

# INTOLERÂNCIA NO ESPORTE E PROTEÇÃO JURÍDICA DEFICIENTE

INTOLERANCE IN SPORT AND POOR LEGAL PROTECTION

**Alexandre Rocha Almeida de Moraes**  
**Ricardo Garcia Horta**

## RESUMO

O presente artigo pretende discutir a dignidade humana, especificamente no que diz respeito à proteção contra toda a forma de intolerância - no âmbito das práticas desportivas, apresentando contornos da acepção do racismo, com olhar crítico sobre a violação do princípio da proporcionalidade e proteção jurídica deficiente, quando da ocorrência de crimes de intolerância no âmbito do esporte.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito desportivo; Intolerância; Racismo; Proteção jurídica deficiente.

## ABSTRACT

The present article intend to discusses human dignity, specifically with regard to protection against all forms of intolerance in the context of sports practices, presenting contours of the meaning of racism, with a critical eye on the violation of the principle of proportionality and deficient legal protection when of the occurrence of crimes of intolerance in the field of sport.

**KEYWORDS:** sports law; Intolerance; Racism; Poor legal protection.

---

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Promotor de Justiça (MPSP), Mestre e Doutor em Direito Penal pela PUC/SP, Professor da PUC/SP, Professor de Direito Penal da PUC/SP.

Ricardo Garcia Horta

Advogado, Mestrando em Direito Desportivo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

## INTRODUÇÃO

A estreita vinculação que há entre o Direito e a vida social exige daqueles que tratam com os problemas jurídicos o conhecimento dos vários fatores que são a causa de um determinado problema, que exigiu sua disciplina através da ordem jurídica. É cediço que a compreensão da evolução histórica dos bens e institutos jurídicos nos permite verificar o contexto social e a evolução da própria sociedade.

Toda norma e todo o princípio jurídico têm uma causa anterior de ordem social, econômica, política e o conhecimento destas causas permitem ao estudioso do Direito maior compreensão das normas e dos princípios, inclusive para se proferir uma crítica adequada e coerente.

O Direito visa à proteção do bem jurídico. Perante a ideia de que a vida em grupo só é possível com a restrição da liberdade de cada um, em benefício do todo, se agrega outra ideia, igualmente aceita, a qual consiste na possibilidade de um outro participante desse mesmo grupo desrespeitar o direito alheio.

Havendo, pois, uma violação a um bem jurídico tutelado, o Direito é chamado a atuar. Isso porque a sociedade consiste na organização humana, cujos limites à liberdade individual estão regulamentados por regras de conduta.

O desporto, como fenômeno social, não está distante dessa realidade: oriundo das interações humanas, deve estar projetado nos moldes da lei – o esporte e o Direito não se separam.

Nesse esteio, o Estado deve atuar nos mesmos moldes dos demais ramos do Direito, garantindo que as normas sejam respeitadas segundo seu caráter imperativo (excepcionalmente), de modo a coibir abusos e o desrespeito ao exercício do direito alheio.

As atividades desportivas visam, num primeiro momento, resguardar o lazer e o entretenimento de todos e, atualmente, as características mais marcantes do desporto estão relacionadas à profissionalização de seus agentes, bem como a mercantilização e midiaticização das competições.

No diapasão do desenvolvimento do cenário esportivo, o Estado Brasileiro tem atuado para que as políticas públicas não deixem de estimulá-lo, englobando a ideia de recreação, lazer e divertimento, não se limitando ao caráter competitivo.

Conclui-se, portanto, que os objetivos estatais inerentes ao desporto seriam (I) assegurar que a prática desportiva esteja devidamente difundida, democratizada e generalizada, seja de âmbito profissional, amador, educacional ou recreativo - não

medindo esforços para tanto; (II) promover a construção e fortalecimento da cidadania; (III) descentralizar a gestão das políticas públicas de esporte e lazer; (IV) reversão do quadro atual de injustiça, exclusão e vulnerabilidade social; e (V) manutenção dos princípios que norteiam tal área jurídica (destacando-se: integridade da competição, integridade dos sujeitos e a dignidade da pessoa humana).

Segundo fundamentação explícita dos artigos 6 e 217, ambos da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup>, o esporte é um direito social e a sua prática é tida como um direito fundamental universal, conforme exposto pela Carta Olímpica<sup>2</sup> e defendido pela UNESCO - órgão internacional mantenedor do esporte em geral.

Nesse mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>3</sup> em seu artigo 20, expõe o seguinte: “O fenômeno nacional do desporto nasce com o indivíduo, praticante ou não praticante, de forma multitudinária e difusa, consolidado pelas relações individuais, decorrentes do exercício da liberdade de associação”. E ainda: “‘Humanizar’ pelo desporto, significa proclamar tal direito inerente ao homem, garantindo sua proteção e exercício pleno.”

O tempo “é o árbitro supremo das épocas e das quadras históricas da sociedade humana”.<sup>4</sup>

Os direitos humanos foram e continuam sendo originados através de construções e reconstruções históricas. Trata-se de verdadeiras conquistas dos seres humanos, marcadas pelas lutas sociais em prol da dignidade.<sup>5</sup> É precisa a lição de Bobbio, segundo o qual “os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.<sup>6</sup>

É perceptível a correlação entre os princípios universais e valores morais, com o desenvolvimento jurídico e social do desporto, seja em âmbito nacional ou internacional. Ainda, não é possível a realização de qualquer julgamento de valor, ou medida jurídica, sem considerar a característica humana de todos aqueles envolvidos

---

1 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 05 jul. 2022

2 V. <https://olympics.com/ioc/olympic-charter>. Acesso em: 05 jul. 2022

3 V. <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 05 jul. 2022.

4 DIP, Ricardo; MORAES Jr., Volney Corrêa Leite de. Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas. Campinas: Millennium, 2002, p. 252.

5 ARENDT, Hannah. As Origens do Totalitarismo, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979.

6 BOBBIO, Norberto. Era dos Direitos, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

de alguma forma com o desporto.

O conceito de dignidade humana repousa sobre o reconhecimento da capacidade da autonomia individual de cada um, ou seja, as pessoas são livres para deliberarem acerca das direções que devem dar às próprias vidas. Para tanto, são identificados princípios que permeiam a dignidade da pessoa humana e o esporte. São eles: (I) democratização, (II) educação, (III) qualidade, (IV) moralidade e (V) da sociedade democrática.

Efetivamente, a existência de um sistema de regras morais no esporte é por vezes admitida como o respeito de valores próprios, dando a ideia de que esta seria uma condição para que o desporto possa, ao converter-se em uma fonte de crescimento do homem, consolidar seu papel como atividade constitutiva de uma vida satisfatória, ou formadora de cidadãos. Com isso, nasce o ideal olímpico do “Olimpismo” ou, traduzido para o idioma latino, “espírito esportivo”, que posteriormente vem a ser concebido e fomentado pela FIFA como o *fairplay*<sup>7</sup>, que afronta a ideia de “vitória a todo custo” e ressalta os valores éticos do esporte.

Os ganhos para a sociedade são muitos, visto que uma série de políticas públicas - que podem contar com o apoio da atividade privada - tornam possível a construção de projetos em longo prazo de inclusão social. Esta que sem dúvidas é uma aliada na formação da cidadania e do desenvolvimento integral do indivíduo, seja dentro ou fora das “quatro linhas”.

