

DOS CRIMES DE DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO — ANOTAÇÕES À LEI 8.081, DE 21.9.90

FÁBIO MEDINA OSÓRIO

Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul e Professor de Direito Penal
na Faculdade de Direito da PUC-RS, Uruguiana

JAIRO GILBERTO SCHAFFER

Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul e Professor de Direito Constitucional
na Faculdade de Direito da PUC-RS, Uruguiana

"A vida que me é dada e na qual me encontro, não me é dada feita e sim por fazer, isto é, me é oferecida ou proposta como que fazer ou tarefa e seu ser consiste em realizar-se" (Julian Marias. *Introdução à Filosofia*, p. 301).

1. Introdução — 2. Dos verbos nucleares do tipo penal — 3. Dos elementos do tipo penal — 4. Do elemento subjetivo da conduta — 5. Do momento consumativo — tentativa — 6. Do concurso de agentes — 7. Da imprescritibilidade e inafiançabilidade do delito de racismo — 8. Considerações finais.

1. Introdução

Incansável deve ser o operador jurídico na análise crítica de sua realidade. Instrumento de luta, o direito merece o papel histórico de alavanca redutora das injustiças, fonte de transformações sociais e ponto de apoio ao regime democrático baseado em uma sociedade livre, justa e solidária.

Não se pode admitir a ausência de abordagem crítica dos temas palpitantes no seio social. Inviável aceitar a inércia intelectual no tocante, precisamente, aqueles fatos praticados pelos poderosos, pelos detentores de privilégios, pelas elites.

E a dogmática penal necessita de estar próxima aos anseios comunitários. Certos crimes, coincidentemente aqueles que, de modo camuflado, talvez tenha por sujeito ativo importantes membros da coletividade — os detentores do poder, de acesso as massas populares — não têm merecido o enfrentamento e análise adequados dos operadores jurídicos, enfraquecendo-se, de modo lamentável, sua própria aplicabilidade prática.

Pretende-se analisar a Lei 8.081, de 21.9.90, que estabelece os crimes e penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceitos de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados por meio de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, buscando-se preservar o tratamento igualitário que a ordem jurídica é forçada a conferir a todos os homens e mulheres.

Um dos princípios estruturantes do regime geral, dos direitos fundamentais é o princípio da igualdade, “o qual condensa hoje uma grande riqueza de conteúdo”,¹ estabelecendo a Carta da República que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5.º, *caput*).

Dentro da ótica protetiva dos direitos fundamentais, o legislador constituinte estabeleceu uma diretiva para o legislador ordinário no sentido de que: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5.º, XLI, da CF).

A partir desse espírito de tratamento igualitário — basilador das democracias modernas — proíbe-se a prática de discriminações e preconceitos decorrentes de raça, cor, origem étnica, preferência religiosa e procedência nacional, a qual constitui história afronta odiosa ao princípio isonômico.

De forma mais específica, a Carta da República estabeleceu que: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeita à pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5.º, XLII), texto que, inicialmente, resultou criticado, em doutrina, por não abranger outras modalidades discriminatórias e preconceituosas.²

O racismo é a doutrina que sustenta a superioridade de certas raças e tem levantado “as mais fortes barreiras a integração da humanidade em uma comunidade fraterna e igualitária, do ponto de vista da dignidade humana”.³ No direito comparado não se tem notícia de dispositivo constitucional específico prevendo como crime a prática do racismo.⁴

O preconceito de raça foi inserido no âmbito da matéria constitucional a partir da Carta da República de 1967 e também encontrava abrigo na denominada Lei Afonso Arinos (Lei 1.390, de 3.7.51) que tipificou como contravenção penal as práticas de atos resultantes de preconceito de raça ou de cor.⁵

Ocorre que, além do racismo, outras atividades discriminatórias e preconceituosas existem, fundadas em fatores mais diversos, tais como, a

1. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6.ª ed. rev., 1993, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, p. 563.

2. Valdir Sznick, *Novos Crimes e Novas Penas no Direito Penal*, 1992, Livraria e Ed. Universitária de Direito Ltda., S. Paulo, p. 134.

3. Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, 2.º/221, 1989, Ed. Saraiva, S. Paulo.

4. Alcindo Pinto Falcão e outros, *Comentários à Constituição*, 1.º/272, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos.

5. Wolgran Junqueira Ferreira, *Comentários à Constituição de 1988*, Ed. Julex Livros, 1.º/182; Nahum Bergstein, *Delito y Discriminación Racial*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1981, Montevideo, Uruguai, p. 12.

crença religiosa, origem nacional, grupos étnicos, as quais, igualmente, mostram-se de extrema nocividade ao meio comunitário.

Foi nesse contexto constitucional vinculante que surgiu a Lei 7.716, de 5.1.89, definindo diversos crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor.

