

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Barbara Pinto Santos

**CRIMES DE ÓDIO “RACISMO E INJURIA RACIAL” COMETIDOS
PELA INTERNET: SUAS DIFERENÇAS E CONSEQUÊNCIAS PENAIS**

**PORTO ALEGRE
2016**

BARBARA PINTO SANTOS

**CRIMES DE ÓDIO “RACISMO E INJURIA RACIAL” COMETIDOS
PELA INTERNET: SUAS DIFERENÇAS E CONSEQUÊNCIAS PENAIS**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

PORTO ALEGRE

2016

BARBARA PINTO SANTOS

**CRIMES DE ÓDIO “RACISMO E INJURIA RACIAL” COMETIDOS
PELA INTERNET: SUAS DIFERENÇAS E CONSEQUÊNCIAS PENAIS**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva

(Orientador)

Professor Doutor Odone Sanguiné

(Membro da Banca Examinadora)

Professor Doutor Marcus Vinicius Aguiar Macedo

(Membro da Banca Examinadora)

Dedico esta conquista ao meu grande amor, Maiquel da Silva Santos, por sempre estar ao meu lado, me apoiando e me incentivando com seu amor e cuidado, ao meu filho Maiquel da Silva Santos Júnior (*in memoriam*) e ao meu bebezinho que carrego no ventre. Amo vocês.

RESUMO

Diante do crescente aumento da utilização da internet como ferramenta de disseminação de crimes de ódio, como ênfase nesse trabalho, o racismo e injúria racial, é importante deixar salientar que além de ferir a honra subjetiva do indivíduo também fere a coletividade, dependendo do seu contexto. Contudo, a falta de clareza do termo racismo, expressado na lei, deixa o seu sentido uma interpretação ampla, como será visto, divergências na doutrina e jurisprudência, deixando assim esses crimes mais parecidos (racismo e injúria racial) podendo ser confundidos ou até mesmo ser julgados como iguais fossem. Há correntes que entendem essa posição. É importante salientar sobre a precária legislação pertinente que trata do tema, se tratando de delitos rotineiros que acontecem no mundo virtual. Foram feitas pesquisas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais e pôde-se concluir que os crimes de ódio devem ser entendidos como crimes politicamente motivados, intrinsecamente conectados ao contexto político-social em que tipificados e perpetrados. Ainda, por meio de análise comparada dos crimes de racismo e de injúria qualificada pelo preconceito racial, percebeu-se que o ordenamento jurídico pátrio abarca, em certa medida, tal compreensão dos crimes de ódio, atribuindo sanções mais gravosas ao crime de racismo.

Palavras-chave: Crime de racismo. Injúria racial. Crimes de ódio. Crimes virtuais. Racismo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 O AMBIENTE VIRTUAL E OS CRIMES CIBERNÉTICOS.....	9
2.1Evolução histórica dos meios digitais: Computador e Internet	9
2.1.1 O Direito inserido no mundo virtual	12
2.1.2 O novo Direito digital	13
2.1.3 Anonimato e sensação de impunidade na rede	14
2.2 Crimes virtuais	15
2.2.1Quanto a Natureza Jurídica dos Crimes virtuais	17
2.2.2 Sujeitos Envolvidos na Prática dos Crimes virtuais	18
2.2.3Provas obtidas de um crime virtual	19
3. DOS CRIMES DE ÓDIO.....	24
3.1 Da imprescindibilidade da definição do instituto sobre Crime de Ódio	24
3.2 Traços distintivos e tratamentos distintos: análise comparada dos crimes de crime de ódio propostos	26
3 DO RACISMO.....	30
3.3.1 Breve histórico sobre o racismo	30
3.3.2 Abordagem Terminológica.....	31
3.3.2.1 Significado da expressão Raça	31
3.3.2.2Significado da expressão Racismo	32
3.3.2.3 Significado da expressão Preconceito	35
3.3.3 Principios Constitucionais	36
3.3.4 Os crimes de racismo, previstos na lei nº 7.716/89	40
3.3.5 Análise do tipo previsto no artigo 20, <i>caput</i> , da Lei nº 7.716/89	42
3.3.6 Consequências penais do crime de racismo praticado pela internet	44
3.3.7 Injúria Racial	46
3.3.8 Injúria qualificada pelo preconceito	48
3.3.9 Competência para processar e julgar.....	49
4 Conclusão	52
5 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

O século XXI vem sofrendo grandes mudanças com a tecnologia da informação principalmente com o emprego de recursos informáticos tais como celulares, tablets, computadores, redes, dentre outros, e juntamente com a *internet*, esses instrumentos tem permitido a navegação, coleta, compartilhamento e a transmissão de larga escala de dados e informações a nível mundial em um curto espaço de tempo, facilitando, por consequência, a comunicação e o relacionamento entre as pessoas.

Esse avanço tecnológico tem trazido uma gama de benefícios aos seus usuários, aproximando e estreitando a relação interpessoal através do acesso a informação e comunicação que os recursos informáticos proporcionam. Apesar desses novos recursos tecnológicos de informação e comunicação, facilitar e ampliar a intercomunicabilidade entre as pessoas, tem tido sua finalidade muitas vezes desvirtuada e se transformado em instrumentos para a prática de condutas criminosas, os chamados crimes virtuais.

Dentre os principais crimes virtuais destacam-se os apresentados nesse estudo, os crimes de ódio: racismo e injúria racial cometido pela *internet*. Esse tipo de crimes vem ganhando força, em sua maioria pelo anonimato de pessoas criminosas que selecionam intencionalmente as suas vítimas e através de atitudes desrespeitosas humilham as mesmas por acreditarem que são melhores, muitas vezes, pelo simples fato da diferença da cor da pele. Tais condutas desrespeitosas e humilhantes nos retratam a triste história escravocrata que deveria ser amenizada ou até mesmo ser esquecida, e com todos esses avanços tecnológicos cada vez mais temos casos desse tipo de preconceito.

Esse tema tem causado diversas repercussões e discussões, por se tratar de um assunto que traz questões ligadas a um ambiente nada limitado e que ultrapassa as barreiras territoriais e temporais. E o presente trabalho pretende identificar e compreender os limites dos crimes de ódio: racismo e injúria racial cometido dentro do espaço virtual já que a discussão sobre tais tema não ocupam o devido lugar de relevância na sociedade, pois é relegado a um segundo plano, principalmente na esfera do Direito e, mais ainda, no que se refere ao âmbito do Direito Penal.

O foco deste trabalho é a análise dos crimes de ódio, englobando apenas, o racismo e a injúria racial inserida na legislação brasileira. Pretende-se tratar as diferenças entre o crime de racismo, inserido na Lei 7.716 de 1989, e o crime de injúria racial, observado no Código Penal Brasileiro em seu artigo 140.

Propõe-se fazer a distinção clara desses dois institutos, e também suas consequências penais em casos que acontecem em meios virtuais.

O método de pesquisa é o dedutivo comparativo, buscando maiores entendimentos na doutrina e na jurisprudência.

A divisão do trabalho se dará em três partes. Na primeira, é discorrido sobre a evolução do meio virtual, do Direito como ferramenta de inovação para situações não previstas no ordenamento e suas possíveis aplicabilidades.

Na segunda parte, é abordado o Crime Virtual como um todo, quanto a sua natureza, sujeitos envolvidos e provas obtidas.

Na terceira parte é alcançado um aprofundamento mais crítico, quanto aos crimes de ódios propriamente ditos de racismo e injúria racial, suas principais diferenças tanto no tratamento do instituto quanto na pena aplicada, divergências jurisprudenciais e doutrinarias que tratam do assunto e também julgamentos importantes envolvendo práticas preconceituosas e discriminatórias.

2 O AMBIENTE VIRTUAL E OS CRIMES CIBERNÉTICOS

2.1 Evolução histórica dos meios digitais: Computador e Internet

Os computadores surgiram para facilitar nosso dia a dia, as tarefas que antes eram realizadas em espaços de tempo muito longos, passaram a ser realizadas quase de forma instantânea.

Podemos conceituar o termo computador¹ como:

Máquina capaz de receber, armazenar e enviar dados, e de efetuar, sobre estes, sequencias previamente programadas de operações aritméticas (como cálculos) e lógicas (como comparações), com o objetivo de resolver problemas.

O desenvolvimento tecnológico nos computadores, seja quanto a equipamentos para uso pessoal, seja para uso profissional, vem aumentando a capacidade de armazenamento e processamento de dados, e com isso, a tecnologia cada vez mais está expandindo, surgindo então nossa atual “Era da Informação”. (CRESPO, 2011, p. 26).

Na década de 60, surgiu então a internet, algumas universidades se uniram para desenvolver a ARPANET (*Advanced Research Projects Administration – Administração de Projetos e Pesquisas Avançados*), sendo que, primeiramente seu surgimento se deu por uma necessidade militar, pois naquela época estava retratado o cenário da Guerra Fria².

Conforme definição de Zanellato³, “A Internet é um suporte (ou meio) que permite trocar correspondências, arquivos, idéias, comunicar em tempo real, fazer pesquisa documental ou utilizar serviços e comprar produtos”. É integrada por outras Redes menores, comunicando entre si, os computadores se comunicam através de um endereço lógico, chamado de *endereço IP*, onde uma gama de informações são trocadas, surgindo então um problema, uma quantidade enorme de informações pessoais disponíveis na rede, ficando a

¹ **HOLANDA FERREIRA**, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.p.1016 .

² **CRESPO**, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.30.

³ **ZANELLATO**, Marco Antonio. **Condutas Ilícitas na sociedade digital**, Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Direito e Internet, n. IV, Julho de 2002.p. 173

disposição de milhares de pessoas que possuem acesso à internet, e quando não disponíveis pelo próprio usuário, são procuradas por outros usuários que buscam na rede o cometimento de crimes, os denominados *Crimes Virtuais*⁴.

Essa tecnologia chegou ao Brasil no final da década de 80, ficando, inicialmente, restrita a universidades e centros de pesquisas, até que a Norma n.004/955⁵ autorizou as empresas denominadas Provedores de Serviços de Conexão à Internet (PSCI) a comercializar o acesso à Internet.

Nas palavras de Antônio Lago Júnior:

A Internet, portanto, nada mais é do que uma grande rede mundial de computadores, na qual pessoas de diversas partes do mundo, com hábitos e culturas diferentes, se comunicam e trocam informações. Ou, em uma só frase, é a mais nova e maravilhosa forma de comunicação existente entre os homens⁶.

Nesse contexto, a virtualização e a interatividade dos novos meios de comunicação, especialmente da rede de computadores, permitem que sujeitos de diferentes culturas, nacionalidades e perfis se relacionem em virtude de suas afinidades e interesses. Dessa forma, as barreiras geográficas deixam de existir e dão lugar a um mundo virtual, onde as diferenças, e os limites não existem⁷.

Lévy⁸, já havia identificado um crescente aumento por parte das pessoas que utilizavam a internet, e já previa um aumento substancial, tendo em vista o desenvolvimento de novas tecnologias, interfaces de comunicação sem fios, e o uso integrado de dispositivos portáteis. Sendo assim, cada vez mais as tecnologias de comunicação digital se tornam parte fundamental do convívio social das pessoas.

O Facebook, a maior rede social ativa no mundo, terminou o ano de 2015 com 1,59 bilhão de usuários, com mais da metade (65%) destes indivíduos acessando o aplicativo diariamente⁹. No Brasil, oito em cada dez cidadãos com acesso à internet utilizam a rede

⁴ **INELLAS**, Gabriel Cesar Zaccaria. **Crimes na Internet**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009.p.3

⁵ Norma n.004/95 aprovada pela Portaria MCT nº148, 31 de maio de 1995.

⁶ **JÚNIOR**, Antônio Lago. Responsabilidade Civil por atos ilícitos na *Internet*, 1ª Ed. São Paulo, Editora LTr, 2001. p. 20.

⁷ **JÚNIOR**, Antônio Lago. Responsabilidade Civil por atos ilícitos na *Internet*, 1ª Ed. São Paulo, Editora LTr, 2001. p. 10.

⁸ **LEMOS**, André/LÉVY, Pierre. **O futuro da Internet: em direção a uma ciberdemocracia**. São Paulo: Paulus, 2010.p.10

⁹Dados obtidos no portal G1 da Globo, acessado em 03/06/2016: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/01/facebook-anuncia-crescimento-dos-lucros-e-do-numero-de-usuarios-20160127211006500148.html>

social para interagir com seus amigos e conhecidos¹⁰. Tãmanha popularizaçãõ das tecnologias de comunicaçãõ digital na vida das pessoas demonstra a existênciã de novos processos e formas de comunicaçãõ.

É comum o uso do termo “virtual” ao falarmos de internet, mas o que afinal esta palavra significa? Em seu livro “Cibercultura” Pierre LEVY nos ensina que a virtualidade tem vários sentidos: filosoficamente, seria virtual aquilo que existe apenas em potênciã e não em ato, encontrando-se portanto antes da concretizaçãõ efetiva ou formal, exemplificando assim que uma árvore estaria, virtualmente, presente em um grãõ. No uso corrente, entretanto, a palavra “virtual” seria frequentemente utilizada como “irrealidade”, acreditando-se que alguma coisa deva ser ou real ou virtual, sem poder assumir as duas qualidades simultaneamente (LEVY, 1999, p.47).