Não há de se olvidar que o ideal do espírito esportivo sempre esteve presente nos jogos olímpicos da antiguidade (Grécia), seja como um meio de unir os povos, encurtar fronteiras ou paralisar guerras e conflitos.

Entretanto, o conceito do Olimpismo<sup>8</sup> (propriamente dito) nasceu com o advento dos jogos olímpicos da modernidade (Atenas, Grécia - 1896), que nas palavras de seu idealizador, Barão Pierre de Coubertin: *“O olimpismo, ou espírito esportivo, define-se como uma filosofia de vida que coloca o esporte a serviço da humanidade e que repousa sobre as interações entre as qualidades do corpo, a vontade e o espírito”*.

Sua ideia era tentar estabelecer uma ética única, para promover o desporto como uma atividade diletante e não profissional, que poderia garantir o lazer e desenvolvimento dos indivíduos. Tais regras seriam uniformes e aplicáveis a todos

7 «Campagne **Fair-play de la FIFA**: une nouvelle devise, le même engagement», FIFA.com, 18/06/2003. Disponível em: <http://fr.fifa.com/tournaments/archive/confederationscup/france2003/news/newsid=87653/index.html>. Acesso em: 05 jul. 2022.

8 L'Olympisme, c'est quoi ?», in **Olympisme et Mouvement Olympique**, p. 3. Disponível em: [http://www.olympic.org/documents/reports/fr/fr\\_report\\_670.pdf](http://www.olympic.org/documents/reports/fr/fr_report_670.pdf). Acesso em 05 jul 2022

(“nuvem que permearia todo movimento esportivo” - “trocar pequenas capelas por uma grande igreja”<sup>9</sup> em outras palavras, unificar regras e criar códigos universais). É feita a ressalva de que tal fato representa, também a sistematização da Ética no desporto internacional.

Na concepção de muitos, após as décadas de 1980 e 1990 - com o advento de normas transnacionais, criadas para densificar a ordem jurídica desportiva - a ideia do olimpismo tenha morrido. Porém é inegável que seus valores morais tenham utilidade no esporte atual, apesar de seu lado “piegas”, uma vez que se preza, desde a sua idealização, o respeito ao *fairplay*. Com o desenvolvimento de um sistema jurídico desportivo, a Ética não se dissipou, mas é natural que perdeu sua utilidade prática.

Entende-se que a Ética - um conceito abstrato - precederia uma regulamentação (ordenamento) detalhada, analítica, prolixa e específica, aplicada aos jurisdicionados do esporte, uma vez não existindo uma ordem jurídica desportiva de alta densidade. Assim, fazia bastante sentido buscar valores éticos para regularem as competições.

Frimadas tais premissas, é preciso indagar: o desrespeito a tais valores éticos deveria ensejar em sanções? Existem consequências jurídicas para a não aplicação das regras éticas no âmbito desportivo? Há proteção jurídica suficiente para coibir toda forma de intolerância nas práticas esportivas, ou é preciso normalizar que se trata de um palco alheio às regras básicas de convivência social em que todos se conformem com a intolerância e discriminação?!

## 1 INTOLERÂNCIA E DISCRIMINAÇÃO NA PRÁTICA ESPORTIVA

A ideia de genocídio é o ápice da violação dos direitos humanos e particularmente dos direitos das minorias. Ocorreu no século XX, com o surgimento dos regimes totalitários, em especial, com o nazismo e o fascismo. Segundo Canotilho, “a barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito”.<sup>10</sup>

O constitucionalista português exemplifica essas atrocidades, nos

---

9 «e qui ço da humanidade:ue coloca o esporte de igreja»nconjunto de valores. Assim como o comidade ctivas seleçe disputassem as[U]n moyen d'abolir les distances et les frontières, de pacifier et d'unifier le monde»; «un moyen de remplacer les petites chapelles par une grande église». Cf.: BOURG, Jean-François; GOUGUET, Jean-Jacques. Op. cit., p. 45.

10 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380, p. 156.

relembrando da ideologia da “raça pura ariana” como fator determinante para a titularidade de direitos:

Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertença à determinada raça – a raça pura ariana.<sup>11</sup>

Por outro lado, esse período serviu de impulso para uma nova reconstrução dos direitos humanos (surgida a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948) e para os movimentos de internacionalização desses direitos no período pós-guerra, momento em que se sobressai o *princípio da prevalência dos direitos humanos*.

Insta salientar que cenário contemporâneo foi modificado, englobando duas novas concepções: a relativização da soberania dos Estados, admitindo-se intervenções em âmbito nacional em prol da proteção incondicional dos direitos humanos e a consequente proteção dos direitos do indivíduo na esfera internacional.<sup>12</sup>

Não é fácil, no entanto, encontrar uma definição precisa e exata sobre direitos humanos. Na verdade, é até difícil de defini-los, uma vez que ressoam na vida de cada indivíduo de forma distinta. Entretanto, é fácil perceber sua existência na medida em que são violados.<sup>13</sup>

De acordo com o conceito dado pela UNICEF,

Os direitos humanos são normas que reconhecem e protegem a dignidade de todos os seres humanos. Os direitos humanos regem o modo como os seres humanos individualmente vivem em sociedade e entre si, bem como sua relação com o Estado e as obrigações que o Estado tem em relação a eles.<sup>14</sup>

11 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380, p. 156.

12 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380, p. 158.

13 HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos: Uma História**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 24-25.

14 UNICEF. **O que são os direitos humanos?** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/o-que-sao-direitoshumanos#:~:text=Os%20direitos%20humanos%20s%C3%A3o%20normas,tem%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%20eles>. Acesso em: 05 jul. 2022.

Assim, não se trata de sinônimo aos dos direitos fundamentais, uma vez que estes não consideram toda a importância histórica, as lutas sociais e as conquistas do processo civilizatório e, tampouco possuem toda a abrangência protetiva bem como o reconhecimento internacional dado aos direitos humanos.<sup>15</sup>

Os traços característicos para permitir a definição sobre os direitos humanos contemporâneos foram traçados a partir do surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): a indivisibilidade e a universalidade.

Na concepção da Hunt, além da indivisibilidade e da universalidade, os direitos humanos somente passariam a ter algum significado quando ganhassem também um conteúdo político:

Não são os direitos de humanos num estado de natureza: são os direitos de humanos em sociedade (...) são os direitos humanos *vis-à-vis* uns aos outros. São, portanto, direitos garantidos no mundo político secular (...), e são direitos que requerem participação ativa daqueles que os detêm.<sup>16</sup>

Com vista a internalizar essa proteção, surge de forma complementar ao sistema global, os sistemas regionais de proteção, valendo destaque para o sistema interamericano, europeu e africano.<sup>17</sup>

Veja-se que ao longo do processo histórico (e ainda permanece atualmente), a violação dos direitos humanos atinge majoritariamente os grupos sociais vulneráveis. Dessa forma, o sistema global é complementado pelo sistema regional, e conjuntamente esses sistemas demonstram que uma simples proteção geral não seria o suficiente, uma vez que “determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada”<sup>18</sup>. Foi por este motivo que tratados como a Eliminação da Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher surgiram.

