elite desse país representem uma minoria.

A seu turno, é preciso compreender a vulnerabilidade em termos *relativos*, sob pena expandirmos em demasia tais grupos carecedores de proteção especial.⁶⁴ Primeiramente, nem toda *fragilidade* poderá configurar uma vulnerabilidade. As fragilidades, se existentes, “devem ser protegidas por mecanismos tradicionais, ao passo que a vulnerabilidade implica na necessidade de uma proteção especial.”⁶⁵

⁶¹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *A proteção jurídica dos grupos vulneráveis e das minorias*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC - v. 4 n. 13 jan./ mar. 2010, p. 41.

⁶² *Ibidem*, p. 41.

⁶³ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção*. In Direitos Humanos - Desafios Humanitários Contemporâneos - 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p., p. 358.

⁶⁴ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *A proteção jurídica dos grupos vulneráveis e das minorias*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC - v. 4 n. 13 jan./ mar. 2010, p. 42.

⁶⁵ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Op. cit.*, p. 359.

Nesse caso, a vulnerabilidade pode estar ligada a um elemento diferenciador *passageiro* – a exemplo da situação do preso, da criança ou adolescente –, ou a um elemento diferenciador *estável* – é o caso das mulheres, dos afrodescendentes, do portador de necessidades especiais, entre outros.⁶⁶

Vistos os traços comuns que interligam as *minorias* e os *grupos vulneráveis em sentido estrito*, é preciso estabelecer e analisar *as características que os distinguem*. Tomando por base o estudo de Robério Nunes dos Anjos Filho, pode-se distingui-los utilizando os seguintes critérios: os elementos *numérico, diferenciador e de solidariedade*. Além desses, pode-se acrescentar a *natureza da concretização da dignidade dos seus membros e os mecanismos necessários à sua proteção jurídica*.

Primeiramente, as *minorias* consistem, obrigatoriamente, num grupo numericamente inferior ao restante da população, ao passo que tal exigência não se aplica aos *grupos vulneráveis em sentido estrito*, que podem ser quantitativamente majoritários. Nesse sentido, é perfeitamente justificável atribuir uma proteção especial para grupos vulneráveis numericamente superiores, como se pode vislumbrar no regime do *apartheid* sul-africano, no qual quem carecia de proteção não era a minoria branca, e sim a maioria negra.⁶⁷

O elemento diferenciador, por outro lado, permite traçar uma distinção mais profunda. No que diz respeito às *minorias*, o elemento diferenciador consiste numa base étnica, religiosa e linguística, que imprime uma *identidade cultural* ao grupo. “Essa identidade cultural é o amalgama da minoria, cujos componentes, justamente em razão dela, necessitam da *proteção coletiva de seus traços distintivos*, sem a qual a dignidade de cada um dos seus integrantes não se realiza plenamente.”⁶⁸

Tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 – em seu artigo 27 –, quanto a Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias, restringem o âmbito de sua aplicação, não alcançando qualquer grupo vulnerável, mas somente as *minorias nacionais*⁶⁹, *étnicas*⁷⁰, *religiosas*⁷¹ e *linguísticas*⁷², denominadas pela doutrina como *minorias históricas* ou *tradicionalis*.⁷³

⁶⁶ Ibidem, p. 359.

⁶⁷ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Op. cit., p. 360.

⁶⁸ Ibidem, p. 361.

⁶⁹ As **minorias nacionais** podem ser divididas em dois grupos: a) *minorias nacionais internas*: que seriam aquelas localizadas dentro do território de um Estado e que portam a sua cidadania; e b)

Ainda no plano do elemento diferenciador, se o que caracteriza as *minorias* é uma *identidade cultural* coletiva (etnia, religião, língua), em relação aos *grupos de vulneráveis em sentido estrito* diversos fatores podem estar presentes. Pode ser um fator *físico* (gênero, cor, idade e deficiência corporal), um fator relativo às *opções derivadas da personalidade individual* (homossexualidade, travestis, simpatizantes de ideologias políticas) ou um fator *socioeconômico* (trabalhadores, migrantes, refugiados, pobres, favelados, desempregados, consumidores, sem-terra).

Uma última consideração acerca do elemento diferenciador, reside no fato de ele ser necessariamente *estável*⁷⁴ em relação às *minorias*, a exemplo da etnia, ao passo que quanto aos *grupos vulneráveis em sentido estrito*, pode ser *estável* (mulheres, negros) ou *temporário* (crianças, refugiados).

O elemento solidariedade, tal qual o elemento diferenciador, possui grande relevância nessa tarefa de distinção. De acordo com os estudos realizados no âmbito das Nações Unidas, é fundamental para caracterizar uma *minoria* o desejo, ainda que implícito, de manter os seus elementos diferenciadores, isto é, a sua identidade cultural coletiva. Tal exigência, contudo, não se faz presente para os *grupos vulneráveis em sentido estrito*.

Em decorrência do elemento solidariedade, surge um tema de pretende distinguir as chamadas *minorias by force* e das *minorias by Will*:

minorias nacionais externas: as quais são constituídas por pessoas que vivem em território de um Estado do qual não são nacionais, ou seja, na condição de estrangeiros. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Op. cit., p. 44.

⁷⁰ As **minorias étnicas** são “grupos que apresentam fatores distinguíveis em termos de experiências históricas compartilhadas e sua adesão a certas tradições e significantes tratos culturais, que são diferentes dos apresentados pela maioria da população.” ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Op. cit., p. 44.

⁷¹ As **minorias religiosas** “são grupos que professam e praticam uma religião (não simplesmente uma outra crença, e.g., o ateísmo) que se diferencia daquela praticada pela maioria da população.” ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Op. cit., p. 44.

⁷² As **minorias linguísticas** “são grupos que usam uma língua, quer entre os membros do grupo, quer em público, que claramente se diferencia daquela utilizada pela maioria, bem como daquela adotada oficialmente pelo Estado.” ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Op. cit., p. 44.

⁷³ Além das minorias tradicionais, a doutrina menciona, ainda, as denominadas *minorias de segunda geração*, integradas por indígenas, aborígenes e grupos pré-coloniais, e as *minorias de terceira geração* (ou novas minorias), constituídas por trabalhadores, migrantes, *desplazados*, refugiados, decorrentes do processo de descolonização e da migração resultante da globalização.

⁷⁴ “A *estabilidade* exigida para o elemento diferenciador das minorias, entretanto, não deve ser confundida com *imutabilidade*, já que todos os aspectos culturais por natureza são dinâmicos, e mudam com o tempo, sofrendo influências, como é o caso, por exemplo, da língua.” ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Op. cit., p. 46.

Nas *minorias by force* encontramos o desejo dos seus membros de serem incorporados ao grupo majoritário, embora sejam mantidos à parte contra a sua vontade. Há, assim, um desejo voluntário de assimilação, que, entretanto, é obstaculizado pela maioria, a qual se vê de forma diferente em razão dos elementos diferenciadores do grupo numericamente inferior, v.g., etnia, língua e religião [...] Já as *minorias by will*, não querem se assimilar à cultura dominante, demonstrando a vontade de preservar suas características distintivas. Desejam não apenas que sejam proibidas discriminações, mas, também, a adoção de providências de que lhes garantam a auxiliem a manutenção dos traços diferenciadores culturais, linguísticos, religiosos ou de outra natureza.⁷⁵

A relevância dessa abordagem, que possui um forte aspecto subjetivo, baseia-se na vontade dos membros dos grupos quanto à *assimilação* ou à *integração*, e, conseqüentemente, quanto à manutenção ou não do elemento diferenciador que lhes é próprio.⁷⁶

1.4. AS DIVERSAS FORMAS DE INJUSTIÇA E SEUS POSSÍVEIS REMÉDIOS

As desigualdades sociais, inerentes em maior ou menor escala em todas as sociedades, vêm sendo analisadas e refletidas a partir de uma perspectiva político-econômica. A constatação da concentração de rendas nas mãos de poucos, levou à elaboração da ideia de redistribuição das riquezas de forma mais paritária com o restante da população. A partir desse mecanismo, boa parte da sociedade antes excluída de bens e direitos essenciais, em razão da carência material, passaria a acessá-los, efetivando-se a proclamada justiça social.

O conflito travado nesse contexto de desigualdade econômica se dá pela luta de classes, isto é, pela oposição entre trabalhadores e proprietários dos meios de produção. É por isso que a reivindicação de direitos é manifestada inicialmente, desde o começo do século XX no Brasil, pelos movimentos sociais de operários, expondo o conflito de interesses antagônicos.

Quando observamos a pauta de reivindicações nos dias de hoje, entretanto, a arena pública de debate permite reivindicações de outros grupos sociais. É comum

⁷⁵ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Op. cit., p. 363.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 363.

presenciarmos manifestações que reclamam direitos de grupos específicos, como as passeatas das comunidades negras, das mulheres, dos homossexuais, entre outros. Como explicar e ao mesmo tempo entender esse fenômeno?

Uma conjunção de fatores levou ao fenômeno de diversificação. Desde os anos 1990, com o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, a intensificação da globalização e a presença da política das identidades nos movimentos sociais, “o pensamento social e a teoria política passaram a enfrentar de forma crescente os outros eixos de desigualdade social para além das classes⁷⁷”. Para além da *redistribuição* de renda, o debate atual acerca da desigualdade tem destacado a necessidade do *reconhecimento* de certos grupos, como uma forma de efetivar a justiça social. Não só dividir, mas reconhecer a diferença também.

A ‘luta por reconhecimento’, segundo a cientista política Nancy Fraser, está se tornando a forma paradigmática de conflito político do final do século XX. Nos dias de hoje, “demandas por ‘reconhecimento da diferença’ dão combustível às lutas de grupos mobilizados sob as bandeiras da nacionalidade, etnicidade, ‘raça’, gênero e sexualidade.”⁷⁸ Nos conflitos verificados no cotidiano, a identidade de grupo acaba por suplantar o interesse de classe como meio principal da mobilização política.

A grande contribuição proposta por Nancy Fraser reside numa distinção analítica na maneira de compreender a injustiça, dividindo-a em duas⁷⁹: econômica e cultural. A *injustiça econômica* é aquela que radica na estrutura econômico-política da sociedade. Seus exemplos incluem a exploração (no trabalho); a marginalização econômica (ser obrigado a um trabalho indesejado e mal pago, bem como não ter acesso a trabalho remunerado); e a privação (não ter acesso a um padrão de vida material adequado).

Por outro lado, a *injustiça cultural ou simbólica* baseia-se nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação. Seus exemplos incluem a

⁷⁷ ALMEIDA, Heloisa Buarque de. **Dilemas do Reconhecimento: apresentação ao artigo de Nancy Fraser**. In Cadernos de Campo. Revista dos alunos de pós-graduação em antropologia social da USP. V. 15, n. 14/15, JAN-DEZ/2006. Disponível em: http://www.fflch.usp.br/da/cadcampo/ed_ant/revistas_completas/14-15.pdf. Acessado em: 14/10/2012. p. 227.

⁷⁸ FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”**, Trad. Julio Assis Simões. Cadernos de campo, São Paulo, v. 15, n. 14/15, p. 231-239, jan-dez/2006. Disponível em: http://www.fflch.usp.br/da/cadcampo/ed_ant/revistas_completas/14-15.pdf. Acessado em: 14/10/2012. p. 231.

⁷⁹ Idem, p. 232.

dominação cultural (ser submetido a padrões de interpretação e comunicação associados a outra cultural, alheios e/ou hostis à sua própria); o ocultamento (tornar-se invisível por efeito das práticas comunicativas, interpretativas e representacionais autorizadas da própria cultura); e o desrespeito (ser difamado ou desqualificado rotineiramente nas representações culturais públicas estereotipadas e/ou nas interações da vida cotidiana).

Partindo das duas formas de injustiça, Nancy Fraser aponta os seguintes *remédios* para enfrentá-las:⁸⁰ o combate à *injustiça econômica* se dá pela *'redistribuição'*, ao passo que o combate à *injustiça cultural* se dá pelo *reconhecimento*.

A *redistribuição* – espécie de reestruturação político-econômica –, pode envolver redistribuição de renda, reorganização da divisão do trabalho, controles democráticos do investimento etc.

Já o enfrentamento da *injustiça cultural*, por outro lado, efetiva-se pelo *'reconhecimento'* (espécie de mudança cultural ou simbólica). Pode envolver a revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados; o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural; e mais radicalmente ainda, pode envolver uma transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do eu de todas as pessoas.

As “lutas pelo reconhecimento” ocorrem num mundo de grande desigualdade material (desigualdade de renda e propriedade; de acesso ao trabalho remunerado, educação, saúde, lazer). Por outro lado, alerta a autora, “devíamos nos dar conta de que temos pela frente uma nova tarefa intelectual e prática: a de desenvolver uma teoria *crítica* do reconhecimento.”⁸¹ Nesse sentido, assim destaca a autora:

[...] a justiça hoje exige *tanto* redistribuição *como* reconhecimento. E proponho examinar a relação entre elas. Isso significa, em parte, pensar em como conceituar reconhecimento cultural e igualdade social de forma a que sustentem um ao outro, ao invés de se aniquilarem [...]. Significa também

⁸⁰ Idem, p. 232.

⁸¹ Idem, p. 231.

teorizar a respeito dos meios pelos quais a privação econômica e o desrespeito cultural se entrelaçam e sustentam simultaneamente.⁸²

A formulação apresentada por Nancy Fraser ajuda a compreender os problemas resultantes da sociedade brasileira que, além de ser fortemente plural, o que demandaria políticas de “reconhecimento” de minorias e grupos em situação de vulnerabilidade, é marcada historicamente por uma profunda desigualdade, demandando políticas de “redistribuição” de riquezas.

A profunda desigualdade material que acomete a sociedade brasileira pode ser vista pela disparidade encontrada entre os planos econômico e social. O Brasil está entre as maiores economias mundiais, que, segundo último relatório da Organização pela Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), está situado na 7ª posição, resultando num PIB (Produto Interno Bruto) de 2,395 trilhões de dólares.⁸³ Por outro lado, tomando por base o relatório do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) de 2011, divulgado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Brasil ocupa a 84ª posição, entre 187 países avaliados pelo índice.

Considerando que o País representa uma das maiores economias do mundo – e isso significa que a Nação produz muita riqueza –, nota-se que a distribuição interna dessa riqueza não permeia grande parte da população. Em termos jurídicos, isso representa um déficit nos direitos fundamentais sociais e na justiça social, apesar de estar expressamente estampada em nossa Constituição a erradicação das desigualdades como um dos objetivos fundamentais.⁸⁴

No que diz respeito à injustiça cultural e à carência de reconhecimento de certos grupos vulneráveis, em estudo publicado no ano de 2000 pelo PNUD acerca do IDH das populações branca e negra no País, o Brasil situou-se na 74ª posição. O destaque cultural que deve ser revelado é que caso fosse considerada apenas a

⁸² Idem, p. 231.

⁸³ [http://pt.wikipedia.org/wiki/Anexo:Lista_de_pa%C3%ADses_por_PIB_\(Paridade_do_Poder_de_Compra\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Anexo:Lista_de_pa%C3%ADses_por_PIB_(Paridade_do_Poder_de_Compra)).

⁸⁴ Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/11/brasil-ocupa-84-posicao-entre-187-paises-no-idh-2011.html>. Acessado em: 14/10/2012.

população branca, o Brasil teria saltado para 43ª posição, enquanto que se só a população negra tivesse sido analisada, cairia para a 108ª posição.⁸⁵

O tratamento dos problemas decorrentes da desigualdade não constitui em fórmulas simples e instantâneas, por mais que assim desejassemos. Especialmente no que diz respeito à proteção de grupos vulneráveis, a reflexão de Daniel Sarmiento acerca do racismo, que, de resto, pode ser estendida aos demais grupos minoritários, ataca o cerne da questão:

[...] estamos muito longe do consenso no que tange às fórmulas de enfrentamento destes problemas. Devemos recorrer às políticas de ação afirmativa para atenuar as desigualdades, ou aprofundar as políticas generalistas, cegas em relação à cor dos seus beneficiários? Deve-se fomentar a identidade cultural dos negros, ou é preferível apostar-se em políticas que visem promover a homogeneidade nacional? A expressão de ideias que propaguem o preconceito e a intolerância racial deve ser proibida ou enfrentada, até com os rigores do Direito Penal, ou será que a melhor forma de combater más ideias é debatê-las livremente no espaço público para derrotá-las e desnudar os seus desacertos?⁸⁶

As questões que giram em torno do reconhecimento de certos grupos, que necessitam de uma proteção especial, nos conduz a outra problemática. Neste ponto, o fato de um grupo social receber um tratamento especial e diferenciado por parte do Estado, nos obriga a revisitar o princípio da igualdade.

1.5. DIREITOS DAS MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS

1.5.1. Do direito à igualdade formal e material ao direito à diferença

Talvez o grande pano de fundo que envolve as minorias e os grupos vulneráveis resida em como efetivar o direito à igualdade. Tradicionalmente, a

⁸⁵ Sobre o tema, conferir Marcelo Paixão, **Novos marcos para as relações raciais**. Rio de Janeiro: Fase, 2000.

⁸⁶ Daniel Sarmiento, **A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional brasileiro**: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In NOVELINO, Marcelo (Org.), *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos humanos e Direitos Fundamentais*. 3ª ed., ver. e atual. Slavador: Jus Podivm, 2008, p. 205.

igualdade é dividida nos planos *formal* e *material* e o estudo desses dois planos segue uma trajetória histórica cronologicamente conhecida.

No Antigo Regime, período histórico anterior às Revoluções liberais (inglesa, francesa e norte-americana), “as pessoas não eram concebidas como iguais. Seus direitos e deveres decorriam do pertencimento a um determinado estamento social e não da sua natureza humana.”⁸⁷ Os direitos e obrigações dos indivíduos eram determinados pela condição social, fixada pelo nascimento.⁸⁸

Disso resulta o acerto da observação formulada por Hannah Arendt:

Nós não nascemos iguais: nós tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. A igualdade não é um *dado* – ele não é *physis*, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política.⁸⁹

Com a instauração do Estado Liberal e a ruína do Antigo Regime, a igualdade de todos perante a lei é afirmada, com a abolição dos privilégios de origem estamental.⁹⁰ É construída, assim, a *igualdade formal*, a qual garante que todos são iguais perante a lei, vedando o sistema jurídico qualquer forma de discriminação. Ao longo do seu desenvolvimento, a vedação à discriminação era o ponto central da garantia da igualdade.⁹¹

O contexto político mais recente nos ajuda a compreender tamanha aversão à discriminação. É preciso ter em mente que o Planeta acabara de sair da Segunda

⁸⁷ Daniel Sarmiento, **A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional brasileiro**: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In NOVELINO, Marcelo (Org.), *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos humanos e Direitos Fundamentais*. 3ª ed., ver. e atual. Slavador: Jus Podivm, 2008, p. 207.

⁸⁸ Álvaro Ricardo de Souza Cruz continua: “aos filhos de um servo/vassalo e aos filhos de um senhor/suserano passavam as relações estamentais vivenciadas pelas gerações anteriores. Cada um deles, igualmente, herdava os direitos de seus pais. O primeiro, o direito à segurança e a obrigação de bem servir fielmente (o servo), e o segundo, o direito sobre a pessoa do servo (especialmente tributários, como a corveia, obrigação de trabalhar gratuitamente nas terras senhoriais) e a obrigação de proteger seus vassallos de qualquer agressão (o suserano). A noção de direito natural ligava-se à noção de direitos de nascença.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 3

⁸⁹ ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Rio de Janeiro: Documentário, 1976, p. 243.

⁹⁰ Daniel Sarmiento, op. cit., p. 207.

⁹¹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *A proteção jurídica dos grupos vulneráveis e das minorias*. In RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan/mar, 2010, p. 51.

Grande Guerra, na qual foram cometidas atrocidades em face de milhões de seres humanos tendo por base a superioridade de uma raça com a contrapartida de extermínio das demais. Nesse sentido, “com o fim do conflito bélico e o restabelecimento da paz, o sentimento imediato foi, portanto, de aversão à diferença, o que marcou o primeiro momento do Sistema Internacional de proteção aos Direitos Humanos.”⁹²

Apesar do avanço, este foi incompleto⁹³. Em contradição com a afirmação da igualdade, os direitos políticos eram assegurados apenas à burguesia detentora do poder econômico (via voto censitário), o que excluía a grande maioria da população da possibilidade de participar da vida pública, e de exercer alguma influência sobre a elaboração das normas a que estaria sujeita.⁹⁴

Tratava-se de uma igualdade, como o nome sugere, apenas formal, que fechava os seus olhos para as injustiças e as opressões vividas pelas pessoas na dura realidade. Na sua abstração, ela permitia a circulação dos bens entre os proprietários, mas não se propunha a modificar o *status quo* de profunda assimetria social.⁹⁵

A contradição entre a abstrata igualdade e a desigual realidade é assim explicitada por Patrícia Tuma e Alessandra Benedito:

[...] a velha fórmula da igualdade perante a lei é insuficiente para corrigir algumas desigualdades raciais e/ou sociais historicamente arraigadas, fazendo com que o próprio Direito, de instrumento concebido para a realização da justiça, torne-se, algumas vezes, lamentavelmente, promotor da desigualdade.⁹⁶

Isso explica o porquê de a igualdade não receber o destaque que a liberdade detém. Desvelando a causa desse ofuscamento, explica José Afonso da Silva que a igualdade é o signo fundamental da democracia, não admitindo privilégios e distinções que o regime puramente liberal consagra.

⁹² Ibidem, p. 51.

⁹³ Daniel Sarmiento, op. cit., p. 207.

⁹⁴ Álvaro Ricardo “o fruto deste arquétipo constitucional ao longo do século XIX foi a consolidação de um regime capitalista imperialista e uma exploração do homem pelo homem nunca antes vista na história da humanidade.”