Porém, para o pensador francês, filosoficamente falando a virtualidade não se contraporia à realidade como comumente pensado, mas sim opondo-se à atualidade, sendo assim “atualidade” e “virtualidade” dois modos diferentes de realidade, pois “Se a produçãõ da árvore está na essênciã do grãõ, então a virtualidade da árvore é bastante real (sem que seja, ainda, real)”. O virtual seria portanto uma entidade “desterritorializada”, isto é, capaz de gerar manifestações concretas independentemente do tempo e do espaço (LEVY, 1999, p.47).

Com toda essa evoluçãõ a tecnologia foi obrigada a acompanhar a velocidade de propagaçãõ de informações e o Direito, por sua vez, também deve acompanhar tal crescimento. Acerca disso, Patrícia Peck Pinheiro traça um paralelo entre os temas:

Ter uma janela aberta para o mundo exige muito mais que apenas a seleçãõ do público-alvo. Exige a criaçãõ de uma logística jurídica que reflita a diversidade cultural dos consumidores/clientes virtuais.

No aspecto de atendimento ao consumidor, por exemplo, parte das empresas inseridas na rede recorrem à terceirizaçãõ, contratando *contact-centers*¹¹ especializados para atender a demanda de usuãrios de diferentes culturas e países. No aspecto jurídico, é preciso que os profissionais de Direito também estejam

¹⁰Dados obtidos no portal Guia-se, acessado em 03/06/2016: <http://www.guiase.com.br/numeros-do-facebook-e-whatsapp-surpreendem-no-brasil-e-no-mundo/>

¹¹ Contact-centers / call-centers / telemarketing sãõ as designações para centrais de atendimento destinadas ao contato com consumidores, de forma ativa (ligaçãõ feita a partir da empresa para o cliente) ou receptiva (do cliente para a empresa), que inclui o contato por e-mail, fax, chat e Voz sobre IP, por exemplo. (Fonte: <http://www.calltocal.com.br/glossario.asp>). Acesso em 10 de set. de 2010.

preparados para criar essa logística, sabendo que a todo o momento terão de lidar com diferentes normas, culturas e legislações¹².

Contudo verificou-se que o direito necessitava verificar situações não previstas na lei

2.1.1 O Direito inserido no mundo virtual

Com a revolução tecnológica, surgiram diversas situações não previstas no ordenamento jurídico pátrio. Assim como os diversos ramos da sociedade, o Direito também encontra-se em processo de globalização, a todo momento novas condutas em potencial danosas surgem, cabendo aos operadores deste ramo do conhecimento empenharem esforços para que, em meio a este dinamismo, predominem os valores cristãos e democráticos¹³.

A utilização da Internet atualmente não se restringe a classes sociais, idade, religião ou qualquer setor da sociedade, seja público ou privado. Boa parte do que é feito rotineiramente por cada indivíduo que está inserido na sociedade está ligado direta ou indiretamente aos meios informáticos. As exceções, cada vez mais raras ainda assim podem sofrer os efeitos decorrentes dos conhecimentos disseminados pela Internet. A sociedade vive a era digital e a revolução informacional, devemos muitos desses avanços à rede mundial de computadores, que ampliou, entre vários fatores, a globalização da forma com que percebemos nos dias atuais¹⁴.

As aplicações da rede mundial de computadores modificaram significativamente o comportamento humano. O fenômeno atual, se por um lado instiga a busca por conhecimentos, a expansão da cultura e a integração mundial, por outro lado tem propiciado também o surgimento dos criminosos digitais. Hoje estão conectadas milhões de pessoas espalhadas ao redor do mundo¹⁵. Alie-se essa informação ao uso indiscriminado, a falta de controle e a possibilidade de inserção de qualquer informação à rede mundial de computadores.

¹² PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22.

¹³ ZANIOLO, Pedro Paulo. **Crimes modernos**: o Impacto da Tecnologia no Direito. Jurua Editora, 2007. 487 p.

¹⁴ NOGUEIRA, Sandro D"Amato. **Crimes de Informática**. São Paulo. Editora BH. 2009. p. 23.

¹⁵ INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de Inellas. **Crimes na Internet**. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2009. p. 13.

Com a mesma linha de pensamento, Sandro D'Amato Nogueira¹⁶ também versa que além de amplificar as possibilidades dos crimes já previstos em lei, os novos criminosos cometem crimes jamais imaginados. Indo além, o referido autor designa os novos criminosos como “delinquentes de ocasião”, que se não houvesse a falsa ideia de anonimato e ausência de leis, provavelmente estes não cometeriam certos delitos.

2.1.2 O novo Direito digital

O direito digital consiste na evolução do próprio Direito, abrangendo a todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, assim como introduzindo novos elementos e institutos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas¹⁷.

Com isso, antigas condutas – principalmente crimes – ganharam um novo meio de execução através da Internet: aqui temos os crimes digitais, tem-se como exemplos os delitos contra a honra ou a ameaça (Código Penal, art. 138 e ss. e art. 147) praticados via e-mails ou redes sociais. Estes delitos utilizam o computador como um meio, sendo que o seu resultado se dá no mundo real.

Quanto aos aspectos constitucionais do direito digital, pode-se afirmar que ele é fundado na liberdade de acesso ao meio e à forma da comunicação. O art. 220 da Constituição Federal institui que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição¹⁸”.

No direito digital, deve haver a publicação das “normas digitais” no formato de *disclaimers*¹⁹, como já fazem os provedores de acesso à Internet, ou seja, deve estar publicada na página inicial a norma à qual se está submetido, sendo ela um princípio geral ou uma norma-padrão para determinada atuação. Desse modo, a publicidade das regras possibilita maior conhecimento do público, e conseqüentemente, aumenta a sua eficácia.

¹⁶ NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Crimes de Informática**. São Paulo. Editora BH. 2009. p. 23.

¹⁷ LÉVY, Pierre. *O que é o Virtual?*. 1ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2007. p. 18.

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 1988.

¹⁹ Disclaimer é um aviso legal ou termo de responsabilidade, encontrado comumente em mensagens eletrônicas e páginas da Web, que informa os direitos do leitor de um determinado documento e as responsabilidades assumidas ou, normalmente, não assumidas pelo autor deste documento.

Para Patrícia Peck Pinheiro, o Direito Digital não é algo novo, mas sim um produto derivado da legislação atual, como qualquer lei extravagante:

Não devemos achar, portanto, que o Direito Digital é totalmente novo. Ao contrário, tem ele sua guarida na maioria dos princípios do Direito atual, além de aproveitar a maior parte da legislação em vigor. A mudança está na postura de quem a interpreta e faz sua aplicação. (...) O Direito tem de partir do pressuposto de que já vivemos uma sociedade globalizada. Seu grande desafio é ter perfeita adequação em diferentes culturas, sendo necessário, por isso, criar a flexibilidade de raciocínio, nunca as amarras de uma legislação codificada que pode ficar obsoleta rapidamente²⁰.

2.1.3 Anonimato e sensação de impunidade na rede

Para o direito digital, o *IP*²¹ constitui uma forma de identificação virtual, ou seja, o anonimato na rede é relativo, assim como as identidades virtuais podem não ter um correspondente de identidade real, os vulgos *fakes*²². Por analogia, seria o mesmo que ocorre quando as contas de empresas fantasmas, cuja identidade física pode ser falsa. Na grande rede, devido a sua dimensão de caráter globalizado, possibilita que a facilidade para criação de “laranjas” seja ainda maior.

Sobre a, carência de segurança e a facilidade para anonimato na rede, Pinheiro sugere:

Especificamente no Brasil, os crimes mais comuns na rede são o estelionato e a pedofilia. Os *e-mails* gratuitos são outro agente de expansão, pois seus dados não são necessariamente comprovados. Uma prática recomendável seria obrigar os provedores a identificar suas contas ativas e inativas, utilizando uma tecnologia de fotografia do usuário, ou seja, ter a comprovação de seus dados e, se possível, uma imagem digital. Isso, associado a uma prática de cadastramento dos usuários, no mesmo procedimento adotado pelos bancos, permite que realmente existam meios de prova confiáveis, rompendo-se a maior barreira à segurança da rede²³.

²⁰ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35

²¹ *Internet Protocol* – Protocolo responsável pelo percurso de pacotes entre dois sistemas que utilizam a família de protocolos TCP/IP desenvolvida e usada na *Internet*.

²² Fake (falso em inglês) é um termo usado para denominar contas ou perfis usados na *Internet* para ocultar a identidade real de um usuário.

²³ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 227

Um dos maiores problemas jurídicos dos crimes virtuais é a raridade de denúncias e, pior, o despreparo da polícia investigativa e dos responsáveis pela perícia para apurá-las.

Embora com a instauração da Portaria DGP nº 1, de 4 de fevereiro de 2000²⁴, já seja possível fazer boletins de ocorrência pela Internet, são escassas as equipes de profissionais preparados para a investigação de pronto de um crime virtual.

Patrícia Peck Pinheiro disserta acerca dos motivos mais comuns para a frustração da investigação quando o crime é praticado no ambiente virtual.

Dois motivos norteiam o problema no combate aos crimes dessa natureza: a) a falta de conhecimento do usuário, que, dessa forma, não passa às autoridades informações relevantes e precisas; e b) a falta de recursos em geral das autoridades policiais. [...] O Direito Digital traz a obrigação de atualização tecnológica não só para advogados e juízes, como para delegados, procuradores, investigadores, peritos e todos demais participantes do processo²⁵.

2.2 Crimes virtuais

Os crimes virtuais são aqueles perpetrados através dos computadores, contra os mesmos, ou através dele. A maioria dos crimes são praticados através da internet, e o meio usualmente utilizado é o computador²⁶.

Esses crimes podem ser conceituados como sendo às condutas de acesso não autorizado a sistemas informáticos, ações destrutivas nesses sistemas, a interceptação de comunicações, modificações de dados, infrações a direitos de autor, incitação ao ódio e discriminação, escárnio religioso, difusão de pornografia infantil, terrorismo, entre outros²⁷.

As denominações quanto aos crimes praticados em ambiente virtual são diversas, não há um consenso sobre a melhor denominação para os delitos que se relacionam com a tecnologia, crimes de computação, delitos de informática, abuso de computador, fraude informática, em fim, os conceitos ainda não abarcam todos os crimes ligados à tecnologia, e,

²⁴ A portaria disciplina a recepção e o registro de ocorrências policiais e denúncias por meio eletrônico.

²⁵ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 227

²⁶ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de Informática e seus Aspectos Processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.9.

²⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.46

portanto, deve-se ficar atento quando se conceitua determinado crime, tendo em vista que existem muitas situações complexas no ambiente virtual²⁸.

Embora existam as divergências doutrinárias quanto a conceituar os crimes praticados em meio eletrônico, há uma grande leva de doutrinadores que os conceitua como “crimes digitais”.

A verdade é que a denominação dos delitos deve ser feita de acordo com o bem jurídico protegido, conforme diz Fragoso²⁹:

A Classificação dos crimes na parte especial do código é questão ativa, e é feita com base no bem jurídico tutelado pela lei penal, ou seja, a objetividade jurídica dos vários delitos ou das diversas classes de intenções.

Em todas as classificações há distinções a considerar e pontos em comum, algumas posições atribuem os meios eletrônicos como objeto protegido (bem jurídico) e meios eletrônicos como meio/instrumento de se lesionar outros bens, esta classificação torna-se umas das mais oportunas, tendo em vista que abarca mais opções acerca das práticas³⁰.

É importante salientar que toda essa tecnologia é imensurável e as ramificações dela tornam o assunto cada vez mais complexo.

Diante de tanta revolução, o potencial de aproveitamento da tecnologia voltada à comunicação, para os profissionais do Direito, cresce bastante. Isto fica bem explicado nas linhas a seguir, nas palavras de Alexandre Atheniense³¹:

O poder de comunicação da *Internet* para os advogados possibilitará o aperfeiçoamento das seguintes atividades:

- Aprimorar a comunicação com os clientes, com outros advogados e tribunais.
- Poderosa ferramenta de pesquisa de temas jurídicos (doutrina, legislação e jurisprudência).
- Acesso a informações processuais em tempo real.
- Redução dos custos de comunicação (interurbanos, correios); redução dos custos na compra de livros e periódicos.

O primeiro caso relatado de um crime pela *Internet* no país ocorreu em 1997. Uma jornalista da TV cultura, em torno de 20 minutos, recebeu 105 mensagens de *e-mail* de cunho erótico-sexual, além de ameaças a sua integridade física. O autor do crime virtual, ao que foi

²⁸ CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.48

²⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212 do CP. Rio de Janeiro: Forense, 1983.p.5.

³⁰ CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.63

³¹ ATHENIENSE, Alexandre. *Internet e o Direito*, 1ª Ed. Belo Horizonte, 2000. p. 56.

suposto à época, utilizara um programa que além de modificar o nome do remetente, disparava uma série de envios do mesmo e-mail. Ao rastrear o endereço de IP do computador remetente, após colaborações dos provedores, descobriu-se o endereço do criminoso. Em análise do computador encontrado na residência foram encontrados os arquivos que foram enviados, além do programa que enviou os e-mails em série. Não restou outra opção não ser a de confessar o crime. O acusado, um excelente analista de sistemas, foi condenado meses depois a realizar serviços junto a Academia de Polícia Civil, a dar aulas de informática aos policiais³².

Conforme expõe Everton Lucero, as indicações quantitativas em números sobre a Internet constituem mero recorte histórico e momentâneo, uma vez que ela encontra-se em constante mudança e evolução. A análise destes números tem como objetivo indicar o grau de interesse e prioridade pelo qual o tema tem chamado a atenção, tanto do Estado, quanto também do alcance desta à população brasileira³³.

