

LEGISLAÇÃO ANTIRRACISTA PUNITIVA NO BRASIL: uma aproximação à aplicação do direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros¹ // *Marta Rodriguez de Assis Machado², Natália Neris da Silva Santos³ e Carolina Cutrupi Ferreira⁴*

Palavras-chave

legislação antirracismo / movimento social / movimento negro brasileiro / juridificação de demandas sociais / pesquisa empírica em decisões judiciais

////////////////////////////////////

Sumário

1 Introdução

1.1 Notas preliminares sobre o crime de racismo

2 Metodologia

2.1 Algumas considerações sobre pesquisas empíricas com acórdãos judiciais

2.2 Levantamento de dados e construção do banco

3 Resultados Quantitativos

3.1 Dados Processuais

3.2 As decisões nos Tribunais de Justiça

3.2.1 Distribuição por tipos de crime e fundamentação

4 Considerações finais

5 Referências

Resumo

O artigo apresenta os principais resultados de pesquisa jurisprudencial composta de decisões envolvendo a aplicação da legislação antirracista punitiva no Brasil por nove Tribunais de Justiça (TJs) brasilei-

1 Este artigo é resultado do projeto de pesquisa “Esfera pública e direito no Brasil: um estudo de caso sobre decisões envolvendo igualdade de raça” desenvolvida no Núcleo e Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) no âmbito do Projeto Temático “Moral, Política e Direito: Autonomia e Teoria Crítica”. Participaram do projeto - sob a coordenação de Marta Rodriguez de Assis Machado e José Rodrigo Rodriguez - os/as seguintes pesquisadores/as: Carolina Cutrupi Ferreira, Fabíola Fanti, Marina Zanatta Ganzarolli, Flávio Marques Prol, Renata do Vale Elias, Carla Araújo Voros, Natália Neris da Silva Santos, Gabriela Justino da Silva e Haydée Fiorino Soula. Agradecemos também a todos os interlocutores que estiveram presentes nas diversas oportunidades em que discutimos dados preliminares ou finais desta pesquisa: no Núcleo Direito e Democracia do Cebap, no Seminário da Casa do Cebap, no Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, no Instituto Latino-Americano da Freie Universität Berlin, no encontro anual da Law and Society Association-2011, no III Seminário de Políticas Sociais e de Cidadania da Universidade Católica de Salvador, no curso de Direito e Processo Penal da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, na Rede Estadual de Combate ao Racismo e à Intolerância Religiosa da Bahia, no VII Congresso de Pesquisadores/as Negros/as em Florianópolis, no I Seminário Descarcerização e Sistema Pena na UNB e no Encontro de Pesquisa Empírica em Direito (EPED) em 2013. Todas as contribuições que surgiram durante essas discussões são tão inestimáveis a esta pesquisa quanto difíceis de serem individualizadas neste momento. Não poderíamos, porém, deixar de agradecer nominalmente pelo diálogo constante e pelas sugestões a Márcia Lima, Sérgio Costa, Máira Machado e Luísa Ferreira.

2 Professora na Escola de Direito em São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP) e coordenadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da mesma instituição. Pesquisadora sênior do Cebap. E-mail: marta.machado@fgv.br

3 Mestranda em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, pesquisadora assistente no Núcleo de Direito e Democracia do Cebap, Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Direito GV e Grupo de Estudos e Pesquisas das Políticas Públicas para a Inclusão Social da Universidade de São Paulo. E-mail: natalia.neris@gvmail.br

4 Mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (2010-2011) e pesquisadora assistente no Núcleo de Direito e Democracia do Cebap. E-mail: carolinacutrupi@gmail.com

ros entre os anos de 1998 e 2010. Por meio da análise das duzentas decisões disponibilizadas pelos TJs do Acre, Bahia, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rondônia, Rio Grande do Sul e São Paulo intenta-se compreender o que tem ocorrido nesta instância do Poder Judiciário a fim de contribuir para a produção de diagnósticos sobre a dinâmica do sistema jurídico penal brasileiro frente ao problema social do racismo. Na introdução do trabalho realizamos um breve histórico da legislação antirracista punitiva, discutimos alguns dos estudos sobre o tema e tratamos das especificidades dos dispositivos que regulam a questão. Na seção 2 especificamos nossas escolhas metodológicas e tecemos considerações acerca da interpretação dos dados. Na seção 3 expomos os principais resultados quantitativos da pesquisa. Por fim, discutimos criticamente tais resultados, abordamos alguns temas que nos parecem importantes ao se avaliar a estratégia de juridificação via direito penal e levantamos questões para futuras pesquisas empíricas sobre o tema.