As pessoas pertencentes a esses grupos vulneráveis devem ser vistas nas

---

15 CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 43.

16 HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos: Uma História**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 19.

17 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380, p. 157.

18 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Escola da Magistratura. 2006, Disponível em [www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_dh\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf), p. 22. Acesso em 05 jul 2022.

especificidades e peculiaridades de sua condição social<sup>19</sup>, daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

Para tanto, não basta a existência de sistemas de proteção de todos os seres humanos, os quais, inclusive, muitas vezes sequer possuem os mecanismos necessários de obrigar os Estados a adotarem condutas preventivas e repressivas antidiscriminatórias. Como muito bem pontua Piovesan,

(...) há a necessidade de adoção, ao lado das políticas universalistas, de políticas específicas, capazes de dar visibilidade a sujeitos de direito com maior grau de vulnerabilidade, visando o pleno exercício do direito à inclusão social. Se o padrão de violação dos direitos humanos tem um efeito desproporcionalmente lesivo às mulheres e às populações afro-descendentes, adotar políticas “neutras” no tocante ao gênero, à raça/etnia, significa perpetuar esse padrão de desigualdade e exclusão.<sup>20</sup>

Nesse contexto, surge a necessidade de adoção de medidas efetivas e concretas, que coloquem em prática os planos teóricos criados pelo sistema de proteção dos direitos humanos, para evitar todos os tipos de discriminação, de forma que seja natural a todos entenderem que independente de raça, cor, etnia, religião, sexualidade... etc, ou seja, todos indivíduos são únicos e detentores da própria dignidade.

O primeiro papel da dignidade humana é servir como fonte de direitos e deveres dentro da sociedade<sup>21</sup>, uma vez que intrínseca a todos os direitos fundamentais.

No entanto, seu papel fundamental para coibir práticas como o discurso de ódio e a depreciação de indivíduos ou grupos vulneráveis ocorre por meio de sua função interpretativa.<sup>22</sup> Por meio desta premissa, o jurista pondera e interpreta os direitos fundamentais sempre se baseando no que parece o mais correto para assegurar a

19 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Escola da Magistratura. 2006. link [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_dh\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf). p. 22. Acesso em: 05 jul 2022

20 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Escola da Magistratura. 2006. link [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_dh\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf), p. 22-23. Acesso em 05 jul 2022.

21 BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 66.

22 BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 66.

existência digna do indivíduo. A esse respeito, afirma Barroso que:

A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou o direito ao voto (...). Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula.<sup>23</sup>

A técnica da utilização da dignidade da pessoa humana para a interpretação de casos concretos teve grande influência dos julgamentos norte-americanos no tocante à discriminação racial. Ainda que em muitos desses casos ela não tenha sido mencionada expressamente, este princípio comumente norteava grandes decisões, valendo destacar, exemplificativamente, *Brown v. Board of Education*, na qual a Suprema Corte proibiu a segregação em escolas públicas; e *Rice v. Cayetano*, na qual a Suprema Corte definiu que as classificações que se baseiam em raças violam a dignidade do indivíduo.

Na medida em que se perpetua a violação de direitos desses indivíduos em razão da condição étnica, racial, de gênero, da sexualidade, da opção política ou religiosa; está se violando a própria essência e a individualidade e, portanto, a razão de ser daquela pessoa.

Entretanto, nem sempre essa violação ocorre de forma direta e clara. Conforme se analisará, uma das formas mais drásticas de violação de direitos fundamentais é a discriminação racial e o racismo, os quais podem ocorrer de diferentes formas, inclusive através da inércia de um órgão ou Poder em resguardar os direitos de indivíduos pertencentes a esses grupos.

Nesse esteio, é preciso destacar as definições que costumam ser adotadas para as expressões: *discriminação, preconceito, racismo e intolerância*.

A discriminação apresenta uma pluralidade de significados, devida ao desenvolvimento histórico e social. Ela pode ser definida como a criação de um elemento de distinção de um indivíduo, através de um critério não legítimo/subjetivo

---

23 BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 66.

(como características físicas, ideológica etc), que a coloca em posição de inferioridade. Representa uma conotação negativa, acerca do tratamento injusto e/ou preconceituoso, levando em consideração o gênero, idade etc. Ademais, pode ser entendida pela categorização de indivíduos/atuação arbitrária, de modo a atribuí-los uma consequência jurídica.

Já o termo *intolerância*, por sua vez, consiste na falta de tolerância do indivíduo e remete a ausência de aceitação (ou até a compreensão) em relação a algo, em tempo que, *intolerante*, é aquele que apresenta um comportamento de repulsa ou ódio por algo que não lhe seja comum.

A palavra *preconceito* significa o sentimento, favorável ou desfavorável do indivíduo, concebido sem exame crítico e sem maiores ponderações ou conhecimento. É uma manifestação precipitada, assumida em consequência de uma experiência pessoal ou sugerida pelo meio, por vezes desencadeando a intolerância.

Nesse mesmo diapasão, tem-se os termos *homofobia* e *transfobia*, os quais expressam o sentimento de ódio/repulsa de um indivíduo preconceituoso, em relação a orientação sexual de pessoas do grupo LGBTQIA+.

Por fim, *racismo* representa o conjunto de teorias e crenças que pregam uma suposta e equivocada hierarquia entre etnias, ou ainda uma hostilidade em relação a determinadas categorias de pessoas. É cediço que este é um fenômeno cultural, presente desde o início da formação da sociedade brasileira.

Os atos discriminatórios em geral não podem ser aceitos ou tolerados, por atingirem não só o indivíduo injustiçado, mas também toda a comunidade que se identifica com o mesmo. Ao uma pessoa impor sobre outra um tratamento desvantajoso, após um julgamento moral negativo, nega-se a igualdade de tratamento e limita a possibilidade de ação autônoma, ao manter uns em situação de privilégio, enquanto outros em situação de desvantagem, ato que está diretamente relacionado ao Poder.

Tais atos não são isolados ensejam na marginalização social, ou a dificuldade de evolução da sociedade, uma vez se não demonstrado o interesse do Estado em saná-los. Ademais, é mister ressaltar que atitudes discriminatórias sempre existiram no desporto também, ainda que ausentes os canais de comunicação digitais desenvolvidos nas últimas décadas.

Esses pressupostos justificam o clássico pensamento de Miguel Reale: a sucessão de fatos, consolidam valores que, quando caros, demandam proteção jurídica: o tridimensionalismo exige analisar se a necessidade, diante de inúmeros fatos de intolerância nas práticas desportivas, justificariam uma proteção jurídica real, concreta

e efetiva para proteger a dignidade humana contra toda forma de intolerância.

## 2 REGULAÇÃO JURÍDICA

Ante a iminência de ofensa ao princípio da dignidade humana - o qual sempre é o mais prejudicado em casos discriminatórios - o Estado brasileiro, através de instruções normativas e penalidades, busca conscientizar a sociedade acerca da gravidade ao desrespeitar um dos princípios universais que é a dignidade da pessoa humana.

