

PANORAMA DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO BRASILEIRO E NOTAS SOBRE O SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI 122 (versão 2013)

Roger Raupp Rios¹

Objeto e objetivo destas notas

- **Objetivo:** contribuir, do ponto de vista jurídico, com a reflexão sobre o substitutivo ao Projeto de Lei nº 122, diante da importância e da necessidade do combate à discriminação, ao ódio e à intolerância, por meio de uma legislação tecnicamente adequada e socialmente efetiva.
- **Objeto:** exame, por tópicos, sem a pretensão de apreciação exaustiva, nem definitiva, de aspectos gerais e pontuais da legislação projetada, a partir do direito antidiscriminatório brasileiro. Há muitos aspectos que exigem maior aprofundamento, o que é inviável nestas notas que se destinam a colaborar com o debate para o enfrentamento da discriminação pelo direito.

Nota 1 – o direito antidiscriminatório brasileiro: panorama geral

1.1. Fundamento constitucional

- **a) direito fundamental de igualdade (art. 5, *caput*);**
- **b) proibição constitucional de discriminação de qualquer natureza (art. 3, IV);**
- **c) incorporação ao texto constitucional, via aprovação na forma do art. 5, p. 3, do conceito de discriminação estipulado na Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência,**

¹ Juiz Federal. Mestre e Doutor em Direito (UFRGS). Pós-Doutor em Direito (CNRSA - Universidade de Paris II). Professor do Mestrado em Direitos Humanos (UniRitter – Porto Alegre). *Visiting scholar* na Universidade do Texas – Austin e na Columbia University – NYC. Autor de livros e artigos, dentre os quais *Direito da Antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ações afirmativas* (2008) e *Em defesa dos direitos sexuais* (2009). (roger.raupp.rios@gmail.com)

- d) recepção, como norma constitucional ou, no mínimo, como norma supralegal, da Convenção Internacional contra todas as formas de Discriminação Racial e da Convenção Internacional contra todas as formas de Discriminação contra a Mulher;

Conceito jurídico constitucional de discriminação

“qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, que tenha o propósito ou o efeito, de anular, restringir ou prejudicar o reconhecimento, o gozo e o exercício, em pé de igualdade, de direitos humanos e liberdades fundamentais, XXX

1.2. Legislação penal antidiscriminatória: marcos normativos mais importantes

- a) Lei Afonso Arinos (Lei n. 1.350/51);
- b) Lei n. 7.437/85 (“Lei Afonso Arinos II”, que atualizou o primeiro diploma);
- c) Lei n. 7.716/89 (lei “geral” penal antidiscriminatória);
- d) Lei n. 9.029/95 (relações de trabalho)

Técnica legislativa empregada pela legislação penal antidiscriminatória vigente

- casuísmo

- enumeração aleatória e desorganizada dos critérios proibidos de discriminação

- resultado: quebra da isonomia em virtude de sanções penais distintas para situações iguais, dependendo do motivo e proteção insuficiente.

1.3. Legislação antidiscriminatória geral (diplomas vigentes mais amplos que o direito penal)

- a) Estatuto da Igualdade Racial

Conceito jurídico de discriminação: adota o conceito constitucional, de forma explícita – art. 1, p. único, inciso I.

Abrangência: normas administrativas, civis, de direitos sociais, direitos de reconhecimento, normas penais.

Sistema de proteção: Título III – institui e organiza explicitamente.

- b) Estatuto do Idoso

Conceito jurídico de discriminação: vedação genérica de discriminação, sem veicular conceito explícito

Abrangência: normas administrativas, civis, de direitos sociais, direitos de reconhecimento, normas penais.

Sistema de proteção: estabelece medidas de proteção, política de atendimento ao idoso.

Características principais da legislação antidiscriminatória geral

- observância do conceito jurídico constitucional de discriminação

- previsão de um sistema de proteção contra discriminação, sem limitar-se ao direito penal

- esforço de sistematização legislativa

1.4. Precedentes mais relevantes do Supremo Tribunal Federal

- Caso Ellwanger

- ADFP 132
- Constitucionalidade da Lei Maria da Penha
- Cotas

Conteúdos destacados da jurisprudência do STF

- compreensão do racismo como prática proibida constitucionalmente ancorada em ideologia político-social
- articulação da proibição constitucional de discriminação com outros direitos fundamentais, como liberdade, privacidade, proteção da dignidade, saúde e pluralismo
- prevalência da proibição de discriminação racial sobre a liberdade de expressão que veicule discurso discriminatório e discurso do ódio
- constitucionalidade e dever constitucional de proteção de grupos vulneráveis à violência e à discriminação
- constitucionalidade de medidas concretas de promoção da diversidade e de combate à discriminação difusa, histórica e institucional