Ampliando-se a incriminação das condutas discriminatórias e preconceituosas, todavia, sobremaneira, na Lei 8.081, de 21.9.90, que acrescentou um dispositivo na Lei 7.716, de 5.1.89, qual seja, o art. 20, *in verbis*: “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional: pena de reclusão de dois a cinco anos”.

Esse novo dispositivo incriminador demonstra a tendência de reprimir as práticas discriminatórias de qualquer natureza, não apenas aquelas resultantes de cor ou raça, ficando evidente a idéia de preservar e proteger, ao máximo, na esfera penal, o princípio isonômico.

2. Dos verbos nucleares do tipo penal

No exame do tipo penal, observa-se que três são os verbos que exprimem a ação delituosa: praticar, induzir ou incitar.

Esses verbos nucleares refletem a incriminação de várias modalidades comportamentais, bastante amplas, exigindo-se do operador judiciário uma análise vinculada ao contexto social, cultural e político do seu meio comunitário.

Trata-se de punição “da apologia, da propaganda daninha e nefasta por qualquer meio de comunicação do *mass media* de discriminação, a mais ampla possível de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, deixando de fora apenas o estado civil e o credo político”.⁶

O direito penal usa verbos semelhantes em outros tipos incriminadores, servindo tais normas como referências interpretativas (ex.: arts. 122, *caput*; 131, *caput*; 216, *caput*; 286 do CP).

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

Induzir e incitar possuem significados próprios, evitando o estímulo as práticas discriminatórias ou preconceituosas. A doutrina enfrenta, contudo, algumas dificuldades na diferenciação, no plano dogmático, dos verbos “induzir” e “instigar”. Costuma-se dizer que a indução significa o ato de persuadir ou levar alguém a praticar determinada conduta. A instigação, além deste mesmo significado, encerra também o de acoroçoar um desígnio. O induzimento pressupõe a iniciativa na formação da vontade de outro, enquanto que a instigação pode ter um caráter secundário ou acessório, ou de adesão

6. Valdir Sznick, ob. cit., p. 144.

e estímulo a um propósito já conseguido, para afastar qualquer hesitação ou perplexidade.⁷ O induzimento, pois, faz nascer no praticante do ato a idéia de sua realização, enquanto que a instigação, de caráter secundário, teria natureza de uma espécie de incentivo a uma vontade já existente no psiquismo do agente do fato, embora uma vontade precária. Daí porque a instigação é o reforço da vontade, sua mola propulsora, enquanto que o induzimento é a sua origem.

Tanto aqueles que induzem ou instigam quanto aqueles que praticam a conduta discriminatória ou preconceituosa proibida são autores do fato típico, inserindo-se no âmbito da tipicidade direta (imediate).

Obviamente, conforme entendimento doutrinário, a instigação e o induzimento sempre se apresentam através de alguma forma, mas o que interessa basicamente não é essa forma, e, sim, o seu conteúdo intelectual. Diga-se, nesse passo, que a forma pode ser direta, mas também pode ocorrer na modalidade de alusões, insinuações, frases indiretas ou imperfeitas. Em resumo, não é imprescindível a exteriorização do comportamento criminoso através de idéias desenvolvidas e explicitadas de modo integral, eis que também pode se desenvolver a conduta através de sugestões ou associações de idéias.

Ademais, a instigação, especialmente, pode-se apresentar também na forma de uma pergunta, de um desafio, e “incluso bajo la apariencia de una disuasión, o sea apartando lo contrario de lo que en realidad es el contenido de la instigación”.⁸

Registre-se que a forma livre faz parte também dos demais verbos do tipo, traduzindo que os parâmetros e limites para a incidência do tipo penal ficam condicionados à idoneidade do ato criminoso.

Podem assumir relevância, a partir da análise do contexto extralingüístico, as palavras e frases utilizadas, assim como o tom em que se efetuam. Por exemplo, pode ser criminosa uma deformação fonética das palavras.⁹

Com efeito, a uma mesma imagem acústica articulada, dois ou mais significados possíveis podem ligar-se, induzindo a significações diferenciadas. Por exemplo: eu aprendo ou eu a prendo. Tal imagem “acústica pode, assim, estar ligada a dois signos lingüísticos distintos, sendo que apenas o contexto da cadeia falada permite circunscrever a significação”.¹⁰

Logo se vê o caráter necessariamente livre das formas dos verbos típicos, mesmo porque “dizer que o contexto delimita o signo não é outra coisa senão dizer que o signo só é signo em função do contexto. Ora, esse contexto é um conjunto de outros signos. A realidade do signo lingüístico só existe, pois, em função de todos os outros signos”, sendo pertinente afirmar que: “numa língua cada termo tem seu valor por oposição a todos os outros termos, assim como num jogo de xadrez o valor respectivo das peças depende da sua posição no tabuleiro”.¹¹

7. Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 1952, 5.º/232, Ed. Forense.

8. Nahum Bergstein, *ob. cit.*, p. 32.

9. *Idem*, p. 33.

