Os limites que diferenciam as duas tipificações

Verdadeiro marco na história da defesa dos discriminados e também do direito positivo pátrio, a denominada “Lei Afonso Arinos” (Lei nº 1390, de 1951) foi o primeiro estatuto legal brasileiro a erigir à categoria de infração penal a prática de algumas condutas tidas como racistas, denominadas “atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor”.

Apesar de sua relevância, transformou-se em objeto de críticas por conta de sua sistemática de tipificação de condutas assemelhadas entre si e pouco abrangentes, que resultou numa mínima aplicação concreta(*1*). Também foi duramente atacada por tratar as condutas como meras contravenções penais, sujeitas a penas brandas (em geral de quinze dias a três meses de prisão simples ou multa).

Com vistas a tornar mais rigorosas as punições o legislador constituinte de 1988 fez inserir no artigo 5º, inciso XLII do Texto Magno que, “nos termos da lei”, “a prática do racismo constitui crime imprescritível e inafiançável, sujeito à pena de reclusão”.

Como conseqüência, aos 05 de janeiro de 1989, ou seja, apenas três meses depois, foi promulgada a denominada “Lei Caó” (Lei nº 7716/89), que formalmente erigiu à categoria de crime os “atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor”(*2*).

Em seu texto original, reproduziu boa parte do diploma legislativo anterior, a chamada “Lei Afonso Arinos” (Lei 1390/51), prevendo várias condutas típicas assemelhadas, incidindo na mesma sistemática casuística já criticada com razão pelos movimentos de grupos discriminados e pela doutrina especializada(*3*).

Alguns aperfeiçoamentos legislativos foram sendo verificados desde então, através das Leis nºs. 8081/90, 8882/94 e 9459/97, esta última a mais relevante das três, principalmente por incluir a norma penal incriminadora até hoje prevista no artigo 20, “caput”, qual seja, “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena – reclusão, de um a três anos e multa”.

Outra inovação advinda da última reforma do texto da Lei 7716/89 foi a previsão da injúria qualificada pelos elementos de raça, cor, etnia, religião e origem, inserida no artigo 140, § 3o do Código Penal, com mesma pena do delito do artigo 20, “caput”, da Lei especial.

Em decorrência da criação dos dois “novos” tipos penais, passaram a surgir mais registros de ocorrências policiais e, conseqüentemente, processos criminais.

Com a aplicação concreta das normas, todavia, algumas situações passaram a gerar dúvidas aos intérpretes, no que tange ao enquadramento de determinadas condutas como crime previsto no artigo 20 da “Lei Caó” ou como injúria qualificada.

Tal dúvida poderia instalar-se ao se imaginar, por exemplo, uma discussão decorrente de acidente de trânsito envolvendo dois motoristas, um branco e um negro, na qual dissesse o branco algo assemelhado

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

a “tinha que ser preto para fazer uma caca dessas…” e o retorquisse o negro com um questionamento como “o que você disse, seu branquelo ‘fdp’?”.

De se destacar, em primeiro lugar, que o episódio, conquanto lamentável, infelizmente nunca poderia ser dito incomum ou improvável numa cidade brasileira e de sua observação, certamente, inúmeras considerações poderiam surgir. Sob a ótica jurídico-penal, em particular, como acima já aventado, traz em seu bojo a necessidade de enquadramento adequado das condutas que, de modo genérico – mormente no meio jornalístico, mas também no mundo dos operadores do direito – são igualadas e tratadas como se fossem “racismo”.

Antecipando a conclusão final, afirmo tratar-se a primeira conduta (a fala do “branco”) de crime previsto no artigo 20, “caput”, da Lei 7716/89 (prática do preconceito de raça), o que poderia ser tratado propriamente como delito de racismo, comportamento que se diferencia do segundo (o do negro), caracterizado como injúria qualificada prevista no artigo 140, § 3º, do Código Penal.

Apesar das penas previstas para as infrações serem idênticas (reclusão de um a três anos e multa) e as assertivas dos contendores aparentemente iguais (todavia, apenas aparentemente), da diferenciação delas surgem conseqüências relevantíssimas: o crime cometido pelo branco (no exemplo inicial) é imprescritível e inafiançável (artigo 5o , inciso XLII, da Constituição Federal), sendo a natureza da ação penal pública incondicionada (movida, portanto, por membro do Ministério Público). Já o delito praticado pelo negro, sujeita-se às regras ordinárias de prescritibilidade e afiançabilidade, além de ser a ação penal de iniciativa privada (via de regra), ou seja, neste último caso, obriga-se a vítima, além de preocupar-se com a possibilidade de decadência, ainda a valer-se dos bons préstimos de um advogado para dar início à persecução penal, ensejando, no mais das vezes, pagamento dos honorários.

Cumpre ressaltar, portanto, em que se diferenciam as condutas.