Apesar de o Brasil estar longe de alcançar os países desenvolvidos na questão de distribuição quantitativa da Internet, percebe-se no país um cenário de crescente desenvolvimento no setor informático, que cresce à ordem de 17%, em média anual. Se levarmos em consideração a quantidade de brasileiros acima dos dez anos de idade que já acessaram a *Internet* pelo menos uma vez, cresceu de 2005 a 2008 a quantidade de 75%, o que corresponde a quantidade de 56 milhões de usuários que utilizaram a rede mundial³⁴.

2.2.1 Quanto a Natureza Jurídica dos Crimes virtuais

Inicialmente, deve-se analisar o conceito de infração penal. De acordo com este conceito para que haja a caracterização de um crime, devem estar presentes três elementos essenciais, os quais definem quais são as condutas de uma eventual ação penal e consequentemente sentença condenatória. São eles: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade.

Conforme entendimento de Greco (2009, p. 137): A tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a

³² NOGUEIRA, Sandro D"Amato. **Crimes de Informática**. São Paulo. Editora BH. 2009. p. 32/33.

³³ LUCERO, Everton. **Governança da Internet: Aspectos da Formação de um Regime Global e Oportunidades para a Ação Diplomática**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão. 2011. p. 72.

³⁴ LUCERO, Everton. **Governança da Internet: Aspectos da Formação de um Regime Global e Oportunidades para a Ação Diplomática**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão. 2011. p. 72.

responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.

Quanto à tipicidade, é adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato (tipo) previsto na lei penal. A tipicidade pode ser brevemente definida como a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. Um fato, para ser típico, precisa amoldar-se ao modelo descrito no texto penal (GRECO, 2009, p. 65).

Quando se fala de ilicitude, está-se referindo àquela relação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Ocorre o ilícito penal, pelo fato de o Direito Penal proteger os bens mais importantes e necessários à vida em sociedade. Portanto, ilicitude é a relação estabelecida entre a conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado (GRECO, 2009, p. 141).

A culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Reprovável ou censurável é aquela conduta levada a efeito pelo agente que, nas condições que se encontrava, podia agir de outro modo. (GRECO, 2009, p. 89).

No entendimento de Assis Toledo (1999, p. 86), deve-se entender o princípio da culpabilidade como a exigência de um juízo de reprovação jurídica que se apoia sobre a crença fundada na experiência de vida cotidiana, que ao homem dá a possibilidade de, em certas circunstâncias, agir de outro modo.

Partindo da ideia que ocorra um *cibercrime*, podemos dizer que um fato assim estereotipado seja típico, em tese, ilícito e culpável, e que, além disso, seja lesivo a uma bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico.

2.2.2 Sujeitos Envolvidos na Prática dos Crimes virtuais

Em crimes cometidos fora da internet, o reconhecimento e a identificação das pessoas podem ocorrer pelo documento identificador, que, esse, por sua vez, é chamado de RG (registro de identidade), consoante entendimento de (COLLI, 2010, p. 91).

Porém há um problema se tratando do meio virtual, que é a correlação, em um determinado espaço de tempo, entre a máquina e o sujeito que a opera (COLLI, 2010, p. 95).

O agente que cometeu a infração penal, para regular a incidência da lei, ou seja, a lei nacional acompanha a pessoa aonde quer que ela vá, mesmo em países estrangeiros. Quando ao princípio da territorialidade, no entendimento de Roberto Chacon Albuquerque (2006, p. 85):

Esse tipo de cooperação penal internacional está intrinsecamente ligada a este princípio, uma vez que possibilita uma responsabilização e sanção global, por diferentes Estados, de crimes como se fossem objetos de tratados ou convenções por todos ratificados

O princípio da territorialidade pode ser compreendido como aquele por meio do qual a lei penal a ser aplicada aos fatos ocorridos dentro do território de uma país é a lei desse mesmo país, independentemente da nacionalidade do agente, da vítima ou do bem jurídico lesado, uma vez que os Estados exercem a sua soberania dentro e de acordo com os limites do seu espaço territorial. (COLLI, 2010, p. 101).

No caso de delitos em que haja a conjugação de ações e resultados em diferentes países, a teoria da ubiquidade mostra que a mais adequada para ser aplicada é a da lei penal no espaço, uma vez que há maior possibilidade de se evitar eventuais conflitos negativos de jurisdição e de resolverem problemas dos crimes à distância, nos quais o resultado ocorre em locais diferentes. Essa teoria da ubiquidade quanto ao lugar do crime encontra-se no artigo 6º, do Código Penal brasileiro (COLLI, 2010, p. 103).

2.2.3 Provas obtidas de um crime virtual

No que tange as provas que caracterizariam um *crime virtual* é necessário que se faça uma breve distinção entre as fontes de prova, os objetos de prova, os meios de prova, assim como os sujeitos e os elementos de provas. Neste sentido, (COLLI 2010, p. 106) explica que:

Fonte de prova é tudo aquilo que, sem constituir, em si mesmo, meio ou elemento de prova, pode fornecer indicações úteis para determinadas comprovações.

Objeto de prova são os fatos, principais ou secundários, que, sendo relevantes á decisão do juiz, exigem uma comprovação.

Meio de prova, por outro lado, é tudo aquilo que pode servir diretamente á comprovação da verdade fática.

O sujeito ativo da prova é aquele que a introduz no processo, enquanto que o sujeito ativo do exame da prova é o sujeito a quem ela é dirigida, ou seja, o juiz.

Elementos de prova são os fatos e as circunstâncias nos quais se funda a convicção do juiz para ter seu embasamento na hora de decidir o caso.

Dessa forma, foram apresentadas as ideias iniciais a respeito de provas e de sua obtenção. Ainda quanto às provas, deve-se destacar dois pontos de extrema importância: a) os dados gravados ou transmitidos a partir de um computador; b) as provas ilícitas decorrentes da investigação da intimidade e privacidade.

Os atos de investigação são realizados durante a fase pré-processual, na fase que precede o processo penal propriamente dito. Possuem uma estrutura tipicamente inquisitiva, orientados pelo segredo, feito de forma escrita, com ausência do contraditório, ou seja, o tão conhecido inquérito policial.

A finalidade da prova é o convencimento do juiz acerca de uma afirmação trazida pela acusação. Conforme (FILHO 2000, p. 220) explica:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou então de que ocorreram desta ou daquela forma. A prova é assim um elemento instrumental para que as partes influenciam a convicção do juiz e o meio de que este serve para averiguar sobre os em que as partes fundamentam suas alegações.

A primeira questão a ser abordada quanto às provas decorrentes de um *cibercrime* diz respeito a sua efemeridade. Esta qualidade está ligada não aos componentes eletrônicos que compõem máquinas, cabos de transmissão, conectores ou dispositivos em geral, mas sim àquilo que guarda maior relevância para qualquer investigação de um *cibercrime*: os dados magnéticos armazenados, encontrados em disco rígido. Em razão do risco do perecimento das provas, por conta de sua efemeridade, os cuidados com a coleta de dados devem ser tomados por todos, não só pelos peritos que estejam envolvidos na análise de dados de um *cibercrime*, mas igualmente por policiais que fazem o flagrante deste (COLLI, 2010, p. 115).

No que concerne à prisão em flagrante, os passos a serem seguidos no momento da prisão em flagrante, são os seguintes: a) fazer um “*printscreen*” da tela no momento da apreensão da máquina, que nada mais é do que uma foto tirada pelo próprio computador da

última tela usada; b) adotar procedimentos para preservação de dados de fácil perecimento; c) fazer uma imagem do disco rígido da máquina operante, antes que ela seja desligada, para não se perder nenhum dado importante; d) checar a integridade dos dados para se ter certeza de que a cópia é exatamente fiel e verdadeira; e) desligar o sistema de acordo com as instruções originais do sistema operacional; f) fotografar todo o sistema e o ambiente no qual ele está localizado, inclusive cabos conectados na parte traseira do computador e fios que nele estejam conectados, pois esse ambiente não deixa de ser cena do crime; g) desconectar todos os cabos periféricos, os cabos básicos conectados; h) usar fita antiestática ou outro instrumento desmagnetizado antes de tocar nos equipamentos, para não haver o descarregamento de dados; i) colocar disquetes e outros materiais que possuam mecanismo magnético em bolsas antiestáticas, evitando dessa forma, um campo magnético e a consequente perda de dados armazenados (COLLI, 2010, p. 116).

Uma outra característica das provas, que se deve observar, é a questão do levantamento de provas ilícitas decorrentes de investigações feitas sem autorização, não atendendo ao artigo 157 e §1º do Código de Processo Penal. Da mesma forma que ocorre com os telefones, as investigações em uma rede virtual também deverão ter prévia autorização judicial para que ocorram.

Portanto, analisam-se as questões ligadas à investigação preliminar, concluindo dessa forma, que crime é definido por três elementos essenciais, ou seja, tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Quanto aos infratores virtuais, eles podem ser identificados através de seus IPs (*internet* protocolo), haja vista ser uma forma de documento identificador. Diante da superação de barreiras territoriais, existem grandes dificuldades na definição do tempo e lugar do cometido de *cibercrime*. A respeito de provas de crimes cibernéticos, essas possuem alto risco de perecimento, e a sua coleta deve ser realizada com atenção e cuidado, para que elas não se percam, garantindo, assim, a prisão dos infratores e o devido processo legal.

Vivemos numa sociedade baseada na informação, exigindo-se a capacidade de aquisição e análise dessa mesma informação. Desta forma, o mundo contemporâneo exige que o indivíduo seja capaz de pensamento crítico e capaz de solucionar problemas e também destaca além de ser uma excelente fonte de informação, a internet possibilita a interação com os outros, ou seja, a partilha de opiniões, sugestões, críticas, e visões alternativas.

Os crimes perpetrados neste ambiente se caracterizam pela ausência física do agente ativo, por isso, ficaram usualmente definidos como sendo crimes virtuais, ou seja, os delitos

praticados por meio da Internet são denominados de crimes virtuais, devido a ausência de seus autores e seus asseclas (MOURA,p.120, 1998). .

O que percebe-se, é que o crime virtual é qualquer conduta antijurídica e culpável, realizada a partir de um computador conectado à internet.

Segundo Rossini (2004, p. 110):

O conceito de “delito informático” poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade.

Para o autor supramencionado, “delito informático” é gênero, do qual “delito telemático” é espécie, dada a peculiaridade de ocorrer no e a partir do inter-relacionamento entre os computadores em rede telemática usados na prática delitiva (ROSSINI, 2004, p.138).

De acordo com o advogado Renato Opice Blum, especialista em Direito Eletrônico, essas invasões tem ocorrido com frequência nas empresas, com os culpados sendo identificados. “os tribunais brasileiros já estão tratando do assunto”, salienta Blum, “a primeira sentença foi proferida em 1996”.

Existem, segundo Blum, algumas instituições nacionais que estão trabalhando para evitar que este tipo de crime prolifere. Ele afirma que o gabinete de segurança Nacional e o exército tem planos contra a guerra eletrônica. Uma das soluções apontada por ele para amenizar o cyberterrorismo é os países montarem infra-estruturas próprias, não apenas jurídicas, mas técnicas, que possam dar respostas rápidas para conter os ataques. “e mesmo assim não há garantia plena de conter essas situações.”

No ordenamento jurídico pátrio, não há qualquer empecilho para a utilização de provas eletrônicas, conforme versa o art. 225 do Código Civil³⁵.

As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

³⁵ VADE MECUM. 11ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2016.p.180

Pedro Batista Martins conceitua prova como sendo “o conjunto de elementos de que se serve o juiz para formar a convicção sobre os fatos que se funda a demanda”³⁶.

Ademais, o art. 332 do Código de Processo Civil versa que³⁷:

Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

O Código de processo penal também aceita as provas eletrônicas, conforme versa o art. 231, “salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”, e, ademais, o art. 232 também versa que “consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”.

Cabe citar também da Medida Provisória n° 2.200-1/2001, sendo que a mesma institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP Brasil, a qual já em seu art. 1° versa sobre sua finalidade³⁸.

Art. 1° Fica Instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Caso se verifique que o documento eletrônico não tenha sido assinado, ou o certificado não esteja vinculado ao ICP-Brasil, pode-se realizar uma perícia no computador para que se verifique a autenticidade da documentação³⁹, o credenciamento serve como um selo de qualidade técnica, e não é preponderante na apreciação da prova, uma vez que o Juiz dispõe do Livre Convencimento Motivado, sendo que o mesmo apreciará livremente as provas.

³⁶ MARTINS, Pedro Batista. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Forense, v.2, p. 383.

³⁷ VADE MECUM. 11ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2016.p.442

³⁸ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos – Medida Provisória n° 2.200-1, de 27 de Julho de 2001. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2200-1.htm>. Acesso em: 11 abr. 2012.

³⁹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.214

3. DOS CRIMES DE ÓDIO

3.1 Da imprescindibilidade da definição do instituto sobre Crime de Ódio

As expressões “crime de ódio” e “discurso de ódio”, com cada vez mais frequência, se fazem presentes na linguagem da população em geral - disseminadas fortemente por meio da mídia - e vêm sendo, também, crescentemente referidas mesmo no sistema de registro de ocorrências policiais, na doutrina jurídica e na jurisprudência penais pátrias⁴⁰.