10. Joel Dor, *Introdução à leitura de Lacan. O inconsciente estruturado como linguagem*, 2.ª ed., série Discursos Psicanalíticos, Ed. Artes Médicas, p. 37.

11. *Idem*, *ob. cit.*

De fato, “a língua é vista como um sistema de signos, cuja relação com a realidade é estabelecida arbitrariamente pelos homens. Dado esse arbítrio, o que deve ser levado em conta é o uso (social ou técnico) dos conceitos, que podem variar de comunidade para comunidade”.¹²

Deve-se interpretar, portanto, o sentido objetivo da manifestação e seu conteúdo, verificando-se a sua potencial lesividade ao bem jurídico tutelado e a impressão que possa causar nos destinatários.

3. Dos elementos do tipo penal

Cumpra analisar os demais elementos do tipo penal em exame.

As ações devem ser realizadas pelos meios de comunicação social ou por publicações de qualquer natureza (instrumentos obrigatórios para concretização do tipo penal objetivo).

Os meios de comunicação social são aqueles que integram a chamada imprensa escrita ou falada. Mais ainda: deve-se entender por meios de comunicação social aqueles através dos quais pode ocorrer “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo” (art. 220, *caput*, da Carta da República).

Neste tópico, mostra-se importante consignar que a norma penal incriminadora não está cerceando o chamado “direito constitucional de plena liberdade de informação” (art. 220, § 1.º, da CF). A interpretação das normas constitucionais deve ser feita a partir da idéia sistêmica de direito, eis que inexistem contradições entre os dispositivos internos da Carta da República. Para resolver aparente conflito de normas, deve o intérprete valer-se dos critérios doutrinários existentes, buscando a efetividade do dispositivo constitucional. Desse modo, na esteira do posicionamento de Garcia de Enterría,¹³ deve-se buscar a conservação dos valores constitucionais existentes. Nesse passo, a liberdade de pensamento não pode desprezar outros direitos fundamentais, sendo primordial a tutela do interesse público prevalente.

Oportuno destacar-se que a liberdade de pensamento sofre, aqui, franca restrição, admitindo-se, inclusive, a prévia censura judicial, eis que a lei admite a busca e apreensão do material destinado a refletir a conduta discriminatória proibida (art. 20, § 1.º, I e II, Lei 7.716/89, com acréscimo resultante do art. 1.º, da Lei 8.081/90).

Realmente, conforme anota José Joaquim Gomes Canotilho,¹⁴ a problemática da limitação de direitos é uma das mais importantes e complexas do direito constitucional: “os direitos fundamentais estão, por vezes, em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos. Impõe-se, nesse caso, a necessidade de ponderação (*abwagung*) de bens e direitos a fim de se obter, se possível, uma concordância prática entre os vários bens

12. Johannes Wessels, *Direito Penal, Parte Geral*, Sergio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre, 1976, p. 199.

13. Garcia de Enterría, *La Costituzione come norma giuridica. La Costituzione spagnola del 1978*, Milano, 1982, pp. 119 e ss.

14. José Joaquim Gomes Canotilho, *ob. cit.*, p. 601.

e direitos protegidos a nível jurídico-constitucional. Estas tarefas de ponderação e concordância prática são formas de concretização das normas consagradoras de direitos fundamentais (concretização-restrição)".

É imprescindível que o operador judiciário conheça o âmbito de protecção das normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais. Pretende-se "determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão desta protecção — âmbito de protecção da norma — e verificar se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia, sofrem de qualquer restrição imediatamente estabelecida pela própria constituição — restrição constitucional expressa — ou se a constituição autoriza a lei a restringir este âmbito de protecção — reserva de lei restritiva".¹⁵

Mesmo em concepções alargadas do âmbito de um direito, imperiosa seria, no mínimo, a chamada "teoria das limitações horizontais", através da qual se percebe que o exercício de direitos pressupõe uma "reserva de amizades" e de "não prejudicialidade", como limites dos pressupostos jurídicos e fácticos desses mesmos direitos.

Veja-se o exemplo significativo de José Joaquim Gomes Canotilho: o pintor que coloca o seu cavalete de pintura num cruzamento de trânsito particularmente intenso tem, *prima facie*, o direito de criação artística, mas, *a posteriori*, a ponderação de outros bens, a começar pela vida e pela integridade física do próprio pintor, e a acabar noutros direitos como o exercício da atividade profissional dos outros cidadãos, do abastecimento de bens necessários a existência dos indivíduos, levará a impedir que aquele direito se transforme, naquelas circunstâncias, num direito definitivo. Ainda: "a liberdade de criação não pode ser exercida, por exemplo, no plano teatral, com um homicídio em pleno palco".¹⁶

No caso em apreço, a própria constituição da República Federativa do Brasil estabelece expressamente restrição às práticas discriminatórias ao princípio isonômico, proibindo os preconceitos de raça, cor, etnia, por motivos religiosos e de procedência nacional, traduzindo, sem dúvida, limitações ao chamado direito de opinião e suas formas de exteriorização.