Seja na área do Direito Penal ou na Justiça Desportiva, existem institutos positivados no ordenamento jurídico brasileiro os quais visam eximir práticas discriminatórias, de modo a coibir a atitude do agente. Destaca-se, portanto:

A Lei 7.716/89<sup>24</sup>, conhecida como Lei do Racismo, que pune todo tipo de ato discriminatório ou preconceito, seja de origem étnica, sexual, etária...etc. É um crime contra a coletividade e não contra uma pessoa específica. Realizado por meio da verbalização de uma ofensa ao coletivo, ou atos como recusar acesso a estabelecimentos comerciais ou elevador social de um prédio. É inafiançável e imprescritível. A pena vai de um a três anos de prisão, além de multa.

Outrossim, o crime de injúria racial: Está especificado no Código Penal, precisamente em seu artigo 140, terceiro parágrafo. O tipo penal prevê a ocorrência do ilícito quando uma ou mais vítimas são ofendidas pelo uso de "elementos referentes à raça, cor, etnia, religião e origem", ou seja, diferenciações subjetivas estabelecidas de forma pejorativa. Consiste em crime inafiançável, com pena de reclusão de um a três anos, inclusa multa.

No âmbito do desporto internacional, preliminarmente é preciso destacar a Regra 50.2 da Carta Olímpica, documento supremo do movimento olímpico, que expõe: "Promove o ideal da neutralidade, que se estabelece pelo impedimento de qualquer propaganda política, religiosa ou que de alguma forma enalteça qualquer diferenciação durante os jogos olímpicos."

Deve ser destacada, também, a Resolução A/69/L.5 da Assembleia Geral das Nações Unidas: "Reconhece a Carta Olímpica e que a discriminação ofende os ideais olímpicos, os quais norteiam o esporte como um todo."

Veja, a Carta Olímpica é expressão jurídica da autonomia do Movimento

---

24 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm)

Olímpico, constitui um documento com força de norma obrigatória a todos os integrantes da Pirâmide Olímpica, mas não é uma norma de Direito Internacional. Ademais, é um fecho de abóbada normativa da Lex Sportiva e portanto, trata-se de uma norma transnacional, pública, mas não estatal, global, um ato internacional propriamente dito. Assim, a ONU, ao reconhecer a aplicabilidade da Carta Olímpica, concorda, como faz na mesma resolução, com o caráter autônomo do esporte mundial, mas traz a norma transnacional para o ambiente do Direito Internacional Público.

Retornando ao âmbito nacional, o art. 2, III, da Lei 9.615/98 – “Lei Pelé”, estabelece como princípio fundamental do desporto a “democratização, garantida em condições de acesso às atividades desportivas sem quaisquer distinções ou formas de discriminação”

Vale ressaltar, que as entidades que se submetem ao Código Brasileiro de Direito Desportivo - CBJD<sup>25</sup>, conforme bem expõe o artigo 1 do mesmo, são as seguintes: (I) Entidades nacionais e regionais de administração do desporto; (II) Ligas nacionais e regionais; (III) Entidades de práticas desportivas; (IV) Atletas e árbitros; (V) Pessoas naturais que exerçam quaisquer cargos, relacionados a alguma modalidade esportiva; (VI) todas as demais entidades compreendidas pelo Sistema Nacional do Desporto, bem como pessoas naturais e jurídicas que lhes forem direta ou indiretamente vinculadas.

Nesse sentido, o artigo 243-G do CBJD, prevê a suspensão, multa e exclusão daqueles que cometerem atos discriminatórios. Porém, este não seria o caminho ideal para sanar as questões discriminatórias que ocorrem com tanta frequência no desporto, seja a nível nacional ou internacional - uma vez que são penas muito brandas e não-exemplares<sup>26</sup>.

Já o Art. 283, do referido Diploma Legal expõe o seguinte:

Os casos omissos e as lacunas deste Código serão resolvidos com a adoção dos princípios gerais de direito, dos princípios que regem este Código e das normas internacionais aceitas em cada modalidade, vedadas, na definição e qualificação de infrações, as decisões por analogia e a aplicação subsidiária de legislação não desportiva.

Mais recente, nota-se o advento do Art. 53 , presente no Regulamento Geral

25 <https://www.cbat.org.br/stjd/CBJD.pdf>. Acesso em: 05 jul 2022

26 Art. 243-G. Praticar ato discriminatório, desdenhoso ou ultrajante, relacionado a preconceito em razão de origem étnica, raça, sexo, cor, idade, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

de Competições (RGC) da CBF de 2022<sup>27</sup>, o qual expõe:

A inobservância ou descumprimento deste RGC, assim como dos RECs, sujeitará o infrator às seguintes penalidades administrativas: I – advertência; II – multa pecuniária; III – vedação de registro ou de transferência de atletas;

Nota-se, da leitura do texto no Projeto de Lei do Senado n. 68/2017<sup>28</sup> - em votação no Senado Federal, a preocupação do legislador em eliminar o comportamento discriminatório no desporto brasileiro. Os arts. 229 a 235 do Projeto Lei, abordam acerca do tema da promoção da cultura de paz no esporte como obrigação do poder público, das organizações esportivas, dos torcedores e espectadores dos eventos, bem como a possibilidade da criação de juizados do torcedor. Insitui penas mais severas ante o descumprimento de seus artigos, se comparado as sanções estabelecidas pelas Leis 9.615/98 e 10.671/2003, os maiores diplomas jurídicos desportivos no Brasil, hoje. Ainda, cria a Autoridade Nacional para Prevenção e Combate à Violência e à Discriminação no Esporte (ANESPORTE), além de estabelecer o cadastramento dos torcedores da modalidade de futebol como condição para acesso às arenas.<sup>29</sup>

Insta salientar que o Código Disciplinar da FIFA (2019), demonstra ser o documento que mais bem ampara a questão punitiva, ante ao desrespeito das regras do esporte. De uma forma analítica e prolixa, o Código estabelece as diretrizes de uma disciplina ideal no desporto, bem como as sanções aplicáveis aos agentes envolvidos nas relações esportivas. Para tanto, destacam-se os artigos: <<<Art. 9 Envolvimento 1. Qualquer indivíduo que intencionalmente comete violação, seja como autor ou cúmplice, será punível. 2. Será levado em consideração o nível de culpa da parte envolvida, que poderá ter a sanção reduzida de acordo com este. Não deverá ser inferior ao limite mínimo médio da multa (ver art. 15, parte 2); Art. 10 Sanções comuns a pessoas naturais e jurídicas. Ambos são puníveis pelas seguintes sanções: a) aviso; b) advertência; c) multa; d) devolução de prêmios; Art. 11 Sanções aplicáveis a pessoas naturais. As seguintes sanções são aplicáveis apenas a pessoas naturais: a) advertência; b) expulsão; c) suspensão de jogos; d) banimento aos vestiários e/

---

27 [https://conteudo.cbf.com.br/cdn/202201/20220119213940\\_390.pdf](https://conteudo.cbf.com.br/cdn/202201/20220119213940_390.pdf). Acesso em: 05 jul 2022

28 <https://digitalhub.fifa.com/m/2b6a6b73ba614d53/original/twc8yxh6fn0kjkgxhe9e-pdf.pdf>  
Acesso em: 05 jul. 2022

29 Senado aprova nova Lei Geral do Esporte; texto vai à Câmara — Senado Notícias Acesso em: 05 jul 2022

ou banco de reservas; e) banimento de entrar em estádios; f) banimento de ser parte em qualquer atividade relacionada ao futebol; Art. 12 Sanções aplicáveis a pessoas jurídicas. As seguintes sanções são aplicáveis apenas a pessoa jurídicas: a) impedição de realizar transferências de atletas; b) disputar partida sem público; c) disputar partida em estádio neutro; d) banimento de disputar partidas em seu estádio particular; e) anulação de resultado de partida; f) expulsão; g) perda>>>(tradução livre).