ANTIRACISM LEGISLATION IN BRASIL: approaching the application of the law in the Brazilian courts // *Marta Rodriguez de Assis Machado, Natália Neris da Silva Santos e Carolina Cutrupi Ferreira*

Keywords

antiracism legislation / social movements / Brazilian black movement / juridification of social demands / empirical research on judicial rulings



Abstract

The paper presents the main results of an empirical research on decisions in cases concerning racism, racial discrimination and racial slander handed down by Brazilian Appeal Courts. We analyzed 200 decisions from 1998 to 2010 that are available on the online databanks of the Appeal Courts of nine Brazilian Federal States (Acre, Bahia, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rondônia, Rio Grande do Sul e São Paulo). The data presented allows us to discuss the current diagnosis about how the Brazilian Judiciary deals with racism and racial discrimination and to understand the potential and limitations of the existing legal instruments to confront the social problems of racism in Brazil. In the introduction of the paper, we present a brief explanation about the history of Brazilian punitive antiracist statutes, and we discuss the existing research in this field. Afterwards we explain our methodological choices used to construct this research and how we interpreted the data collected. In section three, we present our main quantitative findings. Finally, we discuss it critically and make some considerations about the strategy of the social movements involving the juridification of racism via criminal law. We also raise some questions for a future research agenda.

1 Introdução

A população negra brasileira tem a oportunidade de acessar o Poder Judiciário a fim de denunciar conflitos raciais desde a década de 1950, quando o preconceito de raça ou cor passou a ser considerado contravenção penal com a promulgação da Lei nº 1.390/51, conhecida como Lei Afonso Arinos.

Tal lei foi sancionada após a ocorrência de um caso de discriminação que ganhou repercussão – a recusa de hospedagem a uma bailarina negra americana num hotel de luxo na cidade de São Paulo. Na época, a lei repercutiu de forma ambígua entre os militantes negros: houve quem a considerasse uma conquista – que obrigaria brancos a aceitarem mesmo que coercitivamente os negros em seus estabelecimentos – e outros que a viam como uma medida eleitoreira impossível de ser aplicada contra as classes dominantes, que visava apenas a esmorecer lutas e reivindicações sociais dos negros (Fullin, 1999, p. 35).

Na década de 1980, entretanto, a demanda por um dispositivo que criminalizasse o Racismo⁵ surge como consenso entre negros organizados. O diagnóstico desse período era de que se fazia necessária a revogação da Lei Afonso Arinos uma vez que tal dispositivo mostrou-se ineficaz. Lideranças do Movimento

5 Consideramos Racismo, para os fins deste texto, qualquer forma de hierarquização ou justificação de dominação, privilégios e desigualdades materiais e simbólicas entre seres humanos, baseada na ideia (imaginária) de raça ou na seleção arbitrária de marcas corporais. Essa hierarquização se manifesta do ponto de vista socioeconômico em práticas que sustentam uma estrutura de oportunidades desigual e perpetuam a presença de determinado grupo em posições inferiores nos indicadores sociais, com acesso desigual a emprego, salários, escolaridade, segurança etc. De outro lado, o Racismo tem uma dimensão político-cultural que se expressa na marginalização simbólica e espacial e em formas de comportamento (escolhas matrimoniais, tratamento discriminatório, insultos, humilhações etc.) (Guimarães, 2002; Munanga, 2004). Como veremos, no campo do direito, essas distintas manifestações são objeto de classificação em conceitos mais específicos. Por isso, aparecerá ao longo do texto a categoria jurídica do crime de racismo, que, como se verá, apesar de haver disputa por sua interpretação, tende a ser compreendida pelos juízes de forma mais estreita que a definição acima. Outras manifestações que se apresentam nesse contexto amplo que denominamos Racismo são, por exemplo, classificadas como atos discriminatórios ou injúria racial no campo jurídico. Utilizaremos neste texto Racismo, com maiúscula, para nos referirmos à definição ampla e diferenciá-la do uso jurídico (com minúscula), sem qualquer atribuição de hierarquia entre as definições.