⁹⁵ Célebre frase do escritor francês Anatole France sobre a falácia da igualdade liberal-burguesa: “a lei, na sua majestosa igualdade, proíbe ao rico e ao pobre de furtarem pão e dormirem debaixo da ponte, e permite a ambos que se hospedem no Hotel Ritz.” Apud, Daniel Sarmiento, op. cit., p. 208.

⁹⁶ Ações afirmativas. In SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLINI, PATRÍCIA Tuma Martins (Orgs.) O direito e as políticas públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 372.

Por isso é que a burguesia, cõnscia de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.⁹⁷

Foi com o advento do Estado Social, já no século XX, que se provocou uma releitura do princípio da igualdade. O Constitucionalismo Social surgiu como reação às injustiças sociais, tais como as elevadas jornadas de trabalho, a remuneração indigna, miséria generalizada, repressão contra qualquer forma de protesto. A igualdade sustenta-se, a partir de então, na garantia dos direitos econômicos e sociais.⁹⁸

O princípio da igualdade tal como concebido pelos iluministas franceses é alterado pelo paradigma social do direito, o qual consolida o tratamento privilegiado dos hipossuficientes econômica e socialmente. A igualdade deixa de ser apenas *formal*, assumindo uma concepção *material*, abrindo a possibilidade de se “tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”.⁹⁹

Modernamente, a *igualdade material* apresenta duas dimensões. A primeira delas pretende igualar as pessoas no mundo dos fatos, ou na realidade concreta, especialmente em relação às oportunidades e aos aspectos socioeconômicos. Vincula-se, assim, à ideia de justiça distributiva, ou justiça social, engendrada em meados do século XX, no âmbito do Estado de bem-estar social.

A segunda dimensão da igualdade material refere-se à necessidade de especificação do “sujeito de direitos”, o qual não pode ser mais visto de forma abstrata e genérica, mas inserido num contexto concreto. Após algumas décadas da Segunda Guerra Mundial, “percebeu-se que as especificidades, particularidades ou especialidades dos seres humanos e dos grupos constituídos pelos mesmos deveriam ser protegidas pelos Direitos Humanos, o que deu origem a um segundo momento do sistema internacional de proteção.”¹⁰⁰

⁹⁷ Idem, p. 211.

⁹⁸ Álvaro Ricardo, op. cit., p. 8.

⁹⁹ Idem, p. 10.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 51.

Apesar do paradigma do Estado Social reconhecer as desigualdades econômico-sociais entre as pessoas, as diferenças culturais, que marcam as minorias, ainda passavam despercebidas:

Entretanto, o discurso hegemônico da igualdade no *Welfare State* padecia de uma certa insensibilidade em relação aos direitos das minorias. Com ênfase na dimensão econômica da igualdade, relegava a um plano secundário as demandas por reconhecimento de certos grupos portadores de uma identidade própria. A promoção da igualdade era muitas vezes confundida com a imposição de homogeneidade, desprezando-se a necessidade de afirmação da diferença cultural, como condição de sobrevivência de determinados grupos étnicos ou sociais mais vulneráveis.

Somente no final do século XX, a preocupação com o direito à diferença incorpora-se ao discurso da igualdade. (...) O respeito, a preservação e a promoção das culturas dos grupos minoritários convertem-se assim numa das dimensões fundamentais do princípio da igualdade.¹⁰¹

A nova concepção da igualdade, portanto, é concreta.¹⁰² O foco não é mais o indivíduo abstrato e racional idealizado pelos filósofos do iluminismo, mas a pessoa inserida na realidade social, que tem necessidades materiais que precisam ser atendidas, sem as quais não consegue exercer os seus direitos fundamentais.¹⁰³ O retrato dessa passagem é assim descrito por Flávia Piovesan:

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção.¹⁰⁴

¹⁰¹ Daniel Sarmiento, op. cit, p. 210.

¹⁰² Nesse mesmo sentido, porém, no âmbito do direito privado, destaca Gustavo Tepedino: “A pessoa humana, portanto – e não mais o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio – qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se categoria central no direito privado.” (TEPEDINO, 2006, p. 342).

¹⁰³ Daniel Sarmiento, p. 208

¹⁰⁴ PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, nº 124, p. 46, jan/abr. 2005.

O direito à igualdade, que já havia passado de *formal a material*, sofre nova transformação, especialmente em sua dimensão material, agora para incluir em seu conceito o *direito à diferença*:

Nesse cenário, por exemplo a população afro-descendente, as mulheres, as crianças e demais grupos devem ser vistos nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.¹⁰⁵

O ponto central do direito à igualdade material nessa dimensão não se resume à uma questão de redistribuição, mas de *reconhecimento de uma identidade cultural*, firmando-se, a partir de então, o *direito fundamental à diferença*, ou à *alteridade*, permitindo a existência do *outro*.

Uma base teórica que ofereceu sustentação a essas duas dimensões é a formulada pela pensadora norte-americana Nancy Fraser, cujas ideias foram expostas em tópico acima. Retomando a sua teoria, sustenta a autora que a efetivação da justiça social necessita não apenas de mudanças no plano econômico-social (*redistribuição da riqueza*), mas também no plano cultural (*reconhecimento de certos grupos*).

Seguindo esse mesmo raciocínio, Boaventura de Sousa Santos formulou um imperativo intercultural que se tornou muito conhecido, sustentando que como em todas as culturas há a tendência em se distribuir pessoas e grupos de maneira hierarquizada, e concorrendo, portanto, concepções de igualdade e diferença, “*as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.*”¹⁰⁶

O direito à igualdade, enfim, está ligado a um *caráter bidimensional da justiça*: exige tanto *redistribuição* quanto *reconhecimento*. À justa distribuição de riquezas

¹⁰⁵ PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, nº 124, p. 46, jan/abr. 2005.

¹⁰⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, nº 48, junho, 1997, p. 30.

soma-se o reconhecimento de identidades culturais próprias, diferentes do que se considera homogêneo, efetivando-se a igualdade de maneira mais plena¹⁰⁷.

1.5.2. Os direitos das minorias e grupos vulneráveis e as formas de proteção jurídica

As pessoas que integram os *grupos vulneráveis em sentido estrito* e as *minorias* são titulares dos Direitos Humanos em geral. Entretanto, esse rol de direitos não é suficiente para que desenvolvam todas as suas potencialidades e, em algumas situações, nem mesmo a sua existência, fazendo-se necessário reconhecer determinadas projeções específicas.¹⁰⁸

Em relação aos *grupos vulneráveis em sentido estrito*, tomando por base os diversos documentos que compõem o sistema internacional de proteção aos direitos humanos¹⁰⁹, a implementação da igualdade material exige especial proteção no que concerne a *não exclusão* e a *não discriminação*.¹¹⁰

Por outro lado, quanto às *minorias*, tendo-se por referência os comentários feitos pelo *Grupo de Trabalho sobre as Minorias* acerca da *Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes às Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas*¹¹¹, a sua proteção jurídica diz respeito a quatro situações: *existência*, *não exclusão*, *não discriminação* e *não assimilação*.

Ao especificar cada uma dessas situações merecedoras de tutela, o referido Grupo de Trabalho esclareceu cada uma delas. A proteção à *existência* compreende a existência física do grupo, a sua permanência nos territórios em que habitam e seu acesso contínuo aos recursos materiais necessários para a sua subsistência.¹¹² A *não exclusão* exige que não se exclua as minorias da sociedade nacional; o

¹⁰⁷ PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, nº 124, p. 47, jan/abr. 2005.

¹⁰⁸ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *A proteção jurídica dos grupos vulneráveis e das minorias*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC - v. 4 n. 13 jan./ mar. 2010, p. 53.

¹⁰⁹ Podemos citar como exemplo a *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* e a *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança*. Ibidem, p. 58.

¹¹⁰ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *A proteção jurídica dos grupos vulneráveis e das minorias*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC - v. 4 n. 13 jan./ mar. 2010, p. 58.

¹¹¹ E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, de 4 de abril de 2005, item 23.

¹¹² E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, item 24.

“apartheid” era a versão extrema da exclusão de diferentes grupos de uma participação em condições de igualdade.¹¹³ A *não discriminação* é reconhecida como um princípio geral de Direitos Humanos, que, especificamente em relação à Declaração das Minorias, dispõe que o exercício de seus direitos como pessoas pertencentes às minorias não justificará discriminação alguma em outras esferas e que não sofrerão nenhuma desvantagem como resultado do exercício ou da falta de exercício desse direitos.¹¹⁴ Por fim, a *não assimilação* assegura a proteção da identidade, revelando uma clara promoção da diversidade cultural.¹¹⁵

Vistos o conteúdo dos direitos das minorias e grupos vulneráveis, é preciso estabelecer a forma de proteção jurídica desses direitos. Adotando-se a distinção anteriormente apontada, temos que os *grupos vulneráveis em sentido estrito* são vítimas de *desigualdades*, ao passo que as *minorias* são vítimas de uma *diferença cultural*, que difere do restante da população. A mulher e o indígena sofrem exclusão social, porém, cada um a seu modo: a primeira em decorrência da desigualdade, e o segundo em razão da cultura que lhe é peculiar.

Seguindo essa linha de pensamento, os fatores geradores da exclusão social devem receber tratamento diverso: as *desigualdades*, que atingem os grupos vulneráveis em sentido estrito, devem ser *abolidas*, ao passo que a *diferença cultural* existente entre uma minoria e a sociedade majoritária deve ser *mantida*. Essa distinção mostra-se imprescindível para o correto manejo dos instrumentos jurídicos aptos a efetivar uma especial proteção aos *grupos vulneráveis em sentido lato*.

Tendo isso em mente, os *mecanismos jurídicos de proteção* podem ser assim estabelecidos, de maneira esquemática:

1. Em relação aos *grupos vulneráveis em sentido estrito*:
 - a) direitos humanos gerais;
 - b) direitos reconhecidos especificamente a determinados grupos vulneráveis em sentido estrito, que podem configurar medidas de discriminação positiva, visando assegurar a não exclusão e a não discriminação, geralmente de natureza temporária;

¹¹³ E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, item 25.

¹¹⁴ E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, item 26.

¹¹⁵ E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, item 27.

2. Em relação às *minorias*:

a) direitos humanos gerais;

b) direitos reconhecidos especificamente a determinadas minorias, que podem configurar: b.1) medidas de discriminação positiva visando assegurar a *não exclusão* e a *não discriminação*, geralmente de natureza *temporária*, ou b.2) medidas de discriminação positiva voltadas a assegurar a *existência* e a *não assimilação*, de natureza *permanente*.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, observam Patrícia Tuma e Alessandra Benedito, tem enfrentado a discriminação percorrendo dois caminhos: pela *promoção da igualdade material* (por meio da adoção de ações afirmativas) e pela *repressão às práticas discriminatórias*.¹¹⁶ Com base no pensamento de Flávia Piovesan, mostra-se imprescindível “conjuguar a vertente repressivo-punitiva com a vertente promocional,”¹¹⁷ descortinando o ponto de conexão entre os direitos humanos e o direito penal.

Até o momento, foi visto, ainda que de forma não exaustiva, o lado promocional da proteção internacional aos direitos humanos. Nos próximos tópicos veremos a face repressiva e punitiva tutelando os direitos humanos das minorias e grupos vulneráveis.

2. A TUTELA PENAL DAS MINORIAS NO PLANO INTERNACIONAL

Os direitos das minorias e dos grupos vulneráveis em sentido estrito são espécies de Direitos Humanos¹¹⁸. Em consequência, estão sujeitos ao mesmo regramento e regime protetivo dos Direitos Humanos com um todo, tanto no âmbito estatal interno, quanto no plano internacional. Realçando esta dualidade, afirma Mazzuoli:

¹¹⁶ Ações afirmativas. In SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLINI, PATRÍCIA Tuma Martins (Orgs.) *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 378.

¹¹⁷ Ações afirmativas. In SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLINI, PATRÍCIA Tuma Martins (Orgs.) *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 378.

¹¹⁸ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *A proteção jurídica dos grupos vulneráveis e das minorias*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC - v. 4 n. 13 jan./ mar. 2010, p. 53.

A primeira premissa da qual se tem que partir ao estudar os direitos das pessoas é a de que tais direitos têm dupla proteção atualmente: uma proteção interna (afeta ao Direito Constitucional) e uma proteção internacional (objeto de estudo do Direito Internacional Público). À base normativa que disciplina e rege tal proteção internacional de direitos dá-se o nome de *direito internacional dos direitos humanos*¹¹⁹.

Com base nesta premissa é que se justifica a divisão, no presente estudo, da análise da tutela penal das minorias e grupos vulneráveis em dois planos também: a proteção efetivada pelo Direito Internacional Penal e a proteção realizada pelo Direito Penal brasileiro.

Dentro desse contexto, a vinculação do Estado brasileiro à proteção internacional dos Direitos Humanos fundamenta-se na previsão constitucional que estabelece os princípios a serem seguidos pelo Brasil em suas relações internacionais. O artigo 4º, inciso II, da Constituição da República, ao estipular a “*prevalência dos direitos humanos*” consagra, segundo Piovesan, “o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional.”¹²⁰ Este postulado, assim, “invoca a abertura da ordem jurídica interna ao *sistema internacional de proteção dos direitos humanos*.”¹²¹

O consenso formado em torno da necessidade da internacionalização da proteção dos direitos humanos revela, segundo Antônio Augusto Cançado Trindade, “uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana.”¹²²

A partir desse consenso foi sendo construído um *sistema internacional de proteção de direitos humanos*. Podemos destacar que coexistem, atualmente, um

¹¹⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 821.

¹²⁰ PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39.

¹²¹ PIOVESAN, Flávia C. *Op. cit.*, p. 39. A autora ainda destaca que “o princípio da prevalência dos direitos humanos contribuiu substantivamente para o sucesso da ratificação, pelo Estado brasileiro, de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Como ponderou o então Ministro Celso Lafer: ‘O princípio da prevalência dos direitos humanos foi um argumento constitucional politicamente importante para obter no Congresso a tramitação da Convenção Americana dos Direitos Humanos – o Pacto de San Jose. Foi em função dessa tramitação que logrei depositar na sede da OEA, nos últimos dias de minha gestão (25-09-92), o instrumento correspondente de adesão do Brasil a este significativo Pacto’”. *Op. cit.*, p. 41.

¹²² A interação entre o direito internacional e o direito interno, p. 32, apud, PIOVESAN, Flávia C. *Op. cit.*, p. 40.

sistema *global*, a cargo da Organização das Nações Unidas¹²³, e sistemas *regionais* (americano¹²⁴, europeu e, mais recentemente, africano). Nesse processo de internacionalização da proteção dos seres humanos¹²⁵, o Direito Internacional dos Direitos Humanos também construiu uma *faceta punitiva*.

Segundo André de Carvalho Ramos, essa face penal “ordena aos Estados que *tipifiquem* e *punam* criminalmente os autores de violações de direitos humanos”¹²⁶. Um bom exemplo é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará.¹²⁷ Este documento estabelece expressamente aos Estados-parte o dever de criminalizar e punir os atos de violência contra a mulher:

Art. 7º Os Estados Membros condenam toda as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em:

§ 1. Abster-se de qualquer ação ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários, pessoal e agentes e instituições públicas se comportem conforme esta obrigação.

§ 2. Atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher.

¹²³ Os documentos internacionais que integram o núcleo do sistema global de proteção são a) a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, b) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e c) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; juntos, os três documentos formam o que a doutrina denomina de Carta Internacional dos Direitos Humanos (*International Bill of Rights*), PIOVESAN, Flávia C. *Op. cit.*, p. 158. Não se pode deixar de pontuar que, desde o ano de 1966, muitos outros tratados que versam sobre direitos humanos foram elaborados e integram o sistema global de proteção.

¹²⁴ A proteção interamericana funda-se nos seguintes documentos a) a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e b) a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, ambas aprovadas em 1948.

¹²⁵ Segundo Mazzuoli, “Depois da Segunda Guerra mundial a fisionomia da sociedade internacional mudou drasticamente, fazendo aparecer uma *nova* ordem internacional a partir de então instaurada. Entre os séculos XVII e XIX os Estados (principalmente os europeus) detinham, de maneira *exclusiva*, a qualidade de sujeitos do Direito Internacional Público. Depois do século XX, essa situação se transforma, passando tais Estados a ter que dividir esse seu antigo *status* com outros atores da sociedade internacional, que também passaram a participar da cena exterior de variadas formas e sob diversos contextos.” (...) Em decorrência dessa mudança, “a condição dos indivíduos como detentores de personalidade jurídica internacional é uma das mais notáveis conquistas do Direito Internacional Público do século XX, lograda em decorrência do processo de desenvolvimento e solidificação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.” Isso porque “as pessoas passaram a ter direitos próprios, estranhos às normas endereçadas aos Estados, tendo sido dotadas, inclusive, de instrumentos processuais para vindicar e fazer valer seus direitos no plano internacional.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. cit.*, ps. 418 e 436.

¹²⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 259.

¹²⁷ Adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

§ 3. Incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso.¹²⁸

Ao não cumprir com esse dever, isto é, a omissão dos Estados em responsabilizar criminalmente o indivíduo violador dos direitos humanos, poderá acarretar a responsabilização internacional do ente estatal. Não foi por outro motivo que o Brasil foi condenado, no ano de 2010, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar a Lei da Anistia¹²⁹ de modo a abranger os crimes praticados pelos agentes de repressão durante o regime militar.

Dessa forma:

[...] vários tratados internacionais de direitos humanos possuem dispositivos que *exigem dos Estados* a criminalização de determinadas condutas ofensivas aos direitos neles mencionados. Além disso, não é de hoje que as instâncias judiciais e quase judiciais de defesa de direitos humanos extraem, pela via hermenêutica, dos textos internacionais um *dever de investigar e punir criminalmente* aqueles que violaram os direitos humanos. Obviamente, este dever exige também que o Estado tipifique penalmente a conduta impugnada para que possa investigar e punir (decorrência lógica).¹³⁰

Uma análise do cenário atual nos permite trazer duas conclusões acerca da *persecução penal internacional*. Primeiramente, é possível afirmar que “*nasce um novo paradigma da relação entre o direito penal e a proteção dos direitos humanos, de ênfase na proteção da vítima e na punição dos algozes*”¹³¹. Em decorrência dessa nova situação, surge uma “*responsabilidade do indivíduo derivada do Direito Internacional*”¹³².

¹²⁸ Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

¹²⁹ Lei Federal nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Conforme o seu artigo 1º, “*É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.*”

¹³⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 259.

¹³¹ *Ibidem*, p. 260.

¹³² *Ibidem*, p. 260.

2.1. A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL

A consagração do Estado como centro das relações internacionais desde a Paz de Westfália (1648), afastava a possibilidade de se responsabilizar individualmente uma pessoa no plano internacional. Qualquer ato ilícito praticado por um indivíduo enquanto agente público acarretava a responsabilização apenas e exclusivamente do Estado em questão. A responsabilidade internacional, portanto, restringia-se à figura do próprio Estado. Nas palavras de José Cretella Neto:

Durante a maior parte de sua existência o Direito Internacional considerou como sujeitos exclusivamente os Estados, o que confundia as responsabilidades de nações com as de seus governantes ou com as de cidadãos a seu serviço.¹³³

Esse panorama começou a mudar com o fim da Primeira Guerra Mundial, ocasião em que os vencedores da Grande Guerra tentaram submeter a julgamento o Kaiser Guilherme II, por crimes cometidos enquanto Chefe de Estado. Obtido asilo político na Holanda após o conflito e ante a recusa em extraditá-lo, a responsabilização restou frustrada.¹³⁴

O ponto decisivo, nesse processo de formação da responsabilidade penal internacional, foi o período logo após a Segunda Guerra Mundial. Verificadas as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários, a proteção dos direitos humanos entrou em definitivo na agenda internacional. Em 8 de agosto de 1945 foi instituído o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, criado pelos governos da França, Estados Unidos da América, Grã-Bretanha e URSS, para julgar e punir os grandes criminosos de guerra das potências europeias do Eixo¹³⁵. Nos termos do artigo 6º do

¹³³ CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008, p. 91.

¹³⁴ O artigo 227 do Tratado de Versailles de 1919 “previa a criação de um ‘tribunal especial’, no qual existiriam todas as garantias essenciais para a defesa. Seria composto por cinco juízes (indicados pelos Estados Unidos, Reino Unido, França, Itália e Japão), que julgariam ofensas à *moralidade internacional* e à inviolabilidade dos tratados.” RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 260.

¹³⁵ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 167.

seu Estatuto¹³⁶, teria jurisdição e competência para julgar os *crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade*.

O legado desse Tribunal foi o *reconhecimento das bases iniciais de um Direito Internacional Penal*, pois, como destaca Celso Lafer:

Nuremberg, como o Direito do momento do segundo pós-guerra, teve como nota básica situar no âmbito do Judiciário a reação dos vencedores aos crimes do nazismo. Se é certa a afirmação de que as potências vitoriosas criaram um Direito Internacional Penal *ad hoc* através do estatuto do tribunal, é igualmente válido dizer-se que elas o fizeram sem desvio de poder, pois não incidiram na tentação das represálias e das violências incontroladas. Esta conquista da consciência jurídica teve desdobramentos importantes no tempo, pois Nuremberg não se esgotou nas sentenças de um tribunal *ad hoc*, mas acabou se convertendo no momento inicial que levou à afirmação, no plano do Direito Positivo, de um Direito Internacional Penal.