Referida terminologia é adotada, por exemplo, na página de denúncias de crimes na internet da Polícia Federal⁴¹, a qual oferece as seguintes opções para denúncia: pornografia infantil, crimes de ódio, genocídio e tráfico de pessoas. Na aba relativa à definição acerca de cada uma destas categorias, o conceito atribuído aos crimes de ódio é o de que “são considerados Crimes de Ódio a prática de qualquer tipo de preconceito (de cor, religião, etc.), assim como a fabricação, a venda, a distribuição ou a divulgação de símbolos nazistas.”

A utilização do termo “ódio” para referir-se a essa espécie criminal já foi duramente criticada por estudiosos do tema, notadamente pela imprecisão da ideia que denota. Conforme apontam Ray e Smith, o termo tende a individualizar a violência racista – bem como aquela oriunda de outras formas de preconceito – e apresentá-la como um ato de indivíduos patológicos. A utilização desta terminologia, segundo os autores, encoraja a percepção de que esse tipo de violência decorre de atos isolados de indivíduos com base em preconceitos pessoais e subjetivos, quando, em verdade, seriam decorrentes de práticas institucionais de segregação de determinados grupos⁴².

Em sentido semelhante, Gail Mason, em artigo nominado “*Not our Kind of Hate Crime*”, aponta que a utilização do termo denota que a noção de “ódio”, em uma perspectiva

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 638565/AP. Relator: Min. Ayres Britto. 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 638565/AP. Relator: Min. Ayres Britto. 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4057817>. Acesso em 20 out. 2016.

⁴¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Polícia Federal. Disponível em <<http://denuncia.pf.gov.br/>>, acesso em 20 out. 2016.

⁴² LARRY, Ray. SMITH, David. *Racist Offenders and the Politics of “Hate Crime”*. **Law and Critique Journal**, Volume 12, Issue 3, 2001, p. 7.

subjetiva e individual, seria suficiente a explicar a motivação da conduta – conclusão que a autora reputa insuficiente⁴³.

Conforme demonstrado, o conceito abordado nos estudos supracitados, e em grande parte das publicações acerca do tema⁴⁴, é de generalidade tal que abarca quaisquer condutas criminosas motivadas, total ou parcialmente, por preconceito em relação a alguma característica – vale gizar, real ou percebida - da vítima.

O mesmo fenômeno pode ser observado em relação aos estudos especificamente concernentes ao chamado “discurso de ódio”. Diversas publicações dedicam breves linhas à análise conceitual do instituto, enquanto outras sequer se debruçam sobre tal definição⁴⁵, passando os autores diretamente a questões mais específicas e à análise de casos concretos, momento em que as fragilidades oriundas da adoção de definições tão genéricas - e por vezes tidas por preconcebidas, conforme demonstrado – tendem a surgir.

Conforme aponta Roger Raupp Rios, os termos “preconceito” e “discriminação” são correlatos e, conquanto designem fenômenos diversos, são, por vezes, utilizados a modo intercambiado. Prosseguindo, o autor refere que por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. O termo discriminação, por sua vez, designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, e atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos⁴⁶.

Em semelhante sentido, Christiano Jorge Santos⁴⁷ aponta que o preconceito é a formulação de ideias (que por vezes alicerçam atitudes concretas) calcadas em concepções prévias que não foram objeto de uma reflexão devida ou que foram elaboradas a partir de

⁴³ MASON, Gail. Not Our Kind of Hate Crime. *Law and Critique Journal*, Volume 12, Issue 3. 2001. p. 13.

⁴⁴ BREVIGLIERI, Etienne Maria. SILVA, Kamilla Assunção. **Violação dos direitos humanos por meio dos crimes de ódio: estudo e análise do conceito de homofobia na perspectiva da legislação brasileira**. 26 de abril de 2015. Disponível em: <<http://concorsi.diritto.it/docs/3493-viola-o-dos-direitos-humanos-por-meio-dos-crimes-de-dio-estudo-e-an-lise-do-conceito-de-homofobia-na-perspectiva-da-legisla-o-brasileiro>> Acesso em 08 dez. 2015; LAWRENCE, Frederick M. **Punishing Hate: Bias Crimes Under American Law**. Harvard University Press, 1999.

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; OMNATI, José Emilio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁴⁶ RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: RIOS, *et al.* **Em defesa dos Direitos Sexuais**. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2007, p. 112.

⁴⁷ SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceitos e de discriminação**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 43-44.

ideias deturpadas. Por vezes, tais ideias são exteriorizadas em atos de cunho discriminatório, o que faz da discriminação, nestes casos, espécie do gênero preconceito, que a antecede.

Prosseguindo à análise do termo sob uma perspectiva sociológica - ótica esta que, conforme se pretende demonstrar, apresenta relevância ímpar à compreensão do fenômeno dos crimes de ódio – Rios aponta que o preconceito é definido como uma forma de relação intergrupar onde, no quadro específico das relações de poder entre grupos, desenvolvem-se e expressam-se atitudes negativas e depreciativas, além de comportamentos hostis e discriminatórios em relação aos membros de um grupo por pertencerem a esse grupo. Refere, ainda, que a categorização e a construção de estereótipos constituem processos cognitivos desenvolvidos nestes tipos de relações sociais⁴⁸.

No mesmo sentido, conforme aponta Rios, vale ainda destacar a contribuição dos estudos culturais, segundo os quais as identidades são produzidas a partir das diferenças, na medida em que às diferenças são atribuídas determinadas significações. Assim, ao contrário do que se poderia imaginar, não é a discriminação que é produzida pelas diferenças e por ela precedida; ao contrário, é a discriminação que atribui um certo significado negativo e institui a diferença⁴⁹.

3.2 Traços distintivos e tratamentos distintos: análise comparada dos crimes de crime de ódio propostos

Acerca precisamente dessa distinção, Santos⁵⁰ aponta que tem sido objeto de casta discussão na doutrina e na jurisprudência penais pátrias a classificação típica da conduta de quem, geralmente de modo verbal, tece comentários de cunho ofensivo utilizando elementos relativos à raça, cor, etnia, credo ou procedência nacional.

Assim, de acordo com o autor, o critério a ser adotado aos fins de diferenciar as condutas e, de consequência, corretamente subsumi-las aos tipos penais previstos, deve ser o alcance das expressões, gestos, ou qualquer modo de exteriorização do pensamento preconceituoso.

⁴⁸ CAMINO e PEREIRA, no prelo, *apud* RIOS, Roger Raupp. *Op Cit.* p. 114.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 115.

⁵⁰ SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceitos e de discriminação**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 123

O autor exemplifica tal critério da seguinte maneira: quando a ofensa, então, limita-se estritamente à esfera jurídica de um indivíduo, como, por exemplo, a referência a um negro que se envolve em acidente de trânsito, como “preto safado”, estaríamos, em princípio, deparando-nos com o crime de injúria qualificada pelo preconceito, previsto no artigo 140, §3º, do Código Penal, uma vez que, neste caso, somente seria verificada ofensa à honra subjetiva da vítima.

Pensemos, contudo, em ação diversa envolvendo precisamente o mesmo contexto fático: se, após o acidente, o que se diz é “só podia ser coisa de preto mesmo”, estaria caracterizada a figura do artigo 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89 uma vez que, em que pese a frase seja proferida dirigindo-se a uma pessoa em particular, está revelando inequivocamente um preconceito em relação à raça negra, ou aos que possuam a “cor preta”, uma vez que a expressão utilizada contém o raciocínio de que todo negro ou preto faz coisas erradas. Assim, aquele que se manifesta como no segundo exemplo, está, rigorosamente, *praticando* o preconceito, diante da inequívoca subjugação do grupo ao qual a vítima pertence ou parece pertencer⁵¹.

Impende reconhecer, pois, que os bens jurídicos tutelados nos crimes de injúria e de racismo (ou crimes de preconceito e de discriminação previstos na Lei nº 7.716/89) são totalmente distintos: o primeiro, visa a proteger a honra subjetiva da vítima; o último, a resguardar o princípio da igualdade⁵².

A jurisprudência é assente em reconhecer os traços distintivos até aqui expostos.

Nesse sentido, Santos traz à lume exemplo de julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual, enfrentando precisamente a questão, manteve a condenação fixada pela justiça de primeiro grau, na qual um colunista de pequeno jornal da comarca de Ponte Nova foi dado como incurso na conduta típica prevista no artigo 20 da Lei nº 7.716/89.

Em síntese, o colunista publicara coluna criticando uma professora negra, sindicalista local, por ter ajuizado ação trabalhista em desfavor de uma escola superior da localidade. O artigo findava com a seguinte frase: “A história da Faculdade nos ensina que o teor da melanina na pele não indica o bom ou mau caráter das pessoas, mas aí que saudades do açoite e do pelourinho!”.

⁵¹ SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceitos e de discriminação**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 125.

⁵² SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceitos e de discriminação**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 149.

Em que pesem os argumentos da defesa à desclassificação da conduta para o crime de injúria qualificada pelo preconceito, a 2ª Câmara Criminal, por unanimidade, negou provimento ao recurso interposto. A ementa do acórdão prolatado registra –

O crime de preconceito racial não se confunde com o crime de injúria, na medida em que este protege a honra subjetiva da pessoa, que é o sentimento próprio sobre os atributos físicos, morais e intelectuais de cada pessoa, e aquele é manifestação de um sentimento em relação a uma raça⁵³.

No mesmo sentido, vale trazer à baila as ementas dos acórdãos que seguem, prolatados nos tribunais de diversos estados do país:

APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITOS CONSTITUCIONAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA. HONRA. PONDERAÇÃO. CRIMES. INJÚRIA RACIAL E RACISMO. DIFERENÇA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. PRIMEIRA IMPUTAÇÃO. DOLO DE INJURIAR. PRESENÇA. CONDENAÇÃO. SEGUNDA IMPUTAÇÃO. DOLO. AUSÊNCIA. ABSOLVIÇÃO

(...)

III – A distinção entre os crimes de preconceito e injúria preconceituosa reside no elemento subjetivo do tipo. Configurar-se-á o delito de discriminação se a intenção do réu for atingir número indeterminado de pessoas que compõem um grupo e o de injúria preconceituosa se o objetivo do autor for atingir a honra de determinada pessoa, valendo-se de sua cor para intensificar a ofensa.

(...)⁵⁴

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DE INJÚRIA RACIAL. QUALIFICAÇÃO. OFENSAS RELACIONADAS À COR DA VÍTIMA. HONRA SUBJETIVA. CONDUTA QUE SE SUBSUME AO DELITO DE INJÚRIA QUALIFICADA POR PRECONCEITO RACIAL, E NÃO AO CRIME DE RACISMO. AÇÃO PENAL PRIVADA. VERIFICAÇÃO DE COISA JULGADA MATERIAL. DECADÊNCIA. IMPROVIMENTO. 1. Diante da análise do conjunto probatório, percebe-se a presença de expressões verbais com conteúdo discriminatório. Não obstante, tais expressões não foram feitas com o intuito de menosprezar a raça negra como um todo, mas unicamente para ferir a honra subjetiva da vítima, tipificando, assim, a conduta descrita no art. 140, § 3º, do Código Penal, e não o crime capitulado no art. 20, da Lei n.º 7.716/89 (discriminação racial).

(...)⁵⁵

APELAÇÃO CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL. PRESCRIÇÃO.

⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal: 133.955/5, 2ª Câmara Criminal, Relator: Des. Herculano Rodrigues, Data de Julgamento: 14/08/2005.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal nº 20100111173883 DF 0041864-97.2010.8.07.0001, 3ª Turma Criminal, Relator: Des. Nilson de Freitas, Data de Julgamento: 20/06/2013. Disponível em <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23594963/apelacao-criminal-apr-20100111173883-df-0041864-9720108070001-tjdf>. Acesso em 03 dez. 2015.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Recurso em sentido estrito nº 153502008, Relator: Des. Raimundo Nonato Magalhães Melo. Data de Julgamento: 06/11/2008. Disponível em: <http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3635398/recurso-em-sentido-estrito-recsenses-153502008-ma>. Acesso em 03 dez. 2015.

Chamar o ofendido de "negro baderneiro", "negro bandido" e "negro quadrilheiro" não constitui crime de racismo, mas sim de injúria qualificada. Desde o recebimento da queixa-crime, em 01.04.2003, decorreu lapso temporal superior a oito anos sem o advento de qualquer dos marcos interruptivos da prescrição. Extinção da punibilidade pela incidência da prescrição, com base na pena em abstrato, forte no art. 107, inciso IV, c/c art. 109, inciso VI, todos do Código Penal. Exame do mérito prejudicado. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO⁵⁶.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE RACISMO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO VERIFICADO. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À PARTE. OFENSA À RAÇA NEGRA. INEXISTENTE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA INJÚRIA QUALIFICADA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

(...)

A ofensa verbal dirigida à pessoa determinada com emprego de palavras pejorativas alusivas a sua raça, mas sem intenção de segregação racial, configura o crime de injúria racial⁵⁷.

Contudo, há também o entendimento que a “injúria racial” é uma espécie de crime de racismo, portanto também imprescritível. A diferenciação entre “injúria racial” e o crime de racismo é uma construção doutrinária e jurisprudencial equivocada, que ignora por completo os valores insculpidos na Constituição Federal. Nesse sentido, há recente precedente do STJ⁵⁸ e artigo doutrinário que ressalta o acerto da decisão daquela Corte⁵⁹:

“É puramente artificial diferenciar ontologicamente 'injúria racial' de 'racismo'. A punição mais branda da chamada 'injúria racial' relativamente ao 'racismo' implica menoscabo ao repúdio constitucional do racismo.