Como já defendido anteriormente(*4*), o critério a ser adotado para a diferenciação das condutas deve ser o alcance das expressões, gestos ou qualquer modo de exteriorização do pensamento preconceituoso.

O indivíduo que se manifesta como a pessoa branca no exemplo da discussão de trânsito, assim como quem diz sobre um semelhante ou a um grupo humano: “Oh, raça maldita!” ou “Você pertence a uma sub-raça” está praticando o preconceito criminoso, inequivocamente.

Isso porque a expressão dirigida pelo motorista branco ao negro não se resume a uma ofensa à honra subjetiva de vítima(s) determinada(s). Ao se afirmar algo assemelhado a “tinha que ser preto para fazer uma caca dessas…”, pratica-se(*5*) o preconceito, ou seja, diz-se que todos os negros (ou pretos) ou a maioria deles faz coisas erradas (pensamento muitas vezes inconscientemente incutido nas mentes dos brasileiros desde a infância e traduzido na tristemente conhecida frase: “preto quando não caga na entrada, caga na saída”). Daí já ter sido afirmado que “…praticar também vem a significar qualquer conduta capaz de exteriorizar o preconceito ou revelar a discriminação, englobando-se, por exemplo, os gestos, sinais, expressões, palavras faladas ou escritas ou atos físicos”(*6*).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Enfrentando a questão, adotou o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais o mesmo entendimento, ao manter condenação de primeiro grau de jurisdição de um colunista de pequeno jornal da comarca de Ponte Nova, o qual foi dado como incurso no tipo do artigo 20, § 2o, da Lei 7716/89 (a denominada "Lei Caó").

Para melhor ilustrar a situação, merece referência o caso concreto. Publicou o autor do delito matéria contra uma professora negra, sindicalista local, por ter aforado ação trabalhista em face de uma escola superior daquele município. Terminou seu artigo dizendo: "A história da Faculdade nos ensina que o teor da melanina na pele não indica o bom ou o mau caráter das pessoas, mas ai que saudades do açoite e do pelourinho".

Dentre outros argumentos, bateu-se sua defesa pela desclassificação para crime contra a honra, injúria, destacando, até, o fato de ter o réu exaltado um outro negro, na mesma publicação, chamando-o de "sábio" (para tentar demonstrar que não era preconceituoso, tendo também levado testemunhas no curso da instrução processual para dizer que mantinha bom convívio com a comunidade negra(*7*)).

Decidiu por unanimidade a 2a Câmara Criminal, contudo, em seu desfavor: "Em bom português, o réu exprimiu que as pessoas, não importando a cor, podem ter bom e mau caráter – até aí tudo bem. Em seguida, expôs seu saudosismo aos antigos e deploráveis métodos de castigo aos negros do Brasil Colonial e Monárquico. Ora, em assim fazendo, expressou que algumas pessoas de raça negra, que tenham, ao seu entendimento, mau caráter, merecem dito tratamento, entre elas a sra. E.M. (…)".

Consta da ementa: "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 raça".(*8*)

Outros julgados foram proferidos no mesmo sentido, podendo-se destacar, dentre eles, a manutenção de condenação de radialista que, em programa transmitido na comarca de São Carlos, interior de São Paulo, no dia 9 de abril de 1991, narrou um furto, acrescentando, quanto à autoria: "Só podia ser preto (…)". Em seguida, afirmou serem três os ladrões, dois brancos e um negro, mas completou: "cana neles, principalmente no preto"(*9*).

Também no processo autuado sob o nº. 193/98, da 2a Vara do Foro Distrital de Valinhos, comarca de Campinas/SP, um funcionário público foi condenado como incurso no artigo 20, *caput*, da Lei 7716/89, porque afirmou de modo explícito não gostar de uma colega de trabalho em virtude de ser ela negra, tendo antes, constantemente, referido-se a seu labor como "serviço de preto", "caca de negro" e "coisa de negro", entre outros.(*10*)

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, aliás, pelas assessorias especializadas dos Procuradores Gerais Luiz Antonio Guimarães Marrey e José Geraldo Brito Filomeno, adotou entendimento, paraefeito de análise do artigo 28 do Código de Processo Penal, de prevalência do artigo 20 da Lei n.7716/89 em relação ao artigo 140, § 3o, do Código Penal (injúria qualificada), nos casos "de ofensaproferida no limitado âmbito da comunicação direta e imediata entre agressor e vítima".