Negro⁶ entendiam que a lei teria sido mal redigida – limitando-se a descrever casos de discriminação – e que por tratar o Racismo como contravenção penal favorecia a impunidade. Havia ainda uma grande insatisfação com sua aplicação: falava-se da inexistência de condenações. Tal percepção é bastante evidente na justificativa de um projeto de lei proposto por Abdias do Nascimento⁷ no ano de 1983:⁸

*A comunidade afro-brasileira vem clamando, há anos, pela revogação da chamada Lei Afonso Arinos, ou seja, a Lei nº 1.390/51, e a sua substituição por um dispositivo legal que **realmente puna**, como determina o art. 153, § 1º, da Constituição*

6 O estudo das mobilizações antirracistas evidencia, para além de sua antiguidade – já que a organização dos negros remonta ao período colonial –, a pluralidade de matrizes ideológicas, estratégias de ação e concepções políticas e culturais desses grupos. A partir dos anos 1970, especificamente em 1978, surge o *Movimento Unificado Contra a Discriminação Racial* (MUCDR) posteriormente denominado Movimento Negro Unificado (MNU) – uma tentativa de denominação coletiva de diferentes grupos antirracistas (Guimarães, 2002) ou o conjunto de iniciativas e organizações variadas que só se condensam numa plataforma única diante de acontecimentos de especial relevância (por exemplo, a mobilização pré-Constituinte ou a preparação para a Conferência Mundial contra o Racismo em Durban) (Costa, 2006). Apesar da diversidade e heterogeneidade das organizações e ativistas que podem ser agrupados sob essa chave, é no sentido empregado por tais autores que nos utilizaremos do termo “Movimento Negro” ao longo deste trabalho. Além disso, algumas vezes nos referimos a posições do Movimento Negro como se fossem uníssonas e isso não faz justiça à diversidade de posições que compõem esse campo de mobilizações e ao seu debate interno. Quando fazemos isso, em razão do escopo e das limitações deste trabalho, estamos apenas nos referindo a certas posições que despontaram majoritárias ou mais intensamente visíveis, mas que dificilmente são unânimes ou pacíficas. Ou seja, estamos aqui operando em um registro de relativa generalização dos debates internos entre militantes e organizações e chamamos a atenção do leitor para que não perca de vista essa limitação do presente trabalho.

7 Abdias do Nascimento (1914-2011) é considerado um dos maiores ativistas antirracistas do Brasil. Foi poeta, pintor, artista plástico, dramaturgo, ator (fundador do Teatro Experimental do Negro), político (criador da Frente Negra Brasileira, partido político composto de negros na década de 1930; deputado federal, de 1983 a 1987; senador da República, de 1997 a 1999) e acadêmico (conferencista e professor visitante em diferentes universidades nos Estados Unidos, fundador da cadeira de Culturas Africanas no Novo Mundo, no Centro de Estudos da Universidade do Estado de Nova York). Em todas as atividades que exerceu a temática racial foi central (Almada, 2009)

8 Justificativa do Projeto de Lei nº 1.661/83 que “Dispõe sobre crime de lesa-humanidade: discriminar pessoas individual ou coletivamente, em razão de cor, raça ou etnia”.

*Brasileira, o preconceito e a discriminação de cor e raça. O presente projeto de lei, definindo essa discriminação como crime contra a humanidade, como anteriormente foram definidos o antijudaísmo nazista e o apartheid da África do Sul, não é apenas de um deputado, mas de toda a comunidade negra brasileira, cujos membros e porta-vozes estão unanimemente de acordo quanto à **ineficácia** da chamada Lei Afonso Arinos. A primeira razão é de uma simplicidade elementar: a existência da referida lei de nenhuma forma, desde qualquer perspectiva, foi eficaz para diminuir a prática do racismo em nosso país. Diariamente, deparamos com fatos de discriminação e preconceito racial que nunca chegam à Justiça ou cujos processos são arquivados sob um ou outro pretexto ou subterfúgio jurídico. [...] Brandir a “Lei Afonso Arinos”, que considera o racismo contravenção (e não crime, como creem muitos), é um expediente que a pequena classe média negra já abandonou – mesmo porque em mais de trinta anos de existência (a lei é de 1951), **não se conseguiu condenar um racista sequer**. Na verdade a “Lei Afonso Arinos” não atende à nossa realidade racial por ser absolutamente inadaptada às circunstâncias em que ocorre a discriminação no Brasil. [...] (Grifos nossos.)*