Os princípios estatuídos durante o julgamento em Nuremberg foram reconhecidos posteriormente por diversas resoluções¹³⁷ da ONU e por diversos tratados internacionais, dando início “a um Direito Internacional Penal com um regime específico e distinto de responsabilidade.”¹³⁸

Assim, no ano de 1947, a Assembleia Geral da ONU atribuiu à sua Comissão de Direito Internacional a tarefa de codificar os referidos princípios¹³⁹, e, em 1950, a Comissão apresentou o seu relatório, sintetizando sete princípios, conhecidos como “Princípios de Nuremberg”:

¹³⁶ O Acordo de Londres, celebrado em 8 de agosto de 1945, estabeleceu o Tribunal Militar Internacional, e o seu anexo continha o Estatuto do Tribunal. Apesar de fixar Berlim como sede, os julgamentos foram feitos na cidade de Nuremberg, passando para a história como “Tribunal de Nuremberg”.

¹³⁷ A **Resolução 3** da Assembleia Geral da ONU, adotada durante a 1ª Sessão, em 13 de fevereiro de 1946, não só reconhece a definição dos crimes de guerra, crimes contra a paz e os crimes contra a humanidade contidos no estatuto do Tribunal Militar Internacional, como também recomenda aos Estados, inclusive para os não-membros da ONU, a detenção e extradição dos criminosos de guerra para países que possam julgá-los e condená-los. Disponível em: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3\(I\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3(I)). Acessado em: 08/04/2014.

A **Resolução 95 (I)** da Assembleia Geral da ONU, também adotada durante a 1ª Sessão, em 11 de dezembro de 1946, confirma os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg.

¹³⁸ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 168.

¹³⁹ Tarefa atribuída pela Assembleia Geral por meio da Resolução 177(II), de 21 de novembro de 1947. Disponível em: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/177\(II\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/177(II)&Lang=S&Area=RESOLUTION). Acessado em: 08/04/2014.

Princípio I – Qualquer pessoa que comete um ato que constitui crime segundo o direito internacional será responsável por ele e passível de punição;

Princípio II – O fato de que as leis internas não imponham sanção por um ato que constitui crime internacional não exime a pessoa que o cometeu de responsabilidades perante o direito internacional;

Princípio III – O fato de que uma pessoa que tenha cometido um ato que constitua crime internacional seja chefe de Estado ou agente oficial responsável não a exime de responsabilidade perante o direito internacional;

Princípio IV – O fato de que uma pessoa agiu em cumprimento de uma ordem de seu governo ou de um superior não o exime de responsabilidade perante o direito internacional, desde que uma escolha moral fosse de fato possível;

Princípio V – Qualquer pessoa acusada de um crime internacional tem direito a um processo justo em relação aos fatos e ao direito;

Princípio VI – Os crimes enumerados a seguir são puníveis como crimes internacionais:

a) Crimes contra a paz: (i) Planejamento, preparação, iniciação ou prosseguimento de uma guerra de agressão ou em violação de tratados, acordos ou garantias internacionais; (ii) participação em um plano concertado ou em um conluio para a execução de qualquer um dos atos precedentes;

b) Crimes de Guerra: Violações das leis ou costumes de guerra que incluem, mas não se limitam a, assassinato, tratamento desumano ou deportação para trabalhos forçados ou para qualquer outro propósito, das populações civis nos territórios ocupados, assassinato ou tratamento desumano de prisioneiros de guerra ou de pessoas no mar, assassinato de reféns, pilhagem de bens públicos ou privados, destruição sem motivo de cidades e povoados ou aldeias, ou a devastação que as exigências militares não justifiquem;

c) Crimes contra a humanidade: Assassinato, extermínio, escravidão, deportação e quaisquer outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, ou perseguições por motivos religiosos, raciais ou políticos quando tais atos ou perseguições forem praticados para a execução ou em conexão com qualquer crime contra a paz ou com qualquer crime de guerra;

Princípio VII – Cumplicidade no cometimento de um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, conforme estabelecido no Princípio VI, é um crime com base no direito internacional.¹⁴⁰

Tomando por base estes princípios, reconhecidos institucionalmente pela ONU, os Estados passaram, então, a não só reconhecer a possibilidade de responsabilizar pessoalmente o agente criminoso, mas, indo além, a afastar a tradicional imunidade dos agentes públicos que impediam o seu julgamento. A partir desse momento histórico, o conjunto de normas internacionais relativas aos crimes internacionais em sentido estrito caminhará para um agudo endurecimento no tratamento dos violadores dos direitos humanos.

¹⁴⁰ Os sete princípios podem conferidos em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf.

Nessa trajetória de construção de um regime punitivo aos violadores de direitos humanos, a Assembleia Geral da ONU estabelece regras de cooperação internacional¹⁴¹ na *identificação, extradição e punição* dos acusados de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, incluindo a determinação de realizar a persecução penal pelo país da detenção do acusado ou a extradição para outros países que permitam a punição (princípio do *aut dedere aut judicare*, significando “ou extradita ou julga”). Na mesma resolução que trata destas regras, determina ainda a *proibição da concessão de asilo* para os suspeitos da prática desses crimes contra a humanidade.¹⁴²

Juntando-se a esse regime jurídico-punitivo em formação, foi celebrada a *Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade*¹⁴³. Segundo André de Carvalho Ramos, este documento “estipulou a inaplicabilidade das ‘regras técnicas de extinção da punibilidade’, as chamadas ‘*statutory limitations*’, o que acarreta a imprescritibilidade destes crimes.”

O dever dos Estados em punir criminalmente os violadores dos direitos humanos ficou consagrado, em definitivo, com a *Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena*, em 1993, que em seu item 60 determina:

60. Os Estados deverão revogar a legislação que conduza à impunidade dos responsáveis por violações graves dos Direitos Humanos, tais como a

¹⁴¹ **Resolução 3.074 (XXVIII)** da Assembleia Geral da ONU, adotada em 3 de dezembro de 1973. Disponível em: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3074\(XXVIII\)&Lang=S&Area=RESOLUTIO](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3074(XXVIII)&Lang=S&Area=RESOLUTIO) ON. Acessado em: 08/04/2014.

¹⁴² Idêntica proibição também é encontrada na Declaração sobre Asilo Territorial da Assembleia Geral da ONU, de 14 de dezembro de 1967, Resolução 2.312 (XXII).

¹⁴³ Adotada pela **Resolução 2.391** da Assembleia Geral da ONU, em 26 de novembro de 1968. Entrada em vigor: 11 de novembro de 1970. Dispõem em seu artigo 1º:

São imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes:

§1. Os crimes de guerra, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946, nomeadamente as "infrações graves" enumeradas na Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para a proteção às vítimas da guerra

§2. Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de "Apartheid"; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos.

tortura, devendo igualmente instaurar ações judiciais contra tais violações, fazendo assim prevalecer os princípios do Estado de Direito.¹⁴⁴

A análise do panorama atual nos revela que:

Ficou consagrada uma nova forma de relacionamento entre a proteção dos direitos humanos e o direito penal, com foco, em especial, no revigorado desejo do direito internacional dos direitos humanos pela repressão penal aos violadores de direitos humanos.

2.2. O CRIME INTERNACIONAL: ESPÉCIES

A definição de crime internacional não é tarefa fácil. Não havendo um consenso acerca do seu conceito, há, antes, uma profunda ambiguidade no termo.¹⁴⁵ Até o momento, observa José Cretella Neto, “apenas contornos mal delineados surgiram para estabelecer doutrina jurídica específica e plenamente satisfatória para os crimes internacionais.”¹⁴⁶

O conceito de crime internacional tem sido tratado há séculos, pois se referia a delitos cuja repressão transcendia aos limites territoriais dos Estados, possuindo uma dimensão internacional.¹⁴⁷ A exemplo da pirataria marítima – primeiro delito internacional a ser reprimido internacionalmente, esse tipo de crime exigia regras de jurisdição especiais e, sobretudo, cooperação entre os Estados.¹⁴⁸

Uma primeira definição de crimes internacionais pode ser pensada nos termos formulados por Antonio Cassese, como sendo “violações graves às regras do direito internacional que impõe a responsabilidade Penal Internacional individual” e,

¹⁴⁴

Disponível

em:

<http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>

¹⁴⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 313.

¹⁴⁶ CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008, p.49.

¹⁴⁷ SCHABAS, William A. *Na introduction to the International Criminal Court*. Cambridge University Press, 2003, p. 21 apud JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 314.

¹⁴⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 314.

com isso, “diferenciam-se dos casos de responsabilidade dos Estados, dentro dos quais os indivíduos atuam.”¹⁴⁹

De maneira geral, é possível abordar o conceito de crime internacional a partir de três espécies, conforme classificação apresentada por Carlos Eduardo Japiassú.¹⁵⁰ Primeiramente, os crimes internacionais em sentido estrito (ou propriamente ditos), constituindo em violações a bens ou interesses jurídicos supranacionais, gerando uma responsabilidade penal imediata fundada diretamente no Direito Internacional. Neste caso, estariam abrangidos pela expressão “crimes internacionais” apenas os já previstos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg (e hoje tipificados no Estatuto do Tribunal Penal Internacional) os delitos de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e a agressão.

Em uma segunda acepção, teríamos os crimes internacionais em sentido amplo, abrangendo os crimes transnacionais, ou seja, aqueles que por suas características, extensão e consequências ultrapassam fronteiras, envolvendo mais de um Estado, tais como o tráfico de drogas, o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro.

Por fim, numa terceira acepção e ainda mais ampla, teríamos os crimes internacionais por contaminação ou difusão, constituindo o conjunto de delitos que são praticados, mais ou menos ao mesmo tempo em lugares diversos, com as mesmas características, porém, passando de um Estado a outro, epidemicamente, “graças à rapidez dos meios de transporte, à instantaneidade das comunicações e à atividade dos mass media”¹⁵¹

Uma definição que parece caminhar nesse mesmo sentido, apenas com uma terminologia diferente, é a de José Cretella Neto, que estabelece os crimes nucleares do Direito Internacional (core crimes ou crimes under International Law), sendo aqueles sujeitos à competência do TPI, cuja gravidade preocupa a

¹⁴⁹ CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 23 apud JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 314. Nesta concepção, seriam crimes internacionais apenas os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade, o genocídio, a tortura, a de agressão e o terrorismo (apenas as formas mais extremas, com patrocínio ou tolerado pelo Estado). P. 24.

¹⁵⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 316.

¹⁵¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 317.

comunidade internacional em seu conjunto, e os demais crimes internacionais, baseados em tratados internacionais.¹⁵²

Uma outra proposta nos é apresentada por André de Carvalho Ramos, que classifica tais delitos a partir de duas categorias. De um lado os crimes internacionais em sentido estrito, também chamados de crimes de ‘jus cogens’ que regulam condutas “que afetam os valores essenciais (jus cogens) e que interessam não a um Estado ou grupo de Estados, mas a toda coletividade internacional.”¹⁵³ Nesse sentido, seriam crimes internacionais os previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, anteriormente referidos: o genocídio, os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e o crime de agressão.

Por outro lado, temos os crimes transnacionais, que regulam condutas de impacto transfronteiriço, apelando para a cooperação jurídica internacional em matéria penal.¹⁵⁴ Teríamos aqui delitos como o tráfico de seres humanos, o tráfico de drogas, o terrorismo.¹⁵⁵

Tomando por base a distinção entre as duas espécies de crimes, poderemos observar que isso reflete num diferenciado tratamento normativo. Em relação aos crimes transnacionais, não há uma homogeneidade no regramento; há tratados que tipificam o crime (inclusive com as elementares); há outros que estabelecem um dever para os Estados tipificarem as condutas; há tratados que estabelecem ao Estado o dever de exercer a jurisdição ou extraditar; e por fim, há tratados que estabelecem mecanismos de cooperação internacional, pressupondo uma tipificação. Por outro lado, no que diz respeito aos crimes internacionais em sentido estrito, optou-se pela tipificação dos delitos, com a previsão expressa de julgamento

¹⁵² CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008, ps. 325 e 481.

¹⁵³ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 267.

¹⁵⁴ Existem, hoje em dia, diversos mecanismos de cooperação jurídica internacional. Conforme noticiado no sitio do Ministério Público Federal, especificamente em relação à cooperação em matéria penal, podemos citar as seguintes medidas: a) extradição, b) execução de sentença penal estrangeira, c) transferências de pessoas (investigados/processados, vítimas/peritos/testemunhas, condenados), d) transferência de processos criminais, e) informação espontânea, f) assistência jurídica mútua (Mutual Legal Assistance-MLAT) e g) informação do direito estrangeiro. Material disponível em: <http://sci.pgr.mpf.mp.br/conteudo-banners/curso-de-cooperacao-juridica-internacional/cooperacao-juridica-internacional>. Acessado em: 6/05/2014.

¹⁵⁵ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit, p. 267.

em tribunais internacionais, na impossibilidade de julgamento pelo Estado¹⁵⁶, a exemplo do Estatuto do TPI, em seu artigo 5.1.

Há que se ponderar, entretanto, que apesar da distinção existente, no futuro pode-se caminhar para uma indiferenciação:

Cada vez mais os crimes transfronteiriços, com o tráfico de armas e lavagem de ativos, abalam valores essenciais da comunidade internacional, podendo no futuro existir tipos penais próprios e tribunais para julgar esses criminosos, na inação dos Estados.¹⁵⁷

Entre as diversas categorias de crimes internacionais enumeradas foram sendo desenvolvidas ao longo dos anos essencialmente mediante o Direito Internacional costumeiro e convencional. Entre 1815 e 1984 foram identificados 312 instrumentos jurídicos a eles aplicáveis. Desde então, pelo menos mais 100 convenções e instrumentos internacionais foram concluídos.¹⁵⁸

Numa análise desse conjunto de instrumentos internacionais, M. Cherif Bassiouni destaca que existem dez características penais que, se encontradas, ainda que apenas uma delas, são suficientes para caracterizar uma conduta proibida por uma convenção como crime internacional:

1. Reconhecimento explícito ou implícito da conduta proibida como crime internacional, ou crime segundo o Direito Internacional, ou ainda, meramente como crime;
2. Reconhecimento implícito da natureza penal do ato, mediante a imposição de obrigação de puni-lo, evitá-lo, persegui-lo, puni-lo ou algo semelhante;
3. Criminalização da conduta proscrita;
4. Estabelecimento do dever ou do direito de processar;
5. Estabelecimento do dever ou do direito de punir a conduta proscrita;
6. Estabelecimento do dever ou do direito de extraditar;
7. Estabelecimento do dever ou do direito de cooperar na persecução e na punição (incluindo a assistência judicial);
8. O estabelecimento das bases de uma jurisdição penal;
9. Referência à criação de um tribunal penal internacional ou tribunal internacional com características penais;
10. Negação de defesa com base em ordens superiores.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Ibidem, p. 268.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 268.

¹⁵⁸ CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008, p. 89.

¹⁵⁹ BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2 ed rev. Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 143.

Entre os crimes internacionais previstos pelos diversos documentos internacionais, focaremos apenas naqueles que protegem as minorias e os grupos vulneráveis. Assim, analisaremos os crimes de *jus cogens*: o genocídio e os crimes contra a humanidade.

2.2.1. Crime de genocídio

Entre os diversos efeitos gerados pelos conflitos armados que varreram o século XX, o historiador Eric Hobsbawm destacou um detalhe agudo acerca do pós-Segunda Guerra: “assim, o mundo acostumou-se à expulsão e matança compulsórias em escala astronômica, fenômenos tão conhecidos que foi preciso inventar novas palavras para eles: “sem Estado” (“apátrida”) ou “genocídio”.¹⁶⁰

Se o extermínio de um povo ou grupo não era novidade na história sangrenta da humanidade¹⁶¹, nominar tal ato tornou-se imprescindível. Surgia, então, o termo genocídio, inventado no fim da Segunda Guerra Mundial pelo jurista polonês Raphael Lemkin, um judeu refugiado que conseguiu asilo nos EUA.¹⁶² Lemkin concentrou esforços para:

Criar um termo que desse conta do que ocorria na Europa ocupada pelos nazistas, algo que descrevesse "ataques a todos os aspectos da nacionalidade - físicos, biológicos, políticos, sociais, culturais, econômicos e religiosos". A palavra foi cunhada por Lemkin em um livro sobre a legislação racial promulgada nos territórios conquistados por Hitler, livro que teve repercussão imediata na imprensa e nos meios diplomáticos.¹⁶³

Logo após a Segunda Guerra, Lemkin tornou-se um lobista incansável para que a ONU elaborasse uma convenção contra o genocídio, tendo em vista formar a

¹⁶⁰ HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 57.

¹⁶¹ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 280. O uso do termo “genocídio” o foi, sendo cunhado por LEMKIM em livro de 1944 ao se referir às técnicas nazistas de ocupação de território na Europa, tendo se inspirado nas partículas *genos* (raça, tribo) e *cídio* (assassinato). *Ibidem*, p. 280.

¹⁶² SANTORO, Maurício. Resenha da obra “Genocídio - A retórica americana em questão”. *Contexto Internacional*, vol.27 no.2 Rio de Janeiro July/Dec. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292005000200007&lang=pt. Acessado em: 08/05/2014.

¹⁶³ *Ibidem*.

base legal para futuras intervenções militares. O questionamento feito pelo jurista na época ainda tem o poder de expor a dinâmica dos interesses que pautam as relações internacionais:

Parece incoerente com nossos princípios de civilização que vender uma droga a um indivíduo seja considerado um problema de interesse mundial, enquanto envenenar com gás milhões de seres humanos possa ser um problema de interesse interno.¹⁶⁴

No ano de 1948 foi adotada a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio¹⁶⁵, sendo o primeiro tratado internacional de proteção aos direitos humanos aprovado pela ONU¹⁶⁶. A celebração desta Convenção se deu nos primeiros anos do segundo pós-guerra, conflito que, como se sabe, resultou na morte de milhões de pessoas pertencentes a grupos minoritários, comprometendo-se os Estados em prevenir e punir a prática do genocídio.

O reconhecimento do genocídio como crime internacional também encontra base na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça – principal órgão judiciário da ONU – que, ao proferir decisão no caso *Barcelona Traction* de 1970, “afirmou que existem obrigações assumidas em relação à comunidade internacional, indicando entre elas explicitamente a repressão ao genocídio.” No entender da Corte, o Direito Internacional contemporâneo enxerga estas obrigações como:

Oponíveis *erga omnes* porque distintas, pelas características de universalidade dos interesses que tutelam, das obrigações que os Estados assumem nas suas relações *inter se*. Por isso, normas como as que contemplam a repressão ao genocídio têm sido consideradas como *jus cogens* e, conseqüentemente, base para uma sanção penal.¹⁶⁷

No que diz respeito a alguns aspectos dogmáticos, cabe ressaltar, primeiramente, que o modelo de tipificação do genocídio feito pela Convenção de 1948 foi reproduzido, na sua inteireza, pelo atual Estatuto do TPI¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ Assinada em Paris, em 9 de dezembro de 1948. Ratificada pelo Brasil em 4 de setembro de 1951. Promulgada pelo Decreto n. 30.822, de 6.5.1952. Publicada no DO de 9.5.1952.

¹⁶⁶ PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 219.

¹⁶⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 170.

¹⁶⁸ De acordo com o artigo 6º do Estatuto de Roma:

De acordo com a redação dos dispositivos internacionais, configura-se o genocídio com a prática de certos atos com a *intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso*. Dessa leitura sobressai que o bem jurídico tutelado é a própria *existência* do grupo. O titular não é a pessoa física, mas o grupo, entendido como uma coletividade, possuindo o bem jurídico natureza supra-individual.¹⁶⁹ Nesse sentido:

O genocídio não ataca pessoas humanas concretas, mas o grupo racial a que essas pessoas pertencem. Em realidade, o que se pretende proteger é o grupo do qual aquele indivíduo faz parte, seja ele racial, étnico, nacional ou religioso.¹⁷⁰

Como é possível perceber, o genocídio é o crime internacional que afronta de maneira mais direta e intensa as minorias, pois ataca uma das características mais marcantes da condição humana: a diversidade. Em razão disso, as normas internacionais que tipificam o genocídio constituem uma verdadeira *tutela internacional penal dos direitos das minorias*. É nesse sentido que destaca Celso Lafer:

Conforme se verifica, a tipificação do crime de genocídio no art. 2º estabelece, nas letras a, b, c d e e, os aspectos objetivos do comportamento ilícito, e no seu *caput* o aspecto subjetivo, que é a *intenção* de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. É por isso que alguns autores, ao estudarem este crime, consideram-no um caso qualificado de crime contra a humanidade. É por isso também que, graças ao elemento subjetivo, a Convenção para a Prevenção do Genocídio se insere como um dos aspectos da tutela internacional penal dos direitos das minorias.¹⁷¹

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

¹⁶⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2009, p. 33.

¹⁷⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2009, p. 33.

¹⁷¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 171.

Quanto ao aspecto subjetivo, exige-se, para além do simples dolo, uma especial intenção do agente, “pois não basta a intenção de matar, devendo estar presente também o propósito de aniquilar, total ou parcialmente, o grupo”.¹⁷² Portanto, “se a ação de matar não for praticada com a intenção de exterminar, haverá homicídio e não será caracterizado o crime internacional.”¹⁷³

Em relação ao sujeito ativo, qualquer pessoa física pode ser sujeito ativo do delito de genocídio, independentemente da qualidade de agente público, de Chefe de Estado ou de Chefe de Governo, em razão do afastamento das tradicionais imunidades.¹⁷⁴ Quanto aos sujeitos passivos, não se exige um número mínimo de vítimas (de um homicídio, por exemplo), bastando apenas uma pessoa para configurar o genocídio, contanto que a vítima pertença a um dos quatro grupos protegidos e o agente tenha intenção de destruir, no todo ou em parte, o grupo.¹⁷⁵

Diante da evidente falta de menção da destruição de grupo político e de grupo social (grupo determinado por sua orientação sexual, por exemplo), eventuais atos direcionados a estes grupos podem ser tipificados na categoria de crimes contra a humanidade.¹⁷⁶

¹⁷² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2009, p. 36.