Ora, não deve haver diferença qualitativa entre ofender uma única pessoa por elementos racistas ou ofender uma coletividade de pessoas por elementos racistas – que é, aliás, o 'critério diferenciador' em geral utilizado para defender a referida 'distinção'. Por exemplo, dizer que 'negros são menos inteligentes do que brancos' (sic) é considerado crime de racismo, mas chamar alguém de 'preto burro' (sic) é considerado crime de injúria racial. No

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70026731083, Segunda Câmara Criminal, Relator: Des.Osnilda Pisa, Julgado em 29/01/2013. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112601313/apelacao-crime-acr-70026731083-rs>>. Acesso em 03 dez. 2015.

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Criminal nº 8169611 PR 816961-1, 2ª Câmara Criminal, Relator: Des. Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso, Data de Julgamento: 02/08/2012. Disponível em < <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22341448/8169611-pr-816961-1-acordao-tjpr>>. Acesso em 03 dez. 2015.

⁵⁸ AgRg no AREsp 686.965/DF, Rel. Ministro ERICSON MARINHO (desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 31/08/2015).

⁵⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Decisão do STJ que considera injúria racial imprescritível é correta. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-24/decisao-stj-considera-injuria-racial-imprescritivel-correta>. Acesso em 19/02/2015, as 16:56h.

entanto, as condutas são igualmente odiosas e merecem o mesmo rigor penal (ainda que eventualmente diferenciadas na dosimetria da pena).”

3.3 DO RACISMO

3.3.1 Breve histórico sobre o racismo

A discriminação por motivo de raça ou cor confunde-se com a própria história da Humanidade. Na Bíblia, por exemplo, há a passagem em que Míriam e Arão, irmãos de Moisés, queixaram-se com ele porque se casara com uma mulher cusita (negra)⁶⁰.

No Brasil, os negros trazidos da África durante o período colonial foram escravizados e forçados a trabalhar nos engenhos de cana-de-açúcar. Estima-se que, entre 1530 e 1888, 5,5 milhões de negros tenham sido transportados como escravos para o país⁶¹.

A triste história nacional ainda se reflete no desequilíbrio atual da sociedade brasileira.

No início de 2014, o Governo Federal divulgou um trabalho de decomposição dos beneficiários do Brasil Sem Miséria, que inclui o Bolsa Família, o Brasil Carinhoso e o Pronatec. Pelo referido estudo, cerca de três quartos dos beneficiados por tais programas sociais eram negros⁶².

Com efeito, o racismo acompanha a história da humanidade e foi a justificativa usual para a prática da escravidão e do genocídio por diversas sociedades. Nos tempos atuais, uma nova forma de praticar esse odioso crime vem se destacando: mensagens racistas são frequentemente divulgadas pela internet. Uma jornalista negra da TV brasileira foi vítima de diversos crimes de racismo por meio das redes sociais, somente pelo fato de ser negra. A divulgação desses fatos foi exponencial e o caso repercutiu nacional e internacionalmente⁶³.

Estimulados pelo aparente anonimato da internet e pela instantaneidade de comunicação e de retirada das mensagens *on line*, muitos crimes de racismo e de “injúria

⁶⁰ Livro de Números, Capítulo 12, versículos de 1 a 12.

⁶¹ Disponível em: <http://www.almanaquerupes.com.br/>. Acesso em 22.12.2015, as 10h.

⁶² Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/revista/767/o-racismo-em-numeros-6063.html> Acesso em 02/02/2016, as 14:05 h.

⁶³ Disponível em: <http://www.refinery29.com/2015/11/98494/brazil-racist-online-trolls-billboards> e <http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2015/07/maria-julia-coutinho-maju-e-vitima-de-racismo-nofacebook.html>. Acesso em 10/01/2016, as 15h.

racial” são praticados por usuários brasileiros, todos os dias, por meio de sites diversos e das redes sociais⁶⁴.

3.3.2 Abordagem Terminológica

3.3.2.1 Significado da expressão Raça

Historicamente, o discurso de divisão de raças surgiu em decorrência das rivalidades e disputas por domínio entre grupos. A ideologia de superioridade de uma raça sobre a outra foi utilizada para justificar a exploração entre homens, resultando no surgimento de “hierarquias biológicas” e “psicológicas”. Um dos casos de grande relevância para a história foi o discurso de superioridade da raça ariana, difundido na Alemanha durante o nazismo, que culminou no extermínio de milhares de pessoas, momento conhecido como o holocausto (SANTOS, 2010,p. 27).

Para a Sociologia, raça deve ser entendida como construção social, pois retrata o reconhecimento da identidade social de um grupo.

Segundo Antônio S. A. Guimarães (2003,p. 93-107):

Podemos dizer que as raças são efeitos de discursos; fazem parte desses discursos sobre origem. As sociedades humanas constroem discursos sobre suas origens e sobre transmissão de essências entre gerações. Esse é o terreno próprio à identidades sociais e o seu estudo trata desses discursos de Origem. [...] O que são raças para a sociologia, portanto? São discursos sobre as origens de um grupo, que usam termos que remetem à transmissão de traços fisionômicos, qualidades morais, intelectuais, psicológicas, etc., pelo sangue.

Para o Direito, o significado de raça teve enorme repercussão na discussão envolvendo o Habeas Corpus n. 82.424-2/RS, “Caso Siegfried Ellwanger”, em que os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) se dividiram sobre a questão do racismo. No presente caso, o paciente pretendia afastar a imprescritibilidade da pena que fora condenado, alegando que o crime praticado não era de racismo, porque judeus não podem ser considerados uma raça.

O ministro relator Maurício Corrêa teve opinião decisiva para o caso, vale destacar as palavras da ementa do acórdão (*Habeas Corpus* n. 82.424-2/RS):

⁶⁴ Somente no ano de 2014, a SaferNet Brasil recebeu e processou 86.570 denúncias anônimas de racismo envolvendo 17.291 páginas (URLs) distintas (das quais 1.617 foram removidas) hospedadas em 1.630 hosts diferentes, conectados à Internet através de 1.680 números IPs distintos, atribuídos para 26 países em 4 continentes. As denúncias foram registradas pela população através dos 7 hotlines brasileiros que integram a Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos. Disponível em: <http://indicadores.safernet.org.br/Acesso> em 02/02/2016, as 18h.

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, pelos 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.

De maneira geral, no Brasil a cor é utilizada como sinônimo de raça. Visualizamos que o preconceito está mais associado às características fisiológicas e estéticas, com ênfase na tonalidade da pele, do que ligado à hereditariedade, ou seja, à ancestralidade.

Nas palavras de Christiano Jorge Santos (2010, p. 57-58):

Muitas vezes, a palavra é utilizada em nossa língua – encontra-se plenamente enraizada em nosso cotidiano – como sinônimo de raça, por vezes até como forma de eufemismo. Ao invés de se dizer que a mulher ou homem são negros, diz-se que fulana ou beltrano são “de cor”. Tal expressão revela ambiguidade, pois uma das cores é branca.

Oracy Nogueira (2006, p. 287-308), em seu artigo “Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem”, analisa como ocorre o preconceito racial no Brasil comparado aos Estados Unidos. De acordo com o autor, no Brasil, convivemos com um preconceito “de marca”, diferentemente dos Estados Unidos, em que se mostra um preconceito “de origem”:

Quando o preconceito de raça se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para suas manifestações os traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, o sotaque, diz-se que é *de marca*; quando basta a suposição de que o indivíduo descende de certo grupo étnico para que sofra as consequências do preconceito, diz-se que é *de origem*.

3.3.2.2 Significado da expressão Racismo

De acordo com o Dicionário de Política de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (2004, p. 1059), racismo pode ser definido como:

Com o termo Racismo se entende, não a descrição da diversidade das raças ou dos grupos étnicos humanos, realizada pela antropologia física ou pela biologia, mas a referência do comportamento do indivíduo à raça a que pertence e principalmente, o uso político de alguns resultados aparentemente científicos, para levar a crença da superioridade de uma raça sobre as demais. Este uso visa a justificar e consentir atitudes de discriminação e perseguição contra as raças que se consideram inferiores.

Na definição de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 273), racismo é:

[...] o pensamento voltado à existência de divisão dentre seres humanos, constituindo alguns seres superiores, por qualquer pretensa virtude ou qualidade, aleatoriamente eleita, a outros, cultivando-se um objetivo segregacionista, apartando-se a sociedade em camadas e estratos, merecedores de vivência distinta.

No julgamento do Habeas Corpus n. 82.424-2/RS, “Caso Ellwanger”, já anteriormente comentado, foi discutido a abrangência do termo racismo presente na Constituição Federal de 1988. Isso porque, houve uma grande divergência entre os ministros ao julgarem o caso: os judeus poderiam ser considerados uma raça? Nessa indagação surgiu o debate: de um lado, aqueles que acreditavam que o racismo deveria ser entendido em sentido amplo e, do outro lado, aqueles que acreditavam que o racismo deveria ser entendido em sentido estrito.

Cabe transcrever o trecho do voto do Ministro Celso de Mello (*Habeas Corpus* n. 82.424-2/RS), que, como outros ministros, acredita que o racismo deve ser interpretado de forma mais ampla:

A noção de racismo – ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social [...].

Dessa maneira, para o racismo e raça no sentido amplo, posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do “Caso Ellwanger”, o preconceito contra o judeus é racismo, independente daquela classificação tradicional de raças, pois atinge não somente o âmbito biológico ou antropológico, mas também o âmbito cultural e sociológico.

Para Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 273), raça e racismo também devem ser interpretados como conceitos amplos. Para o autor, raça e racismo são termos que apresentam conceitos indeterminados e que podem abranger vários significados, pois remetem tanto aos caracteres somáticos como também a um grupo de pessoas com as mesmas características de origem étnica, linguística ou social. “Raça, enfim, um grupo de pessoas que comunga de ideais ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas”. Por fim, finaliza dizendo que homossexuais discriminados podem ser considerados um grupo racial, para fins de aplicação da Lei n. 7.716/89 (dispõe sobre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional).

Christiano Jorge Santos (2010, p. 49-50) refuta tal entendimento, alegando que as normas em Direito Penal devem ser interpretadas de modo restritivo, sob pena de lesão a segurança jurídica de todos. Compartilha do entendimento de que o racismo deve ser entendido como conceito estrito, ou seja, somente se refere a preconceito ou discriminação de raça. Se o racismo for interpretado abrangendo o preconceito e discriminação por religião, automaticamente também deverá ser considerado racismo os crimes de preconceito ou discriminação contra portadores de deficiência, conforme a Lei n. 7.716/89.

Segundo Amaury Silva e Artur Carlos Silva, racismo é o “exercício de uma atitude preconceituosa voltada contra determinado grupo racial, por indivíduos que acreditam ser superiores a outra raça, em virtude de seus caracteres físicos, culturais, intelectuais, econômico-financeiros, entre outros”⁶⁵. Cristiano Jorge Santos também limita o conceito de racismo ao preconceito ou discriminação em razão da raça, em respeito ao princípio da legalidade⁶⁶. Ambas são definições restritas do crime de racismo.

Fabiano Augusto Martins Silveira apresenta a seguinte definição analítica⁶⁷:

(...) crime racial corresponde a todo comportamento discriminatório (ou seja, que exclui, limita, recusa, segrega, restringe, dificulta, cria preferências, etc).

Com imediata correspondência na Lei 7.716/89, praticado por ação ou omissão dolosa, motivado por preconceito de raça, cor ou etnia (esteja ou não conjugado com o preconceito de religião ou de procedência nacional), frontalmente contrário aos princípios constitucionais da igualdade e do pluralismo, cujo resultado traduz-se na ameaça ou na frustração do exercício de um direito por parte da pessoa discriminada, atingindo, ao mesmo tempo e solidariamente, todo o corpo social. É, ainda, o comportamento que induz ou incita perigosamente a discriminação e o preconceito racial contra uma pessoa ou coletividade de pessoas.

Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci defende uma concepção *ampla* de racismo, que abarca qualquer discriminação de seres humanos, tais como em razão do sexo (homem ou mulher) e do estado civil (casado, solteiro, divorciado). Para esse autor, racismo é basicamente uma mentalidade segregacionista, capaz de percorrer todos os lados dos agrupamentos humanos⁶⁸.

⁶⁵ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. A legislação anti-racismo no Brasil e sua aplicação: um caso de insensibilidade do Judiciário? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 17, n.76, p.81-105. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁶⁶ SILVA, Amaury. SILVA, Artur Carlos. *Crimes de racismo*. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012, p. 25.

⁶⁷ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 156-157.

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais comentadas (volume 1)*. 6ª ed. rev., reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 187-195.

Atualmente, prevalece no meio científico a noção de que a constituição genética dos seres humanos é extremamente semelhante de forma que a pequena percentagem de genes diferentes, capazes de distinguir a aparência física e a cor da pele dos indivíduos não justifica a classificação da sociedade em diversas raças⁶⁹.

Sobre o ponto, Edílson Vitorelli esclarece didaticamente⁷⁰:

“...fica claro que características físicas tradicionalmente relacionadas a raças, tais como o formato do nariz, e densidade ou textura do cabelo, a cor e a forma dos olhos e, principalmente, a cor da pele, são meras características hereditárias, do mesmo modo que outras, geralmente não relacionadas com qualquer referência racial, como a calvície, a obesidade, a miopia, a cegueira ou a surdez congênitas ou mesmo as anomalias cromossômicas que acarretam outras diferenças. Não há, biologicamente, fundamento para se crer que brancos e negros sejam de raças diferentes, do mesmo modo que não há fundamento para se crer que pessoas que têm cabelo e pessoas calvas sejam de raças diferentes. O conceito de raça não pode ser buscado na biologia. É um conceito social. As raças não existem nos genes, mas socialmente, na cabeça dos atores sociais.”

Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal assentou, no julgamento emblemático do *habeas corpus* 82.424-2/RS, que “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”⁷¹.

Se tratando de discriminação, que é crime, como sabido, a missão do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos, entendidos como todas as circunstâncias e finalidades necessárias para o livre desenvolvimento do indivíduo, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal edificado sobre essas finalidades⁷².

3.3.2.3 Significado da expressão Preconceito

Conforme definido pelo Dicionário Michaelis (2016), preconceito é:

⁶⁹ Confira-se: <http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2013/02/05/racas-humanas-naoexistem-como-entidades-biologicas-diz-geneticista.htm> Acesso em 31/12/2015, as 14h.

⁷⁰ VITORELLI, Edílson. *Estatuto da igualdade racial e comunidades quilombolas*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p.35.

⁷¹ HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524).

⁷² ROXIN, Claus. *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>. Acesso em 25/12/2015, as 10:00h.

1. Conceito ou opinião formados antes de ter os conhecimentos adequados.
2. Opinião ou sentimento desfavorável, concebido antecipadamente ou independente de experiência ou razão. [...] **P. racial:** manifestação hostil ou desprezo contra indivíduos ou povos de outras raças. **P. religioso:** intolerância manifesta contra indivíduos ou grupos que seguem outras religiões.

Nas palavras de Christiano Jorge Santos (2010, p. 43):

[...] preconceito é a formulação de ideia ou ideias (que por vezes alicerçam atitudes concretas), calcadas em concepções prévias que não foram objeto de reflexão devida ou que foram elaboradas a partir de ideias deturpadas. É em suma, um “préconceito”, algo intelectualmente não maturado ou objeto de falsa racionalização.

Portanto, a discriminação, para a Lei n. 7.716/89, será todo tratamento desigual com intuito negativo, por meio de condutas comissivas ou omissivas, por motivos de segregação racial, preconceito de cor, etnia, religião ou pela procedência nacional, ferindo os princípios fundamentais do ordenamento jurídico (SANTOS, 2010, p. 46).

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 275) defende a existência de um elemento subjetivo do tipo específico implícito, que consiste na vontade de discriminar, segregar, mostrar-se superior ao outro, estampado em todos os delitos tratados por tal lei. Para o autor, a configuração do delito é afastada quando houver outro ânimo, ou seja, se for uma brincadeira (*animus jocandi*), uma crítica artística, entre outros.

3.3.3 Princípios Constitucionais

Sobre o princípio da igualdade, bem jurídico tutelado pela tipificação do crime e racismo, são precisas as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello⁷³:

“O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador.

Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela sujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. (...)

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.”

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.9-10.

É a partir da Constituição Federal que o legislador deve buscar os valores vigentes no momento de elaboração da norma penal incriminadora, sempre atento à realidade social. Luiz Regis Prado reconhece que a norma constitucional reflete os valores da sociedade em determinado momento, o que deve ser levado em conta pelo legislador ao tutelar os bens jurídicos importantes por meio da norma penal⁷⁴:

“A conceituação material de bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico, o que já na realidade social se mostra com um valor. Essa circunstância é intrínseca à norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e os valores de uma determinada época. Não cria os valores a que se refere, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial tratamento jurídico.”

O entendimento prevalecente, firme no princípio da legalidade, é que somente configura o crime de racismo a discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, nos estritos termos da redação atual da Lei 7.716/89. Os autores costumam destacar a necessidade de revisão legal para incluir na eferida lei a punição de todas as formas de discriminação, sejam elas por motivação racial, sexual, orientação sexual, idade, estado civil, enfermidade, deficiência física, condição social, filiação sindical ou partidária, ideias religiosas ou políticas ou ainda por procedência nacional⁷⁵.

É evidente que as vítimas dos crimes praticados tiveram, cada uma delas, a sua dignidade igualmente diminuída. *Absolutamente todos os seres humanos – não importa a cor, raça, sexo, orientação sexual, religião, idade, gênero – merecem idêntico tratamento jurídico no que se refere à proteção da dignidade.* O crime de racismo, ao discriminar, diminuir e incitar o ódio a determinadas pessoas em razão de características próprias específicas, fere frontalmente a dignidade humana de suas vítimas, colocando-as em situação de inferioridade, humilhação, diminuição e vergonha pessoal. O tratamento penal para as situações acima exemplificadas deveria, portanto, ser isonômico.

Nas palavras de Wolfgang Sarlet⁷⁶:

⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 99.

⁷⁵ ELUF, Luiza Nagib. A legislação brasileira face às convenções e aos pactos internacionais: questões especiais. *Revista dos Tribunais*, vol. 699, p. 439. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.) *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.37.

“...tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

Como sabido, é inconcebível que o Direito Penal se valha de interpretações ampliativas ou aplicação de analogias *in malam partem*, ao arrepio do princípio constitucional da legalidade penal: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (CF/88, artigo 5º, inciso XXXIX).

O que significa, exatamente, a interpretação penal dita extensiva? A doutrina ensina que é aquela em que se amplia o foco gramatical da lei para se alcançar a *mens legis*⁷⁷, ou seja, aquela em que o texto legal não expressa a sua vontade em toda extensão desejada.

Para o jurista argentino Zaffaroni, não se deve aceitar a interpretação extensiva, a princípio, por ela incluir hipóteses punitivas não toleradas pelo limite máximo da semântica da letra da lei⁷⁸.

Em seu brilhante voto, o Ministro Maurício Corrêa destacou que é a concepção histórica, política e principalmente a natureza estrita e eminentemente social da “raça” que deve ser considerada para aplicação do direito. Veja-se o seguinte trecho do referido voto:

Com efeito, limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos.(...)

Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficientes para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.

⁷⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 97.

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 177.

Celso Lafer partilha do mesmo entendimento⁷⁹:

As teorias racistas não têm fundamentação biológica. Persistem, no entanto, como fenômeno social. É por essa razão que é este fenômeno e não a 'raça', o destinatário jurídico da repressão prevista pelo artigo 5º, XLII, da CF/88, e da sua correspondente legislação infraconstitucional. É precisamente porque a prática do racismo está na cabeça das pessoas que o art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90 e também sua evolução legislativa, tipifica na estrutura do delito o praticar, induzir ou incitar por publicações e pelos meios de comunicação, a divulgação de teorias que discriminam grupos ou pessoas, a elas atribuindo as características de 'raças inferiores'. Esta divulgação é crime de prática de racismo.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, na qual o autor alega mora do Congresso Nacional em legislar para criminalizar todas as formas de homofobia e transfobia, o Ministério Público Federal⁸⁰ manifestou-se pelo conceito amplo de raça, para adequá-lo à realidade brasileira atual, em processo de mutação de conceitos jurídicos.

Trata-se de legítima interpretação teleológica constitucional orientada para conferir máxima eficácia ao objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF 88, artigo 3º, inciso IV). A doutrina inclusive menciona o princípio da máxima efetividade constitucional, que deve orientar tanto os legisladores quanto os aplicadores do Direito, *in verbis*⁸¹:

“Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior que interpretem suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo.

De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas.”

⁷⁹ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos – Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p.33.

⁸⁰ A ação foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), tem como relator o Ministro Celso de Mello e ainda não julgada. O parecer do MPF foi subscrito pelo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot.

⁸¹ MENDES, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.140

3.3.4 Os crimes de racismo, previstos na lei nº 7.716/89

Conforme aponta Mariana Bettega Bräunert, o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos passou, nas últimas décadas, por alguns processos importantes, dentre os quais merecem especial destaque o enfoque na universalização e na especificação desses direitos. O primeiro processo - de universalização – diz respeito ao reconhecimento de que são sujeitos titulares desses direitos todas as pessoas, em razão mesmo de sua qualidade de seres humanos. O processo de especificação, por sua vez, diz respeito à necessidade de conferir a determinados grupos tutela jurídica diferenciada, em razão de sua condição própria de vulnerabilidade⁸².

Nessa equação é que, dadas as peculiaridades histórico-políticas do cenário brasileiro, numa clara constatação da existência de intolerância decorrente de preconceito racial no país, os constituintes inseriram o racismo no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil, como crime punido com reclusão, e tornando-o imprescritível e inafiançável. Vale gizar que não se tem notícia, no direito comparado, de dispositivo constitucional específico prevendo como crime a prática do racismo⁸³.

Regulamentando tal disposição constitucional, conforme adrede exposto, e tutelando o direito à igualdade, também constitucionalmente garantido e tido por inviolável⁸⁴, é que foi promulgada a Lei nº 7.716/89.

Quanto ao conceito de igualdade aqui referido, importa destacar a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo:

...as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de

⁸² BRÄUNERT, Mariana Bettega. Direitos Humanos, racismo e seu disciplinamento no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Bonijuris**, Ano XXII, nº 510, Julho de 2010, p. 20

⁸³ SILVA, José Geraldo da. LAVORENTI, Wilson. GENOFRE, Fabiano. **Leis Penais Especiais Anotadas**. 9ª ed. São Paulo: Millenium Editora, 2007. p. 289

⁸⁴ BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º, *caput*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 23 out. 2015.

tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição⁸⁵.

Nessa equação, têm-se como limites de tolerância não apenas as características próprias do discriminado, mas os motivos mesmo que levam à discriminação. Os motivos deverão ser, imprescindivelmente, lícitos, quer dizer, abrigados pelo ordenamento jurídico e ponderados, ou seja, deve haver uma correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímén* e a disparidade estabelecida⁸⁶.

No que toca aos tipos penais previstos na Lei nº 7.716/89, Santos⁸⁷, visando à simplificação da análise e à busca de elementos comuns entre os tipos penais da lei em comento, as classifica da seguinte forma:

- a) Limitação laborativa: compreende os crimes dos arts. 3º, 4º e 13;
- b) Limitação à obtenção de serviços ou bens: verificada nos tipos previstos nos arts. 5º, 7º, 8º, 9º e 10º;
- c) Limitação à livre locomoção: prevista nos arts. 11 e 12 e também nos arts. 5º, 7º, 8º, 9º e 10, no que tange ao impedimento de acesso – puro e simples – aos locais ou estabelecimentos neles especificados.
- d) Limitação educacional: observada no artigo 6º
- e) Limitação à integração familiar e social: estabelecida no crime tipificado no art. 14

Conforme apontam Silva, Lavorenti e Genofre⁸⁸, por força constitucional, todas as figuras típicas previstas no citado diploma legal são criminosas (e não mais contravencionais como previa a Lei Afonso Arinos), bem como todas as penas são de reclusão ou de reclusão e multa, e todas as infrações são inafiançáveis e imprescritíveis. Conforme já referido, todos os tipos penais têm por objeto jurídico tutelar o tratamento igualitário. São, de regra, todos crimes comuns, exigindo o dolo como elemento subjetivo e são de ação pública incondicionada.

Para fins de efetivar a comparação aqui proposta neste capítulo, passamos, então, inicialmente, à análise percuciente do crime previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 74

⁸⁶ SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceitos e de discriminação**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 92

⁸⁷ *Ibidem*. p. 92

⁸⁸ SILVA, José Geraldo da. LAVORENTI, Wilson. GENOFRE, Fabiano. **Leis Penais Especiais Anotadas**. 9ª ed. São Paulo: Millenium Editora, 2007. p. 292

3.3.5 Análise do tipo previsto no artigo 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89

O artigo 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89, tipifica as condutas de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, cominando a essas condutas pena de reclusão de 1 (um) a 3 (anos) e multa, conforme redação dada pela Lei nº 9.459/97⁸⁹.

Conforme aponta Santos, é claramente perceptível que se trata de tipo penal de maior abrangência, objetivando aumentar o alcance do âmbito de proteção da do diploma legal em comento. Atualmente, a grande maioria das condutas de preconceito e discriminação termina por ser enquadrada neste artigo, de modo que resta evidente que o legislador agiu bem ao aperfeiçoar o tipo penal, afastando-se da técnica estritamente casuística que caracteriza a Lei Afonso Arinos e os demais artigos da Lei nº 7.716/89⁹⁰.

Quantos aos núcleos do tipo, o autor aponta que o verbo *praticar* refere-se a qualquer ato caracterizador de preconceito ou discriminação penalmente puníveis. Sobre o ponto, impende trazer à baila a posição de Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schaeffer, segundo :

Praticar é o mais amplo dos verbos, porque reflete qualquer conduta discriminatória expressa. A ação de praticar possui forma livre, que abrange qualquer ato desde que idôneo a produzir a discriminação prevista no tipo incriminador. A conduta pode ser direta ou indireta, consistente na produção propriamente dita do ato, ou então também, na determinação de que se produza o comportamento discriminatório⁹¹.