Nesse período, os grupos sociais negros organizados passam a demandar a criminalização de condutas racistas e a impossibilidade de pagamento de fianças e de prescrição de tais crimes, ou seja, o asseveramento do tratamento dos casos pelo Judiciário.

Tendo em vista o contexto sociopolítico – redemocratização, intensa mobilização da sociedade civil nos anos que antecederam a promulgação da Constituição Federal em 1988 –, o Movimento Negro logrou inserir um dispositivo no texto constitucional classificando o Racismo não só como crime, mas também sob regime de imprescritibilidade e insuscetibilidade de fiança (artigo quinto, inciso XLII). No ano seguinte a Lei nº 7.716/1989 – que ficou conhecida como Lei Caó em homenagem ao seu autor, Carlos Alberto de Oliveira – foi aprovada para regulamentá-lo.⁹

9 Com a aprovação da Lei 7.716/89 a Lei Afonso Arinos foi revogada.

A primeira versão da Lei Caó previa como crime basicamente condutas de discriminação de acesso – muitas das quais já eram consideradas contravenção sob a lei Afonso Arinos – sob pena de prisão, na maioria de 2 a 5 anos. A lei sofreu três modificações em seu texto ao longo dos anos 1990: por meio da Lei nº 8.081 foi introduzido o artigo 20, que tipificou como crime a prática, incitação ou indução de atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional pelos meios de comunicação ou por publicação; em 1994, a Lei nº 8.882 acrescentou um parágrafo a esse artigo para tratar do crime de fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizassem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo; e, em 1997 por meio da Lei nº 9.459¹⁰ foram alterados os artigos 1º e 20º da lei existente para tipificar além do preconceito de raça e cor também o preconceito de etnia, religião ou procedência nacional, e definiu a manifestação verbal do preconceito em xingamento como injúria racial. Essa modificação se deu por meio da inclusão de um parágrafo ao artigo 140 do Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal Brasileiro).¹¹

A mobilização de entidades ligadas ao Movimento Negro, entretanto, não cessou após a aprovação dos instrumentos legais específicos para tratar do tema. O diagnóstico de que a lei não era aplicada pelo Judiciário acompanhou toda a história de vigência da lei e de suas modificações. Intelectuais e juristas ligados a tais entidades percebiam a lei sob o signo da ineficácia, assim como o contexto anterior de vigência da Lei Afonso Arinos. Isso motivou que várias entidades passassem a trabalhar para a efetivação de sua implementação através da criação de serviços de atendimento e encaminhamento de denúncias de conflitos raciais – assessoria jurídica – bem como assistência psicológica às vítimas. O SOS Racismo do Geledés – Instituto da Mulher Negra e os trabalhos desenvolvidos pelo Centro de Estudos e Relações

10 Dispositivo conhecido também como Lei Paulo Paim em referência ao seu autor. Importante citar que Paulo Paim tem sido um interlocutor das organizações do Movimento Negro desde seu primeiro mandato como deputado federal (1987-1991). Atualmente exerce a função de senador da República.

11 Discorreremos sobre possibilidades de classificação/tipificação de crimes tendo em vista tais dispositivos no tópico a seguir.

de Trabalho e Desigualdade (CEERT), ambos em São Paulo; o Programa de Justiça e Direitos Humanos do Núcleo de Estudos Negros (NEN), em Santa Catarina; o Instituto de Pesquisas da Cultura Negra (IPCN) e o SOS Racismo – Programa de Justiça e Desigualdades Raciais do Centro de Articulação de Populações Marginalizadas (Ceap), ambos no Rio de Janeiro, representam esforços empreendidos em tal sentido principalmente ao longo da década de 1990 (Santos, 2013).