Nota 2 – Tópicos sobre a legislação penal antidiscriminatória e o substitutivo ao PLC 122 (versão 2013)

2.1. Discriminação, ódio e intolerância no direito antidiscriminatório

- a) crimes de discriminação – crimes de discriminação ocorrem quando alguém priva outrem por preconceito inadmissível. Exemplo: um empregador discrimina um homem negro, por motivo racial, em uma promoção trabalhista;

- b) crimes de ódio – crimes de ódio privam alguém de seus direitos, com a especificidade de serem praticados em contextos de extremismo, como ocorre quando alguém faz parte e age conforme grupo organizado que prega e atua de modo extremo. Exemplo: skinhead prega a morte de todos os homossexuais do convívio social, o extermínio.
- c) intolerância – categoria em geral associada aos crimes de ódio.

Importância da distinção: não se pode tratar, sob a mesma tipificação, o empregador que discrimina por preconceito racial e o membro ativo de organização neonazista que quer exterminar os negros da sociedade.

2.2. Discriminação, crimes de ódio e crimes de intolerância no substitutivo

- a) substitutivo – cria dois grupos de crimes: os de ódio (art. 2 - “crime de ódio praticado em razão de discriminação ou preconceito”) e os de intolerância (art. 3 - “crimes de intolerância, quando praticado em razão de discriminação ou preconceito”)
- b) crimes de ódio – art. 2 - I – ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem; II – ofender a honra das coletividades previstas no caput; III – intimidar, constranger, ameaçar, assediar moral e sexualmente, ofender, castigar, de forma intencional, direta ou indiretamente, por qualquer meio, causando sofrimento físico, psicológico ou dano patrimonial;
- c) crimes de intolerância – art. 3 – várias e casuístas situações. Exemplos: II – dispensar tratamento diferenciado no ambiente de trabalho; VI, a – impedir o acesso a hospedagem, etc)

Consequências:

- o substitutivo prevê como crimes de ódio e de crimes de intolerância hipóteses que nas outras leis penais antidiscriminatórias são crimes de discriminação (em especial os previstos pela Lei n. 7716)
- dá nome e tratamento diverso, para mesma conduta (negar emprego em empresa privada, por exemplo), qualificando como crime de intolerância em casos envolvendo orientação sexual, identidade de gênero, idade e deficiência, enquanto pela Lei n. 7716, se o mesmo ocorrer por motivo de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, não será crime de intolerância, mas somente um “crime comum de discriminação”;
- não somente a qualificação (ódio e intolerância x “somente” discriminação e preconceito), como as penas, para a mesma situação, serão diferentes (1 a 6 anos se for, por exemplo, por orientação sexual; 2 a 5 anos, por exemplo, se for por raça ou cor)

2.3. Quais os critérios proibidos de discriminação e as situações onde a proibição penal está prevista no direito penal antidiscriminatório vigente

- a) o direito penal antidiscriminatório brasileiro é assistemático e desorganizado quanto aos critérios proibidos de discriminação e quanto às situações em que há a criminalização
- Lei n. 7716/89 – em algumas situações que especifica (ver quadro abaixo²) - raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional
- Lei n. 7437/85 – em algumas situações que especifica (ver quadro abaixo) - raça, cor, sexo e estado civil

² Ver o quadro comparativo e o quadro indicando a não-correspondência entre a Lei n. 7.716/89 e o PLC 122, organizado por Angelo Py Ferreira (bolsista FAPERGS de iniciação científica (Direito Penal Antidiscriminatório e os Crimes de Racismo, em pesquisa sob minha orientação).

- Lei n. 9029/95 – nas relações trabalhistas – sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, idade
- Substitutivo – orientação sexual, identidade de gênero, idade, deficiência, “ou outro motivo assemelhado”

Técnica empregada para a tipificação dos crimes de discriminação na legislação vigente – previsão de situações específicas, conforme modelo inaugurado pela Lei Afonso Arinos (Lei n. 1.390/51)

Previsão desorganizada sobre quem se protege (os critérios variam conforme a lei) e quando existe a proteção (situações diversas, com penas diversas, conforme a lei; situações iguais, com penas diversas, conforme o critério previsto numa ou noutra lei)

- “outro motivo assemelhado” – engloba os motivos já previstos nas outras leis?