Considera-se, em doutrina, superada a disputa em torno do alcance de semelhante dispositivo constitucional, admitindo-se que a liberdade de pensamento possa sofrer limitações legais, sendo que: "algunas de las cuales, surgen del propio texto constitucional (...) No es por tanto, la facultad de dar opinión lo que puede ser alcanzado por la ley penal, sino la calificación que acompaña a la opinión manifestada. Precisamente al determinar esta calificación de la opinión, encontraremos la esencia de la opinión punible, sin confusión posible con el llamado delito de opinión".¹⁷

Aliás, seria impossível conceber que pudesse ocorrer conduta criminosa e inconstitucional através dos meios de comunicação, com a perspectiva de graves e irreparáveis danos, sem possibilidade de prévio controle judicial.

15. Idem, p. 602.

16. Idem, p. 608.

17. Nahum Bergstein, ob. cit., p. 19.

Por seu turno, publicações de qualquer natureza significam materiais informativos, com circulação aberta ao público, comercial ou não. Trata-se de matéria escrita, ilustrada, falada, impressa ou não, tendo em vista a expressão utilizada, destinada a servir de suporte para os verbos do tipo incriminador. Não se trata simplesmente da imprensa, porque esta já foi abrangida na expressão “meios de comunicação”. Assim, livros, revistas, panfletos, discos, fitas cassetes, fitas de vídeo, papéis em geral, discursos públicos, tudo aquilo que serve, em tese, de veículo para uma “publicação de qualquer natureza” é enquadrável na norma incriminadora.

O sentido teleológico do tipo penal em exame é evitar a publicidade da prática, instigação ou induzimento de discriminações ou preconceitos fundados na cor, etnia, procedência nacional, raça, religião.

Admite-se, portanto, enquadrados na expressão “publicações de qualquer natureza”, os chamados discursos públicos, tendo-se em vista a finalidade protetiva da norma penal e a potencial lesividade dessas manifestações. Não raro, os comícios e os discursos aparentemente políticos poderiam refletir doutrina segregacionista ou preconceituosa fundada nos motivos vedados em lei.

Parece evidente que a lei penal busca reprimir a difusão, a exposição e a defesa pública de doutrinas e idéias segregacionistas e preconceituosas.

Podem ocorrer diversas modalidades de publicidade. Em doutrina, costuma-se apontar a publicidade potencial, que ocorre quando a ação é cometida em lugar aberto ao público; a publicidade sucessiva ou presumida, quando a manifestação vai se repetindo de uma pessoa a outra; a publicidade real, consistente no efetivo conhecimento simultâneo do fato por muitas pessoas, independentemente da natureza pública ou privada do local onde proferida a manifestação.

Considera-se, via de regra, cumprida a exigência da publicidade quando a conduta se realiza por meio de propagandas de qualquer natureza, ou em reuniões em que, pelo número de participantes, por sua finalidade ou objeto, se tenha a potencial lesividade da conduta incriminada.

Ademais, é a publicidade que qualifica a conduta, e não a forma pela qual a conduta se realiza que qualifica, necessariamente, a publicidade.¹⁸

Deve-se discordar de certos setores doutrinários,¹⁹ contudo, no que diz respeito à admissibilidade de manifestações públicas em idioma estrangeiro, não compreendido pelo destinatário imediato, mas potencialmente capaz de atingir algum setor da sociedade. Se o idioma existe é sempre possível alcançar a divulgação da idéia criminosa no campo comunitário. Daí porque imperioso admitir, nesses casos, a configuração da publicidade.

Finalmente, ainda como elementos do tipo penal, tem-se os termos “discriminação” e “preconceito”. O primeiro reflete a efetiva diferenciação, calcada nos motivos proibidos em lei, entre seres humanos. O preconceito representa uma idéia estática, abstrata, pré-concebida, traduzindo opinião carregada de intolerância, alicerçada em pontos vedados na legislação repressiva.

18. Idem, pp. 29-36.

19. Idem, pp. 30-31.

Verificam-se as expressões raça, cor, religião, etnia e procedência nacional. São os motivos que a lei prevê como suporte fático para o pouso da norma proibitiva.

Estudos demonstram que a raça, em seu sentido antropológico, aplica-se para singularizar aqueles grupos humanos que se identificam pelas suas características físicas e biológicas, características transmissíveis pela hereditariedade. Todavia, por esse ângulo, o provável é que não se encontre raça alguma em estado de pureza. Daí a doutrina chegou a conclusões de que as diferenças que se apresentam entre os diversos grupos humanos derivam de fatores evolutivos de diferenciação. A idéia é conceituar cada raça humana por critérios nos quais predominam os fatores biológicos, relativamente estabilizados através da herança.²⁰

O grupo étnico, além dos critérios biológicos, também abrange a importância dos fatores culturais, psicológicos, inclusive políticos, disso podendo resultar elemento formativo de uma nação. Não se trata de um sinônimo de raça, mas de um conceito complementar, de modo a evitar que sutilezas semânticas ou imprecisões antropológicas pudessem justificar condutas discriminatórias e preconceituosas.²¹

A lei não busca suprir as eventuais e naturais diferenças entre os seres humanos, mas vedar que determinados fatores sirvam de suporte para a quebra, o desprezo, e o desrespeito relativamente ao princípio universal da igualdade de todos perante a lei e da proteção da dignidade humana.