Destaca-se, também, a tolerância zero com atos racistas e discriminatórios no futebol, de modo a tornar possível a erradicação de tais condutas do ambiente desportivo. Consoante a isto, a FIFA realizou um acordo com a *Football Against Racism in Europe*("FARE")<sup>30</sup> para tornar seus dispositivos mais rigorosos, a qual consiste em uma organização internacional - que agrupa todos os interessados em combater a desigualdade racial no futebol.

No âmbito de sua competência de atuação, todas as definições e sanções impostas com relação às condutas racistas e discriminatórias serão submetidas às diretrizes internacionais mais rigorosas, embasando-se na abordagem da FARE sobre tema, conforme bem fundamenta o artigo 13, traduzido acima, do Código Disciplinar.

Em tempo, é possível fazer o seguinte questionamento ao cenário desportivo atual: as atitudes nocivas ao bem estar social, ocorridas nos esportes, são devidamente regulamentadas/reprimidas? Ou mais, seriam efetivas as penas e delitos tipificados pelo ordenamento jurídico brasileiro, nos âmbitos do Direito Penal e Desportivo!?

É cediço que a pena tem que ser sentida pelo transgressor, para que essa tenha eficácia e possa cumprir seu objetivo principal, o qual consiste na mudança comportamental do agente. Também, uma punição exemplar pode, em determinadas situações, não configurar a solução mais justa e ser excessiva. Conclui-se, portanto, que fronteiras que separam a sanção apropriada da rigorosa, são tênues, especialmente no esporte.

Ainda que exista um censo crítico social acerca da manifestação discriminatória, que quando configurada deva ser punida de forma exemplar, isto não ocorre em todos os casos, o que promove o sentimento de que a impunidade do agente (ato do indivíduo não restar punido por ato ilícito praticado, mesmo com sua devida identificação) perante a *lex*, impera no Brasil

Nos casos em que a pena para atos discriminatórios (seja no esporte ou não) consiste no pagamento de multa, é duvidoso acreditar que o agente irá aprender com

30 <https://www.fifa.com/about-fifa/organisation/news/infantino-fifa-embraces-its-responsibility-to-lead-the-fight-against-discriminat> Acesso em: 05 jul. 2022

seu erro e mudar sua conduta, seja pelo fato da prestação pecuniária ser irrelevante para o mesmo, ou ainda se este nem mesmo for responsabilizado ou imputado pelo ato – como ocorre nos casos em que torcedores propagam cantos discriminatórios – ofendendo o art. 13-A, V, da Lei 10.671/2003<sup>31</sup>, mas a entidade responsabilizada/ penalizada pelo ato é o clube, o qual detém (na maioria das vezes) maior aporte financeiro.<sup>32</sup>

Vale lembrar que a multa por cometer atos discriminatórios realizados em competições desportivas na América do Sul, não ultrapassava o valor de U\$ 100.000,00 (cem mil dólares) até o início de 2022.<sup>33</sup>

Seria esse mecanismo de punição para casos que denotam grave violação dos direitos humanos eficiente e eficaz para combate e prevenção de práticas de intolerância? Estaria o ordenamento jurídico penal e desportivo protegendo de forma suficiente o bem da vida ou seria, como evidenciam os fatos, evidente caso que viola o princípio da proporcionalidade e cria um ambiente de normalização da impunidade?!

### 3 SUFICIÊNCIA DA PROTEÇÃO JURÍDICA E IMPUNIDADE

Asúa ressalta que “se a liberdade fosse um valor por si somente, admitiria a maximização: quanto mais liberdade, maiores bens. E basta fazer mentalmente o ensaio, para convencer-se de que a liberdade levada a tais extremos cairia em libertinagem. (...) Não se deve esquecer isto quando se constrói o Direito Penal do futuro. Durante o tempo que, e posto que a liberdade não é um valor em si, senão que persegue um fim, teremos que proclamar que não há liberdade contra a liberdade, e que o Estado tem direito de defender-se”.<sup>34</sup>

A relatividade e a limitação de direitos, em determinados casos, representam, em última instância, o que a doutrina denominou de “princípio da convivência das

---

31 Estatuto de Defesa do Torcedor.

Art. 13-A. São condições de acesso e permanência do torcedor no recinto esportivo, sem prejuízo de outras condições previstas em lei:

V - não entoar cânticos discriminatórios, racistas ou xenófobos;

32 <https://observatorioracialfutebol.com.br/bicha-a-nao-evolucao-da-relacao-entre-esportes-e-lgbts/>. Acesso em: 05 jul. 2022

33 <https://www.conmebol.com/pt-br/noticias-pt-br/modificacao-do-art-17-codigo-disciplinar-da-conmebol/> Acesso em: 05 jul. 2022

34 ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de Derecho Penal**. La Ley y el Delito. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Editorial Sudamericana, 1990, p. 73.

liberdades públicas".<sup>35</sup>

Esses conflitos devem ser enfrentados *"mediante uma 'ponderação' dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o 'peso' que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação. Mas 'ponderar' e 'sopesar' é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis"*.<sup>36</sup>

A Carta de 1988, no entanto, não apresenta somente um viés de garantismo negativo ou de limitação do poder de punir do Estado. Ela também rompe a dialética exclusivamente iluminista, legitimando direitos sociais e difusos que funcionam, sob a ótica de um garantismo social ou positivo, como verdadeiros mandados de criminalização, exigindo do legislador infraconstitucional a devida proteção jurídica.

O denominado "garantismo positivo ou social", timidamente utilizado como fundamento para decidir pela jurisprudência pátria, está cada vez mais legitimado com a implementação dos direitos sociais. O STF, no Recurso Extraordinário nº 418.376-5, através do relator, o Ministro Gilmar Mendes se pronunciou a respeito do tema:

(...) quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.<sup>37</sup>

Na ótica do garantismo social, há um dever do Estado em legislar para proteger suficientemente bens jurídicos: nesse contexto surge a teoria dos mandados

35 CAMARGO ARANHA, por sua vez, denominou de 'teoria do interesse preponderante' (CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T. Da Prova no Processo Penal. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 56.

36 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 575-576.