¹⁷³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2009, p. 36.

¹⁷⁴ Conforme o artigo 27 do Estatuto do TPI:

1.O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena. 2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

¹⁷⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2009, p. 34.

¹⁷⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 281.

2.2.2. Crimes contra a humanidade

Em um sentido amplo, todos os crimes internacionais são “crimes contra a humanidade”, pois ferem a consciência jurídica da sociedade internacional. Além das vítimas diretas dos atos criminosos, a Humanidade também é sujeito passivo dos crimes internacionais.¹⁷⁷

Se os *crimes contra a paz* e os *crimes de guerra* já eram considerados atos ilícitos pelo Direito Internacional, antes mesmo da II Guerra Mundial¹⁷⁸, a concepção de *crimes contra a humanidade* ganhou existência no Direito Internacional com o Tribunal Internacional Militar (Tribunal de Nuremberg),

O Estatuto de Londres de 1945, no artigo 6º, “c”, definiu como crimes contra a humanidade uma série de atos, tais como o homicídio, o extermínio, a escravização, deportação entre outros atos inumanos cometidos contra a população civil, antes ou durante a guerra, incluindo a *perseguição de natureza política, racial ou religiosa* na execução dos crimes que sejam de competência do Tribunal.¹⁷⁹

A prática dos atos bárbaros pelos nazistas levou a possibilidade de aniquilação de seres humanos a outra dimensão. Diante dessa realidade, a tipificação desses crimes “procurava identificar algo novo, que não tinha precedente específico no passado.”¹⁸⁰ Representava:

Um primeiro esforço de tipificar, como ilícito penal, o ineditismo da dominação totalitária, que pelas suas características próprias – o assassinato, o extermínio, a redução à escravidão, a deportação (...) tinha

¹⁷⁷ CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008, p. 348.

¹⁷⁸ A regulamentação jurídica da guerra e do uso da força armada em conflitos internacionais é conhecida como *jus in bello*, que apresenta duas vertentes: a) a preocupação com a proteção do ser humano em período de conflito armado (chamado de Direito de Genebra) e b) o que ocupa-se dos direitos e deveres dos beligerantes, visando à restrição e disciplina na escolha dos meios de destruição (chamado de Direito de Haia). LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 168.

¹⁷⁹ CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

¹⁸⁰ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 168.

uma especificidade que transcendia os crimes contra a paz e os crimes contra a guerra.¹⁸¹

Com a consolidação dos crimes contra a humanidade no plano internacional, deixou-se de exigir a sua conexão com uma situação de guerra. Recentemente, o Estatuto de Roma, em seu artigo 7º, definiu os crimes contra a humanidade como um ato de violação grave aos direitos humanos, realizado no *quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil*.¹⁸²

Segundo André de Carvalho Ramos: “busca-se, então, punir aqueles que, em regimes ditatoriais ou totalitários, usam a máquina do Estado ou de uma organização privada para promover violações graves de direitos humanos em uma situação de banalização de ataques a população civil.”¹⁸³

O Estatuto de Roma elencou, de forma não taxativa, um rol extenso de atos odiosos em seu artigo 7º:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de apartheid;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

¹⁸¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 168.

¹⁸² Durante as negociações da Conferência de Roma, discutiu-se se o ataque deveria ser “generalizado” e “sistemático” ou “generalizado” ou “sistemático”, prevalecendo a *cumulatividade*. Esse, aliás, é o entendimento que vem sendo adotado pela jurisprudência internacional mais recente. CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008, p. 369.

¹⁸³ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 283.

Os crimes contra a humanidade são muito próximos do crime de genocídio, já que ambos, em geral, resultam em assassinatos de grandes contingentes populacionais civis. Os crimes contra a humanidade, entretanto, são mais amplos que o genocídio (este visa à eliminação de grupos específicos) e, além disso, não se exige do agente a intenção de eliminar um grupo determinado.¹⁸⁴

Por fim, o fato destes crimes serem dirigidos contra uma população civil e não em face de um indivíduo determinado, isso não implica que *toda a população* de um Estado ou território deva ser afetada.¹⁸⁵ Não sendo necessário o ataque à *totalidade* da população, será suficiente demonstrar que *número significativo* de pessoas foi vitimizada.¹⁸⁶

2.3. O DEVER DE PUNIR DO ESTADO BRASILEIRO DECORRENTE DO DIREITO INTERNACIONAL

A evolução do direito internacional dos direitos humanos apontou para a necessidade em se estipular não apenas formas de prevenir as violações aos direitos humanos, mas também formas de *reparação* às vítimas. Especialmente quanto às reparações, documentos internacionais, que formam o núcleo de proteção aos direitos humanos – a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁸⁷ e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁸⁸ – previram o direito de toda pessoa receber dos tribunais nacionais *remédio efetivo* para os atos que violem os direitos fundamentais.

Tomando por base trabalho realizado pela Comissão de Direitos Humanos, no ano de 2005 a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução 60/147¹⁸⁹, traçando os *princípios e diretrizes básicas do direito à reparação das vítimas de*

¹⁸⁴ CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008, p. 365.

¹⁸⁵ CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008, p. 365.

¹⁸⁶ CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008, p. 367.

¹⁸⁷ Artigo 8º da Declaração, adotada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

¹⁸⁸ Artigo 2º, parágrafo 3º do Pacto, adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

¹⁸⁹ Adotados e proclamado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 60/147, de 16 de Dezembro de 2005. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_6/IIIPAG3_6_29.htm. Acessado em: 05/06/2014.

*violações de direitos humanos e do direito internacional humanitário.*¹⁹⁰ Neste documento foi consagrado o “dever de investigar, processar e punir criminalmente os atores de violações de direitos humanos como parte da obrigação genérica dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos.”¹⁹¹

No preâmbulo da Resolução 60/147 encontramos:

Recordando que o direito internacional consagra a obrigação de exercer acção penal sobre os autores de certos crimes internacionais, em conformidade com as obrigações internacionais dos Estados e os requisitos do direito interno ou nos termos previstos nos estatutos aplicáveis dos órgãos judiciários internacionais, e que o dever de exercer acção penal reforça as obrigações jurídicas internacionais a cumprir em conformidade com os requisitos e procedimentos previstos no direito interno, apoiando o conceito de complementaridade.¹⁹²

E no artigo 4º da referida Resolução, há a seguinte determinação aos Estados:

4. Em casos de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário que constituam crimes ao abrigo do direito internacional, *os Estados têm o dever de investigar e, se existirem provas suficientes, o dever de submeter a processo-crime a pessoa alegadamente responsável pelas violações e, se esta for considerada culpada, o dever de a punir.* Para além disso, nestes casos, os Estados devem, em conformidade com o direito internacional, cooperar entre si e auxiliar os órgãos jurisdicionais internacionais na investigação e julgamento de tais violações.¹⁹³

No direito internacional dos direitos humanos consolida-se, portanto, *o uso do direito penal como instrumento de repressão aos autores de violação aos direitos humanos.* Segundo André de Carvalho Ramos, tal uso se dá por meio dos chamados *mandatos de criminalização*, que podem ser *expressos* (se previstos nos

¹⁹⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos.* In Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.14, n.62, set./out. 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 27.

¹⁹¹ RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos.* In Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.14, n.62, set./out. 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 27.

¹⁹² Resolução 60/147, de 16 de Dezembro de 2005. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_6/IIIPAG3_6_29.htm. Acessado em: 05/06/2014.

¹⁹³ Resolução 60/147, de 16 de Dezembro de 2005. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_6/IIIPAG3_6_29.htm. Acessado em: 05/06/2014. Grifo meu.

tratados) ou *implícitos* (extraídos como parte dos deveres genéricos de respeito e garantia dos direitos humanos impostos aos Estados)¹⁹⁴.

Neste ponto do presente trabalho, cabe destacar alguns documentos internacionais que estabelecem deveres expressos ao Estado brasileiro em punir criminalmente atos de violação aos direitos das minorias e grupos vulneráveis.

Um primeiro documento diz respeito à *discriminação racial e à intolerância*. A *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*¹⁹⁵ estabelece tal dever em seu artigo 4º:

Os Estados Membros condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção, inter alia:

a) **A declarar, como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento.**¹⁹⁶

Nesse sentido, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, ocorrida na cidade de Viena, em junho de 1993, também mencionou um mandado de criminalização, ao estimular os Estados a adotarem *políticas de prevenção e combate a todas as formas e manifestações de racismo, xenofobia ou intolerância, promulgando legislação adequada se necessário, incluindo medidas de caráter penal*.¹⁹⁷ Dando cumprimento a esse dever, o Brasil editou a Lei 7.716, em 5 de janeiro de 1989, que *define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor*.

¹⁹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.14, n.62, set./out. 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 28.

¹⁹⁵ Adotada pela Resolução n.º 2.106-A da Assembleia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965. Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. Entrou em vigor no Brasil em 4.1.1969. Promulgada pelo Decreto n.º 65.810, de 8.12.1969. Publicada no D.O. de 10.12.1969. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int_eliminacao_disc_racial.htm.

¹⁹⁶ Decreto n.º 65.810, de 8.12.1969. Publicada no D.O. de 10.12.1969 Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int_eliminacao_disc_racial.htm. Grifo nosso.

¹⁹⁷ Declaração e Programação de Ação de Viena, item 20. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac>

Um segundo documento a ser mencionado refere-se à tutela penal das mulheres. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará ¹⁹⁸, também estabelece expressamente o dever de criminalizar e punir os atos de violência contra a mulher:

Art. 7º Os Estados Membros condenam toda as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em:

[...]

§ 2. Atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher.

§ 3. Incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso.¹⁹⁹

Mais uma vez o Brasil deu efetividade a uma obrigação internacional assumida, indicando, expressamente, a Convenção de Belém do Pará como fundamento para a edição da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Um terceiro documento diz respeito à criminalização do genocídio, conforme a já referida Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio²⁰⁰. Em seus artigos:

Artigo 1º

As partes - contratantes confirmam que o genocídio, quer cometido em tempo de paz, quer em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, o qual elas se comprometem a prevenir e a punir.

[...]

Artigo 5º

As Partes - contratantes assumem o compromisso de tomar, de acordo com as respectivas Constituições, as medidas legislativas necessárias a assegurar a aplicação das disposições da presente Convenção e,

C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf.

¹⁹⁸ Adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994 e ratificada

pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

¹⁹⁹ Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Grifo nosso.

²⁰⁰ Assinada em Paris, em 9.12.1948. Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 11.4.1951. Ratificada pelo Brasil em 4.9.1951. Promulgada pelo Decreto n. 30.822, de 6.5.1952. Publicada no DO de 9.5.1952. Aprovada e aberta à assinatura e ratificação ou adesão pela Resolução n. 260 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 9 de dezembro de 1948.

sobretudo, a estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no "artigo3º" .

O Estado brasileiro, em cumprimento ao mandado de criminalização expresso na Convenção, promulgou a Lei 2.889 no ano de 1956, criminalizando no plano interno a prática do genocídio.

Cabe ressaltar que a não adoção por parte dos Estados de qualquer obrigação que integre um conjunto de medidas penais configura violação aos direitos humanos e, conseqüentemente, pode expor o Estado faltoso à responsabilização internacional. Em uma eventual condenação por uma corte internacional de direitos humanos, é possível que a sentença estabeleça, além de eventuais indenizações às vítimas, impor obrigações de fazer ao Estado, consistente na efetivação de investigações e conseqüentes punições dos agentes violadores de direitos humanos.

2.4. AS FORMAS DE PERSECUÇÃO PENAL INTERNACIONAL

Cada uma dessas espécies seguirá um caminho na persecução penal internacional. O crime internacional em sentido estrito segue, em regra, a via da jurisdição internacional (julgados pelo TPI quando o Estado não efetivar a persecução penal), já os crimes transnacionais, seguem a via da jurisdição universal (julgados pelos Estados)²⁰¹

Portanto, a persecução penal internacional é realizada por duas vias que foram sendo construídas ao longo dos tempos: a *jurisdição internacional (tribunais internacionais)* e a *justiça universal*.

Pela via da *jurisdição universal*, não há um órgão internacional independente que irá julgar a causa. São os próprios Estados, por seus mecanismos internos de jurisdição, é que aplicarão o direito penal *positivado* ao caso sob julgamento, isso

²⁰¹ Neste ponto podemos destacar que a responsabilidade individual no campo internacional gerou duas espécies de regras, segundo distinção apontada por André de Carvalho Ramos. De uma lado, temos o *Direito Internacional Penal*, que tem por objeto os crimes internacionais em sentido estrito, consistindo num conjunto de normas internacionais que regulam violações a valores essenciais para a comunidade internacional. Por outro, temos o *Direito Penal Internacional*, que teria por objeto os crimes transnacionais, constituindo um conjunto de normas internacionais que regula penalmente condutas de impacto tranfronteiriço, recorrendo à cooperação internacional em matéria penal.

em decorrência de uma obrigação imposta por tratados e costumes internacionais. Neste caso, a aplicação da norma de direito internacional é feita de forma *indireta*.

Já o processo e julgamento por meio da *jurisdição internacional* efetiva-se por uma corte que irá aplicar a norma penal do direito internacional ao caso concreto, a exemplo do Tribunal Penal Internacional. O destaque, neste caso, é a efetivação da justiça por um órgão internacional e independente, que aplica a norma pertencente ao direito internacional *diretamente* ao acusado.

Segundo André de Carvalho Ramos²⁰², o Estatuto de Roma, documento que o instituiu, também se insere no conjunto de tratados internacionais protetivos de direitos humanos, haja vista proteger bens jurídicos como a vida (no crime de genocídio), a integridade física (nos crimes contra a humanidade), a autodeterminação dos povos (no crime de agressão).

Como se pode observar, o Direito Internacional dos Direitos Humanos vem impactando o Direito Positivo dos Estados de forma intensa. Utilizando-se do Direito Penal para punir os violadores de direitos humanos, os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos impõem deveres de criminalizar aos Estados. Assim, nos diversos documentos internacionais, é possível identificar os bens jurídicos que a sociedade internacional tem como fundamentais.

O uso do Direito Penal não se dá apenas materialmente ao estatuir as convenções internacionais as condutas proscritas e os valores protegidos. A persecução penal também está estruturalmente montada, podendo-se constatar um verdadeiro sistema punitivo que combina a força dos Estados com a força de uma jurisdição internacional.

Num primeiro momento, tenta-se aplicar o Direito Penal interno dos Estados, inclusive com recurso da jurisdição universal. Falhando o Estado, por motivos injustificados, na punição de um agente que violou gravemente os direitos humanos, pode entrar em cena a jurisdição internacional, hoje permanentemente instituída pelo Tribunal Internacional Penal.

²⁰² RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 291.

3. A TUTELA PENAL DAS MINORIAS NO PLANO INTERNO

3.1.O PANORAMA DO PRECONCEITO NA REALIDADE BRASILEIRA

Podemos imaginar que a discriminação no Brasil ocorre apenas contra os mais pobres. Esta tese encontra um certo respaldo, afirma Jaime Pinsky, pelo fato de que, na verdade, a posse de dinheiro tende a alterar o *status* da pessoa numa sociedade em que ser ou não rico faz, às vezes, toda a diferença.²⁰³ Em um contexto global em que os países são pautados pela lógica do mercado, a dicotomia da inclusão e da exclusão das pessoas é desenhada a partir da possibilidade de consumo e de produção, como destaca Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

No mundo globalizado neoliberal, os excluídos são produtos do sistema, mas carregam a culpa de não terem sabido alcançar sua inclusão (Hayek). Incluído, da sua parte, é aquele que está dentro do mercado, consumindo e, de consequência, produzindo. O excluído, por seu turno, sobrevive das migalhas porque, à margem do mercado (é um não-consumidor), coloca-se na condição de descartável e, portanto, no quadro atual, mostra-se como um empecilho, dado continuar demandando pelas necessidades básicas (*homo famelicus*).²⁰⁴

Em nossa sociedade, a demarcação da distância social entre as classes revela-se pelo fascínio dos signos de prestígio e poder, servindo o consumo de luxo como instrumento dessa nítida demarcação, como destaca Marilena Chauí:

A desigualdade na distribuição da renda – 2% possuem 98% da renda nacional, enquanto 98% possuem 2% dessa renda – não é percebida como forma dissimulada de *apartheid* social ou como socialmente inaceitável, mas é considerada natural e normal, ao mesmo tempo que explica porque o “povo ordeiro e pacífico” dispende anualmente fortunas em segurança, isto é, em instrumentos de proteção contra os excluídos da riqueza social. Em outras palavras, a sociedade brasileira está polarizada entre a carência

²⁰³ Continua o autor: “No Brasil a maneira mais rápida e prática de conquistar um título de doutor é vestir-se bem, ter um automóvel caro (se for importado, melhor ainda) e distribuir generosas gorjetas. Enquanto isso, o verdadeiro doutor, mal pago, mal vestido e dirigindo um fusqueta velho é frequentemente desconsiderado até por garçons das pizzarias onde arrisca parte do seu salário”, PINSKY, Jaime; ELUF, Luiza Nagib. *Brasileiro (a) é assim mesmo: cidadania e preconceito*. São Paulo: Contexto, 2002, p. 9.

²⁰⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do pensamento economicista no direito criminal hoje*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.8, n.32, p.297-310, out./dez. 2000, p. 41.

absoluta das camadas populares e o privilégio absoluto das camadas dominantes e dirigentes.²⁰⁵

Mas o fato é que a discriminação econômica é apenas uma das muitas formas discriminatórias que uma sociedade moderna e complexa como a nossa produz.²⁰⁶ Remontando ao período histórico do século XIX, em que a Nação brasileira dava os seus primeiros passos:

uma questão preocupava os intelectuais: como formar uma nacionalidade com gente tão distinta? De um lado, brancos, livres, falando português e praticando o cristianismo. De outro, negros, escravos, falando dialetos e praticando religiões africanas. Partindo de uma concepção europeia de nacionalidade imaginavam a impossibilidade de uma Nação multirracial ou multirreligiosa (e nisto erraram), mas intuía a inviabilidade de um Estado nacional onde extremos sociais convivessem. Durante algum tempo vivemos a ilusão de uma unidade nacional baseada numa pseudotolerância inter-racial numa esperança de que, sendo o país do futuro, o Brasil superaria as diferenças sociais.

Temos que constatar, hoje, a falência da esperança e a superação da ilusão.²⁰⁷

Nesse processo de construção do Estado brasileiro, não podemos perder de vista que o genocídio em face de minorias, como os indígenas e os negros, revelou-se como uma prática socialmente aceita e legalmente reconhecida:

A palavra é recente, mas os genocídios vêm sendo praticados há séculos, sempre com o mesmo significado: assassinato coletivo de povos, nações ou etnias. Nós mesmos no Brasil, temos, entre as páginas menos edificantes de nossa história, alguns genocídios perpetrados contra minorias, em nosso processo de construção nacional.

Ou não terá sido genocídio a matança desapiedada de índios, provocando a morte de milhões, a perda de identidade de outros tantos e a desaparecimento de riquíssimo acervo linguístico-cultural desenvolvido durante séculos pelas tribos dizimadas.

Genocídio com certeza foi o que aconteceu aos negros. Estudos recentes calculam que, ao longo dos séculos de duração da escravidão no Brasil, acima de 8.000.000 de negros foram apresados em suas aldeias com o objetivo de serem enviados, como escravos, para as lavouras de açúcar e café, em nosso país. Metade deles morreu no caminho para portos de embarque ou no próprio porto à espera do navio negreiro! Outros 400.000 morreram durante a viagem em que se transformavam de prisioneiros em escravos. Dos cerca de 4.000.000 que chegaram ao Brasil, não menos de 2.000.000 morreram nos quatro primeiros anos de Brasil graças ao tratamento que recebiam de seus senhores. Assim, dos mais de oito

²⁰⁵ CHAUI, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*, 8ª reimp. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2010, p. 93

²⁰⁶ PINSKY, Jaime; ELUF, Luiza Nagib. Op. cit., p. 9.

²⁰⁷ PINSKY, Jaime; ELUF, Luiza Nagib. Op. cit, p 23.

milhões de negros capturados apenas dois milhões chegaram ao Brasil e conseguiram sobreviver mais de quatro anos.²⁰⁸

O desenrolar desse processo histórico conduziu-nos, no pensamento de Marilena Chauí²⁰⁹, a uma *sociedade fortemente verticalizada* em todos os seus aspectos, determinada por uma estrutura hierárquica do espaço social. Em nossa sociedade, “as relações sociais e intersubjetivas são sempre realizadas como relação entre um superior, que manda, e um inferior, que obedece.”²¹⁰ Dessa forma:

As diferenças e assimetrias são sempre transformadas em desigualdades que reforçam a relação de mando-obediência. O outro jamais é reconhecido como sujeito nem como sujeito de direitos, jamais é reconhecido como subjetividade nem como alteridade. As relações entre os que se julgam iguais são de “parentesco”, isto é, de cumplicidade ou de compadrio; e entre os que são vistos como desiguais o relacionamento assume a forma do favor, da clientela, da tutela ou da cooptação. Enfim, quando a desigualdade é muito marcada, a relação social assume a forma nua da opressão física e/ou psíquica.