Consta das decisões, abordando a atual redação do artigo 20 da Lei n. 7.716/89:

"(…) a modalidade básica é de ação livre, sendo absolutamente irrelevante a circunstância de se tratar, como na espécie, de ofensa proferida no limitado âmbito de comunicação direta e imediata entre agressor e vítima. A interpretação da norma em apreço evidencia que o legislador deu concreção a um dos objetivos fundamentais da República, que traçou para si, na ordem constitucional inaugurada em 1988, o ideal de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da qual seja erradicada a marginalização e na qual seja possível promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3o, incisos I, III e IV, da CF). É a esse comando que se curvou o legislador, ao estender o âmbito típico do crime especial com o qual pretende inibir a sobrevivência em nossas relações sociais dos ominosos preconceitos hauridos do direito antigo, sob o qual a pessoa humana, por conta de dominação econômica e imperial, podia ser objeto e não sujeito de direitos. Esse propósito, que é a *ratio essendi* da incriminação, está confiado à tutela do Ministério Público, que não pode desconsiderá-lo no exame dos casos que chegam ao seu conhecimento (…)"(*11*).

Voltando ao exemplo inicial, no segundo caso, da pessoa negra (ou preta) que chama o outro motorista de "branquelo fdp" (e a situação seria idêntica se uma pessoa branca chamasse o negro de "negro fdp", "negão safado" ou um muçulmano atribuísse a um hebreu a pecha de "judeu sovina" ou vice-versa), apesar de ser bastante provável que o autor da ofensa seja alguém preconceituoso, não há o delito do artigo 20, "caput", da Lei 7716/89 ("Praticar…o preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional"), mas sim uma ofensa à honra subjetiva da vítima, com base em elementos preconceituosos, situação que se enquadra no tipo penal do artigo 140, § 3º, do Código Penal, ou seja, a injúria qualificada.

Aquele que, fica evidente – portanto –, com intenção de ofender, refere-se a outro (ou a outros) como "fdp", safado, sovina, canalha etc, está, inegavelmente, cometendo injúria, atacando-lhe a dignidade ou o decoro. Quando acresce a tais expressões "elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem" ou quando distorce as características de tais elementos para realizar a ofensa (ex.: "Seu macumbeirozinho de merda" – exemplo de preconceito de religi ão), comete a injúria especial do parágrafo 3º.

Concluindo: nesses casos, a ofensa fica circunscrita à pessoa ou às pessoas à qual ou às quais dirige-se a mensagem ofensiva à dignidade ou ao decoro.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Vários casos de condenação por injúria qualificada já foram verificados, podendo-se citar, a título de exemplificação, a situação de uma professora da comarca de Piracicaba, interior de São Paulo, que repreendeu uma aluna negra que se portava mal em sala de aula, chamando-a “filhote de urubu”.

Fundamentou-se a decisão, dentre outros aspectos, no fato de que dispunha a professora de “recursos pedagógicos para coibir a indisciplina em sala de aula. Tinha, aliás, o dever de enfrentar a situação, sem ofender ninguém”.(*12*)

A sutil análise que o trato das questões propõe, faz saltar aos olhos, ante as gritantes diferenças de conseqüências penais entre os delitos de “racismo” e injúria, acima referidas (cabe lembrar: a imprescritibilidade e a inafiançabilidade do racismo e as diferentes espécies de ação penal), relevante indagação: O que fazer na hipótese de oferecimento de denúncia por crime de “racismo” quando o magistrado, na ocasião de julgar a questão decide operar a denominada “desclassificação” para delito de injúria? Ou seja, no caso de oferecimento de denúncia por membro do Ministério Público que entendeu ser hipótese de delito previsto na “Lei Caó”, poderia o autor de inequívoca conduta faticamente descrita na exordial, ser condenado por crime contra a honra, em virtude de diversa exegese?

Pode-se afirmar, convictamente, que situação como esta gerará (como já gerou em casos concretos passados) profunda injustiça, pois mesmo que o meritíssimo sentenciante entenda estar caracterizada uma injúria qualificada (à qual comina-se idêntica sanção do artigo 20, “caput”, da Lei 7716/89), não poderá condenar o réu.

Isso por conta das naturezas díspares das ações penais respectivas. Como o crime contra a honra, via de regra, nos termos do artigo 145 do Código Penal, será de ação penal de iniciativa privada, sujeita-se a vítima a todas as regras materiais e processuais à hipótese cabíveis e, especialmente, se decorrido o prazo de seis meses previsto em lei, ter-se-á que reconhecer a existência da causa extintiva da punibilidade prevista no artigo 107, IV, segunda figura, do Código Penal, ou seja, a decadência (sem que se precise indagar sobre a ilegitimidade “ad causam”, até).

Facilmente, contudo, poderia ser superada a dificuldade. Bastaria que os parlamentares federais, por uma questão de lógica e de critério legislativo, criassem um novo dispositivo penal (mero parágrafo único ao artigo 145 do CP, de duas linhas), estabelecendo que o delito de “injúria preconceituosa” passasse a ser de ação penal pública condicionada à representação.