Incitar, por sua vez, deve ser entendido como sinônimo de instigar, estimular, isto é, incutir na mente alheia ideia que lá já existia. No ponto, Osório e Schafer registram que o

⁸⁹ Conforme apontam Silva, Lavorenti e Genofre, Op. Cit., p. 302, a redação original da Lei nº 7.716/89 previa, em seu artigo 20, apenas a data de vigência da lei. Com o advento da Lei nº 8.081/90, o artigo passou a prever como crime o fato de praticar, induzir ou incitar pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, apenando a conduta com pena de reclusão de dois a cinco anos. Todavia, com a Lei nº 9.459/97, o artigo foi novamente reescrito, contemplando a conduta de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, punindo o evento com reclusão de 1 a 3 anos, atribuindo maior pena se o fato é cometido com a utilização de meio de comunicação social ou publicação de qualquer natureza (§2º, pena de 3 a 5 anos). Assim, antes da última reforma legislativa, o crime só ocorreria se fosse praticado por meio de comunicação social ou publicação de qualquer natureza. Atualmente, diante da reforma legislativa operada, para incidência no *caput* do artigo 20, basta praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, conforme se verá pormenorizadamente adiante.

⁹⁰ SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceitos e de discriminação**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 201, p. 120

⁹¹ OSÓRIO, Fábio Medina, SCHAFFER, Jairo Gilberto. Dos crimes de discriminação e preconceito: anotações à Lei 8.081, de 21/09/1990. **Revista dos Tribunais**, v. 714, abr. 1995, p. 330

induzimento, pois, faz nascer no praticante do ato a ideia de sua realização, enquanto que a instigação, de caráter secundário, teria natureza de uma espécie de incentivo a uma vontade já existente no psiquismo do agente do fato, embora uma vontade precária. Daí porque a instigação é o reforço da vontade, sua mola propulsora, enquanto que o induzimento é a sua origem⁹².

Conforme apontam Silva, Lavorenti e Genofre⁹³, caso o agente pratique ato preconceituoso ou discriminatório que se subsuma alguma das condutas previstas nos artigos 3 ao 14, responderá o agente por um destes artigos e não pelo artigo 20, em razão do princípio da especialidade que soluciona o conflito aparente de normas. O artigo 20, portanto, é um crime de subsidiariedade implícita.

Assim, conforme afirma Potiguar⁹⁴, o racismo ocorre por meio de uma valoração negativa de determinados grupos sociais com características comuns, constituindo esse o conceito social de raça e, ainda, a aceção sociológica e jurídica do racismo. Nesse contexto, vale citar o seguinte excerto do voto do relator do processo, Ministro Maurício Corrêa:

Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não é uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção de que os arianos são a raça perfeita e eles a antirraça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita sua segregação, o que ocorre no caso concreto⁹⁵.

O racismo, pois, é um constructo social baseado em valores e crenças criados a partir da visão de mundo de determinados grupos sociais, provendo uma percepção cognitiva classificatória – o racismo – que hierarquiza grupos diferentes, podendo justificar a subjugação ou destruição de um grupo pelo outro⁹⁶. Estabelecendo um paralelo entre esta

⁹² OSÓRIO, Fábio Medina, SCHAFFER, Jairo Gilberto. Dos crimes de discriminação e preconceito: anotações à Lei 8.081, de 21/09/1990. *Revista dos Tribunais*, v. 714, abr. 1995, p. 331.

⁹³ SILVA, José Geraldo da. LAVORENTI, Wilson. GENOFRE, Fabiano. *Leis Penais Especiais Anotadas*. 9ª ed. São Paulo: Millennium Editora, p. 303

⁹⁴ POTIGUAR, Alex. *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio*. 1ª ed. Brasília: Editora Consulex, 2012.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Reator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452>>. Acesso em 20 nov. 2016.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Reator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em:

concepção de racismo e imprescritibilidade dos delitos correlatos, o voto do eminente Ministro registra ainda:

Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do art. 5º da Carta Política⁹⁷.

3.3.6 Consequências penais do crime de racismo praticado pela internet

Augusto Rossini, um dos pioneiros no estudo dos crimes eletrônicos no Brasil⁹⁸:

De fato, a liberdade de expressão que atinge seu ápice através da Internet, permite que pessoas com desvio de caráter manifestem seus mais odiosos preconceitos, constituindo um paradoxo que a alta tecnologia instaura, pois, ao mesmo tempo em que a Rede oferece tablado para que qualquer indivíduo manifeste seu pensamento, cria grupos reacionários dos mais variados matizes. É o outro lado da moeda. É a modernidade ao contrário.

Por este motivo é que, em qualquer das hipóteses em que os limites do aceitável sejam ultrapassados, e isto está bem claro nos tipos citados, é a vez do Direito Penal interferir, como vem fazendo quando formalmente instado, a exemplo de algumas poucas condenações conhecidas, em número insignificante se comparadas à grande quantidade de informações racistas veiculadas na Rede. De fato, há dispositivo legal que permita a repressão. Necessária a provocação formal dos órgãos de persecução.

Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer, no entanto, alertam para a linha tênue entre a suposta “brincadeira” e o ato criminoso⁹⁹:

A consciência e a vontade de produzir atos discriminatórios e preconceitos não são incompatíveis com o formato das “brincadeiras”.

Inadmissível, assim, a publicidade de manifestações jocosas, em qualquer de suas formas, versando discriminações e preconceitos vedados na lei penal. Por conseguinte, as charges, o sarcasmo, a ironia, piadas, o deboche, configuram instrumentos idôneos à prática, ao induzimento e instigação do ato discriminatório e preconceituoso proibido.

Essas manifestações jocosas, aliás, penetram mais sutilmente no inconsciente coletivo, perfectibilizado o suporte fático da norma proibitiva.

Sem dúvida que o *animus jocandi* sempre carrega em si um significativo. No recente regime ditatorial imposto à sociedade brasileira, foram as manifestações jocosas, na

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452>>. Acesso em 20 nov. 2016.

⁹⁷ Ibidem

⁹⁸ ROSSINI, Augusto. *Informática, Telemática e Direito Penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 206.

⁹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina; SHCAFER, Jairo Gilberto. Dos crimes de discriminação e preconceito – anotações à Lei 8.081, de 21/09/90. *Revista dos Tribunais*, Vol. 714, p.329. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

imprensa, que refletiram fortes críticas àquele sistema autoritário, burlando a censura governamental. Neste aspecto, aliás, as piadas desempenharam papel notoriamente salutar ao regresso ao regime democrático.

Veja-se o ensinamento de Spencer Toth Sydow quando explica a característica da ubiquidade ou simultaneidade da internet¹⁰⁰:

“Na informática, graças à conectividade, pode-se estar em diversos lugares virtuais ao mesmo tempo, independentemente da velocidade de sua conexão, da capacidade individual ou de barreiras físicas e políticas. E assim é a ubiquidade: a capacidade de se estar presente em diversos lugares ao mesmo tempo.

Um indivíduo pode estar no Japão, acessar um portal de informações em Los Angeles que lhe permite assistir a vídeos que estão hospedados na Espanha, mas que foram feitos por sul-africanos. Onde está o usuário?

Somado ao conceito de velocidade, a ideia de que todos podem estar em diversos lugares ao mesmo tempo, processando dados diferentes, praticando condutas livres, é fundamental. E este conceito é aplicável na rede mundial de computadores, mas não se limita a ela.”

Como a vítima pode tutelar seus direitos e buscar a punição dos criminosos?

Antes de mais nada, é fundamental a coleta e a preservação da evidência digital, que deve ser admissível, autêntica, completa, confiável e convincente¹⁰¹.

Após as providências iniciais indicadas, de posse das evidências salvas em meio digital e impressas com a indicação da data e hora em que o conteúdo foi acessado, a vítima pode se dirigir a um cartório de notas, para a lavratura da chamada ata notarial, que nada mais é do que um documento dotado de fé pública que atesta que o tabelião acessou a internet e constatou fielmente as mensagens, fotos ou vídeos que foram postados. Apesar de ser um tema novo, a doutrina já começa a estudar essa nova forma de comprovação de fatos postados na internet¹⁰²:

Com o avanço da tecnologia e o crescimento da internet, há uma enorme quantidade de relações, de documentos e contratos realizados por via digital. A ata notarial possibilita comprovar a integridade e veracidade de fatos em meio digital, ou atribuir a eles autenticidade. O tabelião acessa o endereço da página ou site e verifica o conteúdo, relatando fielmente tudo aquilo que presencia. A constatação abrange não só o conteúdo existente, mas também o acesso, a data, o horário e o endereço http.

¹⁰⁰ SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 107.

¹⁰¹ DOMINGOS, Fernanda Teixeira Souza. As provas digitais nos delitos de pornografia infantil na internet. In: *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. SALGADO, Daniel de esende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 143-159.

¹⁰² FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger e RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata Notarial – Doutrina, Prática e Meio de Prova*. Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 163-164.

Para a punição no âmbito penal, uma vez que o crime de racismo praticado pela internet, via de regra, é um crime federal (conforme tópico abaixo), a vítima deve comunicar os fatos ao Ministério Público Federal, em uma das unidades físicas da instituição ou por meio da própria internet¹⁰³. A Polícia Federal¹⁰⁴ e a ONG Safer Net¹⁰⁵ também possuem canais virtuais para a comunicação dos crimes praticados.

O importante é que as vítimas comuniquem rápida e eficazmente os fatos criminosos às autoridades competentes para que esses graves crimes não permaneçam impunes.

Nesse sentido, é precisa a lição de Spencer Toth Sydow¹⁰⁶:

Está, pois, a vítima do fato delinquente virtual em contínuo ataque, sem respaldo legal de proteção, sem confiança nas forças de segurança e investigação e sem conseguir reagir num ambiente em que o agente criador de prejuízo sobrepuja seus alvos com sua habilidade individual, mascaradamente, sem violência e notadamente até mesmo sem compreensão ou entendimento de sua vítima.

Isso faz com que se estabeleça um círculo vicioso, em que, conhecendo tais realidades supracitadas, as vítimas cada vez menos reportem terem sido alvo das condutas violadoras de direitos e, assim, mais impunes ficam os perpetradores, que, então ficam ainda mais à vontade para permanecer no cometimento reiterado das práticas.

A não denúncia dos fatos gera cifras negras altíssimas (e cifras cinzas frequentes), que naturalmente fazem com que o estudo de tal criminalidade fique aquém do ideal por falta de empirismo.

3.3.7 Injúria Racial

A Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, adicionou uma nova modalidade de injúria ao Código Penal, inscrita no art. 140, §3º. Posteriormente, o mesmo dispositivo teve sua redação alterada pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, que vigora até os dias atuais da seguinte forma:

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

¹⁰³ As instruções são simples e qualquer cidadão pode comunicar o fato ao MPF. Basta acessar a Sala de Atendimento ao cidadão: <http://cidadao.mpf.mp.br/> Acesso em 25/02/2016, as 15:28h.

¹⁰⁴ Confira-se: <http://www.pf.gov.br/servicos/fale-conosco/denuncias> Acesso em 25/02/2016, as 15:30h.

¹⁰⁵ Na página Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos constam todas as instruções necessárias. Se a comunicação do fato contiver evidências relacionadas a sites hospedados no Brasil, a ONG enviará a notícia às autoridades competentes para que se inicie a investigação policial. No caso das denúncias de sites estrangeiros, a SaferNet encaminha para os Canais de Denúncias Internacionais (hotlines). <http://new.safernet.org.br/denuncie#> Acesso em 25/02/2016, as 15:40h.

¹⁰⁶ Ob. cit. p. 252-253.

A modificação de 2003 introduziu a referência à pessoa idosa e aos portadores de deficiência, elevando, ainda, a pena para reclusão de um a três anos e multa.

Os elementos objetivos do tipo, cor, raça, etnia e religião, são os mesmos previstos na Lei n. 7.716/89, com exceção do acréscimo dos portadores de deficiência e dos idosos.

O elemento subjetivo é o dolo de injuriar, que consiste na vontade livre e consciente de ofender a honra subjetiva da vítima, utilizando de argumentos ligados à raça, cor, etnia, religião, origem, ou por sua condição de idosa ou portadora de alguma deficiência.

Chama-se de injúria racial, espécie da injúria preconceituosa, quando o autor do crime, fundado na raça, cor ou etnia, ofende a honra subjetiva da vítima.

Quanto à tipificação das condutas, na prática há uma grande dificuldade quando no caso concreto a ofensa faz menção apenas à raça. Por exemplo, chamar alguém de “negro”, “alemão”, “japonês”, “índio”, caracterizaria a injúria qualificada por preconceito?

Para Cesar Roberto Bitencourt (2010, p. 362), há muitos equívocos ao classificar uma conduta injuriosa como crime de racismo independentemente do que de fato tenha havido. A respeito, o autor concorda com Damásio de Jesus ao afirmar:

Em sentido semelhante, por sua pertinência, merece ser citada literalmente a percutiente crítica de Damásio de Jesus sobre o equívoco do legislador: “Andou mal mais uma vez. De acordo com a intenção da lei nova, chamar alguém de ‘negro’, ‘preto’, ‘pretão’, ‘negrão’, ‘turco’, ‘africano’, ‘judeu’, ‘baiano’, ‘japa’, etc., dede que com vontade de ofende-lhe a honra subjetiva relacionada com a cor, religião, raça ou etnia, sujeita o autor a uma pena mínima de um ano de reclusão, além de multa, maior do que a imposta por homicídio culposo (1 a 3 anos de detenção, art. 121, § 3º) e a mesma pena do autoaborto (art. 124) e do aborto consentido (art. 125).

De outro lado, Christiano Jorge Santos (2010, p. 146) entende que além do elemento subjetivo, qual seja, o dolo, para tipificação da conduta é necessário a presença dos elementos objetivos, para tanto, deve haver a exteriorização da conduta, superando a fase de mera elaboração intelectual:

Chamar um homem de pele escura de “negro” ou outro de pele clara e cabelos loiros de “branco” ou “alemão”, ou dizer de um membro das religiões judaica ou evangélica, que são respectivamente “judeu” e “crente”, por si só, embora possa revelar conduta deselegante a até preconceituosa, não necessariamente caracterizará o crime de injúria.