E a prática do preconceito, no caso brasileiro, inserida nessa forma verticalizada de relação social ajusta-se perfeitamente à lógica de opressão e subordinação das camadas socialmente excluídas. O grande mal da atitude preconceituosa é que ela busca estabelecer alguma espécie de distanciamento superior entre aquele que age preconceituosamente e o objeto do preconceito, mesmo quando a questão de ser ou não mais rico não esteja em pauta.”²¹¹ A exemplo da ideia disseminada de que “as mulheres guiam mal”: quando o autor da afirmação é um homem, ele está querendo se colocar, por oposição, na condição de bom motorista, melhor que as mulheres. Mais do que isso, ele procura se incluir no grupo de “homens” que, do seu ponto de vista, forma um conjunto de motoristas superiores ao conjunto das mulheres.²¹²

Por meio da dinâmica acima descrita, os preconceituosos pretendem marginalizar do poder aqueles a quem atribuem certas características menos “nobres” e incluir-se naquela estreita parcela da população possuidora das virtudes

²⁰⁸ Ibidem, p. 73.

²⁰⁹ CHAÚÍ, Marilena. Op. cit., p. 89.

²¹⁰ Ibidem, p. 89.

²¹¹ Idem, p. 10.

²¹² Idem, p. 10.

necessárias para o exercício das melhores funções; noutras palavras, o preconceito funciona como exercício de poder.

Na realidade brasileira:

O olhar branco e majoritário que lançamos pela História não perdoa nada. Apresentamo-nos como povo branco que, no máximo, recebeu algumas “contribuições” de outras raças. Como ensina a maioria de nossos manuais escolares. Segundo um deles, devemos (devemos quem, cara pálida?) aos índios a mandioca, a rede e a queimada (numa dessas, a agressão ao meio ambiente acaba virando coisa de índio...), e aos negros, alguns temperos, músicas e credices. Somos, na visão reproduzida na maioria das escolas, brancos que absorveram aspectos pitorescos das outras raças. Percebemos índios e negros com rancor (quando os acusamos a tingir a nossa brancura) ou no mínimo com desprezo, superiores que somos. O caso da “libertação dos escravos” é típico dessa atitude: até isto teria sido um ato dos brancos, nem nisso os negros teriam tido participação, foram simples objeto da História escrita pelas generosas e delicadas mãos da princesa Isabel.²¹³

3.2. TRATAMENTO DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA ÀS MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS

O Estado brasileiro possui, no que diz respeito à legislação penal, um complexo de normas legais que tipifica como crime diversas condutas atentatórias às minorias e aos grupos vulneráveis. Como epicentro desse sistema normativo penal temos a Lei 7.716/89, já que tutela diversos grupos minoritários e vulneráveis em um só corpo legislativo.

Originalmente, esta Lei tratava apenas dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. No ano de 1997 vem sofrer alteração²¹⁴ para abranger também os atos de discriminação baseados na etnia, na religião e na procedência nacional. Conjugada com a referida lei, temos a Lei 2.889 que criminaliza o genocídio, desde o ano de 1956, punindo a prática de condutas que tenham “*a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso*”²¹⁵

Além destas duas leis, que protegem as minorias de forma direta, temos diversos diplomas normativos tutelando penalmente outros grupos vulneráveis, a exemplo das *mulheres* (Lei 11.340/06), das *crianças e adolescentes* (Lei 8.069/90),

²¹³ Idem, p. 107.

²¹⁴ Alteração efetivada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97.

²¹⁵ Artigo 1º., da Lei 2.889/59.

dos *idosos* (Lei 10.741/03), dos *consumidores* (Lei 8.078/90), dos *portadores de deficiência* (Lei 7.853/89).

Neste trabalho, tendo em vista a impossibilidade de descer em detalhes cada um desses grupos, dedicaremos o foco sobre os grupos das mulheres e das crianças, vítimas mais contundentes das diversas formas de violência social e em item a seguir, trataremos mais de perto da Lei 7716/89.

As *mulheres* mereceram tratamento legislativo-penal em razão das múltiplas violências sofridas, sobrevivendo no ano de 2006 a Lei 11.340/06. De acordo com Fábio Konder Comparato, a eliminação do estatuto jurídico da inferioridade da mulher, no cotidiano da vida civil, somente veio ocorrer no século XX e, ainda assim, não em todos os países.²¹⁶ A discriminação feminina, continua o autor:

Não se cinge ao tratamento desigual, isto é, à consideração da mulher, para todos os efeitos, como ser inferior ao homem, o que ocorre com desoladora frequência nas relações de trabalho assalariado (...). A discriminação contra a mulher se manifesta, também, pela reiterada e muito difundida denegação do **direito à diferença**, vale dizer, a recusa de reconhecimento e respeito dos dados biológicos e valores culturais, componentes do universos feminino. Em ambas as hipóteses, aliás, essa discriminação ultrajante costuma fundar-se em tradições culturais eticamente indefensáveis e tanto mais perigosas quanto são assimiladas, pelas próprias mulheres, como normas de proteção de suas peculiaridades, por parte dos homens que desde sempre as subjugam e exploram.²¹⁷

Observando a realidade brasileira, constata-se que a cada 15 segundos uma mulher é agredida, e a cada 2 horas 1 mulher é assassinada. De 1980 a 2010 foram assassinadas no país cerca de 91 mil mulheres, sendo 43,5 mil só na última década. Com esses números, o Brasil ocupa o 7º lugar no ranking internacional sobre homicídios femininos, dentre 84 países analisados pela Organização Mundial da Saúde, entre os anos de 2006 e 2010. Esses dados foram colhidos pelo estudo Mapa da Violência 2012²¹⁸, que também apontou serem os atos violentos contra as mulheres praticados em ambiente doméstico e pelo parceiro ou marido (em torno de 65% dos casos).²¹⁹

²¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.289.

²¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 290.

²¹⁸ WASELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2012*. Os novos padrões da violência homicida no Brasil São Paulo, Instituto Sangari, 2011, p. 14.

²¹⁹ WASELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2012*. Os novos padrões da violência homicida no Brasil São Paulo, Instituto Sangari, 2011.

Levando em consideração esses dados e o cenário de violência no qual as mulheres estão inseridas, foi editada a Lei 11.340/06, que tem nítido caráter de proteção da mulher no ambiente doméstico. Porém, não podemos deixar de mencionar que o Estado brasileiro se obrigou a criminalizar os atos de violência contra a mulher, tomando por referência a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher) e a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, como já visto anteriormente.

Em razão desse compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro e diante da inércia estatal em punir atos violadores de direitos humanos das mulheres, o Brasil foi condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nos seguintes termos:

Quanto ao fundo da questão denunciada, a Comissão conclui neste relatório, elaborado segundo o disposto no artigo 51 da Convenção, que o Estado violou, em prejuízo da Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento e nos artigos II e XVII da Declaração, bem como no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. **Conclui também que essa violação segue um padrão discriminatório com respeito a tolerância da violência doméstica contra mulheres no Brasil por ineficácia da ação judicial. A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres.**²²⁰

É provável que a edição da Lei 11.340/06 tenha decorrido mais da exposição do Brasil na arena internacional como violador de direitos humanos que da sensibilidade em relação à violência a que estão submetidas as mulheres.

As *crianças e adolescentes*, constituindo um grupo vulnerável, recebeu a tutela penal por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, nos artigos 228 a 244-A. Em reforço ao Estatuto, o Código Penal

²²⁰ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 54/01. Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes. 4 de abril de 2001, item 3. Grifo nosso.

previu um Capítulo próprio dedicado aos crimes sexuais contra vulneráveis, o que inclui a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso com menores de 14 anos, nos artigos 217-A a 218-B.

O crimes mais comuns aos quais crianças e adolescentes estão expostos são a exploração sexual (tipificados no Estatuto da Criança e do Adolescente) e o abuso sexual (tipificados no Código Penal) no ambiente familiar. No que diz respeito à prática da exploração sexual, existem três situações encontradas na realidade brasileira: meninas confinadas em casas de prostituição, situação comum em cidades menores; meninas que saíram para as ruas, atendendo ao apelo do turismo sexual, principalmente em cidades “turísticas”; por último o modelo que se convive com as duas situações anteriores, de ocorrência nas cidades em desenvolvimento.²²¹

Outra prática que vem vitimizando vem as crianças e os adolescentes, é o abuso sexual²²², que, diferentemente da exploração sexual, ocorre em todas as classes sociais. Segundo dados do Ministério da Justiça:

Somente nos últimos oito anos, foram registrados 16.802 casos de abuso sexual contra crianças. Tal informação faz parte do relatório do Sistema de Informação para a Infância e Adolescência (SIPIA), órgão criado para subsidiar a adoção de medidas governamentais sobre políticas para crianças e adolescentes. Apontam os dados que no Brasil, 80% das crianças que sofreram algum tipo de abuso sexual são do sexo feminino e a metade dos estupros ocorridos são incestuosos, sendo 75% entre pais e filhas e bastante frequente também entre o padrasto e a enteada; 12% envolve tios, primos e outros parentes; 38% são amigos, vizinhos e estranhos.²²³

Na realidade brasileira, portanto, podemos enxergar uma triste situação em que a grande maioria dos abusos de natureza sexual cometidos contra as crianças e adolescentes ocorrem em um ambiente familiar. Esse contexto dificulta o enfrentamento dos casos de abuso, diante da paradoxal posição da criança que, ao mesmo tempo em que depende de seus ascendentes, são por eles abusadas.

²²¹ COSTA, Ana Paula Lemos. . Varas especializadas em crimes praticados contra a criança e o adolescente: possibilidades e limites da ação na defesa de direitos. In *Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará*. Ano 10, n. 1, sem. Fortaleza: 2010, p. 2.

²²² Condutas tipificadas nos artigos 217-A a 218-B, do Código Penal.

²²³ COSTA, Ana Paula Lemos. . Varas especializadas em crimes praticados contra a criança e o adolescente: possibilidades e limites da ação na defesa de direitos. In *Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará*. Ano 10, n. 1, sem. Fortaleza: 2010, p. 2.

3.3. MINORIAS RACIAIS, ÉTNICAS, RELIGIOSAS E DE PROCEDÊNCIA NACIONAL.

O tratamento do racismo no âmbito penal tem como base a Constituição da República. O artigo 5º, inciso XLII, determina, de maneira severa, que tal delito será obrigatoriamente *inafiançável, imprescritível e sujeito à pena de reclusão*. Segundo André de Carvalho Ramos, estas três características formariam um *estatuto constitucional punitivo*²²⁴ a que estaria sujeito o delito de racismo.

A edição da Lei 7.716, em 5 de janeiro de 1989, concretizou a referida norma constitucional, tipificando os *crimes de discriminação ou preconceito que tenham por base a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional*.²²⁵ A promulgação de uma lei que criminaliza a discriminação contra certos grupos específicos, revela a mudança de pensamento que se iniciou no Brasil, a partir da década de 1970, desmascarando a tese de que haveria no país uma espécie de “democracia racial”, consistente numa harmoniosa nação brasileira.²²⁶

A legislação penal pune, assim, o *preconceito*, que pode ser entendido como o “conceito ou opinião formados antecipadamente, sem levar em conta o fato que os conteste e, por extensão, suspeita, intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões etc.” Trata-se de um “sentimento em relação a uma raça ou a um povo, decorrente da adoção de crenças racistas.”²²⁷

A referida legislação pune, igualmente, a *discriminação*, que “ao contrario do preconceito, que é estático, consiste em uma atitude dinâmica de separação, apartação ou segregação, traduzindo a manifestação fática ou a concretização do

²²⁴ A expressão é de André de Carvalho Ramos. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 603.

²²⁵ Cabe lembrar que a Lei 7.716 revogou a Lei 1.390, de 3 de julho de 1951, também conhecida como Lei Afonso Arinos, a qual tipificava os atos de preconceito de raça ou de cor como contravenções penais.

²²⁶ Ações afirmativas. In SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLINI, PATRÍCIA Tuma Martins (Orgs.) *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 386.

²²⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 772.

preconceito.”²²⁸ As consequências da discriminação são a exclusão dos direitos básicos, como ressalta Patrícia Tuma e Alessandra Benedito:

O gravíssimo problema da discriminação, que tem mantido essa parcela da população à margem das benesses sociais, contribui para a manutenção do nosso subdesenvolvimento como nação, não obstante os arautos do desenvolvimento. Negam-se aos negros a oportunidade de sair da miséria, o direito à educação, saúde, saneamento básico, moradia, trabalho com remuneração justa e isonômica, muito embora tudo isso lhes esteja assegurado pelo ordenamento jurídico.²²⁹

Atualmente, é importante destacar que os crimes mais praticados na internet e que violam diretamente os direitos humanos, os atos de racismo estão entre os mais cometidos, só perdendo para a pornografia infantil, que figura em primeiro lugar. Conforme dados da SaferNet²³⁰, depois do racismo seguem as seguintes condutas mais recorrentes: atos de apologia e incitação a crimes contra a vida, homofobia, intolerância religiosa, xenofobia, neonazismo.

Os grupos tutelados pela referida lei, entretanto, restringem-se aos anteriormente citados, estando de fora, e, portanto, não constituindo crime, os atos discriminatórios praticados em razão da orientação sexual (homofobia), ou em razão da pobreza, tão comuns na realidade brasileira.

O primeiro grupo de pessoas tutelado pela Lei 7.716/89 tem por base a *raça*. Entendida, tradicionalmente, como o conjunto de indivíduos com traços físicos semelhantes e hereditários, tais como a cor da pele, tipo de cabelo, formato dos olhos, não é possível sustentar, com os avanços científicos nos dias de hoje, a existência de fronteiras biológicas entre as populações humanas. O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o conhecido Habeas Corpus 82.424/RS²³¹, seguiu essa linha de entendimento:

²²⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 772.

²²⁹ Ações afirmativas. In SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLINI, PATRÍCIA Tuma Martins (Orgs.) *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 393.

²³⁰ A SaferNet Brasil é uma associação civil de direito privado, com atuação nacional, e sem fins lucrativos. Fundada em 20 de dezembro de 2005 por um grupo de cientistas da computação, professores, pesquisadores e bacharéis em Direito, a organização surgiu ao longo de 2004 e 2005, originalmente voltada para o combate à pornografia infantil na Internet brasileira, atualmente recebe denúncias por diversas práticas contra os direitos humanos. Disponível em: <http://indicadores.safernet.org.br/>. Acesso em: 18/06/2014.

²³¹ Nesse julgamento, o réu Siegfried Ellwanger vinha, no correr dos anos, dedicando-se reiteradamente a publicar livros de caráter notoriamente anti-semita, (com a obra "Protocolos dos

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.²³²

Entretanto, a criação e subdivisão de pessoas em raças é e foi utilizado para fins políticos, nascendo a prática do racismo. O Supremo Tribunal Federal, naquele mesmo julgamento assim pronunciou:

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. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéreas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. [...]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.

A Comissão Interamericana de Direitos humanos, no ano de 2006, reconheceu a existência, em nosso País, do chamado racismo institucional, ao julgar o Caso 12.001, relativo à vítima brasileira Simone André Diniz:

Sábios de Sião"), bem como a negar o Holocausto como um fato histórico (com o livro "Holocausto - judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século"). Em que pese a alegação do acusado de que os judeus não formavam uma raça, o que afastaria a imprescritibilidade de sua conduta, o STF entendeu que não existem divisões em raças da humanidade, sendo que todos os grupos sociais previsto naquela norma penal estão sujeitos à imprescritibilidade.

²³² Habeas Corpus 82.424/RS Relator: Min. MOREIRA ALVES. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017. EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

84. A Comissão tem conhecimento que o racismo institucional é um obstáculo à aplicabilidade da lei anti-racismo no Brasil. “Da prova testemunhal, passando pelo inquérito na polícia até a decisão do Judiciário, há preconceito contra o negro. Os três níveis são incapazes de reconhecer o racismo contra o negro”.^[45]

85. Segundo informou os peticionários, este tratamento desigual que é dado aos crimes raciais no país, seja na fase investigativa, seja na judicial, reflete a distinção com que os funcionários da polícia e da justiça tratam as denúncias de ocorrência de discriminação racial, pois na maioria das vezes em que recebem estas denúncias, alegam a ausência de tipificação do crime e dificuldade em provar a intenção discriminatória toda vez que o perpetrador nega que quis discriminar a vítima, como fatores para não processar a denúncia.

86. Pretende-se também minimizar a atitude do agressor, fazendo parecer que tudo não passou de um mal entendido. Poucos ou raríssimos casos são denunciados, entre estes, a maioria é barrada na delegacia, onde os delegados minimizam a ação do acusando, entendendo como simples brincadeira ou mal entendido. Das denúncias que chegam a virar inquérito, muitas são descaracterizadas como mera injúria.^[46]

87. Essa prática tem como efeito a discriminação indireta na medida em que impede o reconhecimento do direito de um cidadão negro de não ser discriminado e o gozo e o exercício do direito desse mesmo cidadão de aceder à justiça para ver reparada a violação. Demais disso, tal prática causa um impacto negativo para a população afro-descendente de maneira geral. Foi isso precisamente que ocorreu com Simone André Diniz, quando buscou a tutela judicial para ver sanado a violação de que foi vítima.

88. Segundo Teles,^[47] o racismo consciente e explícito, na forma de insultos raciais, apesar de repreensíveis, são menos importantes para a manutenção da desigualdade racial do que as sutis práticas individuais e institucionais, comumente caracterizadas como “racismo institucional”. Ainda de acordo ao autor, estas práticas, no Brasil, derivam da forma de pensar que naturaliza a hierarquia racial e provavelmente causam mais danos dos que os menos comuns e mais divulgados insultos raciais.²³³

Já em relação ao elemento *cor*, no contexto normativo em que é utilizado, refere-se à cor da pele, podendo consistir em uma discriminação contra negros, brancos ou amarelos (asiáticos).²³⁴

O fator *grupo étnico* refere-se ao grupo de pessoas cultural e linguisticamente homogêneo, a exemplo das comunidades indígenas. Deve-se conjugar este dispositivo com a Lei 6.001/73, o chamado Estatuto do Índio, que também criminaliza certas condutas quando praticadas em face dos indígenas.²³⁵ O enfrentamento à discriminação em face dos indígenas têm importância especial

²³³ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. RELATÓRIO Nº 66/06. CASO 12.001 MÉRITO. SIMONE ANDRÉ DINIZ. BRASIL. 21 de outubro de 2006.

²³⁴ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 775.

²³⁵ BRASIL. Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

diante da realidade brasileira, haja vista o histórico de violência e desprezo com a sua cultura , como destaca Fernanda Rocha Martins:

Ao lado do negro africano, desenraizado e escravizado, os índios, sem sombra de dúvida, foram os que mais sofreram com a colonização portuguesa. Tidos como seres inferiores, os índios assistiram aos extermínio de suas populações; à invasão de suas terras; à subjugação de sua imensa diversidade cultural; e, não bastasse, perderam sua autonomia política para um povo que se autointitulava superior.²³⁶

Já o elemento *religião* consiste na fé ou crença em Deus outra forma de poder sobrenatural e superior do qual depende a existência humana, expressa mediante um conjunto de práticas, rituais seguidos pelo grupo religioso. Interessante observar que a discriminação baseada no ateísmo, que certamente representaria um ataque a uma minoria no Brasil, não é abrangida pelo tipo penal e, portanto, não constitui crime.

Quanto à *procedência nacional* refere-se ao preconceito contra nacionais de outro Estado-membro ou Região do Brasil, podendo ser identificada pelo modo de falar e pela expressão cultural.²³⁷

Todos esses grupos minoritários recebem uma tutela penal que é marcada pela imprescritibilidade. A inércia estatal em dar início ao seu poder de punir traz como consequência a extinção da punibilidade, impossibilitando a aplicação de sanção ao suposto acusado. Essa regra vale para a quase totalidade dos crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro, até mesmo para o delito de homicídio.

Em relação aos crimes de preconceito, entretanto, a nossa Constituição da República a afastou expressamente, prevendo a imprescritibilidade do racismo. O motivo dessa severidade dado ao tratamento do racismo foi destacado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Corpus 82.424/RS:

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de

²³⁶ A política indigenista no Brasil. In SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLINI, PATRÍCIA Tuma Martins (Orgs.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p.548.

²³⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 775.

imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.²³⁸

Parte II – Fundamentação da tutela penal e sua análise criminológica

4. A LEGITIMIDADE DA TUTELA PENAL DAS MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS: ANÁLISE CRÍTICA

A partir do cenário descrito nos itens anteriores, podemos constatar que as minorias e os grupos vulneráveis recebem uma ampla proteção no nível normativo. Ao fazerem parte dos direitos humanos, os grupos vulneráveis e minoritários recebem toda a carga de proteção conferida aos direitos humanos, especialmente nos dias atuais, em que os direitos humanos desempenham um papel central não só no plano jurídico, mas também no plano político, transformando-se, segundo Boaventura de Sousa Santos, na linguagem da política progressista.²³⁹

A proteção penal às minorias, portanto, consiste num complexo sistema normativo em que as normas internacionais interagem, de maneira profunda, com as normas penais internas do Estado brasileiro. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao mesmo tempo em que obriga o Brasil a criminalizar, processar e punir condutas violadoras dos direitos humanos, também responsabiliza internacionalmente o Estado, caso este deixe de efetivar a persecução penal.

Neste momento, pretendemos realizar uma análise acerca dos fundamentos da tutela penal das minorias e grupos vulneráveis. Tal reflexão nos revela o

²³⁸ Habeas Corpus 82.424/RS Relator: Min. MOREIRA ALVES. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017. EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

²³⁹ Em que pese concordarmos parcialmente com Boaventura, conclui ele que “quer nos países centrais, quer em todo o mundo em desenvolvimento, as forças progressistas preferiram a linguagem da revolução e do socialismo para formular uma política emancipatória. E, no entanto, perante a crise aparentemente irreversível destes projetos de emancipação, essas mesmas forças progressistas recorrem hoje aos direitos humanos para reinventar a linguagem da emancipação.” SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, nº 48, junho, 1997, p. 11.

enfrentamento à outra questão num nível mais profundo. O fato de se questionar os fundamentos da proteção penal às minorias nos conduz à indagação de quais seriam os fundamentos do próprio Direito Penal. Enfrentado este problema, as conclusões obtidas poderão ser direcionadas ao contexto das minorias e dos grupos vulneráveis.