- “outro motivo assemelhado” – a lei penal não pode deixar aberto a enumeração dos motivos, sob pena de ser inconstitucional por violar a segurança jurídica

2.4. o regime geral no direito penal antidiscriminatório brasileiro (Lei nº 7.716/1989) e a apartação do substitutivo

a) o substitutivo cria um regime legislativo que aparta a proteção jurídica penal em face de outras formas de discriminação, cuja proteção jurídica penal se insere na Lei 7716/1989 (que trata dos crimes decorrentes do preconceito por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional).

b) do ponto de vista jurídico, não há motivo para esta separação legislativa. Ao contrário, ela prejudica o desenvolvimento e a efetividade

do direito antidiscriminatório brasileiro, não trazendo nem segurança jurídica, nem coerência ao sistema jurídico e à aplicação da lei.

Separar a proteção antidiscriminatória gera insegurança e tratamento desigual, proteção desigual contra a discriminação, dependendo de quem é discriminado.

2.5. “orientação sexual” e “identidade de gênero” na redação do substitutivo

- a) o texto substitutivo acaba por trazer uma compreensão de “sexo” e de “gênero” muito restritas, diminuindo, de forma inconstitucional, a proteção jurídica que os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição prevêm. Isto porque, quando o ordenamento jurídico se utiliza destes termos, especialmente o termo “sexo”, não se alcança somente a distinção entre “homens e mulheres”, considerados biologicamente, como também toda a discriminação motivada pelo gênero (vale dizer, as representações culturais, da masculinidade e da feminilidade).
- b) tanto assim que, por exemplo, um homem heterossexual, por ser considerado “afeminado”, poderá sofrer discriminação por motivo de sexo e de gênero, sem se considerar identidade de gênero, nem orientação sexual (aqui englobando, logicamente, o gênero, isto é, repita-se, as representações culturais associadas ao sexo biológico).
- c) ainda que não pareça querer restringir a idéia de gênero ao campo da “identidade de gênero”, o texto substitutivo somente faz menção ao gênero em tal contexto, o que pode induzir a interpretações restritivas, que protegem de modo insuficiente contra a discriminação.
- d) No que se refere à “orientação sexual”, a definição proposta pelo substitutivo não esclarece qual elemento qualifica, para fins de aplicação da lei, quem são os destinatários da proteção antidiscriminatória. É necessário definir de modo mais claro quando

alguém ou alguma situação configura discriminação em relação à “homossexualidade”, “heterossexualidade” e “bissexualidade”.

Pergunta-se: trata-se de proteção de alguém que se identifica como tal ou que é identificado por terceiros, esteja este sujeito de acordo ou não com a identificação alheia? Por exemplo: se Pedro é discriminado por um agente público, em virtude deste atribuir-lhe a identidade homossexual, apesar de Pedro só se interessar sexualmente pelo sexo oposto, configura-se a hipótese protegida contra discriminação? Se algum agente privado percebe troca de amabilidades entre dois heterossexuais e os discrimina por este fato, incide o comando legal? Se Maria tem uma conduta sexual dirigida a outra mulher, e se declara heterossexual, está protegida? Estas hipóteses deixam claro que é necessário definir “orientação sexual” de modo mais claro e preciso, tanto para propiciar segurança jurídica, quanto para tornar mais efetiva a legislação.

e) Considera-se, para início do debate, que não é tarefa da legislação nem da ciência jurídica definir o que são “sexo”, “orientação sexual” e “identidade de gênero”. Tais definições são totalmente inapropriadas para a ciência jurídica, sendo objeto de outros campos do saber e da dinâmica social e cultural.

f) Ao invés disso, a lei andar­á muito melhor se definir o âmbito de proteção antidiscriminatória, a partir do conceito jurídico constitucional de discriminação. Nos seus termos, pode-se assim sugerir:
“Para os fins desta lei, constitui discriminação qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, motivada por motivo de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, que tenha o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública.