37 Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, p. 688 In BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 418.376-5/MS. José Adélio Franco de Moraes e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Relator para Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. 09 de fevereiro de 2006, DJ 23-03-2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1="proibição%20de%20proteção%20deficiente"&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=)>, Acesso em 05 jul. 2022.

constitucionais de criminalização que impõe uma relação entre a Constituição e o Direito Penal visando à proteção de determinados bens jurídicos, considerada como tutela de fins.<sup>38</sup>

Simultaneamente, o Ministro Gilmar Mendes apresentou voto-vista cujo argumento principal estruturava-se – de forma até então inédita na Corte – na proibição da proteção deficiente em matéria penal dos direitos fundamentais, fazendo evidente alusão ao garantismo positivo, como outra face do princípio da proporcionalidade que tem, como subproduto, como se verá, a teoria dos mandados de criminalização.<sup>39</sup>

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>40</sup> entendeu, por exemplo, que “havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (*due process of law*), deve prevalecer o que atenda a interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade”. Em outra oportunidade, decidiu que “a livre manifestação do pensamento, o livre exercício de cultos religiosos, a inviolabilidade da casa, a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, apenas para se dar alguns exemplos, são direitos constitucionais que encontram limitações e que não podem ser tão amplamente exercidos”.<sup>41</sup>

Já o Superior Tribunal de Justiça, acatando o princípio da proporcionalidade, decidiu que a inadmissibilidade das provas ilícitas no âmbito do processo penal não tem caráter absoluto.<sup>42</sup>

O Princípio da Proporcionalidade, na origem alemã, apresenta dois significados: a primeira acepção – a proibição da proteção excessiva do Estado em prol do indivíduo restringido em sua liberdade –, ou simplesmente a proibição do excesso (*Übermassverbot*), tem destinatário duplo: tanto o Poder Legislativo, que deve estabelecer penas proporcionais em abstrato à gravidade do delito, quanto ao Magistrado, que deve impor ao autor do delito penas proporcionadas à sua concreta gravidade.

Há, contudo, uma segunda acepção – a proibição da proteção deficiente do bem jurídico –, também conhecida como proibição de proteção insuficiente

---

38 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 47.

39 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 48.

40 TJSP, Apelação Criminal nº 185.901-3-Indaiatuba, 3ª Câ. Criminal, Rel. Segurado Braz, vu, 30.10.95.

41 TJSP, **Apelação Criminal nº 177.130-3**-Ribeirão Preto, 5ª Câ. Criminal, Rel. Christiano Kuntz, vu. 27.04.95.

42 STJ, HC nº3982/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, vu, DJU 26.02.96.

(*Untermassverbot*).

Essa segunda acepção consagra o denominado “Garantismo Positivo ou Social”, timidamente utilizado como fundamento para decidir pela jurisprudência pátria, mas cada vez mais recorrente em casos envolvendo a prática da corrupção:

Pioneiramente, a Suprema Corte brasileira, no Recurso Extraordinário nº 418.376-5, através do relator, o Ministro Gilmar Mendes se pronunciou a respeito do tema: (...) quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.<sup>43</sup>

Feldens<sup>44</sup>, em consonância com a acepção do Princípio da Proporcionalidade de proteção suficiente do bem e em conformidade à Teoria do Garantismo Positivo, apresenta três condicionantes da relação entre a Constituição e o Direito Penal: 1. A Constituição como limite material do Direito Penal; 2. A Constituição como fonte valorativa do Direito Penal; e, 3. A Constituição como fundamento normativo do Direito Penal incriminador.

Ao estabelecer no art. 5º, inciso XXXIX, o princípio da estrita legalidade, a Constituição delegou a decisão descrever as condutas criminosas e sanções atribuível a tais condutas.

O princípio da legalidade - um dos pilares universais dos sistemas penais e desportivos democráticos - representa norma de garantia individual confirmando

43 Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, p. 688. In: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 418.376-5/MS. José Adélio Franco de Moraes e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Relator para Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. 09 de fevereiro de 2006, DJ 23-03-2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1="proibição%20de%20proteção%20deficiente"&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=)> Acesso em 11 dez. 2013.

44 FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Ed. Livraria do Advogado, 2. ed. 2012.

a tradição legislativa desde a Carta Política do Império (1824, art. 179, § 11) e das Constituições da República: 1891, art. 72, § 15; 1934, art. 113, §§ 26 e 27; 1937, art. 122, § 13; 1946, art. 141, § 29; 1967, art. 150, § 16; 1969, art. 153, § 16.

### 3.1. Mandados Constitucionais de Criminalização

Segundo a lição de Ponte, *“os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral”*<sup>45</sup>

*O ambiente propício para a existência dessas ordens de criminalização é o do Estado Democrático de Direito, pois estas cláusulas de penalização só se justificam num sistema no qual a supremacia constitucional e a separação de poderes se apresentem de maneira efetiva e não apenas formal: “Os mandados se justificam num regime de normalidade institucional e democrática, própria dos Estados de Direito, ou Democráticos de Direito, nos quais há distinção entre normas constitucionais e leis ordinárias e entre os exercentes dos poderes legislativo e executivo”.*<sup>46</sup>

Os mandados de criminalização constituem, pois, uma das faces da proteção dos direitos fundamentais, criando um novo papel para as sanções penais e para a relação entre o Direito Penal e a Constituição.

Os direitos enumerados como fundamentais revestem-se ainda da chancela de “mandados de criminalização” e, conseqüentemente, por reclamarem a proteção criminal (*ultima ratio*), devem afastar medidas despenalizadoras sob pena de imprimir o juízo de que o legislador infraconstitucional não atendeu aos reclamos da Constituição.<sup>47</sup>

A eleição dos mandados de criminalização está muito mais ligada à Justiça Social, do que a proteção absoluta de direitos e garantias individuais: *“sem proteção aos direitos e garantias individuais, considerados de forma ampla, não há Justiça Social, ainda que seja possível o respeito absoluto aos direitos e garantias individuais sem Justiça*

---

45 PONTE, A. C. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

46 GONÇALVES, L. C. S. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 308.; O AUTOR defende que são cláusulas pétreas (op. cit., p. 193).

47 ABRAÃO, E. P. O; MARCOCHI, M. A. C. Mandados de criminalização e crimes contra a criança e o adolescente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, nº 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13233>>. Acesso em: 05 jul. 2022.

*Social.*<sup>48</sup>

Essas obrigações constitucionais de penalização encontram-se no bojo de algumas Constituições europeias como da Alemanha, Espanha, Itália, França e da própria Comunidade Europeia.

Na Espanha, dentre outros temas, há mandado explícito de criminalização em relação ao meio ambiente, aos crimes contra o patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos da Espanha. Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949 determina a penalização dos atos que se destinem a uma guerra de agressão. Ou seja, direito sociais, assim como o desporto.

A Constituição de 1988 indica claramente nos artigos 1º e 3º quais são os fundamentos dos mandados de criminalização no sistema jurídico brasileiro: há necessidade de que o bem ou interesse carecedor de tutela decorra dos fundamentos ou dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 3112, através do Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a existência de mandados de criminalização na CF, próprios do dever de proteção estatal:

Os mandatos constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais (...) Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional penal adequado.<sup>49</sup>

A doutrina dos Mandados de Criminalização admite, ainda que com divergências, a existência de mandados explícitos e implícitos contidos no texto constitucional.

Estariam, por exemplo, explícitos na Constituição Federal o dever do legislador punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI e art. 3º IV) e a prática do racismo (art. 5º, XLII, atendido parcialmente pela Lei nº 7.716/89, que se olvidou da orientação sexual, portadores de moléstias graves ou necessidades especiais, etc).

48 Id

49 STF, ADI nº 3112/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 26/10/2007, disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3112.pdf>, Acesso em 05 jul. 2022.