4.1. A TUTELA PENAL: DEFINIÇÃO E NATUREZA

A *tutela penal*²⁴⁰ consiste na proteção dada pelas normas penais a certas situações relevantes ou a certos interesses e valores sociais tidos como imprescindíveis à coletividade. A ideia subjacente à tutela penal, portanto, encerra uma *proteção* feita pelo ordenamento jurídico. Exemplificando, a *tutela penal ao meio ambiente* revela que este, além de ser protegido por normas de outros ramos do Direito – pelas normas constitucionais e pelas leis ambientais –, também recebe proteção pelo Direito Penal. O meio ambiente, portanto, por ser relevante socialmente, é tutelado de maneira transversal pelas diversas normas do ordenamento jurídico.

Se o direito penal protege certos interesses sociais tal como outras normas do ordenamento jurídico também o fazem, o que diferencia a tutela penal da proteção dada pelos demais ramos do direito? Ou, na indagação formulada por Zaffaroni, qual deve ser sua *característica diferenciadora*?²⁴¹ “Esta característica não pode ser encontrada em outra parte senão no meio em que o direito penal provê à segurança jurídica: a coerção penal.”²⁴²

A sanção criminal, constituindo numa ameaça de supressão da liberdade do indivíduo, deve ser, em termos gerais, mais grave do que as de mais sanções jurídicas, tais como a multa administrativa, a reparação civil. Entretanto, se genericamente a sanção penal deve ser mais gravosa, em determinados casos

²⁴⁰ Não se pode deixar de referir aos diversos sentidos que o termo “Direito Penal” pode apresentar: a) parte do ordenamento jurídico que define crimes e sanções (sinônimo de direito penal objetivo), b) ciência ou saber penal que tem por objeto o conhecimento, interpretação e sistematização do direito positivo, e ainda, c) como sinônimo de poder de punir do Estado, ou *jus puniendi* (direito penal subjetivo).

²⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro : parte geral*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 95.

²⁴² *Ibidem*, p. 95.

concretos é possível que uma multa criminal seja menos grave que uma multa ambiental²⁴³. Dessa forma, o critério da gravidade só tem pertinência enquanto critério geral, pois, em certas situações concretas, não propiciará consequências práticas.

Diante dessa constatação, Zaffaroni conclui que a sanção penal, sendo indispensável para a consecução da paz social, seria uma “sanção *particularmente preventiva ou particularmente reparadora*, que se distinga da prevenção e reparação ordinárias, comuns a todas as sanções jurídicas.”²⁴⁴ O traço distintivo da intervenção penal, portanto, revela que:

O direito penal tem, como caráter diferenciador, o de procurar cumprir a função de prover à segurança jurídica mediante a coerção penal, e esta, por sua vez, se distingue das restantes coerções jurídicas, porque aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador.
245

Um outro aspecto da tutela penal que gera discussão entre os doutrinadores refere-se ao grau de autonomia do direito penal frente aos demais ramos do direito, havendo dúvida se a intervenção penal possuiria natureza autônoma (primária) ou acessória (secundária).

O enfrentamento dessa questão pode ser feito, como sugere Paulo Queiroz, em dois sentidos: social (ou político) e lógico-sistemático. Socialmente considerada, “é pacífica a doutrina no sentido de que o direito penal somente deve ser chamado a intervir quando fracassem outras instâncias de controle social, como família, escola, trabalho, direito civil ou administrativo.” Nessa perspectiva, Gianpaolo Smanio observa que “o Direito Penal está inserido no chamado sistema de controle social e é uma de suas instituições,”²⁴⁶ diferenciando-se das demais instituições pela “formalização do controle que realiza, o que o libera das surpresas, do conjunturalismo e da subjetividade das demais formas de controle.”²⁴⁷

A divergência doutrinária ocorre dentro da perspectiva lógico-sistemática. Os autores que sustentam a natureza constitutiva afirmam que o Direito Penal regula certos bens de maneira autônoma, sem precisar recorrer a conceitos e funções de

²⁴³ Ibidem, p. 96.

²⁴⁴ Ibidem, p. 96.

²⁴⁵ Ibidem, p. 96.

²⁴⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 65.

²⁴⁷ Ibidem, p. 65.

outros ramos do direito. Seguindo essa linha, temos Cezar Roberto Bitencourt, que afirma ser “preciso reconhecer a *natureza primária e constitutiva* do Direito Penal – e não simplesmente acessória –, pois protege bens e interesses não protegidos por outros ramos do Direito, e, mesmo quando tutela bens já cobertos pela proteção de outras áreas do ordenamento jurídico, ainda assim, o faz de forma peculiar, dando-lhes nova feição e com distinta valoração.”²⁴⁸

Por outro lado, Paulo Queiroz observa que o Direito Penal, quando criminaliza determinados comportamentos, faz só depois de constatado o fracasso dessas formas menos danosas de intervenção do Estado. O direito penal não constitui o ilícito, portanto, limitando-se a reforçar a proteção de interesses já protegidos, ao castigar mais gravemente condutas que já são sancionadas pelo direito como um todo. O direito penal é um direito residual.²⁴⁹

Adotando uma linha conciliadora entre as duas posições opostas, Eugenio Raúl Zaffaroni sustenta que apesar de a tutela penal ser, em regra, subsidiária, há tipos penais que protegem bens não tutelados por outras áreas do Direito, a exemplo do crime da omissão de socorro. Nesse sentido, sustenta que o Direito Penal é “*predominantemente sancionador e excepcionalmente constitutivo*.”²⁵⁰ O Direito Penal não seria essencialmente “constitutivo” (primário ou autônomo) pelo fato de não existir uma antijuridicidade penal ontologicamente diferente, pois a conduta violadora de norma jurídica é contrária ao ordenamento como um todo.²⁵¹

Por outro lado, pode-se afirmar que o Direito Penal é “sancionador” (secundário ou acessório) no sentido de que “não contribui para a criação de antijuridicidade, e sim que se limita a agregar penas às condutas que já são antijurídicas à luz de outros ramos do direito.” Em outros termos, “o direito penal é sempre sancionador no sentido de que não cria bens jurídicos ou direitos, e sim que os agrega à sua tutela penal.”²⁵²

²⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 16 ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

²⁴⁹ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte Geral*. V. 1. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 66.

²⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul, op. cit., p. 97.

²⁵¹ É preciso pontuar que o conceito analítico de crime abrange a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

²⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raul, op. cit., p. 97.

Podemos concluir, pela perspectiva dogmática, que a tutela penal consiste na proteção de interesses sociais relevantes, cujo traço distintivo dessa proteção reside na sua *sanção* (particularmente preventiva ou reparadora) e na sua *natureza essencialmente subsidiária e excepcionalmente constitutiva*, ao estender sua proteção aos bens tutelados pelos demais ramos do Direito.

4.2. A LEGITIMIDADE DO PODER DE PUNIR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A justificação do direito de punir constitui, segundo Paulo Queiroz²⁵³, uma das preocupações mais antigas e controversas da filosofia. Ordinariamente relegado a plano secundário pelos manuais de direito penal, a despeito da importância fundamental que o tema possui, ou que deveria possuir, na elaboração e interpretação da lei penal, as funções desempenhadas por legisladores e juizes não podem ser razoavelmente realizados com o só conhecimento de princípios de dogmática penal, prescindindo-se do conhecimento dos fins que hão de orientar as suas atuações.²⁵⁴

O panorama teórico, em matéria de justificação da tutela penal, congrega um conjunto de teorias reunidas em duas grandes categorias opostas²⁵⁵. De um lado temos as *teorias legitimadoras*²⁵⁶, que justificam os custos do direito penal com razões e funções irrenunciáveis. Por outro, temos as *teorias deslegitimadoras* da intervenção penal, que desqualificam qualquer justificação ao direito penal e almejam a sua eliminação, contestando o seu fundamento ético-político e o considerando como desvantajoso em relação aos custos que proporciona.

²⁵³ QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 12.

²⁵⁴ Ibidem, p. 12.

²⁵⁵ Para conferir as teorias legitimadoras e deslegitimadoras, consultar: QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001; FABRETTI, Humberto B. *Direito penal do inimigo: uma análise sob os aspectos da cidadania*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie.

²⁵⁶ Luigi Ferrajoli prefere classificar tais doutrinas em “justificacionistas” e “abolicionistas”, op. cit., p. 230.

A fundamentação da tutela penal é tradicionalmente abordada sob a rubrica 'teorias da pena', que, no fundo, acabam sendo teorias do direito penal.²⁵⁷ Entretanto, temos que considerar, na linha de pensamento de Luigi Ferrajoli, que “o problema da justificação do direito penal é, na realidade, um conjunto de problemas.”²⁵⁸

Nesse sentido, a fundamentação da tutela penal não se restringiria apenas à questão da *pena*, mas abrangeria também outras duas questões, relativas ao *delito* e ao *processo*. Desdobrando esse pensamento, afirma o autor:

A primeira é aquela clássica no pensamento jurídico-filosófico, da justificação generalizada do direito de punir, vale dizer, da *pena*. A segunda diz respeito à justificação das escolhas que antecedem à definição dos pressupostos das penas, ou seja, dos eventos classificados como *delitos*. A terceira, por seu turno, refere-se à justificação das formas e dos procedimentos de individualização dos delitos e aplicação das respectivas penas, isto é, do *processo penal*.²⁵⁹

Para chegar a esse desdobramento, parte o autor italiano da premissa de que o direito penal é uma técnica de *definição*, de *individualização* e de *repressão* da desviação. Essa técnica manifesta-se através de coerções e restrições que correspondem aos momentos da técnica punitiva: a pena, o delito, e o processo. Diz Ferrajoli:

A primeira delas consiste na definição ou *proibição* dos comportamentos legalmente classificados como desviantes, e, portanto, em uma limitação da liberdade de ação de todas as pessoas. A segunda, por sua vez, consubstancia-se na sujeição coercitiva ao *juízo* penal de todos aqueles suspeitos de haver violado as proibições penais. A terceira, por derradeiro, identifica-se na repressão ou *punição* daqueles que tenham sido julgados culpados de haver perpetrado uma das violações supramencionadas.²⁶⁰

Vimos que a definição da tutela penal remete à ideia de proteção de certos valores sociais. O questionamento acerca dos *fundamentos* da tutela penal, por outro lado, leva-nos a indagações de outra ordem. Busca-se compreender qual a *justificativa* para a intervenção penal em uma realidade socioeconômica. Interessante notar que não se trata de questionar a *legalidade* da tutela penal, mas a

²⁵⁷ Ibidem. p. 12.

²⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 197.

²⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 195.

²⁶⁰ Ibidem, p. 195

sua *legitimidade*. A diferença é sensível, uma vez que a obediência à legalidade deriva das exigências de um Estado de Direito, tendo por fim limitar o poder político por meio da lei. A lei penal, assim, deve definir a conduta criminosa e cominar a pena, de forma prévia, clara, precisa e geral, expressando o princípio *nullum crimen sine lege*.

A ideia de legitimidade, por outro lado, não se refere a um exame de validade das leis penais em face de um ordenamento jurídico, mas à existência e à aceitação do poder punitivo estatal no meio social. A preocupação com a necessidade de justificar as intervenções penais está atrelada à natureza de suas sanções. Como visto, em um ordenamento jurídico as sanções penais são, abstratamente, as mais agudas, pois restringem de forma drástica um direito fundamental das pessoas: a liberdade. Em que pese as diversas medidas despenalizadoras²⁶¹ instituídas atualmente, que acabam por impedir seja o agente levado ao cárcere, a ameaça e a força simbólica exercida pelo direito penal sobre os indivíduos ainda se faz presente.

Se há diferença entre as ideias de legalidade e legitimidade, não se pode perder de vista a inter-relação existente entre ambas, quando estamos diante de um Estado Democrático de Direito. De acordo com Ferrajoli²⁶², o termo “Estado de Direito” não designa simplesmente um “Estado Legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo estatal instituído pelas modernas Constituições e que apresenta características singulares em dois planos: formal e substancial.²⁶³

No *plano formal*, revela-se pelo princípio da *legalidade*, que subordina todos os poderes (legislativo, executivo e judiciário) às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício de suas atribuições. No *plano substancial*, pela funcionalização dos poderes de Estado à garantia dos *direitos fundamentais*,

²⁶¹ A exemplo da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, prevista no Código Penal; a lei que instituiu os Juizados Especiais (Lei 9.099/95), permitindo a transação penal e evitando, com isso, o início de um processo; além da Lei de Drogas, que despenalizou o consumo de drogas, impossibilitando a aplicação da pena de prisão.

²⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 790.

²⁶³ Para aprofundar o estudo do tema Estado de Direito com base no pensamento de Luigi Ferrajoli, conferir: *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*, in: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

impondo vedações legais a lesões aos direitos de liberdade bem como o dever de satisfação dos direitos sociais.²⁶⁴

O primeiro plano representa a fonte de *legitimação formal* de qualquer poder, e o segundo plano dá origem à fonte de *legitimação substancial*. Nesse sentido, Ferrajoli afirma que “graças a estas duas fontes, não existem, no Estado de direito, poderes desregulados e atos de poder sem controle,”²⁶⁵ isto é, “todos os poderes são assim limitados por deveres jurídicos, relativos não somente à forma mas também aos conteúdos de seu exercício.”²⁶⁶

O fundamento da tutela penal em um Estado Democrático de Direito, assim, nos impele constantemente a sempre revisitar a seguinte indagação, formulada por Miguel Reale Júnior: “*como se justifica que o Estado castigue alguém, suprimindo-lhe direito básico garantido pela Constituição como a liberdade?*”²⁶⁷ Ou, como reflete Luigi Ferrajoli:

Em que se baseia este poder não poucas vezes chamado de ‘pretensão punitiva’ ou de ‘direito de punir’? Existem, e se existem, quais são as razões que tornam ‘justo’, ou ‘justificável’, ou ‘aceitável moralmente e/ou politicamente’ que, à violência ilegal representada pelo delito se agregue aquela segunda violência legal que é a pena?

O enfrentamento à essa pergunta central enseja um desdobramento de outras questões, não sendo suficiente oferecer uma única resposta. Assim sendo, nos tópicos seguintes, a problemática da legitimidade penal será abordada sob duas perspectivas: uma política e outra jurídica.

4.2.1. Fundamentação política da tutela penal: o controle social

A justificativa da intervenção penal a partir de uma *dimensão política* está relacionada ao exercício do *poder*. O debate sobre as funções do direito penal é tema político por excelência, pois o “direito penal é, ao menos na perspectiva do

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p.790.

²⁶⁵ Ibidem, p. 790.

²⁶⁶ Ibidem, p. 790.

²⁶⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, 3ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 16.

Estado, uma forma de gestão política de conflitos, nem a única, nem a mais importante.”²⁶⁸

Nessa perspectiva, Gianpaolo Smanio afirma que Direito Penal é “o resultado de escolhas políticas influenciadas pelo tipo de estado onde a sociedade está organizada. O direito de punir é uma manifestação do poder de supremacia do Estado nas relações com os cidadãos, principalmente na relação indivíduo-autoridade.”²⁶⁹ A justificativa do exercício do poder de punir por parte da doutrina residir na *necessidade* decorrente da vida em sociedade, como nos afirma Miguel Reale Júnior:

Concluo que o poder de punir do Estado é uma decorrência da “natureza das coisas” da vida associativa, que sucumbe na anarquia se não houver uma centralização da produção e imposição de normas sancionadoras, anarquia que atinge não apenas a associação ou o Estado, mas também os consorciados, que ficariam sujeitos, de forma indesejável e perigosa, e sem limites, à ação da força de diversos grupos, inviabilizando-se a coexistência em sociedade.²⁷⁰

Nas sociedades que se organizam politicamente há a instituição de mecanismos disciplinares que “assegurem a convivência interna de seus membros, razão pela qual se vê obrigada a criar uma gama de instrumentos que garantam a conformidade dos objetivos eleitos no plano social.”²⁷¹ É nesse contexto que se insere o chamado *controle social*, definido como um “conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitários.”²⁷²

O controle social, em sua totalidade, é extremamente amplo e difuso, perpassando por toda a sociedade e não se restringindo apenas à lei e ao Estado. Ao contrário, abrange também outras formas sociais, como a família, a escola e a religião. A reflexão de Zaffaroni nesse sentido é precisa:

²⁶⁸ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte Geral*. V. 1. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 387.

²⁶⁹ SMANIO, Gianpaolo Poggio, op. cit., p. 07.

²⁷⁰ Idem, p. 19.

²⁷¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2 ed, ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 60.

²⁷² Ibidem, p. 60.

[...] para avaliar o controle social em um determinado contexto, o observador não deve deter-se no sistema penal, e menos ainda na mera letra da lei penal, mas é mister analisar a estrutura familiar (autoritária ou não), a educação (a escola, os métodos pedagógicos, o controle ideológico das textos, a universalidade, a liberdade de cátedra etc), a medicina (a orientação 'anestesiante' ou puramente organicista, o mais antropológica de sua ideologia e prática) e muitos outros aspectos que tronam complicadíssimo o tecido social. Quem quiser formar uma ideia do modelo de sociedade com que depara, esquecendo esta pluridimensionalidade do fenômeno de controle, cairá num simplismo ilusório.²⁷³

Seguindo essa linha de raciocínio, o controle social é composto por dois sistemas articulados entre si.²⁷⁴ Tem-se um *controle social informal*, composto por instituições da sociedade civil: família, escola, profissão, opinião pública, grupos de pressão, clubes de serviço etc. E, por outro lado, tem-se o *controle social formal*, que se identifica com a atuação do aparelho político do Estado, realizados por intermédio da Polícia, da Justiça, do Exército, do Ministério Público, da Administração Penitenciária e das demais agências de controle social.²⁷⁵

Um grande traço distintivo entre os dois sistemas de controle social reside na forma de atuação. As instâncias de controle social informal operam educando, socializando o indivíduo, sendo mais sutis que as agências formais e atuando ao longo de toda a existência da pessoa. Segundo o pensamento de Sérgio Salomão Shecaira, nas sociedades atuais, marcadas pelo aprofundamento das complexidades sociais e o conseqüente enfraquecimento dos laços comunitários, "cada vez mais os mecanismos informais de controle social tornam-se enfraquecidos ou até mesmo inoperantes."²⁷⁶

Analisando o tema, Zaffaroni afirma que a solução dada aos conflitos entre os diversos grupos presentes na sociedade, acaba, ainda que de forma dinâmica, por revelar "uma certa estabilização que vai configurando a estrutura de poder de uma sociedade, que é em parte institucionalizada e em parte difusa."²⁷⁷

Podemos concluir, com o pensamento de Zaffaroni, que em toda sociedade há uma *estrutura de poder* (político e econômico), com grupos que dominam e

²⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raul, op. cit., p. 62.

²⁷⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 60.

²⁷⁵ Ibidem, p. 60.

²⁷⁶ Ibidem, p. 61.

²⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul, op. cit., p. 62.

grupos que são dominados, isto é, *com grupos mais próximos e grupos mais marginalizados do poder*, podendo-se distinguir graus de centralização e de marginalização. Nas palavras do referido autor, “há sociedades com centralização e marginalização extremas, e outras em que o fenômeno se apresenta mais atenuado, mas *em toda sociedade há centralização e marginalização do poder*.”²⁷⁸

4.2.2. Fundamentação jurídica da tutela penal: proteção de bens jurídicos

A relação entre Estado e Direito Penal, portanto, nos revela que os contornos que a intervenção penal poderá assumir dependem do modelo de Estado no qual está inserido, podendo exteriorizar-se de maneira democrática ou autoritária. O fins do direito penal não podem ser estudados de maneira descontextualizada de uma certa realidade política e social. Ao contrário, deve situar-se no tempo e no espaço, “mesmo porque os fins e limites do direito penal são, em última análise, os fins e limites do próprio Estado, motivo pelo qual cada modelo de Estado pede um modelo de direito penal.”²⁷⁹

A tutela penal, portanto, manifesta-se como expressão do poder estatal e, tomando um Estado a forma de um Estado de Direito²⁸⁰, mostra-se imprescindível a ideia de limites. É fundamental observar, destaca Miguel Reale Júnior, “que o exercício legítimo da força só se justifica no Estado de Direito se houver limites.”²⁸¹ Historicamente, com a queda do Antigo Regime e a instituição do Estado liberal, “formou-se a expressão ‘Estado de Direito’, posto que se buscava a limitação jurídica do poder punitivo.”²⁸²

Nessa linha de pensamento, “o primeiro limite, portanto, a ser examinado é o limite material do conteúdo da norma incriminadora, que deve visar à proteção de valores fundamentais à convivência social.”²⁸³ A justificativa teórica construída e

²⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul, op. cit., p. 62.

²⁷⁹ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte Geral*. V. 1. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 388.

²⁸⁰ Importante não confundir “Estado” com “Estado de Direito”, pois este refere-se a uma *qualidade* que se agrega a uma organização política estatal.

²⁸¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, 3ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 20.

²⁸² SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 65.

