

Marco Aurélio Dutra Aydos
Procurador da República

Procedimento Criminal 1491/2011-71

Classe: Discriminação racial

Origem: Representação criminal

Representantes: Seccionais Ceará e Pernambuco da Ordem dos Advogados do Brasil

Representados: @AmandaRegis e @lucianfarah77.

PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO

I. Representação

As Seccionais do Ceará e de Pernambuco da Ordem dos Advogados do Brasil representam criminalmente em desfavor dos responsáveis pelos microblogs associados aos endereços @AmandaRegis e @lucianfarah77, pelos seguintes fatos:

A Senhora AMANDA RÉGIS e o Senhor LUCIAN FARAH postaram em suas páginas do Microblog Twitter, nos dias 11 e 12 de maio do ano de 2011, mensagens **induzindo, praticando e incitando** o racismo em desfavor dos inúmeros cidadãos cuja procedência nacional é o nordeste brasileiro, violentando, dessa forma, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Dentre outras expressões, seguem duas mensagens extraídas do referido site/microblog Twitter utilizado pela ora Noticiada para praticar o crime em comento:

[segue reprodução fac-símile do blog, com a mensagem de Amanda]

“esses nordestinos pardos, bugres, índios, acham que tem moral, cambada de feios. Não é atoa que não gosto desse tipo de raça.”

[segue reprodução fac-símile do blog, com a mensagem de Lucian]

“só vim no twitter falar o qnto os NORDESTINOS é a DESGRAÇA do brasil...ppp! Bando de gente retardada qu acham que sabe de alguma coisa.

A conduta vem classificada no art. 20 e seu § 2º da Lei 7.716/1989 c/c art. 286 do Código Penal.

II. Atribuição federal e territorial

A representação foi direcionada para este órgão com amparo no art. 109, V-A, da CF/EC 45/2004. Mas possivelmente a competência federal se defina neste caso pelo interesse federal do art. 109, IV, da CF. A palavra não se restringe a interesse patrimonial e a União tem *interesse jurídico* na sua preservação e do pacto federativo, cláusula pétrea (art. 60, § 4º). Nas modalidades induzir e incitar, associadas ao racismo de procedência nacional, a prática do crime prejudica esse interesse jurídico. Os movimentos separatistas usualmente fazem uso dessa apologia, de modo que se pode considerar o separatismo perigo potencial associado à conduta. Relativamente à atribuição territorial, provisoriamente pode-se acolher a atribuição pela regra do art. 72, § 2º, do CPP, uma vez que este órgão como destinatário da representação foi o que primeiro tomou conhecimento do fato.

III. Repercussão do caso

A repercussão conhecida do fato é relevante. O informativo globo.com noticiou em 12/5/2011, por duas vezes, a conduta, trazendo na segunda a palavra dos representados:

Após a reação que levou o hashtag #orgulhodesernordestino ao topo dos Trending Topics do Brasil, a internauta apagou o comentário e nesta quinta-feira tentou se desculpar:

"Meu deus gente, agi por impulso por causa do flamengo, não

tenho nada contra nordestinos....desculpa ai galera. JAMAIS DEVERIA TER FEITO ISSO".

Já Lucian Farah afirmou em uma mensagem: "Acho que eh soo .. bando de viado que roobaram esse jogo (sic)... nordestinos burros!"

Em outra, o internauta xingou os nordestinos e conclui:

"Só vim no twitter falar o qnto os NORDESTINOS é (sic) a DESGRAÇA do brasil.. pqp ! bando de gnt retardada qe acham que sabe de alguma coisa"

Em novo post, Farah tentou explicar o xingamento:

"Como brasileiro, TORÇO sim ! e quando torço, sou FANÁTICO ! e qdo sou fanático, eu xingo msm ! mas ontem me exaltei e fui alé disso ! qdo me referi aos nordestinos, queria me referir inteiramente ao time do ceara. e tenho CERTEZA que nao fui o unico a xingar os nordestinos".