A seguir, pode-se inserir um artigo explicitando hipóteses de discriminação conforme os critérios listados, do seguinte modo:

- Para os efeitos do artigo anterior, consideram-se “discriminação por

motivo de sexo” as distinções, exclusões, restrições ou preferências relacionadas a referências biológica, morfológica, genética, hormonal ou qualquer outro critério distintivo que importe nas designações sexuais relativas a homens e mulheres; “discriminação por motivo de orientação sexual” as distinções, exclusões, restrições ou preferências relacionadas a identidade, comportamento, preferência, conduta, ou qualquer outro critério distintivo, que importe na atribuição da homossexualidade, heterossexualidade ou bissexualidade; “discriminação por motivo de identidade de gênero” as distinções, exclusões, restrições ou preferências relacionadas a identidade, comportamento, preferência, conduta, ou qualquer outro critério distintivo, que importe na atribuição da condição travesti ou transexual.

Parágrafo único: a proteção às discriminações referidas alcança as distinções, exclusões, restrições ou preferências relacionadas ao gênero, não importa o sexo, a orientação sexual ou a identidade de gênero dos envolvidos.

A previsão das categorias “orientação sexual” e “identidade de gênero”, como proposta, cria proteção insuficiente para discriminações que atingem heterossexuais, e também para homens e mulheres independente de orientação sexual, pois não alcança situações de discriminação por motivo de gênero e onde a orientação sexual atribuída por ofensores é diversa daquela autoidentificada por vítimas.

2.6. Proibição de discriminação e ações afirmativas

a) necessário explicitar, na linha dos tratados internacionais de direitos humanos e do direito antidiscriminatório, que ações afirmativas que considerem sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, por não constituírem discriminação, mas, ao contrário, medidas de combate à discriminação, não configuram discriminação.

b) Proposta: “Para os efeitos desta lei, não são consideradas discriminação as medidas especiais, tomadas com o objetivo de assegurar a progresso adequado de grupos discriminados, bem como o enfrentamento da

discriminação por eles experimentada, a fim de propiciar a proteção necessária para o gozo e o exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais.”

A ausência de norma explicitando a distinção entre proibição de discriminação e medidas positivas, ações afirmativas, visando a combater a discriminação, se afasta da técnica jurídica adotada pelo direito antidiscriminatório e pelos tratados internacionais de direitos humanos, deixando aberta a possibilidade de utilização da norma projetada contra ações afirmativas.

2.7. Agravamento de pena por motivação adicional aos critérios protegidos pelo substitutivo e distorção da proteção antidiscriminatória

- a) o substitutivo propõe agravamento de pena se, além dos critérios de orientação sexual, identidade de gênero, idade e deficiência, o crime também envolver raça, cor, etnia, procedência nacional e religião
- b) consequência do dispositivo projetado: se um homossexual branco for demitido por preconceito, e for adepto da umbanda, se aplica a pena do substitutivo aumentada de um sexto à metade; se um heterossexual negro for demitido por ser negro e por ser adepto da umbanda, não se aplica a agravante e a pena será menor. Proteção diferenciada a homossexual umbandista (maior) se comparada a negro umbandista (menor).
- c) Mais ainda: o crime praticado contra o homossexual será um crime de intolerância, motivado por preconceito e discriminação, e o crime pratica contra o negro não será considerado crime de intolerância, mas crime “comum” de discriminação.

A técnica de agravamento de penas por haver discriminação adicional em virtude de critérios previstos em outras leis (raça e cor, por exemplo), cria penas diferentes e qualificações penais diversas para vítimas diversas, em ofensa à igualdade.

2.8. Impossibilidade de substituição por prestação pecuniária

- a) o substitutivo impede a substituição por prestação pecuniária (art. 5), todavia, as demais leis penais antidiscriminatórias podem ter suas penas substituídas, de acordo com os critérios gerais do Código Penal.
- b) Resultado: se a mesma situação discriminatória ocorrer contra um homossexual ou contra um negro, com a mesma pena cominada, no primeiro caso não poderá haver a substituição por multa, e no segundo caso, poderá.
- c) Situação de tratamento desigual, injustificada, em detrimento da intensidade da sanção conforme o critério (raça e orientação sexual).

A impossibilidade de substituição de penas privativas de liberdade por penas pecuniárias cria consequências desiguais no sancionamento de condutas discriminatórias iguais, conforme atinjam uma ou outra vítima, em virtude da previsão em leis penais diversas.