Colhem-se, na literatura, tristes exemplos que a realidade nacional reflete, tais como, um concurso de ódio promovido em conhecido jornal carioca, sob o título "Judeus e Palestinos", bem como sutilezas anti-semitas nas páginas da imprensa brasileira.²²

Ademais, também são proibidas as discriminações e os preconceitos fundados na cor, na preferência religiosa e na precedência nacional das pessoas. Busca-se reprimir o xenofobismo e preservar, na integralidade, a liberdade de crença religiosa.

A coloração da pele, por seu turno, constitui motivo histórico de tratamento desigual aos seres humanos. Não parece pertinente, na realidade prática, a equivocada constatação doutrinária de que: "em solo brasileiro, brancos e brasileiros coexistem, pacificamente, nas ruas, nos colégios, nas fábricas, nos hotéis e nas casas de diversões, constituindo a discriminação que ainda possa existir uma questão de foro íntimo, que jamais transparece no campo objetivo das relações cotidianas".²³

Mais realista parece mostrar-se a constatação da imprensa brasileira: "Este é o país em que a escrava pela qual mais se enterneceram os corações era uma branca, a escrava Izaura. Com tanta negra escrava, e nenhuma branca, o autor do romance, Bernardo Guimarães foi escolher uma escrava branca, ou seja, algo que não existia, para protagonizar uma história de compaixão

20. Idem, p. 39.

21. Idem, *ibidem*.

22. Werner Nehab, *Anti-Semitismo, Integralismo, Neo-Nazismo*, Rio, 1988, Ed. Livraria Freitas Bastos, pp. 79-90.

23. Rogério Costa Rodrigues, *Revista de Informação Legislativa*, dez./64, p. 75.

e romantismo. De outra forma, o público talvez não se sensibilizasse. A perversidade racial fornece outros exemplos na cultura brasileira. Para ficar na literatura, Machado de Assis, que era Machado de Assis, muito mais inteligente e talentoso que Bernardo Guimarães, e ainda por cima ele próprio mulato, foi capaz de colocar na boca de Helena, heróína do romance do mesmo nome, ao falar de seu bom pajem: orei a Deus porque fundiu af no corpo vil do escravo tão nobre espírito de dedicação. Se o corpo é vil, é porque a cor da pele é como uma doença".²⁴

Com efeito, não é nova a práxis de mascaramento da realidade social e étnica do país.

Para enfrentar um problema, o primeiro passo é tomar conhecimento de sua existência, é encarar a realidade com espírito crítico e analítico.

Consoante determina a lei, a ninguém é dado o direito de reduzir um integrante de uma sociedade a um cidadão de segunda classe por motivo de cor da pele ou de origem racial. A intolerância, "tem criado discriminações contra as pessoas de cor, e, em alguns casos, ameaça-lhe abertamente a vida, a liberdade, e as propriedades".²⁵

Mostra-se adequada a constatação, na realidade nacional, de que "existe segregação camuflada, discriminação puramente social que precisa ser extirpada. Os grupos negros sofrem, e, malgrado a miscigenação que se processa celeremente, há muitos preconceitos a serem banidos de nossa sociedade. Até pouco tempo, eram comuns as manifestações, algumas até despudoradas, por meio de órgãos de comunicação, onde se via nitidamente o mascaramento do trato discriminatório",²⁶ sendo esta constatação justamente a causa da criação do texto legal repressivo às condutas discriminatórias e preconceituosas.

4. Do elemento subjetivo da conduta

Para caracterização do delito, imprescindível a presença do dolo, que é a própria essência da conduta, direcionada na busca da concretização dos elementos abstratamente descritos no tipo penal incriminador. É a intencionalidade de praticar, induzir ou incitar (verbos nucleares do tipo penal) discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou precedência nacional.

Qualquer que seja a doutrina adotada no estudo da intencionalidade criminosa, forçoso concluir que o dolo se compõe de um elemento intelectual e outro volitivo. Como salienta a doutrina, "o dolo exige antes de tudo conhecimento dos elementos constitutivos do fato criminoso",²⁷ e também uma resolução do agente no sentido da prática do fato.²⁸ Atua dolosamente

24. Roberto Pompeu de Toledo, "A escrava que falava francês", *Revista Veja*, 17.8.94, p. 126.

25. Edwin S. Newman, *Liberdades e Direitos Civis*, Ed. Forense, Rio, p. 6.

26. Luís Augusto Paranhos Sampaio, *Comentários a nova Constituição Brasileira*, Ed. Atlas, 1/123-124, 1989.

27. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 1971, p. 368.