Indico ainda o caminho do vídeo de cobertura jornalística do evento no Ceará, relevante para compreensão da dimensão da ofensa entre integrantes do grupo discriminado: <http://tvverdesmares.com.br/bomdiaceara/oab-ce-abre-acao-judicial-contra-racismo-na-internet>.

IV. Tipos penais aplicáveis em tese

Segundo a representação, as mensagens ofensivas praticaram, induziram e incitaram ao racismo. Mas se alguém conseguir praticar na mesma conduta os três núcleos do tipo penal do art. 20 da Lei 7.716/1989, seremos obrigados a concluir que a lei foi redundante e usou palavras inúteis, o que não é bom início de interpretação, que deverá socorrer-se da gramática e história do dispositivo.

É natural que se peça a punição de todas as formas de racismo com o mesmo apoio legal, o art. 20 da Lei 7.716/1989, pois afinal esse tipo misturou três condutas, de modo aparentemente *abrangente*. Mas os problemas desse art. 20 aparecem em sua acidentada história. Desde 1989, sucessivas reformulações indicam que o tipo não estava bom, ou era deficiente para algumas formas de racismo, e de fato o tipo *evoluiu* em 1997 ao incluir aquilo que todos nós sabemos que é uma das fontes do racismo: a procedência nacional. As figuras que temos hoje resultam de sucessivas leis, 7.716/89, 8.081 e 8.882/1994, por fim a 9.459/1997. Leon Frejda Szklarowsky saudou a lei de 1997 por “enriquecer o Código Penal” e criar a figura da injúria

racial no capítulo dos crimes contra a honra (Szklarowsky, Leon Frejda. “Crimes de racismo. Crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. *Jus navigandi*. Teresina, ano 2, n. 15, 29. Jun. 1997. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/169>. Acesso em: 20 maio 2011.) Mas hoje talvez concluiríamos que a lei penal de combate ao racismo *involuiu* nesse passo. Porque a injúria racial não devia ser limitada ao estreito âmbito da honra. O bem jurídico tutelado deve ser a *dignidade da pessoa contra todas as formas de preconceito, não a honra*.

A honra é uma instituição pré-moderna com sobrevida legítima apenas em instituições militares, ao lado da hierarquia e da obediência, como terceiro pilar de seu funcionamento. Na vida civil, a defesa da honra associa-se ao imaginário de ‘tomar satisfação’ que, em sua forma mais tradicional, ligava-se ao duelo. Historicamente a honra é *anterior* à dignidade. Montesquieu a definiu como o princípio da aristocracia. Pessoas de honra eram e para alguns ainda são as do alto da estratificação social. A palavra *dignidade* ganha status filosófico em luta contra essa honra aristocrática, pela igualdade jurídica de todos diante da lei. Embalada pelos ventos da Revolução Francesa, a formulação clássica do filósofo Kant distinguiu no universo dos fins as coisas que têm preço das coisas que não têm preço. As que não têm preço possuem dignidade. O valor inalienável da personalidade, não podendo ser posto à venda por um preço no mercado, possui uma dignidade (*Fundamentos da metafísica da moral*).

O problema de deixar a injúria racial no capítulo da honra é que o tratamento penal se tornou ineficaz. A figura privada do 'ofendido' é limitada para combate a essa forma de agressividade. Pois as pessoas que buscam chamar o ofensor à ordem, adverti-lo socialmente, normalmente são as mais esclarecidas, que sequer desejam contato pessoal com esse ofensor, a quem podem considerar digno de piedade por ‘sofrer da patologia do racismo’. E ainda assim sua busca por justiça é justa, em nome de todos os outros que sofrem calados essa barbaridade, e que não chegam a ter esclarecimento para saber que o racista *sofre de inferioridade, que canaliza para o outro como inimigo, para tentar reforçar seu ego fragilizado que não consegue dar conta de sua própria frustração*.