[...] há uma grande desproporção na proteção do bem jurídico honra nessa modalidade e na proteção de outros bens jurídicos, dentre os quais o bem jurídico vida, que, no homicídio culposo, recebe menor punição: a pena, isoladamente aplicada, é de detenção de um a três anos, ao passo que, nesta modalidade de injúria, é de reclusão (a mesma quantidade) cumulada com a multa. Na verdade a própria

proteção jurídica é preconceituosa. (BITENCOURT, 2010, p. 361).

3.3.8 Injúria qualificada pelo preconceito

O crime de injúria encontra previsão legal no artigo 140 do Código Penal. Segundo aponta Guilherme de Souza Nucci¹⁰⁷, injuriar significa ofender ou insultar e, para que tal ato se subsuma ao tipo, é necessário que tal insulto atinja a dignidade (respeitabilidade ou amor-próprio) ou o decoro (correção moral ou compostura) de alguém.

O tipo tem, pois, por objeto jurídico, a honra subjetiva (autoimagem da pessoa, isto é, a avaliação que cada um tem de si mesmo). O elemento subjetivo do tipo específico é a vontade específica de magoar e ferir a autoimagem de alguém (*animus injuriandi*); o sujeito passivo, qualquer pessoa física (uma vez que as pessoas jurídicas não têm autoestima ou amor próprio) com percepção suficiente do sentimento de dignidade e decoro.

A injúria racial, por sua vez, constitui forma qualificada do crime de injúria, prevista no §3º do artigo 140 do Código Penal. Foi introduzida no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 9.459/97, com a finalidade de evitar frequentes absolvições que costumavam ocorrer em relação a pessoas que ofendiam outras, utilizando-se de expressões de forte cunho racial ou discriminatório, mas, contudo, escapavam ao âmbito de proteção da Lei nº 7.716/89 (discriminação racial) porque não praticavam atos de segregação. Ainda segundo o autor, tais pessoas “acabavam, quando muito, respondendo por injúria – a figura do caput deste artigo – ou eram absolvidas por dizerem que estavam apenas expondo sua opinião acerca de determinado assunto”.¹⁰⁸

Conforme aponta Santos¹⁰⁹, a Lei nº 9.459/97 supriu, com a criação deste novo parágrafo, importante lacuna legislativa, reivindicada há muito tempo pelos grupos tradicionalmente discriminados no Brasil, uma vez que inexistia tipificação específica deste tipo de expressão injuriosa, a qual, infelizmente, é bastante comum.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 695

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 696

¹⁰⁹ SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceitos e de discriminação**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 145

Assim é que, após nova alteração operada pela lei nº 10.741/03, o referido parágrafo do artigo 140 do Código Penal vige hoje com a seguinte redação:

“Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”:

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.¹¹⁰”

3.3.9 Competência para processar e julgar

No momento em que ocorre um determinado crime na internet, o que se deve observar primeiramente, é onde se desenrolou o mesmo, em qual território a ação se deu.

O problema é que na internet fica muito difícil estabelecer uma demarcação de território, as relações jurídicas que existem podem ser entre pessoas de um país e outro, e entre diferentes culturas, as quais se comunicam o tempo todo, e o direito deve intervir para proteger os litígios que eventualmente vierem a acontecer¹¹¹.

Vários usuários registram sites na internet em outros países diferentes daquele em que estão sendo praticadas suas atividades, mas o que ocorre é que a internet não tem barreiras, e pessoas de vários outros países podem acessar um site registrado nos Estados Unidos, mas que as atividades estão sendo elaboradas no Brasil.

Na atualidade existem diversos princípios para se determinar qual será a lei aplicável a cada caso, há o princípio do endereço eletrônico, o do local em que a conduta se realizou ou exerceu seus efeitos, o do domicílio do consumidor, da localidade do réu, o da eficácia na execução judicial¹¹².

No ordenamento jurídico Brasileiro, aplicam-se os artigos 5º e 6º do Código Penal Brasileiro, no que tange a competência para processar e julgar os crimes praticados na internet, sejam eles:

Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

¹¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/40. Artigo 140, §3º. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 15/10/2015

¹¹¹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.80

¹¹² PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.82

Como se pode verificar, o ordenamento jurídico pátrio adotou a teoria da ubiquidade, conforme versa o art. 6º do CP, sendo que os delitos que são praticados por brasileiro, tanto no país quanto fora, ainda que transnacionais, será aplicado à lei brasileira, tendo em vista ainda o que dispõe o art. 7º do Código Penal, o qual sujeita a lei brasileira a alguns crimes praticados no estrangeiro¹¹³.

Desse modo, para o autor francês, a cibercultura seria ligada ao virtual direta e indiretamente: Diretamente, a digitalização da informação pode ser aproximada da virtualização, já que os dados dos discos rígidos dos computadores seriam praticamente virtuais por serem invisíveis, facilmente copiáveis e transferíveis, e desse modo quase independentes de coordenadas de tempo e de espaço: “No centro das redes digitais a informação certamente se encontra fisicamente situada em algum lugar, em determinado suporte, mas ela também está virtualmente presente em cada ponto da rede onde seja pedida.” Indiretamente, a cibercultura seria a continuação de um longo processo de virtualização iniciado há muito tempo por técnicas como a escrita, a gravação de som e imagem, o rádio, o telefone e outros (LEVY, 1999, p.48-49).

Recentemente, o STF decidiu em recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, que a divulgação de pedofilia pela internet é crime federal. A maioria dos ministros entendeu que o fato de postar as imagens na internet permite que o acesso seja feito de qualquer parte do mundo, configurando a internacionalidade do delito. Com base nesse entendimento, os ministros rejeitaram recurso que buscava transferir a competência para a Justiça estadual¹¹⁴.

Conclui-se que o a estudo em tela trata de crimes cibernéticos impróprios e segundo o artigo 109, CF/88 e também a Convenção internacional ratificada pelo Brasil e transnacionalidade que abrange os crimes de: Moeda falsa, Entorpecentes, Populações indígenas, Tráfico de pessoas, Tortura, Racismo, Pornografia infantil e pedofilia, Corrupção ativa e tráfico de

¹¹³ **CRESPO**, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.118.

¹¹⁴ RE 628624/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 28 e 29.10.2015. (RE-628624).

influência nas transações comerciais internacionais a competência para o julgamento é da Justiça Federal.

4 Conclusão

O computador e a internet surgiram para facilitar o dia à dia das pessoas, em seu princípio, servia apenas como fonte de pesquisa e estratégias militares e com o passar do tempo foi se aprimorando suas funções e conseqüentemente o interesse das pessoas pelo seu uso. Com todas suas transformações e aprimoramentos, hoje é uma ferramenta fundamental tanto no ambiente profissional quanto pessoal, com apenas um clique pode-se fazer o que desejar em qualquer lugar do planeta e com isso abriu-se brechas para as pessoas desvirtuar suas funções cometendo delitos através do mesmo.

Com todas essas inovações tecnológicas o direito deparou-se com situações não previstas no ordenamento jurídico pátrio, obrigando-se a adotar novas condutas, principalmente no que tange esse estudo, os crimes virtuais de ódio mais precisamente o racismo e a injúria racial que ferem a honra subjetiva do indivíduo e também sua coletividade.

Primeiramente evidenciou-se que o termo “crimes de ódio” era bastante criticado por estudiosos do tema, notadamente pela imprecisão da ideia de que denota, mas na atualidade já não é mais assim, sendo cada vez mais usada essa expressão tanto no meio jurídico quanto pela própria polícia civil que é onde se faz o primeiro passo para presta a queixa contra esses crimes.

Pode-se evidenciar que o anonimato na rede é relativo, podendo sim ser descoberto pelas autoridades, pela simples descoberta da fonte onde saíram às supostas ofensas do agressor, que é o endereço de IP do computador transmissor, porém só pode ser aberta a investigação quando denunciados esses crimes, que por sinal também foi evidenciado uma precariedade de denúncias das vítimas, que na maioria das vezes sentem-se coagidos pelos supostos criminosos. É importante salientar que ordenamento jurídico pátrio não põe empecilho na utilização de provas eletrônicas, sendo assim um ponto positivo e importante na hora de se provar o delito em meio virtual.

Ao longo do estudo concluiu-se que o entendimento majoritário é que a injúria racial e racismo são diferentes. O primeiro está contido no Código Penal brasileiro e o segundo, previsto na Lei n. 7.716/1989. Enquanto a injúria racial consiste em ofender a honra de alguém valendo-se de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, o crime de racismo atinge uma coletividade indeterminada de indivíduos, discriminando toda a integralidade de uma raça. Ao contrário da injúria racial, o crime de racismo é inafiançável e imprescritível.

A injúria racial está prevista no artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal, que estabelece a pena de reclusão de um a três anos e multa, além da pena correspondente à violência, para quem cometê-la. De acordo com o dispositivo, injuriar seria ofender a dignidade ou o decoro utilizando elementos de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Em geral, o crime de injúria está associado ao uso de palavras depreciativas referentes à raça ou cor com a intenção de ofender a honra da vítima.

Já o crime de racismo, previsto na Lei n. 7.716/1989, implica conduta discriminatória dirigida a determinado grupo ou coletividade e, geralmente, refere-se a crimes mais amplos. Nesses casos, cabe ao Ministério Público a legitimidade para processar o ofensor.

Ao contrário da injúria racial, cuja prescrição é de oito anos – antes de transitar em julgado a sentença final –, o crime de racismo é inafiançável e imprescritível, conforme determina o artigo 5º da Constituição Federal.

Finalizando o estudo verificou-se que o local para processar e julgar os casos ocorridos sobre a prática de crimes virtuais segundo o ordenamento jurídico Brasileiro, aplicam-se os artigos 5º e 6º do Código Penal Brasileiro, adotando assim a teoria da ubiquidade, conforme versa o art. 6º do CP, sendo que os delitos que são praticados por brasileiro, tanto no país quanto fora, ainda que transnacionais, será aplicado à lei brasileira, tendo em vista ainda o que dispõe o art. 7º do Código Penal, o qual sujeita a lei brasileira a alguns crimes praticados no estrangeiro e também segundo o artigo 109, CF/88 a Convenção internacional ratificada pelo Brasil e transnacionalidade que abrange os crimes de: Moeda falsa, Entorpecentes, Populações indígenas, Tráfico de pessoas, Tortura, Racismo, Pornografia infantil e pedofilia, Corrupção ativa e tráfico de influência nas transações comerciais internacionais a competência para o julgamento é da Justiça Federal.

5 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. **Criminalidade Informática**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

AgRg no AREsp 686.965/DF, Rel. Ministro ERICSON MARINHO (desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 31/08/2015).

ATHENIENSE, Alexandre. *Internet e o Direito*, 1ª Ed. Belo Horizonte, 2000.

Ayres Britto. 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4057817>. Acesso em 20 out. 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º, *caput*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 20 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Reator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452>>. Acesso em 20 nov. 2016.

BREVIGLIERI, Etiene Maria. SILVA, Kamilla Assunção. **Violação dos direitos humanos por meio dos crimes de ódio: estudo e análise do conceito de homofobia na perspectiva da legislação brasileira**. 26 de abril de 2015. Disponível em: <<http://concorsi.diritto.it/docs/3493-viola-o-dos-direitos-humanos-por-meio-dos-crimes-de-dio-estudo-e-an-lise-do-conceito-de-homofobia-na-perspectiva-da-legisla-o-brasileiro>> Acesso em 08 dez. 2015;

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5. ed. São Paulo: Ed. UnB, 2004. v. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm> Acesso em: 28 ago. 2015.

GRECO, Rógerio. **Curso de Direito Penal Parte Especial**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

DOMINGOS, Fernanda Teixeira Souza. As provas digitais nos delitos de pornografia infantil na internet. In: *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. SALGADO, Daniel de esende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Salvador: Juspodivm, 2015.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos – Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005

LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm> Acesso em: 28 ago. 2015.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: 2000.

LÉVY, Pierre. *O que é o Virtual?*. 1ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2007.

NETO, Mário Furlaneto; SANTOS, Eduardo Lourenço; GIMENES, Eron Veríssimo. **Crimes na Internet e Inquérito Policial Eletrônico**. São Paulo: Edipro, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Crimes de Informática**. São Paulo. Editora BH. 2009.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem. **TempoSocial (Revista de Sociologia da USP)**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 287-308, nov. 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

POTIGUAR, Alex. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. 1ª ed. Brasília: Editora Consulex, 2012

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

ROXIN, Claus. *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>. Acesso em 25/12/2015, as 10:00h.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceitos e de discriminação**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SILVA, Amaury; SILVA, Artur Carlos. *Crimes de racismo*. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012.

SILVA, José Geraldo da. LAVORENTI, Wilson. GENOFRE, Fabiano. **Leis Penais Especiais Anotadas**. 9ª ed. São Paulo: Millenium Editora, 2007.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TERCEIRO, Cecilio da Fonseca Vieira Ramalho. **O problema na tipificação penal dos crimes virtuais**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3186/o-problema-na-tipificacao-penal-dos-crimes-virtuais>>. Acesso em: 17 jul. 2016

VITORELLI, Edílson. *Estatuto da igualdade racial e comunidades quilombolas*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

ZANIOLO, Pedro Paulo. **Crimes modernos: o Impacto da Tecnologia no Direito**. Jurua Editora, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.