Os trabalhos desenvolvidos no interior de tais programas e serviços especializados, contudo, não alteraram a avaliação negativa sobre o cenário de aplicação da lei pelo Judiciário brasileiro. Dentre os principais entraves à implementação da legislação são citados principalmente a persistência do ideário da democracia racial,¹² a insensibilidade do Judiciário para a temática e o racismo institucional:

*[...] no plano da aplicação concreta [da] legislação conquistada pelos movimentos negros, percebe-se que estas conquistas estariam destinadas ao rol das “leis que não pegam”, ou seja, se durante o processo de mobilização social que envolveu a feitura da Constituição de 1988 não foi possível politicamente barrar as importantes conquistas dos movimentos sociais, a força do racismo e do **mito da democracia racial** colocariam no plano cotidiano das instituições jurídicas os limites para a punição e visibilidade do problema racial na esfera jurídica. (Carneiro, 2000, pp. 318-9) (Grifos nossos)*

*[...] Os juízes não veem o crime de racismo porque não aceitam o fato de que há racismo no país. Muitas vezes as agressões são entendidas como brincadeiras. **Não existe a menor sensibilidade da Justiça para o quanto isso é doloroso para quem sofre o preconceito.** (Santos, 2009a) (Grifos nossos)*

12 Segundo George Andrews (1991), “democracia racial” é ideia fortemente aceita de que diferentes grupos étnicos (negros, mulatos e brancos) vivem em condições de igualdade jurídica, e em grande medida social, que ganha fôlego no país ainda na década de 1930, fazendo sentir-se ainda hoje no ideário de nação brasileiro, apesar da intensa contestação tanto pela academia, a partir dos estudos dos revisionistas como o de Florestan Fernandes (1965, 1972), como pelos movimentos sociais ainda na década de 1940. Sobre origens do termo conferir Guimarães (2006).

*As condenações são raras, mas existem. O que não há são pessoas cumprindo pena de prisão. De 3 de julho de 1951 (aprovação da Lei Afonso Arinos, que considera o racismo uma contravenção penal) até o ano passado, nos estados do Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro e Bahia, houve nove condenações de crimes raciais. **Mas há uma sinistra e ilícita solidariedade entre os operadores do Direito, que lidam com o processo-crime, e os acusados, que, geralmente, são brancos.** Refiro-me aos delegados, promotores, juízes e advogados que fazem refletir no processo suas convicções pessoais. E por que essa solidariedade é sinistra e ilícita? Porque, se é verdade que existe presunção de inocência quando o acusado é branco e a vítima é um negro, em caso contrário, quando o acusado é negro, funciona também a presunção de culpa. É comum que os promotores utilizem a cor do acusado como anúncio de culpa. (Silva Jr., 2010) (Grifos nossos)*

Algumas avaliações ou interpretações acerca da aplicação da legislação antirracista também foram desenvolvidas no âmbito acadêmico, principalmente nos campos da sociologia e do direito. Um dos primeiros estudos sobre o tema data de 1998 e foi elaborado pelo sociólogo Antonio Sergio Guimarães. Em sua obra Preconceito e discriminação, o autor analisa boletins de ocorrência e notícias de jornal envolvendo conflitos raciais e uma das hipóteses que formula ao estudar a tipificação dada pelos delegados de polícia aos casos é a de que a Lei nº 7.716/89 se caracteriza pela definição do Racismo como segregação/exclusão, o que a tornaria inaplicável ao Racismo existente no Brasil

que se manifesta sempre numa situação de desigualdade hierárquica marcante – uma diferença de status atribuído entre agressor e vítima – e de informalidade das relações sociais, que transforma a injúria no principal instrumento de reestabelecimento de uma hierarquia racial rompida pelo comportamento da vítima. (Guimarães, 2004, p. 36)