Talvez, no acidentado histórico de tipificação dos crimes de racismo, ainda precisemos reformar a lei retirando a injúria racial do Código Penal. Uma forma adequada seria trazê-la de volta para a lei extravagante com

alguns mecanismos que viabilizem a proteção, como seria o caso da ação penal *pública condicionada* a representação de qualquer pessoa integrante do grupo ou comunidade atingida. Como veremos adiante, essa manifestação de racismo é menos grave que as formas de apologia do racismo do art. 20, de modo que se poderia pensar em trazê-la para o âmbito dos delitos de pequeno potencial ofensivo, para tratamento através da transação penal, que outra coisa não é senão ‘advertir’ o ofensor de primeira vez de que está incorrendo em crime grave, que na segunda vez poderá ser tratado com rigor, etc.

Mas não é só o tratamento infeliz da injúria racial como ‘crime contra a honra’ o problema. A redação do art. 20 da Lei 7.716/1989 “continua obscura e duvidosa” (Walter Ceneviva, citado por Szklarowsky). Dispôs o art. 20:

Art. 20. **Praticar, induzir** ou **incitar** a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, ou procedência nacional. Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

§ 2º. Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

O tipo penal não parece de boa técnica e a interpretação gramatical já revela isso. O tipo múltiplo enumerou verbos com regências distintas.

Praticar: TD, no sentido empregado na lei, é transitivo direto (Celso Pedro Luft, Dicionário *prático de regência verbal*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 411, sentido 2. praticá-lo. Executar; cometer (operação, obra de caridade, crime, etc.).

Incitar: TD(I) é transitivo direto obrigatório e indireto facultativo (Id, p. 329, ex. Seus amigos o incitavam a vingar-se/o incitavam à vingança).

Induzir: TDI, é transitivo direto e indireto (Id, p. 332, ex. Induzir o povo a revoltar-se).

O problema de alinhar os três no mesmo tipo não é só gramatical; mas a ofensa à gramática sinaliza que podem ser tipos que ofendem bens jurídicos diversos.

Outro problema é que o dispositivo *original* explicitava que também o verbo praticar seria usado na modalidade de crime contra a paz pública, pois o tipo era redigido dessa forma (mantenho o texto riscado para ressaltar que não está em vigor):

~~Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. (Artigo incluído pela Lei nº 8.081, de 21.9.1990)~~

Praticar racismo pelos meios de comunicação social, na redação anterior, dava ao verbo praticar o sentido de praticar esportes, praticar uma religião (ex. católico praticante) o que deixava esse tipo próximo dos crimes de ofensa abstrata à paz. Sem a locução 'pelos meios de comunicação social' o tipo 'praticar' ficou pelo menos muito genérico.

Mesmo que não se aplique o Código Penal em seu art. 286, por especialização, foi feliz a representação em invocar esse tipo, porque a analogia com as condutas codificadas indica elemento relevante na interpretação: sua topografia e pertinência com o título, que indica o bem jurídico protegido. 'Incitar' e 'induzir' à discriminação racial são analógicos aos crimes de Incitação e Apologia, no Título IX, *Dos crimes contra a paz pública*. Praticar ficou problemático: como é que se pratica crime de 'praticar discriminação'?

A única forma de salvar a nova formulação do tipo seria concebê-lo como forma residual que alcança tudo que não foi tipificado nos artigos 3º a 18 (o 19 não existe mais). Para melhor compreender o tipo do art. 20 é melhor reformular separadamente cada conduta: 1. Incitar à discriminação racial; 2. Induzir (alguém) a praticar a discriminação racial; e 3. Praticar (contra alguém) qualquer ato discriminatório que não seja tipificado como crime nos artigos 3º a 18 desta lei e que não seja estritamente injúria racial, uma vez que a Lei 9.459, de 13/5/1997, optou por tipificar a injúria racial emendando o Código Penal.