Dada a relevância da conduta e visando a uma maior defesa dos grupos normalmente discriminados ou alvo de preconceitos (o que se comprova também pela elevada pena prevista: reclusão de um a três anos e multa, maior, até, que a injúria real, de ação penal pública), incongruente é a manutenção da ação penal como privada.(*13*)

Adotando-se, portanto, a sugestão acima exposta, evitar-se-ia a incongruência e permitir-se-ia, em casos análogos, a condenação dos infratores por crime menos grave, ao menos.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Ademais, facilitar-se-ia aos ofendidos o acesso ao Poder Judiciário. Em primeiro lugar, porque a desinformação e a falta de recursos acabam sendo obstáculos para a maioria das poucas vítimas que levam os episódios criminosos ao conhecimento da polícia. Em segundo, porque depois de lavrado o boletim de ocorrência, quando dele resulta a instauração de inquérito policial, a maioria das vítimas acaba deixando de contratar advogado ou de procurar a assistência jurídica gratuita para intentar a ação penal, por desconhecimento, inclusive.

Por derradeiro, acresça-se ter a questão ganho relevância com a publicação do Estatuto do Idoso (Lei nº 10741, de 01 de outubro de 2003), em vigor desde o início de janeiro de 2004, que em seu artigo 110 previu modificações em vários normas estampadas no Código Penal, dentre elas no tipo descrito no artigo 140, § 3º, acima referido, que vigora 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**:" (negritados apenas os elementos acrescidos).

Destarte, aumentou-se o rol das possíveis vítimas de injúria qualificada por conta de características pessoais, indicando uma tendência de maior repressão penal aos autores dos chamados delitos de intolerância.

Resta aguardar, por conseguinte, que façam eco as razões acima expostas e, em se implementando as mudanças, possamos contar com um arcabouço legislativo mais eficiente e cada vez mais voltado à defesa das pessoas e grupos alvos de preconceitos e discriminações.

Nota de Rodapé

(*1*) Segundo Valdir Sznick, até meados de 1987 (ou seja, trinta e seis anos após a promulgação da "Lei Afonso Arinos"), foram verificadas apenas quatro ocorrências criminais de preconceito de cor nos tribunais pátrios. (*Nova contravenção sobre preconceito: raça, cor, sexo*. In: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. 107, p. 12-15, jul./ago. 1987.)

(*2*)Atualmente prevê a Lei como crimes os atos que caracterizem discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional.

(*3*)Eunice Aparecida de Jesus Prudente. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. Campinas: Julex, 1989.

(*4*)Christiano Jorge Santos, *Crimes de preconceito e de discriminação: análise jurídico-penal da Lei n.7716/89 e aspectos correlatos*. São Paulo: ed. Max Limonad, 2001, p. 126.

(*5*)Como bem asseverado por Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer: "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." (*Dos crimes de discriminação e preconceito: anotações à Lei 8081, de 21.9.1990*. RT 714/329).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

(*6*)Christiano Jorge Santos, ob.cit., p. 122.

(*7*)Tal estratégia defensiva, aliás, tem sido comumente verificada nos processos criminais pelo país afora pelos acusados de preconceito e discriminação, como já se pôde constatar (proc. no 375/98 da 17a Vara Central de São Paulo/SP; Apelação Criminal no 272.907-3 da 2a Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça de São Paulo; Apelação Criminal no 133.955/5 da 2a Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais e proc. no 12.946 da 2a Vara Criminal de Petrópolis/RJ). Ignorado-se, porém, aparentemente, haver inúmeros registros de anti-semitismo entre judeus, preconceito e discriminação contra negros cometidos por pessoas da mesma raça, sendo plenamente justificável psicologicamente, portanto, que uma pessoa branca que possua amigos ou parentes negros possa discriminar (sendo, portanto, racista), um negro em determinada situação (ou os negros discriminarem os brancos em situação análoga). Para uma mais profunda análise da questão, sugere-se a leitura de “Reflexões sobre o racismo: I- Reflexões sobre a questão judaica. II – O orfeu negro”, de Jean-Paul Sartre.

(*8*)TJMG – ApelCrim n. 133.955/5, 2a Câmara Criminal, rel. Des. Herculano Rodrigues, *Jurisprudência Mineira*, v. 146, p. 382-389.

(*9*)TJSP – ApelCrim n. 153.122.3/0, 5a Câmara Criminal de Férias de julho de 1995, rel. Des. Celso Limongi.

(*10*)Elaborou a denúncia o Promotor de Justiça Tatsuo Tsukamoto e lavrou a sentença condenatória o magistrado Henrique Nader.

(*11*)Para uma análise de três dos casos em que foram ofertadas denúncias, vide referências em Christiano Jorge Santos, ob.cit., p. 125.

(*12*)TACrim de São Paulo – Apel. Crim. n. 1.092.139/4, 13a Câmara Criminal, relator, o Mm. Juiz Lopes da Silva.

(*13*)No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 378.

Date Created
27/03/2004

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.