²⁸³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, 3ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 21.

amplamente difundida pela doutrina aponta no seguinte sentido: *a missão do direito penal consiste na proteção de bens jurídicos*²⁸⁴, isto é, a tutela penal representa a “proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena.”²⁸⁵

Dentro dessa perspectiva, o Direito Penal passa a assumir as funções de proteção efetiva dos cidadãos, e sua missão de prevenção ocorrerá na medida do necessário para aquela proteção, dentro dos limites fixados pelos princípios democráticos.²⁸⁶ Como ensina Francisco de Assis Toledo²⁸⁷, “a tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como, tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico.”²⁸⁸

O Direito Penal, portanto, deve proteger bens jurídicos, o que não significa que todo bem jurídico deva ser protegido pelo Direito Penal, mas somente aqueles que a própria sociedade reputa como mais importantes e merecedores da tutela penal. Daí o conceito de bem jurídico ser mais amplo que o conceito de bem jurídico penal.²⁸⁹ Os *bens jurídicos* protegidos pelo Direito Penal são selecionados por critérios político-criminais fundados na Constituição, o documento fundamental do moderno Estado Democrático de Direito.²⁹⁰

²⁸⁴ Em que pese o pensamento amplamente predominante apontar para a proteção de bens jurídicos como finalidade do Direito Penal, importante conferir o pensamento formulado por Gunther Jakobs. Para aprofundar o tema, conferir o estudo de Humberto Barrionuevo Fabretti, *Direito penal do inimigo: uma análise sob os aspectos da cidadania*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie.

²⁸⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 04.

²⁸⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio, op. cit., p. 66.

²⁸⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 13.

²⁸⁸ Embora a função do Direito Penal como proteção de bens jurídicos obtenha um amplo reconhecimento da doutrina moderna, ‘não se tem ganhado muito com esse reconhecimento, em virtude dos diversos conceitos apontados para os mesmos, o que resulta bastante vaga sua operatividade para a elaboração de um conceito material de delito.’. SMANIO, Gianpaolo Poggio, op. cit., p. 67.

²⁸⁹ SMANIO, Gianpaolo Poggio, op. cit., p. 67.

²⁹⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio, op. cit., p., p. 65.

Como acabamos de ver, a função primordial do direito penal radica na proteção de bens jurídico-penais, essenciais ao indivíduo e à comunidade.²⁹¹ Para atingir esse objetivo, em um Estado Democrático de Direito, o legislador seleciona os bens relevantes para a vida social e, em razão disso, merecedores de tutela penal.

Tendo isso em vista e seguindo o pensamento de Gianpaolo Smanio, o bem jurídico é conceituado como “um objeto da realidade, que constitui um interesse da sociedade para a manutenção de seu sistema social, protegido pelo direito, que estabelece uma relação de disponibilidade, por meio da tipificação das condutas.”

O bem jurídico acaba por exercer diversas funções. Na esfera da Política Criminal, tem a importante função de orientar o legislador na decisão de qual conduta deva ser reprimida por meio da ameaça penal. E mais: auxilia a definir, dentre múltiplas formas que a conduta possa apresentar, qual aquela especial que, dadas suas características, exige-se seja incriminada por ofender efetivamente um interesse avaliado como relevante.²⁹²

Além disso, o bem jurídico desempenha uma função limitadora do poder estatal, que não pode ser abandonada em um Estado Democrático de Direito. Isso porque, contemporaneamente, o Direito Penal só terá legitimidade em atuar quando se esteja diante de lesões ou ameaça de lesões aos bens jurídicos penais. Dogmaticamente, isso representa uma garantia do cidadão frente ao Estado, consubstanciando o denominado Princípio da Ofensividade.

4.2.3. Os contornos do Direito Penal: fragmentariedade e subsidiariedade

Intimamente vinculado ao tema da justificação da intervenção penal, é preciso indagar quais seriam os **critérios de legitimação** dessa intervenção estatal. Nas sociedades em que se adota um Estado Democrático de Direito, tem-se procurado definir os parâmetros da legitimidade da intervenção do direito penal com

²⁹¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1, 9ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

²⁹² REALE JÚNIOR, op. cit., p. 29.

base em dois conceitos: *dignidade penal* (Strafwürdigkeit) e *carência de tutela penal* (Strafbedürftigkeit).²⁹³

O primeiro instante da gênese da intervenção penal está na valoração, ou seja, no reconhecimento de um valor como revestido, por sua essencialidade à vida social, de dignidade penal.²⁹⁴

O patrimônio, a título de exemplo, é protegido pela Constituição da República bem como pelo direito civil, quando violado por um simples inadimplemento. Porém, diante de algumas condutas mais graves, passa a merecer tutela penal. O inadimplemento por meio de fraude, por exemplo, pode deslocar a tutela para além do âmbito civil, estendendo-se às arenas penais, tipificado pelo crime de estelionato em nossa legislação.

A dignidade penal ou o merecimento de pena, destaca Isaac Sabbá Guimaraes:

é um conceito que está intimamente ligado à teoria do bem jurídico, uma vez que, em termos amplos, tem por princípio a atribuição de pena a uma conduta socialmente danosa. Os primeiros casos de aplicação do conceito são atribuídos a Gallas e a Sauer, apesar de que sua origem possa remontar ao século XIX.²⁹⁵

Dessa forma, “a primeira constatação é a de que o valor protegido deve alcançar *dignidade penal*, havendo formas de comportamento que atingem esses valores tutelados penalmente de modo significativo.”²⁹⁶ Segundo Figueiredo Dias e Costa Andrade, “só assumem *dignidade penal* as condutas que lesem *bens jurídicos* ou, noutros termos, que sejam *socialmente danosas*.”²⁹⁷ Isso implica “a redução do

²⁹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 405. No mesmo sentido, adotando os critérios acima mencionados, REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, 3ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

²⁹⁴ Conforme o pensamento de Maria da Conceição Ferreira Cunha, Apud REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, 3ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 22.

²⁹⁵ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *A intervenção mínima para um direito penal eficaz*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30837-33188-1-PB.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2013.

²⁹⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, 3ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 21.

²⁹⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 405.

direito penal ao núcleo irreduzível – se bem que historicamente variável – dos valores ou interesses que contam com o apoio generalizado da sociedade.”²⁹⁸

Não é possível estabelecer, *a priori*, quais os valores e as formas de lesão a esses valores que devam merecer dignidade penal, pois variam de acordo com o contexto cultural e político do momento histórico.²⁹⁹ É possível, contudo, em um Estado de Direito Democrático excluir quais os valores e as condutas que não devem ter dignidade penal, pois seria uma injustificada intervenção estatal em áreas reservadas à autonomia da pessoa humana,³⁰⁰ a exemplo de convicções de cunho moral ou religioso.

A definição de uma conduta que lese bens jurídicos não esgota o problema da legitimidade da criminalização. A constatação da *dignidade penal* é apenas o primeiro momento da intervenção penal. A legitimidade penal só será perfectibilizada num segundo momento, em sede de *carência de tutela*. A partir dessa categoria, exprime-se o juízo de que em relação a determinadas condutas lesivas a bem jurídicos (sendo, portanto, dignos de sanção criminal) esta sanção é também de fato o *único meio para, de forma eficaz*, proteger a ordenação da sociedade.³⁰¹

Segundo Miguel Reale Jr, “para que o legislador eleja esta conduta como merecedora de pena, segue-se um outro momento, pois a dignidade penal é condição necessária ‘mas não suficiente para a intervenção criminalizadora estar justificada’,” sendo o passo seguinte o exame da necessidade ou carência de tutela penal.”

Acentuando este aspecto, Gianpaolo Smanio destaca que a tutela penal tem uma *medida*, um *limite*, isto é, “um bem jurídico só é penalmente tutelado quando sofre determinadas formas de afetação.”³⁰² O meio ambiente, por exemplo, é um bem jurídico, mas somente é tutelado penalmente quando ocorrem determinados ataques, como a caça predatória.³⁰³ Nos termos da Lei 9.605/98, temos nesse corpo legislativo a previsão de infrações administrativas e de delitos.

²⁹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 406.

²⁹⁹ Ibidem, p. 24.

³⁰⁰ REALE JÚNIOR, op. cit., p. 24.

³⁰¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 407.

³⁰² SMANIO, Gianpaolo Poggio, op. cit., p. 67.

³⁰³ Ibidem, p. 67.

A carência da tutela penal pressupõe um juízo de necessidade (*Erforderlichkeit*) de intervenção, por inexistir outro meio idôneo e eficaz de proteção do bem jurídico e um juízo de idoneidade (*Geeignetheit*) do direito penal, na medida em que outros meios se mostrem não apropriados.³⁰⁴

Desses dois critérios surgem os tão conclamados princípios da *fragmentariedade* e da *subsidiariedade*³⁰⁵, que fornecem contornos específicos do Direito Penal. Apesar de possuírem uma relação íntima, tais princípios diferem-se de forma sensível. Segundo Miguel reale Júnior:

O que se expressou acima, acerca da carência de pena, indica que o recurso à intervenção penal cabe apenas quando indispensável, em virtude de que tem o Direito Penal caráter subsidiário, devendo constituir a *ultima ratio* e, por isso, ser *fragmentário*, pois o antijurídico penal é restrito em face do antijurídico decorrente do Ordenamento, por ser obrigatoriamente seletivo, incriminando apenas algumas das condutas lesivas a determinado valor, as de grau elevado de ofensividade.³⁰⁶

Dessa forma, a legitimação da intervenção penal para proteger bens jurídicos repousa nos critérios da *dignidade penal* e da *carência de tutela*, que podem ser vistos pelas características da *fragmentariedade* e da *subsidiariedade*, determinando que o Direito Penal deva ser a *ultima ratio* do controle penal.³⁰⁷

4.3. OS FUNDAMENTOS DA TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS DAS MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS

A fundamentação do poder de punir, por nós dividida em política e jurídica, tem como função dar legitimidade ao Direito Penal como um todo. Assim, a

³⁰⁴ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Op. cit., p. 14. Ainda, segundo o autor, “Observa-se, primeiramente o caráter de complementaridade existente entre esses dois conceitos para a consecução da legitimação penal. Enquanto a dignidade penal emite um juízo de valoração (dos bens significativos da comunidade), a carência de tutela penal traduz a idéia de utilidade e de eficácia da intervenção do direito penal. Os dois critérios interagem-se, de forma que somente a determinação de dignidade penal é insuficiente para desencadear a legítima intervenção do direito penal. Faz-se necessária a indagação sobre a carência de tutela penal do bem jurídico.”, p. 14.

³⁰⁵ Alguns autores apontam tais qualidades não como princípios, mas como características do ordenamento jurídico penal.

³⁰⁶ REALE JÚNIOR, op. cit., p. 25.

³⁰⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 408.

fundamentação da intervenção penal para proteger minorias e grupos vulneráveis tem como base todo esse referencial teórico visto até aqui.

Para podermos enxergar a particularidade da tutela penal das minorias, entretanto, parece ser preciso acrescentar mais uma base teórica. Isso porque a relação estabelecida entre o Direito Penal e os direitos humanos é vista, tradicionalmente, como um conjunto de normas limitadoras do poder de punir estatal. Ao abrigarem normas penais de natureza material (legalidade e irretroatividade da lei penal) e de natureza processual (vedação do tribunal de exceção, devido processo legal) as Constituições vêm servindo, nas palavras de Nilo Batista, como “instrumento de contenção do estado de polícia que permanece encapsulado dentro de todo estado de direito historicamente dado.”³⁰⁸

A faceta penal do Direito Internacional dos Direitos Humanos, contudo, implica num redimensionamento do Direito Penal, descortinando um “novo paradigma dos objetivos e dos limites do direito penal em um Estado de Direito.”³⁰⁹ Seguindo essa nova perspectiva, no plano interno são as Constituições que vêm servindo não só para limitar o Direito Penal, mas para fundamentar a proteção de bens jurídicos.³¹⁰

O marco teórico que sustenta esse paradigma é a *teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais* (ou dos direitos humanos).³¹¹ A doutrina constitucional sustenta que os direitos fundamentais apresentam uma dupla perspectiva, na medida em que podem ser considerados tanto como *direitos subjetivos* individuais, quanto *elementos objetivos* fundamentais da comunidade.³¹² A norma legal que prevê a igualdade, por exemplo, pode ser, a um só tempo, um direito individual a ser postulado por qualquer pessoa, inclusive judicialmente, e, ao mesmo tempo, um valor básico daquela comunidade reconhecido normativamente.

³⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 319.

³⁰⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 263.

³¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos*: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.14, n.62, set./out. 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 15.

³¹¹ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 263.

³¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais traz, como um de seus desdobramentos, uma *eficácia dirigente* aos órgãos estatais, isto é, os direitos fundamentais conteriam uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e de proteção dos direitos fundamentais.”³¹³ A dimensão objetiva “faz com que os direitos humanos sejam regras de *imposição de deveres*, em geral ao Estado, de implementação e desenvolvimento dos direitos individuais.”³¹⁴

De acordo com Ingo Sarlet, o reconhecimento de deveres de proteção a cargo do Estado implica a este:

Zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.³¹⁵

Nesse contexto surgem os chamados *mandados de criminalização*, consistindo em dispositivos que ordenam a tipificação penal de determinadas condutas.³¹⁶ Os mandados de criminalização podem ser *expressos*, podendo ter previsão explícita em tratados internacionais ³¹⁷, ou nas Constituições que organizam os Estados, como o fez nossa Constituição no artigo 5º:

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

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

³¹³ Ibidem, p. 146.

³¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 263.

³¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 146.

³¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.14, n.62, set./out. 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 16.

³¹⁷ Como nos casos já vistos em relação ao racismo, à violência contra a mulher e o genocídio.

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência de algumas Cortes Constitucionais estrangeiras extraíram pela via hermenêutica os mandados de criminalização *implícitos*.³¹⁸ Neste caso, a ordem de utilização do Direito Penal para proteger certos bens jurídicos se justifica em razão da insuficiência da proteção sem o uso de normas penais.³¹⁹ De acordo com ensinamento de André de Carvalho Ramos, “ao mesmo tempo em que o Estado não pode se exceder no campo penal (proibição do excesso ou *Übermassverbot*), também não se pode omitir ou agir de modo insuficiente (proibição da insuficiência ou *Untermassverbot*).”³²⁰

Na dogmática constitucional, a proibição de insuficiência está atrelada ao princípio da proporcionalidade, que, segundo Ingo Sarlet:

O princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais. Por outro lado, poderá o Estado frustrar seus deveres de proteção, atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar (...)

4.4. ANÁLISE CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DA TUTELA PENAL ÀS MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS

4.5.1. Ressalva metodológica: a Criminologia Crítica

³¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.14, n.62, set./out. 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 16.

³¹⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.14, n.62, set./out. 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 16.

³²⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.14, n.62, set./out. 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 16.

A construção teórica que legitima as intervenções penais apresenta como função do Direito Penal a proteção de bens jurídicos essenciais à coletividade e o conseqüente controle social dos conflitos. Devemos observar, entretanto, que essa elaboração doutrinária é construída nos limites da dogmática jurídica, ou seja, esse arcabouço teórico é pautado pelo direito penal previsto e positivado pelo ente estatal.

Quando esse mesmo tema, porém, é tratado pela *Criminologia*, o problema passa a ser observado a partir de outros pressupostos, pois mergulha a tutela penal na realidade social e contextualiza a sua eficácia concreta. A perspectiva criminológica, portanto, permite que se questione a legitimidade da tutela penal dos grupos minoritários, confrontando o discurso punitivo com a realidade que o cerca.

A constatação a cada dia de que “toda e qualquer forma de crime pode ser considerado um fenômeno complexo, e portanto, impossível de ser explicado sob o olhar de uma só ciência”³²¹, possibilita que a Criminologia volte sua atenção não apenas ao crime ou ao criminoso, mas que tenha por objeto o próprio direito penal. Nesse sentido, a legitimidade da intervenção penal pode ser questionada em seus fundamentos.

Se na sua origem a Criminologia servia aos fins propostos pelo Direito Penal, hoje ela abandonou essa posição de subserviência ao Direito Penal, podendo questioná-lo e até mesmo confrontá-lo. O papel reflexivo que a Criminologia desempenha sobre o Direito Penal não pode ser negado. Como ressaltam Gianpaolo Smanio e Humberto Fabretti, a Criminologia não se resume mais a uma “mera utilização de métodos e análises no que diz respeito ao crime e ao criminoso.”

³²² Nesse sentido, Nilo Batista e Eugênio Raúl Zaffaroni definem a Criminologia como:

O conjunto de conhecimentos, de diversas áreas do saber, aplicados à análise e crítica do exercício do poder punitivo, para explicar sua

³²¹ GAUER, Ruth Maria Chittó. *Interdisciplinariedade & Ciências Criminais*. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). *Ensaio penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003, p.683.

³²² E continuam os autores, referindo que a criminologia analisa “os modelos de atuação das instâncias de controle e reação sociais e indaga de seus efeitos, propondo formas para sua atuação.” SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal: criminologia, princípios e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85.

operatividade social e individual e viabilizar uma redução em seus níveis de produção e reprodução de violência social.³²³

Tendo em vista que a Criminologia abrange diversas correntes do pensamento³²⁴, é preciso ressaltar que a perspectiva utilizada neste trabalho é a da *Criminologia Crítica*, entendida, segundo Alessandro Baratta, como um movimento do pensamento criminológico contemporâneo, que constrói uma teoria materialista do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização.³²⁵

A criminologia crítica surge como um movimento de superação das bases de pensamento da *criminologia positivista*. Esta, utilizando o enfoque biopsicológico, buscava a explicação do comportamento criminoso com base em dois postulados: entendia a criminalidade como um dado ontológico preconstituído à reação social e ao direito penal; e, em consequência, pretendia entender as “causas” da criminalidade independentemente das formas de reação social.³²⁶

O desenvolvimento do caminho metodológico da criminologia crítica altera, portanto, o estudo do fenômeno criminal, deslocando, por um lado, o enfoque teórico do *autor* para as *condições objetivas, estruturais e funcionais* que estão na origem dos delitos, e, por outro, deslocando o interesse nas *causas* do delito para os *mecanismos sociais e institucionais* através das quais são criadas as definições dos delitos e os processos de criminalização.³²⁷ Nesse sentido, a criminologia crítica “historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição.”³²⁸

A criminologia crítica, ao superar o antigo, porém ainda presente, paradigma etiológico (causas do crime), observa o comportamento criminoso não como uma qualidade inerente a determinados indivíduos, mas, segundo Alessandro Baratta,

³²³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 288.

³²⁴ Com base nas áreas biológicas, psicológicas, sociológicas.

³²⁵ BARATA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 159.

³²⁶ *Ibidem*, p. 160.

³²⁷ BARATA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 160.

³²⁸ BARATA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 160.

como um *status* atribuído a algumas pessoas, mediante uma dupla seleção: primeiro, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; e em seguida, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas.³²⁹

Os traços fundamentais da Criminologia Crítica apresentam as seguintes características, de acordo com Antonio García-Pablos de Molina: a *natureza difinitorial do delito*, pois uma conduta não é delituosa por si só (qualidade negativa inerente a ela), nem seu autor é um criminoso por merecimentos objetivos (nocividade do fato, patologia da personalidade), na esteira do pensamento de Michel Foucault, que afirma ser “verdade que é a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime: este, portanto, não é natural”³³⁰; *caráter constitutivo do controle social*, já que a criminalidade é criada pelo controle social, sendo que as agências do controle social (polícia, juízes) não declaram o caráter delitivo de um comportamento, senão o geram ou produzem ao etiquetá-lo; *seletividade e discricionariedade do controle social*, pois o etiquetamento do indivíduo como criminoso manifesta-se como um fator negativo que os mecanismos do controle social repartem com o mesmo critério de distribuição dos fatores positivos (fama, riqueza, poder): o *status* e o papel das pessoas; assim, “as *chances* e *riscos* de ser etiquetado como delinquente não dependem tanto da conduta executada (delito) como da posição do indivíduo na pirâmide social (*status*).”³³¹

4.5.2. A tutela penal protege de fato as minorias e os grupos vulneráveis?

As contribuições da criminologia crítica conduzem a uma crítica ao Direito Penal, levando-nos a questionar se a tutela penal pode de fato proteger as minorias e grupos vulneráveis. Centrada na *negação radical do mito do direito penal como*

³²⁹ BARATA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 161.

³³⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 41ª ed., trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 100.

³³¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *O que é criminologia?*; trad. Danilo Cymrot, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 135.

direito igual, o discurso penal se apresenta, ideologicamente, da seguinte maneira, segundo Alessandro Baratta³³²:

- a) O direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos;
- b) A lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos antissociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização.

A perspectiva criminológica crítica, porém, estabelece três proposições que vão no sentido oposto, assim formuladas³³³:

- a) O direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) A lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
- c) O grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

³³² BARATA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 162.

³³³ BARATA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 162.

Partindo desse arcabouço teórico crítico, a expansão do Direito Penal para proteger as minorias e os grupos vulneráveis, a exemplo da proposta de criminalização da homofobia ou do endurecimento das penas relativas ao racismo, apesar de aparentemente proporcionar uma sensação de proteção, na realidade, acaba por ocultar os motivos que originam estes conflitos sociais. A crítica aos defensores dessa expansão da reação punitiva foi levantada por Maria Lúcia Karam:

distanciando-se das tendências abolicionistas e de intervenção mínima, resultado das reflexões de criminólogos críticos e penalistas progressistas, que vieram desvendar o papel do sistema penal como um dos mais poderosos instrumentos de manutenção e reprodução da dominação e da exclusão, características da formação social capitalista (...) percebendo apenas superficialmente a concentração da atuação do sistema penal sobre os membros das classes subalternizadas, a deixar inatingidas condutas socialmente negativas das classes dominantes, não se preocupam em entender a clara razão desta atuação desigual, ingenuamente pretendendo que os mesmos mecanismos repressores se dirigissem ao enfrentamento da chamada criminalidade dourada [...].³³⁴

Estes setores, “inebriados pela reação punitiva”, não percebem que a pena, sendo na essência simples manifestação de poder, é “necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder.”³³⁵ Assim, não percebem que numa sociedade capitalista, sendo a distribuição de bens essencialmente desigual, a criminalização e a persecução penal funcionará dentro dessa lógica desigual:

Tratando-se de um atributo negativo, o *status* de criminoso necessariamente deve recair de forma preferencial sobre os membros das classes subalternizadas, da mesma forma que os bens e atributos positivos são preferencialmente distribuídos entre os membros das classes dominantes.³³⁶

Com base nestas críticas, parte da doutrina brasileira, a exemplo de Juarez Cirino dos Santos, observa que o Direito Penal possuiria *objetivos declarados* ou *manifestos*, calcados na ideia de igualdade, e *objetivos reais* ou *latentes*,

³³⁴ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. In: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, ano 1, número 1, 1º semestre de 1996, p. 79.