Decorre também da mistura dos três núcleos a mistura de *periculosidades* distintas. Os crimes de perigo à paz ofendem mais gravemente a ordem social, ao passo que o ato discriminatório ofende mais gravemente

a vítima. A ofensa racial a uma pessoa certa é um trauma, ou renovação do trauma, que não se compara com a ofensa abstrata à paz. Como é que seria menos grave? Do ponto de vista da vítima, não se pode comparar sofrimento real com a abstração do perigo à paz. Mas é possível que a gravidade do crime deva ser medida pela potência do móvel que leva o agente a praticar discriminação racial. Não está fora de lugar, nesses crimes, conhecer um pouco mais sobre o perigoso móvel do ofensor, que se chama *preconceito* racial.

A natureza inconsciente do preconceito racial foi, entre nós, estudada pelo mestre pernambucano **Gilberto Freyre**, sem exagero o único nome nas humanidades brasileiras que ostenta a chama do gênio (o que é, admito, opinião pessoal). Para completar sua sociologia compreensiva da formação da personalidade brasileira, iniciada com Casagrande & Senzala, o mestre fez pesquisa empírica através de um questionário com perguntas envolvendo o preconceito racial. Uma das respostas registradas é significativa, pois disse o entrevistado:

“Há, em mim, forças ancestrais invencíveis, que justificam essa atitude. São elas, percebo, mais instintivas do que racionais, como, em geral, soem ser aquelas forças, sedimentadas, há séculos, no subconsciente de sucessivas gerações.”

(Entrevista citada por Gilberto Freyre, *Ordem & Progresso*. 6ª ed., São Paulo: Global, 2004, p. 596).

Atos discriminatórios e injúrias raciais são formas em que esse inconsciente agressivo aflora à superfície social de modo impulsivo, descontrolado. Não será por sua origem subconsciente que esses atos de agressão serão justos ou lícitos, mas o tratamento penal deve ser diferente do que se deve dar à apologia do racismo.

Para distinguir o móvel das práticas de atos de discriminação racial e da apologia do racismo, aproveito sensata observação de Lima Barreto no começo do século 20. Observou o escritor em seu diário íntimo:

Vai-se estendendo, pelo mundo, a noção de que há umas certas raças superiores e umas outras inferiores [...] Urge ver o perigo dessas ideias, para nossa felicidade individual e para nossa dig-

nidade superior de homens. Atualmente, ainda não saíram dos gabinetes e laboratórios, mas, amanhã, espalhar-se-ão, ficarão à mão dos políticos, cairão sobre as rudes cabeças da massa, e talvez tenhamos que sofrer matanças, afastamentos humilhantes, e os nossos liberalíssimos tempos verão uns novos judeus. Os séculos que passaram não tiveram opinião diversa a nosso respeito – é verdade; mas, desprovidas de qualquer base séria, as suas sentenças não ofereciam o mínimo perigo. Era o preconceito; hoje é o conceito.

(Lima Barreto. *Um longo sonho do futuro: Diários, cartas, entrevistas e confissões dispersas*. Rio de Janeiro: Graphia Editorial, 1993. p. 71)

Adaptando o que disse Lima Barreto, podemos dizer que no ato discriminatório nós ainda estamos em presença do preconceito *racial*; na apologia nós evoluímos para o *conceito*.

A prática de ato discriminatório e a injúria racial são movimentadas pelo preconceito racial. Como todos nós possuímos preconceitos, o agente que libera o seu preconceito na forma de agressividade racial deve ser lembrado, advertido, para manter o seu preconceito dentro do seu pensamento, controlar-se. Na apologia, o preconceito tornou-se consciência pelo fanatismo, por vezes cristalizou-se em dogma. Essa distinção também é relevante para interpretar-se quando incidirá a forma mais grave do §2º, por difusão da conduta nos meios de comunicação social. Essa difusão agrava por natureza os crimes de apologia e incitação porque esses crimes visam alcançar multidões; anônimos, tornam-se praticamente inofensivos. A prática na clandestinidade de um ato de discriminação contra alguém será sempre grave, mas sua difusão não torna o ato mais grave ainda. É possível até que a difusão do ato de discriminação opere efeito contrário, pois movimentará sanções sociais de parte de pessoas que não toleram a discriminação.