Importante destacar que mandado explícito de criminalização está contido no art. 5º, XLIII, que determinar o poder constituinte originário que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

É evidente que diante de uma Constituição analítica, programática e construída no contexto da ditadura militar, há inúmeros outros mandados explícitos de criminalização, como se verifica para o meio ambiente (art. 225, caput, CF), segurança viária, ordem tributária, ordem econômica etc. No entanto, seria razoável supor a existência de mandados implícitos, como a obrigação de criminalizar severamente atos discriminatórios ocorridos no desporto?

De outra parte, os mandados implícitos de criminalização seriam aqueles que, muito embora não estejam claramente expostos, podem ser extraídos da avaliação do corpo constitucional como um todo, ou seja, da avaliação contextual dos valores consubstanciados ao longo do Texto Constitucional.

Como bem acentua Miguel T. Oliveira, “o significado de um mandado de penalização, seja ele explícito ou implícito, consiste na afirmação constitucional da dignidade penal de um bem jurídico e, simultaneamente, da necessidade de sua tutela através do Direito Penal, nos casos de ataques revestidos de maior intensidade, cujas definições permanecerão a cargo do legislador ordinário.”<sup>50</sup>

Os mandados implícitos de criminalização foram reconhecidos pela primeira vez em 1975 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Conforme já aventado, com a reforma do Código Penal alemão, o aborto foi permitido, desde que fosse realizado nos três primeiros meses de gestação. Essa matéria foi levada ao Tribunal Constitucional Federal, que declarou a inconstitucionalidade dessa disposição, por que havia um mandado de criminalização implícito na Constituição alemã:

De outro lado, não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a obrigatoriedade do Estado de sancionar criminalmente. Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente

---

50 OLIVEIRA, M. T. Bem Jurídico-penal e Constituição, Dissertação de Mestrado apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica, 2010, p. 128, Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp134821.pdf>, Acesso em 14.01.2014.

importante também contra ataques de terceiros, frequentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas.<sup>51</sup>

Claus-Wilhelm Canaris desenvolveu três critérios para o reconhecimento de um imperativo de tutela ainda que implícito:

Aplicabilidade da hipótese normativa de um direito fundamental, ou seja, é preciso analisar se, simplesmente pelo fato de se tratar de um direito fundamental, o dever de proteção merece aplicação incondicional. Ilícitude da ação interventiva, em face do qual o agente causador de um dano a terceiro não pode invocar em seu favor a titularidade de direitos fundamentais, tais como, a liberdade, isto é, a violação de bens jurídicos alheios configura uma barreira jusfundamental geral ao exercício do direito de liberdade. Necessidade de proteção normativa ditada pelas circunstâncias fáticas: determina que os direitos fundamentais mais elementares, como a vida, a dignidade humana, a incolumidade física e moral e a liberdade, dotados que são de inquestionável primazia constitucional, quando submetidos a ataques mais repulsivos, exigem, constitucionalmente, proteção penal.<sup>52</sup>

Atribui-se a Susana Pazzolo a utilização inaugural do termo neoconstitucionalismo, então vinculado às seguintes características gerais: a) princípios versus regras (no sentido de que tanto quanto as regras os princípios ostentam eficácia normativa); b) ponderação versus subsunção (a indicar o método aplicado que requerem os princípios); c) Constituição versus independência do legislador (denotativo do conteúdo substancial condicionante da Constituição); d) juízes versus liberdade do legislador (a sugerir uma adequação judicial da legislação às normas constitucionais).<sup>53</sup>

No caso sob análise, é evidente que o enfrentamento de todas as formas de intolerância e discriminação constitui verdadeiro mandado expresso de criminalização capitulado no art. 3º, inciso IV da Constituição. Um valor de tamanha importância, um princípio considerado supremo em um sistema de *civil law* necessita de uma positivação

51 SCHWABE, J. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Henning et al. Leonardo Martins, Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 271.

52 CANARIS, C. W. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**, Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Ed. Almedina, 2003, p. 43-50.

53 FELDENS,, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**, Ed. Livraria do Advogado, 2. ed, 2012, p.32.

para que lhe seja garantida toda essa força. Esse entendimento também é adotado por Mendes, para quem “os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima”<sup>54</sup>.

Ademais, o Constituinte consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, consistindo em verdadeiro fundamento da República Democrática Brasileira. Bleckmann considera que

Ao consagrar a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, III), a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário.<sup>55</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade humana serve de valor, princípio otimizador, além de regra jurídica, uma vez que obriga ou proíbe que determinados comportamentos sejam adotados.<sup>56</sup>

Esses papéis da dignidade humana em nosso ordenamento, têm ficado cada vez mais evidente diante de sua utilização pela jurisprudência brasileira, especialmente nos julgamentos feitos pelos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça).

E não haveria como ser diferente, pois as matérias que mais geram conflitos na atualidade envolvem sempre direitos fundamentais. Dessa forma, considerando que os direitos fundamentais são, em maior ou menor escala, expressões da dignidade humana, não há como o valor e princípio da dignidade humana deixar de ser considerado no momento de julgamentos, ainda que nem sempre seja citado de forma expressa.

Firmadas essas premissas e, considerando-se que a discriminação propagada por atos preconceituosos e de intolerância injustificável vêm apresentando nenhuma proposta suficiente no âmbito desportivo, parece evidente que a proteção extrapenal

---

54 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 176.

55 Cf. BLECKMANN, Albert. *Staatsrecht II – Die Grundrechte*. 4. ed. Köln-Berlin-BonnMünchen: Carl Heymanns, 1997, p. 539.

56 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380, p.126

e desportiva da discriminação é condizente com o mal causado por esse endêmico fenômeno no Brasil.

É hora de se repensar em profunda reforma da legislação desportiva contemplando verdadeiras e proporcionais sanções às entidades, clubes, dirigentes e torcedores que incluam não somente prestações pecuniárias, mas penas acessórias de se absterem de frequentar eventos, além de mecanismos que permitam a aplicação de sanções criminais, como verdadeiro instrumento de modificação dessa pernóstica cultura desportiva, cumprindo, de forma minimamente eficaz, os mandados de criminalização contidos na Carta constitucionai.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É legítima a aplicação de punições esportivas, por conta de atos discriminatórios? Como punir o clube e a quem punir? Até onde vai a responsabilidade do Clube? Estes são os principais questionamentos que permeiam a discussão acerca da impunidade e a intolerância no desporto nacional.

Primeiramente, é preciso saber diferenciar as responsabilidades e competências desportivas de quem está sendo julgado (“qual é a relação do agressor?”). Os Tribunais esportivos que foram criados para se haver o caminho jurídico que leva a governança do sistema privado inerente ao esporte, devem agir com integridade e coerência, partindo de certos princípios, para dar legitimidade e força ao Direito Desportivo.

O movimento privado precisa punir ofensas aos Direitos Humanos de forma exemplar, uma vez que a sistematização jurídica dos mesmos está diretamente ligada ao garantismo do desenvolvimento social, bem como à organização privada do esporte, através de normas transnacionais e regulamentos internos, destacando-se a Carta Olímpica – documento maior do movimento olímpico e o Estatuto da FIFA, o qual representa o documento maior da cadeia associativa do esporte em geral, partindo do futebol. Entretanto, vale ressaltar que o sentimento do dever de resguardar pelo respeito aos Direitos Humanos, deve prevalecer ao medo da punição por desrespeitá-los.