2.9. Hipóteses de proteção antidiscriminatória e apenamento: quadro comparativo

PLC 122 (versão 2013)	Lei 7.716 de 1989
<p>Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes de ódio e de intolerância, sendo estes os praticados por motivo de discriminação ou preconceito de identidade de gênero, orientação sexual, idade, deficiência ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância.</p> <p>Art. 3º Constituem crimes de intolerância, quando praticado em razão de discriminação ou preconceito pela orientação sexual, identidade de gênero, idade, deficiência ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância:</p>	<p>Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.</p>
<p>3º, I – impedir ou obstar o acesso de pessoa, devidamente habilitada, a cargo ou emprego público, ou obstar sua promoção funcional; Pena – prisão de um a seis anos</p>	<p>Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos. Pena: reclusão de dois a cinco anos.</p>
<p>3º, II – negar ou obstar emprego em empresa privada, demitir, impedir ascensão funcional ou dispensar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho; Pena – prisão de um a seis anos</p>	<p>Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada. Pena: reclusão de dois a cinco anos.</p>
<p>3º, III – recusar ou impedir acesso a qualquer meio de transporte público ou estabelecer condições diferenciadas para sua utilização; Pena – prisão de um a seis anos</p>	<p>Art. 12. Impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido. Pena: reclusão de um a três anos.</p>
<p>3º, IV – recusar, negar, cobrar indevidamente, ou impedir a inscrição, ingresso ou permanência de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado; Pena – prisão de um a seis anos</p>	<p>Art. 6º Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau. Pena: reclusão de três a cinco anos.</p>
<p>3º, VI – impedir ou limitar o acesso, cobrar indevidamente ou recusar:</p> <p>a) hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou estabelecimento similar;</p> <p>Pena – prisão de um a seis anos</p>	<p>Art. 7º Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar. Pena: reclusão de três a cinco anos.</p>
<p>3º, VI – impedir ou limitar o acesso, cobrar indevidamente ou recusar:</p> <p>b) atendimento em estabelecimento comercial de qualquer natureza, negando-se a servir, atender ou receber cliente;</p> <p>Pena – prisão de um a seis anos</p>	<p>Art. 5º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador. Pena: reclusão de um a três anos.</p>
<p>3º, VI – impedir ou limitar o acesso, cobrar</p>	<p>Art. 9º Impedir o acesso ou recusar</p>

<p>indevidamente ou recusar: c) atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, clubes sociais abertos ao público e similares; Pena – prisão de um a seis anos</p>	<p>atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público. Pena: reclusão de um a três anos.</p>
<p>3º, VII – praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, pela fabricação, comercialização, veiculação e distribuição de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda, ou por qualquer outro meio que indiquem, inclusive pelo uso de meios de comunicação e internet, a prática de crime de ódio ou intolerância, conforme definido nos artigos 1º e 2º. Pena – prisão de um a seis anos</p>	<p>Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.</p>

SEM CORRESPONDÊNCIA

PLC 122 (versão 2013)	Lei 7.716 de 1989
<p>3º, VI – impedir ou limitar o acesso, cobrar indevidamente ou recusar: e) serviços públicos ou privados. Pena – prisão de um a seis anos.</p>	<p>Art. 14. Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social. Pena: reclusão de dois a quatro anos.</p>
<p>3º, VIII – impedir alguém de fazer o que a lei não proíbe ou aquilo que se permite que outras pessoas façam. Pena – prisão de um a seis anos.</p>	<p>Art. 13. Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas. Pena: reclusão de dois a quatro anos.</p>
<p>Art. 4º Aumenta-se a pena dos crimes previstos nesta lei de um sexto a metade se a ofensa foi também motivada por raça, cor, etnia, procedência nacional e religião, indicativos de ódio ou intolerância.</p>	<p>Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público. Pena: reclusão de um a três anos.</p>
<p>Art. 5º Em nenhuma hipótese as penas previstas nesta lei serão substituídas por prestações pecuniárias.</p>	<p>Art. 10. Impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades. Pena: reclusão de um a três anos.</p>
<p>Art. 2º Constitui crime de ódio quando praticado em razão de discriminação ou preconceito pela orientação sexual, identidade de gênero, idade, deficiência ou por outro</p>	<p>Art. 11. Impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos:</p>

motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância:

Pena: reclusão de um a três anos.

I – ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem;

II – ofender a honra das coletividades previstas no caput;e

III – intimidar, constranger, ameaçar, assediar moral e sexualmente, ofender, castigar, de forma intencional, direta ou indiretamente, por qualquer meio, causando sofrimento físico, psicológico ou dano patrimonial.

Pena – prisão de dois a sete anos, se o fato não se constitui crime mais grave.