28. Johannes Wessels, ob. cit., p. 36.

quem sabe o que faz,²⁹ e quer fazê-lo. Dolo é o elemento do “actuar humano de lo que deriva positivamente la posibilidad de imputación subjetiva”.³⁰

Nesse passo, igualmente aceitável, em tese, o chamado dolo eventual, “quando o autor tem seriamente como possível e se conforma com isso de que sua conduta conduz a realização do tipo legal”,³¹ embora geralmente aplicável aos crimes de resultado. Todavia, não se vislumbra impeditivo de que um partícipe coopere na realização do tipo penal, aceitando a ocorrência da atividade descrita na norma proibitiva, sem desejá-la diretamente.

A intencionalidade deve abranger genericamente a figura típica, sendo irrelevante investigar as especiais motivações do agente quando da prática da conduta, tais como, eventual perseguição específica, satisfação de sentimento ou de interesse social, obtenção de vantagem econômica, social ou cultural.

Motivo é o que move, ou seja, é o antecedente psicológico do ato volitivo. Este pode ser um fenômeno complexo, desencadeado por um motivo preponderante que se sobrepõe aos demais. A maior ou menor reprovabilidade do motivo influi na gravidade da culpa, e, pois, do crime.³²

O conhecimento sobre a existência, ou não, de especial motivação à prática do delito constitui matéria a ser analisada na aplicação da pena, no âmbito das circunstâncias judiciais (art. 59, *caput*, do CP), eis que estas especiais finalidades não se integram no preceito descritivo da norma repressiva.

Diferentemente dos delitos atentatórios à honra (arts. 138, *caput*, 139, *caput*, 140, *caput*, todos do CP), a incidência do tipo incriminador em exame não é afastada pela presença do chamado *animus jocandi*.

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

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

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

Sem dúvida que o *animus jocandi* sempre carrega em si um significativo. No recente regime ditatorial imposto a sociedade brasileira, foram as manifestações jocosas, na imprensa, que refletiram fortes críticas àquele sistema autoritário, burlando a censura governamental. Nestes aspectos, aliás, as piadas desempenharam papel notoriamente salutar do regresso ao regime democrático.

29. Alexander Graf Zu Dohna, *La estructura de la teoría del delito*, Ed. Abeledo-Perrot, B. Aires, 1958, p. 33.

30. Winfried Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1984, p. 267.

31. Johannes Wessels, *ob. cit.*, p. 52.

32. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, 2.ª ed., Ed. Forense, Rio, 1991, p. 323.

O certo é, portanto, que, na estrutura da linguagem, conforme o pensamento de Lacan, “a metáfora se situa no ponto preciso onde o sentido se produz no *non sens*”.³³

Também a metonímia (mudança de nome ou transferência de denominação), na linguagem, aparece condicionada pelo significante.

A conclusão doutrinária, portanto, aponta no sentido de que o chamado “dito espiritual” se apresenta como um processo de linguagem que conjuga, via de regra, simultaneamente, a condensação metafórica e o deslocamento metonímico,³⁴ e, desse modo, carrega a sua mensagem específica ao destinatário, cumprindo aquela tríplice função, aludida por Buhler, de “expressão, de apelo e de representação. A linguagem em todas as suas formas expressa mais ou menos a interioridade daquele que fala ou escreve; em segundo lugar, faz apelo ao ouvinte ou receptor para provocar um desencadear nele certa repercussão que consiste, por último, em remetê-lo, de um modo ou de outro, as coisas acerca das quais se fala”.³⁵

Inquestionável, assim, que os valores tutelados na norma penal, expostos às formas livres de realização dos verbos típicos, não podem tolerar agressões fantasiosas de brincadeiras, eis que, historicamente, são as manifestações jocosas a forma mais sutil de cometimento de discriminações e preconceitos camuflados.

É aceitável, por outro lado, que o denominado *animus narrandi* exclua o dolo de disseminar a discriminação e preconceitos camuflados.

O interesse público preponderante, todavia, indica que esta prerrogativa legal deva ser exercida sem um direcionamento no sentido de estimular e incentivar as discriminações e os preconceitos criminosos. A lei não tolera a utilização do direito informativo e narratório enquanto mero instrumento de exteriorização dos preconceitos e discriminações.

Pode-se traçar o seguinte paralelo: não poderia a imprensa veicular a notícia de um homicídio e incentivar a sociedade a cometer fatos semelhantes, eis que existe vedação expressa na lei penal, donde se conclui, igualmente, ser descabida a veiculação de uma notícia de existência de preconceito ou discriminação e nela restar embutida, explícita ou implicitamente, a mensagem de estímulo ao crime.