³³⁵ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. In: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, ano 1, número 1, 1º semestre de 1996, p. 81.

³³⁶ *Ibidem*, p. 81.

identificados pelo discurso crítico da teoria criminológica.³³⁷ Nesse mesmo sentido, Nilo Batista e Eugênio Raúl Zaffaroni afirmam:

O poder estatal concede às suas instituições *funções manifestas*, que são expressas, declaradas e públicas. Trata-se de uma necessidade republicana (...). Porém, em geral, essa função manifesta não coincide por completo com o que a instituição realiza na sociedade, ou seja, com suas *funções latentes* ou reais. Tal disparidade deve ser sempre objeto de crítica institucional, porque é a única maneira de controlar a racionalidade do poder, pois, em caso contrário, (se a discussão se mantiver ao mero nível das funções manifestas), o controle seria de pura racionalidade do discurso.³³⁸

Os *objetivos reais* da tutela penal permitem compreender o significado *político* dessa parte do ordenamento jurídico³³⁹, ou seja, como importante estratégia do controle social nas sociedades atuais. Nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas, em que os indivíduos se relacionam como *proprietários do capital* ou como *possuidores de força de trabalho*, todos os fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle jurídico e político do Estado devem ser estudados nas perspectivas *dessas classes sociais*.³⁴⁰

Nesse contexto, os aparatos de controle social do Estado (sistemas jurídico e político) instituem e reproduzem as condições materiais da vida social, protegendo interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados.³⁴¹

Entretanto, o Direito e o Estado não se limitam às funções *reais* de instituição e reprodução das relações sociais, exercendo também funções *ilusórias* de encobrimento da natureza dessas relações sociais, em geral apresentadas sob forma diversa pelo discurso jurídico estatal.³⁴² O tratamento penal de determinadas

³³⁷ Segundo o autor, essas duas facetas seriam “correspondentes às dimensões de *ilusão* e de *realidade* de todos os fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 04.

³³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 88.

³³⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 06.

³⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 06.

³⁴¹ Op. cit, 07.

³⁴² Op. cit, p. 07.

situações tem o efeito de ocultar as raízes dos conflitos sociais, podendo até mesmo retirá-los da pauta de discussão pública:

A monopolizadora reação punitiva contra um ou outro autor de condutas socialmente negativas, gerando a satisfação e o alívio experimentados com a punição e consequente identificação do inimigo, do mau, do perigoso, não só desvia as atenções como afasta a busca de outras soluções mais eficazes, dispensando a investigação das razões ensejadoras daquelas situações negativas, ao provocar a superficial sensação de que, com a punição, o problema já estaria satisfatoriamente resolvido. Aí se encontra um dos principais ângulos da funcionalidade do sistema penal, que, tornando invisíveis as fontes geradoras da criminalidade de qualquer natureza, permite e incentiva a crença em desvios pessoais a serem combatidos, deixando encobertos e intocáveis os desvios estruturais que os alimentam.³⁴³

O Direito penal, portanto, lastreado na legalidade, aliás, como todo o ordenamento jurídico, exalta a igualdade entre todos e, ao mesmo tempo, chancela a desigualdade social, como destaca, em precisa passagem, Alysson Leandro Mascaro: “Entender os mecanismos históricos e sociais que constroem, ao mesmo tempo, o império da igualdade formal e a miséria da desigualdade social, é buscar o nexos mais fundamentais da estrutura social.”³⁴⁴ A crítica ao princípio da igualdade formal dos indivíduos perante a lei também foi acentuada por Marilena Chauí:

As divisões sociais são naturalizadas em desigualdades postas como inferioridade natural (no caso das mulheres, dos trabalhadores, negros, índios, imigrantes, migrantes e idosos), e as diferenças, também naturalizadas, tendem a aparecer ora como desvios da norma (no caso das diferenças étnicas e de gênero), ora como perversão ou monstruosidade (no caso dos homossexuais, por exemplo). Essa naturalização, que esvazia a gênese histórica da desigualdade e da diferença, permite a naturalização de todas as formas visíveis e invisíveis de violência, pois estas não são percebidas como tais.

Em relação ao discurso penal, o *objetivo declarado* da intervenção penal produz uma aparência de *neutralidade* do sistema de justiça criminal, pela aparente igualdade que a lei apresenta. A sensação que se tem, portanto, é a de que a lei,

³⁴³ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. In: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, ano 1, número 1, 1º semestre de 1996, p. 82.

³⁴⁴ MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do Direito Brasileiro*, 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 15.

dirigida de maneira igual a todos, produz justiça, merecendo sanção todos aqueles que violarem as normas penais. Esse discurso, porém, é desmentido quando de atenta para a população carcerária, revelando que o sistema de justiça criminal tem uma clientela preferencial: os estratos pobres e miseráveis da população.

Esse paradoxo fica bastante claro em relação à população negra, quando se observa a posição do negro como vítima e a sua posição como violador da lei. O Brasil possui a 4ª maior população carcerária do mundo, em torno de 514.582 detentos, sendo que dessa totalidade, 275 mil, quase 60%, são negros, conforme indicadores do Departamento Penitenciário Nacional (Depen).³⁴⁵

Se ao negro, enquanto violador da lei, o sistema penal incide de maneira intensa, ao assumir a posição de vítima de um delito, esse mesmo sistema penal enfraquece a sua força. No ano de 2006, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou ao Estado Brasileiro, no caso Simone A. Diniz³⁴⁶, que tomasse diversas medidas, por ter o Brasil violado normas de direitos humanos.

³⁴⁵ Disponível em: <http://www.brasildefato.com.br/node/11078>. Acesso em: 02/05/2014.

³⁴⁶ A discriminação perpetrada em face de Simone A. Diniz foi assim relatada pela Comissão: “na data de 2 de março de 1997, a senhora Aparecida Gisele Mota da Silva, fez publicar no jornal “A Folha de São Paulo”, jornal de grande circulação no Estado de São Paulo, na parte de Classificados, nota através da qual comunicava o seu interesse em contratar uma empregada doméstica onde informava que tinha preferência por pessoa de cor branca. Tomando conhecimento do anúncio, a vítima Simone André Diniz, ligou para o número indicado, apresentando-se como candidata ao emprego. Atendida pela senhora Maria Tereza - pessoa encarregada por D. Aparecida para atender os telefonemas das candidatas, foi indagada por esta sobre a cor de sua pele, que de pronto contestou ser negra, sendo informada, então, que não preenchia os requisitos para o emprego.

Os peticionários aduziram que a senhora Simone Diniz, denunciou a discriminação racial sofrida e o anúncio racista à Subcomissão do Negro da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, e, acompanhada de advogado, prestou *notitia criminis* junto a então Delegacia de Crimes Raciais. Em 5 de março de 1997 foi instaurado Inquérito Policial de número 10.541/97-4 para apurar a eventual violação do artigo 20 da Lei 7716/89, que define a prática de discriminação ou preconceito de raça como crime. O delegado de polícia responsável pelo Inquérito tomou depoimento de todas as pessoas envolvidas: a suposta autora da violação e seu esposo, a suposta vítima e testemunha e a senhora que atendeu o telefonema da senhora Simone Diniz.

De acordo com os peticionários, na data de 19 de março de 1997 o delegado de polícia elaborou relatório sobre a notícia crime e o enviou ao Juiz de Direito. Dando ciência ao Ministério Público sobre o Inquérito – somente o Ministério Público tem legitimidade para começar a Ação Penal pública, este se manifestou em 02 de abril de 1997, pedindo arquivamento do processo fundamentando que:

“... não se logrou apurar nos autos que Aparecida Gisele tenha praticado qualquer ato que pudesse constituir crime de racismo, previsto na Lei 7.716/89...” e que não havia nos autos “... qualquer base para o oferecimento de denúncia”.^[6]

Os peticionários informaram que o Juiz de Direito, prolatou sentença de arquivamento em 07 de abril de 1997, com fundamento nas razões expostas pelo membro do Ministério Público. RELATÓRIO Nº 66/06. CASO 12.001. MÉRITO. SIMONE ANDRÉ DINIZ. BRASIL. 21 de outubro de 2006, item 19 e seguintes.

Em seu relatório a Comissão identificou, conforme estudos a ela apresentados, que de 300 Boletins de Ocorrência analisados, de 1951 a 1997, nas cidades do Rio de Janeiro, São Paulo, Salvador e Porto Alegre, apenas 150 foram considerados como crime pelos delegados de polícia chegando ao estágio de inquérito policial. Desses, somente 40 foram encaminhados pelo Ministério Público para uma ação penal contra o discriminador, dos quais apenas nove – cinco em São Paulo e quatro no Rio Grande do Sul – chegaram a julgamento.³⁴⁷

Nesse mesmo Relatório, a Comissão chega a afirmar o paradoxo do sistema penal, identificando, inclusive, a seletividade do sistema penal:

A violência policial no Brasil vitimiza desproporcionalmente pretos e pardos. A Comissão tomou conhecimento que no Brasil, o perfil racial determina um alto número de detenções ilegais e que a população negra é mais vigiada e abordada pelo sistema policial, sendo esse tema objeto de recomendação pela Comissão não somente em relatório geral sobre o país mas também em relatório de mérito.³⁴⁸

Uma outra disfuncionalidade do sistema penal pode ser percebida a partir da análise da tutela penal oferecida às mulheres. Apesar de o Estado Brasileiro possuir a Lei 11.340/06, dedicada à proteção da mulher contra a violência sofrida no ambiente doméstico, estatísticas apontam a relatividade de sua eficácia. Segundo dados obtidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), antes da entrada em vigor da Lei 11.340/06, a mortalidade no período de 2001 a 2006 foi de 5,28 para um todo de 100 mulheres, enquanto que com a vigência da lei, apesar de um leve declínio no ano 2007, no período de 2009 a 2011 a mortalidade foi de 5,82 para 100 mulheres, ou seja, acabou tendo um leve aumento.³⁴⁹

A seletividade que o sistema penal aparenta ter no plano interno, parece estar ganhando forma também no plano internacional. Basta atentarmos para os casos submetidos ao Tribunal Penal Internacional, que aceitou a abertura de investigação em sete situações, envolvendo os seguintes Estados: Uganda, República do Congo, República Centro-Africana, Darfur (Sudão), Quênia, Líbia e

³⁴⁷ RELATÓRIO Nº 66/06. CASO 12.001. MÉRITO. SIMONE ANDRÉ DINIZ. BRASIL. 21 de outubro de 2006, item 75.

³⁴⁸ RELATÓRIO Nº 66/06. CASO 12.001. MÉRITO. SIMONE ANDRÉ DINIZ. BRASIL. 21 de outubro de 2006, Item 50.

³⁴⁹ Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/fabriciocorrea/2013/10/01/lei-maria-da-penha-nao-e-eficaz-segundo-ipea/>.

Mali.³⁵⁰ Como é possível perceber, jurisdição internacional tem dirigido seu foco apenas para os países pobres da África e Oriente Médio, deixando de lado os países centrais.

Neste ponto, podemos afirmar que a utilização do Direito Penal para proteger as minorias e os grupos vulneráveis pode encontrar uma justificativa no plano dos fins declarados pelo Direito Penal, dando a aparência de garantir uma ordem social justa e protegendo bens jurídicos *essenciais* às minorias, e assim, promovendo o *bem comum*.³⁵¹ Entretanto, na realidade social, ou o plano dos fins reais do Direito Penal, desvela que o uso da tutela penal pode não ser o instrumento idôneo para combater a exclusão e a discriminação a que estão sujeitos os grupos vulneráveis, sendo mais aptas as políticas públicas específicas.

³⁵⁰ É possível acompanhar a situação de todos os casos submetidos ao Tribunal Penal Internacional, inclusive com detalhes referentes aos crimes investigados e autoridades envolvidas, país por país, no site do próprio Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/>.

³⁵¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 10.

CONCLUSÃO

O estudo da *tutela penal das minorias* conduziu-nos, inicialmente, a uma aproximação da ideia de minorias. Apesar do termo ser amplamente utilizado para abrigar grupos de pessoas que sofram alguma espécie de exclusão ou discriminação social, não se restringindo a um grupo numericamente inferior à totalidade da população, optamos, neste trabalho, pela distinção construída entre *minorias* e *grupos vulneráveis*.

Longe de ser um preciosismo meramente terminológico, a referida distinção tem uma razão em ser realizada. Isso porque o termo *minorias* foi sendo construído no âmbito da Organização das Nações Unidas, por meio de estudos e documentos internacionais que lhe conferiram uma abrangência bastante restrita, incluindo apenas as pessoas diferenciadas por um critério *étnico, religioso ou linguístico*. Os demais grupos sociais cotidianamente discriminados, como as mulheres, as crianças, os idosos, ficariam fora desse âmbito de proteção.

Tendo isso em mente, optamos pela construção doutrinária que distingue as *minorias* dos *grupos vulneráveis*. Aos primeiros, tem-se exigido que o grupo seja numericamente inferior, que possua uma identidade cultural diferenciadora, além da solidariedade desse grupo, manifestada pelo desejo em manter os traços culturais que os diferem da maioria da população. Todos os demais grupos sociais que apresentam alguma forma de exclusão social, mas não reúnam esses elementos, podem ser considerados como espécie de grupos vulneráveis, e, assim, carentes de proteção.

As pessoas que integram os grupos vulneráveis e as minorias são titulares dos Direitos Humanos em geral. Entretanto, esse rol de direitos não é suficiente para que desenvolvam todas as suas potencialidades. O grau de exclusão e discriminação a que são submetidos, revelado pela vulnerabilidade em diversos aspectos da vida social, exigem a adoção de medidas específicas, as chamadas ações afirmativas.

Entretanto, a finalidade da ação afirmativa muda conforme o grupo destinatário seja uma minoria ou um grupo vulnerável. Como as minorias são vítimas de uma *diferença cultural*, a medida adotada deverá promover a *manutenção* desse

traço cultural. Por outro lado, como os grupos vulneráveis são atingidos pela *desigualdade*, a medida utilizada deverá buscar a *abolição* das desigualdades.

Nesse contexto, a proteção conferida aos grupos minoritários e vulneráveis está inserida em um movimento mais amplo, que é o *sistema internacional de proteção aos direitos humanos*. Profundamente marcado pelas atrocidades cometidas pelos regimes totalitários da Segunda Guerra Mundial, os Direitos Humanos foram desenvolvendo ao longo do século XX uma faceta punitiva, centrando esforços na perseguição dos agentes violadores de direitos humanos. A responsabilidade no campo internacional não seria a mesma; antes restrita apenas aos Estados, desloca-se agora para abranger e punir também as pessoas físicas.

Sob o influxo dessa faceta punitiva, o Direito Penal é redimensionado em seus limites e objetivos. Sustentando a doutrina tratar-se de um novo paradigma, os direitos fundamentais (interno aos Estados) e os direitos humanos (no plano internacional), se antes serviam apenas de limites aos poder de punir, agora servem de fundamento ao *jus puniendi*. Nesse contexto, o plano internacional e o plano interno dos Estados interagem numa espécie mútua justificação ao poder de punir.

Do Direito Internacional vêm os tratados que impõem aos Estados obrigações de criminalizar e punir certas condutas atentatórias aos direitos humanos, sob pena de responsabilização internacional do Estado omissor. Do plano interno, a edição de leis tipificando condutas que afetam grupos antes não tutelados, manifestando uma verdadeira expansão do Direito Penal.

A descrição de todo esse cenário punitivo encontra legitimidade no campo da dogmática constitucional e penal, ou seja, limitada ao direito positivo, seja o positivado pelos tratados internacionais, seja o positivado pelo direito interno. Entretanto, quando analisamos esse cenário pela perspectiva criminológica, a legitimidade parece perder sustentação.

O discurso penal aparenta ter como finalidade a igualitária proteção de bens jurídicos essenciais à coletividade, mas a sua análise no plano econômico social, revela uma espécie de controle social seletivo, incidindo desigualmente sobre as camadas pobres e miseráveis da população. Diante dessa situação, a tutela penal das minorias, se encontra legitimidade no plano discursivo, ela o perde no plano

real, não sendo um instrumento idôneo para enfrentar e diminuir as desigualdades e exclusões a que estão sujeitos os grupos vulneráveis.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. *A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. v. 2, n. 2, abr./jun., 1992.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *A proteção jurídica dos grupos vulneráveis e das minorias*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC - v. 4 n. 13 jan./mar. 2010.

_____. *Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção*. In Direitos Humanos - Desafios Humanitários Contemporâneos - 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2014

BARATA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2 ed rev. Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 11ª ed, Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*, 3ª ed, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 16 ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CARRION, Thiago Zucchetti. *Gestão fraudulenta de instituição financeira: texto e contexto normativos*. Disponível em:

http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2545. Acessado em: 15/10/2012.

CARVALHO, Érica Mendes. *Limites à admisnistrativização do Direito Penal do Ambiente*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 92, set-out, São Paulo: RT, 2011.

CASTILHO, Ela Wiecko de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei 7.492, de 16/6/86*. Belo Horizonte, 1998.

CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*, 8ª reimp. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Ana Paula Lemos. . Varas especializadas em crimes praticados contra a criança e o adolescente: possibilidades e limites da ação na defesa de direitos. In *Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará*. Ano 10, n. 1, sem. Fortaleza: 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do pensamento economicista no direito criminal hoje*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.8, n.32, p.297-310, out./dez. 2000.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime : uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

_____, *Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal*. Revista de Estudos Criminais, v. 10, n. 41, abr./jun., 2011.

_____, *O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 15, n. 67, jul./ago., 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Solange Gonçalves. MINHOTO, Laurindo Dias. *Globalização e Estado Nacional*. In Integração, jan/fev/mar, n 44. São Paulo: 2006.

FABRETTI, Humberto B. *Direito penal do inimigo: uma análise sob os aspectos da cidadania*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie.

FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis: introdução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____, *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do direito penal, in: *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e processual penal*. Coord.: WUNDERLICH, Alexandre; SCHMIDT, Andrei Zenkner, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____, *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Direito penal secundário, inflação legislativa e white-collar crimes*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 18, n. 87, nov./dez., 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____, FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____, *Direito Penal: Parte Geral: tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____, O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". *In: Nuevas tendencias del derecho penal economico y de La empresa*. Coord.: Luis Miguel Reyna Alfaro. Lima: Ara, 2005.

_____, *O papel do direito penal na protecção das gerações futuras*. Boletim da Faculdade de Direito, n. esp., 2003.

_____, Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. *in: Direito penal secundário: estudos sobre crimes económicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Coord.: Fabio Roberto D'Avila; Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 41ª ed., trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2013.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *O que é criminologia?*; trad. Danilo Cymrot, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 135.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *A intervenção mínima para um direito penal eficaz*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2954>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2009.

IBARRA PALAFOX, Francisco. *Minorías etnoculturales y Estado Nacional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual e sua Conformação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. In: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, ano 1, número 1, 1º semestre de 1996.

LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. 2 ed. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1992.

MAGNOLI, Demétrio. *Relações internacionais: teoria e história*. São Paulo: Saraiva, 2004

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do Direito Brasileiro*, 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____, *Estado e Forma Política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____, *Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENGDEN, Ana Luísa Chiodelli Von. *Sistema financeiro nacional: regulação e reflexos sancionatórios*. Disponível em: http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=777. Acessado em: 15/10/2012.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Vital. GOMES, Carla de Marcelino. *Compreender os direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*. Portugal: lus Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), 2012.

PALMA, Maria Fernanda. *Consumo e tráfico de estupefacientes e constituição: absorção do direito penal de justiça pelo direito penal secundário*. Revista do Ministério Público de Lisboa. n. 96, v. 24, 2003.

_____, *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PINSKY, Jaime; ELUF, Luiza Nagib. *Brasileiro (a) é assim mesmo: cidadania e preconceito*. São Paulo: Contexto, 2002.

_____, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2005.

PIOVESAN, Flavia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, nº 124, jan/abr. 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1, 9ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, *Bem jurídico-penal e Constituição*, 2ª ed, ver e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte Geral*. V. 1. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____, *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.14, n.62, set./out. 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais

_____. *Processo internacional de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, 3ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Fabíola Emilin. *Tutela penal ambiental: eficácia da norma penal em branco*. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1676. Acessado em: 15/10/2012.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, nº 48, junho, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In NOVELINO, Marcelo (Org.), *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos humanos e Direitos Fundamentais*. 3ª ed., ver. e atual. Slavador: Jus Podivm, 2008.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional a perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2 ed, ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria, *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2 ed. Montevideo: B de F, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

_____, A tutela penal constitucional. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.10, n. 39, jul./set., 2002.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal: criminologia, princípios e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____, O bem jurídico e a Constituição Federal. *In: Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal*, v. 1, n.1, ago./set., 2004.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLINI, PATRÍCIA Tuma Martins (Orgs.) *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 372.

_____, A tutela constitucional do meio ambiente. *In: Revista de Direito Ambiental*, v.6, n. 21, jan./mar/, 2001.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

WACQUANT, Loic J. D. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

WEBER, Max. *Ensaaios de sociologia*. 5ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2012. Os novos padrões da violência homicida no Brasil São Paulo*, Instituto Sangari, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.