Que dizer então da injúria racial via twitter, que opera efeito multiplicador? Quase se poderia dizer que o efeito multiplicador é ‘culpa do twitter’, mas esse exagero também revela algo importante: que o direito penal não deve cultivar heróis, e a responsabilidade no uso da rede social precisa resultar de costume social, até porque o meio é ainda novo, muitos usuários sequer imaginam os perigos do meio eletrônico de comunicação. Mas a rede social será o meio da forma agravada se for usada como nicho para a apologia do racismo, como no caso da comunidade neonazista no Orkut, referida na representação.

V. Adequação das condutas à lei penal

Já foram relatadas as mensagens ofensivas de Amanda e Lucian. Em seguida à repercussão da injúria racial, Amanda postou: "Meu Deus gente, agi por **impulso** por causa do Flamengo, não tenho nada contra nordestinos... desculpa aí galera. JAMAIS DEVERIA TER FEITO ISSO".

E Lucian: "Como brasileiro, TORÇO sim ! e quando torço, sou FANÁTICO! e qdo **sou fanático**, eu xingo msm ! mas ontem me **exaltei** e fui alé disso! qdo me referi aos nordestinos, queria me referir inteiramente ao time do ceara. e tenho CERTEZA que nao fui o unico a xingar os nordestinos". (grifos acrescentados, grafia e fontes maiúsculas dos originais).

A retratação não é relevante e nem chega a ser muito sincera. Não adianta Amanda dizer que não tem nada contra os nordestinos, porque ela tem, e mostrou isso na liberação de sua agressividade racial. De Lucian, não aproveita dizer que não foi o único, porque cada um é responsável por seu preconceito e pelas consequências de sua agressividade, do contrário todos os que estão presos diriam que não são os únicos que furtam, estupram ou matam. Mas aproveita-se o reconhecimento de que as ofensas foram ditas em exaltação, impulso (sou fanático, xingo msm!). A circunstância é relevante para afastar o tipo do art. 20 nas formas de perigo à paz pública. Amanda e Lucian impulsivamente xingaram racialmente todos os nordestinos por extensão ao xingamento do time do Ceará porque o Flamengo perdia o jogo.

Se não praticaram o crime de incitar e nem o de induzir, teriam praticado o de praticar discriminação? Parece que não, pois se o legislador tivesse desejado que a injúria racial fosse esse “ato discriminatório” não teria criado, ao reformar o art. 20, a figura qualificada para a injúria do Código Penal.

O direito penal deve usar a linguagem que as pessoas usam, não especialidades técnicas fora da realidade. Na dúvida, o melhor é atentar para a linguagem dos agentes e ofendidos: os ofensores dizem que 'xingaram mesmo'; os ofendidos, representados pelo Presidente da OAB/CE, em entrevista à TV Ceará, receberam o xingamento como injúria racial. E para exercer o direito de ação penal é preciso saber onde esse direito começa e onde acaba. Aprendemos essa importante lição com o clássico estudo de juventude (1ª edição em 1916) do jurista alagoano Francisco Cavalcanti Pontes de Mi-

randa, apontado com justiça por Gilberto Freyre (op.cit. p.95) como jovem senão genial, quase-genial:

para se defender um direito, é preciso que se saiba onde começa e onde acaba: o vago abre portas às indecisões e às controvérsias; portanto às injustiças (Pontes de Miranda, prefácio de 1951 a *História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1955, p.7).

Além do óbice da forma de tutela penal por ação privada, existe outra dificuldade na figura da injúria racial como crime contra a honra. Pois a jurisprudência acostumou-se a tratar “os crimes contra a honra” como um bloco único de crimes iguais. Sedimentou-se forte tradição que não admite persecução penal da injúria disparada contra grupos ou comunidades.