Inviável, portanto, admitir manifestações públicas que, direta ou indiretamente, a pretexto de exercício da liberdade de opinião, traduzem incentivo ao segregacionismo racial, disputa entre povos, o ódio religioso, diferenciações entre seres humanos vedadas em terreno penal.

5. Do momento consumativo — tentativa

O tipo penal em exame descreve delito formal ou de mera conduta, que não exige o resultado material (naturalístico) para sua consumação. Os “delitos de mera atividade não pressupõem resultado exterior; seu tipo de injusto é preenchido tão-somente com a atividade descrita na lei”.³⁶ Basta,

33. Joel Dor, ob. cit., p. 46.

34. Idem, p. 60.

35. Julian Marias, *Introdução à Filosofia*, 1.ª ed., pp. 252-253.

36. Johannes Wessels, ob. cit., p. 52.

para o aperfeiçoamento do crime, a realização de qualquer ato caracterizador da prática, induzimento ou realização de discriminações ou preconceitos através dos meios de comunicação e de publicações de qualquer natureza.

Não é necessário, para o preenchimento da norma incriminadora, que resulte concreto prejuízo aos valores especificamente protegidos pelo tipo penal. É despidendo indagar se o ato discriminatório ou preconceituoso ocasionou concreta consequência no plano ideológico ou das relações materiais entre os integrantes da coletividade.

Por outro lado, a publicidade é elemento do tipo penal, disso resultando a idéia de que a afetiva divulgação de qualquer natureza é fator imprescindível à ocorrência do suporte fático da norma incriminadora.

A doutrina admite nos crimes formais e de mera atividade a tentativa.³⁷

Observa-se que respeitado setor doutrinário admite que a mera exteriorização da apologia criminosa, com as restantes características que exige o tipo legal, gera a consumação delituosa no lugar e no momento daquela exteriorização pública de ódio discriminatório ou preconceituoso. Se incrimina “la actividad unilateral del apologizador”.³⁸

Nessa linha argumentativa, é possível concluir que o impedimento, por circunstância alheias à vontade do agente, da efetiva publicidade da conduta criminosa é exemplo de crime em sua forma tentada. A repressão aos atos de planejamento, atos preparatórios relevantes que ponham em perigo o bem jurídico tutelado pela norma penal já caracteriza a forma delitiva tentada, caso haja impedimento externo a continuidade do *iter criminis*.

Com efeito, na esteira da melhor doutrina, parece oportuno afirmar que: “para determinar a imediatidade da conduta em relação à realização típica de maneira alguma se apresenta como suficiente a mera consideração do tipo *in abstracto*, porquanto há necessidade de apelar-se para a modalidade particular de considerar a aproximação típica no caso concreto, o que obriga tomar-se em conta, de maneira iniludível, o plano concreto do autor”.³⁹

Forçoso exteriorizar discordância do posicionamento adotado por Nahum Bergstein,⁴⁰ o qual entende que a consumação delituosa, nessa espécie de tipo penal, exige a compreensão pelo destinatário da mensagem incriminada.

Com efeito, essa suposta compreensão, pela natureza formal do delito, está presumida na sua idoneidade formal e na sua publicidade.

O sujeito passivo do delito é impessoal, ou seja, a própria sociedade, a política de convivência pacífica entre os diversos grupos humanos e a preservação do princípio isonômico, protegendo-se a dignidade humana. Irrelevante, pois, o atendimento dos objetivos perseguidos pelo agente do crime, ou seja, a efetiva e comprovada compreensão pelo destinatário direto da mensagem discriminatória e preconceituosa. Basta a potencialidade de que a idéia chegue ao efetivo conhecimento do meio comunitário.

37. Eugenio Raul Zaffaroni, *Da Tentativa*, 3.ª ed., RT, 1992, S. Paulo, p. 58.

38. Nahum Bergstein, ob. cit., p. 50.

39. Eugenio Raul Zaffaroni, ob. cit., p. 52.

40. Nahum Bergstein, ob. cit., p. 50.

6. Do concurso de agentes

Como corretamente afirma Wessels, “autor é quem, como figura central (figura-chave) do acontecimento, possui o domínio do fato (dirigido planificadamente ou de forma co-configurada) e pode assim deter ou deixar decorrer segundo a sua vontade a realização do tipo. Partícipe é quem, sem o domínio próprio do fato, ocasiona ou de qualquer forma promove, como figura lateral do acontecimento real, o seu cometimento”.⁴¹

Mesmo dentro de uma visão mais restritiva do concurso de agentes, observa-se que a co-autoria estaria afastada da participação da mesma forma pela qual se afastam as ações preparatórias dos atos de tentativa delituosa. Se o tipo penal se compõe de vários atos, nessa visão, o cometimento de um só ato já é suficiente para estabelecer a autoria. A idéia fundamental, no entanto, é de que toda participação é necessariamente acessória, no sentido de que pressupõe o cometimento de um fato principal.⁴²

A participação, curiosamente, realiza-se, na maioria dos tipos penais incriminadores, através dos verbos “incitar” e “induzir”, como, por exemplo, nos atos de ordenar, determinar, aconselhar, convencer etc. O ato de participar, pelo ângulo dogmático, na realização de determinado tipo penal, pressupõe uma conduta fora do âmbito da incidência descritiva da norma incriminadora.