Nesse sentido, vale ressaltar que a força coercitiva legal só pode ser justificada quando restar demonstrado sua eficácia. Em outras palavras, não adiantam regras não

aplicáveis ou que não sancionam da forma devida, quando desrespeitadas.<sup>57</sup>

O Tribunal Arbitral do Esporte (TAS), recentemente, vem demonstrando uma conduta adversa ao conservadorismo que impera sobre o histórico de suas decisões proferidas, ao realizar análises fundamentadas por decisões da Corte Européia de Direitos Humanos, bem como Tratados internacionais que versam acerca dos Direitos Humanos. Tais normas são tidas, então, como referência para o Tribunal na sua atuação em casos discriminatórios

Assim, tendo em vista a alta complexidade dos casos, além de todos os elementos jurídicos e morais envolvidos, não deve-se o Tribunal reconhecido como a autoridade Suprema da ordem esportiva internacional, estar condicionado à utilização de um único Diploma Legal, de forma a possibilitar que outros sistemas jurídicos sejam agredados, visando o julgamento mais justo possível.

Imperioso denotar-se a existência de considerável sistema normativo extrapenal/desportivo, inúmeros projetos (vários, aliás, sequer mencionados), contemplando a manutenção da ordem social e desportiva, em prol de resguardar o princípios da igualdade, dignidade humana e o bem estar social.

Antes de mais nada, necessita-se uma mudança cultural. A percepção da coisa pública como objeto de proteção de todos, o sentimento de pertencimento e a consequente cobrança, fiscalização e exercício de uma cidadania ativa.

É certo, que é preciso despertar um novo tempo de ética no trato da coisa pública, ou ainda relembrar os ideais de olimpismo para consubstanciar a manutenção da ordem desportiva. Mas a transformação cultural brasileira não pode prescindir da heteronomia do direito penal ou desportivo.

A responsabilidade objetiva do Direito Desportivo (caráter excepcional do direito de ação), atribuída pela CRFB/88, em seu artigo 217, é justificada pela manutenção dos princípios que norteiam tal área jurídica, destacando-se a integridade da competição, integridade das entidades que compõe o desporto nacional (incluindo os torcedores) e a dignidade da pessoa humana.

Acredito que a utilização de mecanismos alternativos, por meio de uma justiça restaurativa, seria a maneira mais palpável de se garantir a eficácia das decisões

---

57 O DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942 - Lei de Introdução ao Código Civil, já previa em seus primeiros artigos, a obrigação do ente julgador, em proferir decisões que detenham plena eficácia, devendo estas apresentarem um efeito social, bem como serem exequíveis, além de responsabilizarem o agente correto. Em outras palavras, consiste na obrigação de decidir na forma sistêmica do Direito.

punitivas no âmbito do desporto nacional ou até mesmo internacional.

Por fim, o combate à discriminação pode ser realizado através da instituição de penas socioeducativas (justiça restaurativa: atua por meio de ações afirmativas - “fazer o infrator estudar acerca do erro e se manifestar contra tal atitude”), além da redução de receita e público do clube, devendo ser aplicadas as penas mais severas possíveis. Também, não se pode esquecer da aplicação de penas exemplares a torcedores, como a proibição de frequentar praças esportivas.

Pode ser que as mudanças não sejam imediatas, mas é de suma importância a conscientização das futuras gerações, as quais deverão reprimir atos preconceituosos e propagar a cultura da aversão a discriminação, de modo a coibir a impunidade e forçando a mudança de conduta daqueles que ofendem a dignidade humana alheia.

## REFERÊNCIAS

ABRAÃO, E. P. O; MARCOCHI, M. A. C. Mandados de criminalização e crimes contra a criança e o adolescente. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 14, nº 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13233>>. Acesso em: 05 jul. 2022.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de Derecho Penal**. La Ley y el Delito. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Editorial Sudamericana, 1990, p. 73.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

CAMARGO ARANHA. **Por sua vez, denominou de ‘teoria do interesse preponderante’** (CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T. Da Prova no Processo Penal. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CANARIS, C. W. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradd. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Ed. Almedina, 2003.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 43.

Cf. BLECKMANN, Albert. **Staatsrecht II – Die Grundrechte**. 4. ed. Köln-Berlin-BonnMünchen: Carl Heymanns, 1997.

DIP, Ricardo; MORAES Jr., Volney Corrêa Leite de. **Crime e Castigo** – Reflexões Politicamente Incorretas. Campinas: Millennium, 2002.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Ed. Livraria do Advogado, 2. ed. 2012.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001.

GONÇALVES, L. C. S. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 308.

HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos**: Uma História. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JORDAO, Milton. **Direito desportivo**: temas selecionados / organizadores, Jaime Barreiros Neto e Milton Jordão ; autores, Álvaro Martín da Silva Falcón ... [et al.]. – Salvador : Faculdade Baiana de Direito, 2010.

JUNIOR, C. A. Cavazzola. **Manual de Direito Desportivo**. Edipro São Paulo. 2014

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997..

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito**

**Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MONTENEGRO, T. M. F. **Animus Laendi na atividade desportiva**. Tese de Conclusão de Curso apresentada perante o Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA, Disponível em <http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/1622/1/TCC%20-%20THAYNNA.pdf>, Acesso em 05 jul. 2022.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. v. 5 (2014). Disponível em: < [https://es.mpsp.mp.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/170](https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/170)>. Acesso em: 02 jul. 2022.

MOTA, Juliana. da Cunha. Violações de direitos humanos e o conflito de normas nacionais e transnacionais desportivas. **Humanidades em diálogo**. 8, 141-150. (2017). Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.1982-7547.hd.2017.140544>. Acesso em: 05 jul. 2022.

NICOLAU, Jean. **Direito Internacional Privado do Esporte**. São Paulo, Quartier Latin. 2018.

OLIVEIRA, M. T. **Bem Jurídico-penal e Constituição**. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica, 2010, p. 128, Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp134821.pdf>, Acesso em 14.01.2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Escola da Magistratura. 2006, Disponível em [www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_dh\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf).

PONTE, Antonio Carlos. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

SCHWABE, J. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Henning et al. Leonardo Martins, Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

STF. **ADI nº 3112/DF**. Tribunal Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 26/10/2007, disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3112.pdf>, Acesso em 05 jul. 2022.

STJ. **HC nº3982/RJ**, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, vu, DJU 26.02.96.

TAS-CAS. **Sport and human rights – overview from a CAS perspective**. Disponível em: [https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/2022.06.20\\_Human\\_Rights\\_in\\_sport\\_20\\_June\\_2022\\_.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/2022.06.20_Human_Rights_in_sport_20_June_2022_.pdf). Acesso em: 05 de jul. 2022.

TJSP. **Apelação Criminal nº 177.130-3**-Ribeirão Preto, 5ª Câ. Criminal, Rel. Christiano Kuntz, vu. 27.04.95.

TJSP. **Apelação Criminal nº 185.901-3**-Indaiatuba, 3ª Câ. Criminal, Rel. Segurado Braz, vu, 30.10.95.

UNICEF. **O que são os direitos humanos?** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/o-que-sao-direitoshumanos#:~:text=Os%20direitos%20humanos%20s%C3%A3o%20normas,tem%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%20eles>. Acesso em: 05 jul. 2022.