Essa tradição pode não ser a melhor. Se a injúria ofende a dignidade humana em seu aspecto *subjetivo*, não precisaríamos aqui que o autor da ofensa racial disparasse a injúria contra pessoa conhecida por nome, qualificação e endereço. No tipo “Injuriar alguém” a palavra *alguém* define apenas de modo negativo tudo que não pode ser injuriado: animais, pessoas jurídicas, instituições, sociedades comerciais, Igrejas ou cultos, etc. A ofensa a essas outras pessoas poderá constituir outro crime (concorrência desleal, ultraje a culto, etc.). A exigência de definir o 'alguém' injuriado vem do fato de normalmente ver-se esse crime no conjunto dos 'crimes contra a honra', igual aos que tutelam a honra objetiva. Nestes, é natural indicar com certeza a vítima porque a ofensa ganha mais gravidade pela verossimilhança da narrativa de um fato infamante, e todo fato tem autor. Mas a tradição parece sedimentada. Por todos, cito *Habeas Corpus* do TRF4, que trancou ação penal por injúria contra 'delegados de polícia' a partir de representação de vítimas que sentiram-se injuriadas e possuíam essa condição funcional:

Note-se que, conforme evidenciam os documentos acostados aos autos com a inicial, já foram impetrados perante esse Egrégio TRF da 4ª Região outros 'writs' similares ao presente, inclusive versando a respeito da mesma matéria que ensejou a impetração ora sob exame.

Assim, nos autos do 'habeas corpus' nº 2005.04.01.019309-0/RS, julgado em 07/06/2005 e relatado pela eminente Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, foi profe-

rido aresto cuja ementa restou assentada nos seguintes termos: 'HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CRIME CONTRA A HONRA. PUBLICAÇÃO DE TEXTO COM EXPRESSÕES OFENSIVAS DIRIGIDAS À CLASSE DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA.

O fato de ostentar o paciente a condição de presidente da FENAPEF não pode induzir à responsabilização criminal por ofensas perpetradas via internet, sendo certo que a acusatória inaugural da ação penal deve estabelecer um liame entre a conduta típica e a ação do agente.

Os crimes contra a honra pressupõem a existência de sujeito passivo determinado. Precedentes dos Tribunais Superiores. Ordem concedida.' (Grifou-se)

(...) Também o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, tendo decidido que 'os crimes contra a honra supõem, em sua configuração estrutural e típica, a existência de um sujeito passivo determinado e conhecido' (STF, HC 67.919/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04/09/1992)." (itálicos do original, "HABEAS CORPUS" Nº 2005.04.01.023409-1/SC, RELATOR: Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ, julg. 6/7/2005).

A conclusão a que se chega é que, se as injúrias raciais ainda são tratadas no *limitado* âmbito dos delitos contra a honra, não parece viável instaurar-se a persecução penal, nem pública nem privada. Ou seja, não existe tratamento penal, no ordenamento vigente, para o tipo de agressividade racial praticado por Amanda Régis e Lucian Farah. Se nossa interpretação estiver correta, ainda não se encerrará a acidentada carreira da Lei 7.716/1989, pois precisaremos corrigir o erro de 1997 de alocar a injúria racial nos títulos de honra do Código Penal e criar tratamento novo para esse tipo de racismo.

É importante ressaltar que o tratamento *penal* é indispensável, porque institucionaliza a luta contra o racismo, não permitindo que a espontaneidade das redes sociais venha a somar perigo novo, a histeria moral, contagiosa, que toma conta de campanhas agressivas rapidamente multiplicadas, que a seu tempo e modo também podem por em risco o bem jurídico da paz pública. E no caso do preconceito, esse perigo pode estimular efeitos contrários ao desejado pela tutela penal, acionando como mecanismo de defesa o orgu-

lho étnico do grupo discriminador, num círculo vicioso que retroalimenta a fonte do preconceito.

VI. Conclusão

Pelo exposto, promovo o **arquivamento** da representação criminal. Por ser o arquivamento fundado em razões objetivas da conduta, considero desnecessária investigação para apuração da identidade dos autores das mensagens postadas via twitter, por @AmandaRegis e @Lucianfarah77. Remeta-se o procedimento à Egrégia 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria Geral da República para homologação, cientificando os representantes na forma legal.

Florianópolis, 23 de maio de 2011

Marco Aurélio Dutra Aydos
Procurador da República