Oportuno fazer referência, assim, à idéia de que a incriminação da participação resulta de um tipo penal ampliador (incidência típica mediata ou por extensão — art. 29, *caput*, do CP).

Todavia, o tipo penal em exame abraçou os atos de instigação e induzimento, tornando-os atos típicos e, portanto, caracterizadores da figura do autor ou co-autores. Os atos acessórios tornaram-se, na perspectiva legal, em atos principais da figura típica delituosa.

Permaneça, porém, aberta a possibilidade teórica de punição dos partícipes, desde que a conduta não adentre os verbos nucleares do tipo penal, preenchendo, outrossim, os requisitos do tipo ampliador: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade — art. 29, *caput*, do CP. Exemplificativamente, tem-se o ajuste, o auxílio, a cooperação, a convivência relevante como formas de possíveis participações delituosas. Admite-se, portanto, qualquer modalidade de concurso de agentes: co-autoria e participação.

7. Da imprescritibilidade e inafiançabilidade do delito de racismo

Neste aspecto, apresenta-se um tratamento desigual às várias atividades possivelmente enquadráveis no tipo penal incriminador ora *sub examen*.

Com efeito, a norma constitucional prevê a imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de racismo, não contemplando, em seu texto, na totalidade, as demais condutas preconceituosas e discriminatórias fundadas em motivos de origem étnica, preferência religiosa, precedência nacional e cor.

41. Johannes Wessels, ob. cit., p. 119.

42. Alexander Graf Zu Dohna, ob. cit., pp. 94 e 97.

Por outro lado, a legislação infraconstitucional não contemplou a imprescritibilidade como característica do tipo penal incriminador.

Não se pode admitir a analogia para aumento da incriminação penal, sendo forçoso concluir que somente a atividade discriminatória e preconceituosa fundada em motivos raciais se amolda à hipótese de imprescritibilidade constitucional.

A imprescritibilidade aplica-se ao exercício da pretensão punitiva e da pretensão executória, ambas ilimitadas no âmbito temporal.

A inafiançabilidade, embora atributo constitucional deferido ao crime de racismo, integra a totalidade do tipo incriminador em exame, eis que decorre da própria natureza do apenamento abstratamente previsto na norma repressiva.

8. Considerações finais

O direito penal busca sancionar as condutas socialmente patológicas, apanhando aqueles fatos que se mostram extremamente nocivos ao meio comunitário. A sociedade brasileira tem inseridas em seu inconsciente coletivo diversas práticas discriminatórias e preconceituosas, mesmo porque essa sociedade é essencialmente desigual e repleta de problemas mascarados através da postura alienada e descomprometida das elites dominantes.

Não é de estranhar que setores pensantes tivessem afirmado, diante da coragem constitucional consubstanciada na vedação do racismo e de outras práticas discriminatórias, que “houve, sem sombra de dúvidas, inaceitável exasperação da tipificação criminosa, tendo os constituintes obrado com evidente emoção e provavelmente com sentimentalismo, visando homenagear uma deputada constituinte de cor negra, de invulgar simpatia pessoal”.⁴³

Grave equívoco este de colocar uma conquista constitucional, tão importante e necessária ao regime democrático, no plano de um suposto sentimentalismo irresponsável. Semelhante distorção do sentido intrínseco no texto constitucional certamente não coincide com uma análise vinculada aos interesses públicos e atenta às efetivas injustiças sociais decorrentes das discriminações e preconceitos arraigados na sociedade.

Toda e qualquer conduta discriminatória e preconceituosa, fundada em motivação racial, étnica, religiosa, xenofóbica, ou calcada na cor da pele das pessoas, ofende a própria essência do ser humano, impedindo o progresso da civilização, e exige, das autoridades constituídas, uma eficaz e enérgica postura na aplicação das normas repressivas.

O regime consagrador de desigualdades e injustiças é condenado ao fracasso. E já o preconceito dos gregos, em relação aos plebeus, no sistema da Grécia Antiga, tornou pertinente a afirmação de Fustel de Coulanges: “Nenhuma das formas sociais inventadas e instituídas pelo homem é imutável. E esta trazia consigo um germe de doença e de morte: a sua demasiada desigualdade. Muitos eram os homens a terem interesse na destruição de uma organização social que não lhes concedia benefício algum”.⁴⁴

43. Wolgran Junqueira Ferreira, ob. cit., p. 184.

44. Fustel de Coulanges, *A Cidade Antiga*, Martins Fontes, p. 251.