No campo da sociologia encontramos também os trabalhos de Fullin (1999), que estuda inquéritos policiais instaurados na Delegacia de Crimes Raciais de São Paulo; Monteiro (2003), que aborda o tema a partir da análise da atuação de funcionários públicos

atuantes no serviço de “Disque-Racismo” da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro; Salles Jr. (2006), que analisa do fluxo de casos de Racismo na justiça a partir de registros efetuados em Pernambuco; Santos (2009c), que estuda inquéritos policiais registrados em Campinas e sua tipificação pelos delegados; Santos (2011), que possui como objeto de estudo acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo entre os anos de 1988 e 2008, buscando “analisar os valores da sociedade brasileira refletidos nas decisões”; e Santos (2013), que abordou o tema a partir da análise de documentos jurídicos diversos tais como sentenças judiciais, despachos, pareceres, inquéritos.

No campo do direito as contribuições são igualmente diversas. Santos (2001) analisa a aplicação dos instrumentos legais a partir da contabilização de boletins de ocorrência, processos e sentenças proferidas por Tribunais sobre o tema; Costa e Carvano (Paixão et al., 2009 e 2011) colaboram na elaboração do Relatório de Desigualdades Raciais¹³ a partir da análise quantitativa de desfechos de decisões nas esferas cível e penal de treze tribunais brasileiros¹⁴ por meio da categorização “perdedores e vencedores” das ações entre os anos 2005-2008; Melo (2010) focaliza a análise na viabilidade da utilização da Lei nº 7.716/89 para crimes de racismo ocorridos na internet; e Cruz (2010) estuda decisões sobre a temática racial (em geral e, portanto, não somente na esfera penal) nos Tribunais Regionais Federais brasileiros.

Cada um desses trabalhos contribui para os seus campos de forma particular e a partir de suas diferentes abordagens mostram distintas etapas e manifestações do fenômeno. Mas de um modo geral indicam entraves à aplicação da legislação e em boa parte compartilham das explicações articuladas pelos intelectuais atuantes no Movimento Negro: a permanência do ideário da democracia racial, o racismo institucional ou o racismo institucionalizado no sistema de Justiça brasileiro.¹⁵

13 Os pesquisadores desenvolveram um banco de dados próprio denominado “Juris”.

14 Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo.

15 À exceção de Fullin (1999), que para além de tais apontamentos

Nosso trabalho se insere neste contexto de elaboração de diagnósticos sobre a aplicação da lei penal antirracista. No entanto, propomos uma análise que privilegia o estudo da dinâmica interna do sistema jurídico penal brasileiro frente ao problema social do Racismo e da discriminação racial. Sugerimos que esse enfoque permite, de um lado, olhar para as engrenagens da engenharia jurídica em funcionamento, permitindo descobrir os entraves e gargalos à solução dos casos; de outro, possibilita a visualização dos embates travados no âmbito da interpretação jurídica e, portanto, pode sugerir um campo de possibilidades de aplicação e luta pela aplicação da legislação.¹⁶

Para tanto, realizamos o levantamento e sistematização de decisões acerca da aplicação da legislação antirracista punitiva no Brasil pelos Tribunais de Justiça do Acre, Bahia, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rondônia, Rio Grande do Sul e São Paulo entre os anos de 1998 e 2010. Antes de passarmos à exposição dos principais resultados quantitativos do estudo, apresentaremos brevemente na próxima seção a discussão jurídica acerca das possibilidades de tipificação de crimes de racismo. Esse é um dos pontos mais sensíveis da discussão dos casos no Judiciário e é, portanto, elementar para a compreensão dos desfechos de muitos dos acórdãos analisados.

1.1 Notas preliminares sobre os crimes de racismo, discriminação racial e injúria racial

O tipo penal que descreve o que se chama de “crime de racismo” foi introduzido em uma das reformas da Lei Caó, no seu artigo 20. Tem conteúdo aberto, formulado da seguinte forma: “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.¹⁷

questiona a via punitiva – ou a mobilização do direito penal – pelo Movimento Negro.

16 Sobre a disputa por interpretações no Judiciário como um campo de disputa política e sua importância, ver Machado, Püschel, & Rodríguez (2009).

17 Está em discussão atualmente no Senado a aprovação de Projeto de Lei nº 122/2006 que inclui o preconceito por orientação sexual e identidade de gênero nos artigos 1º e 20º da Lei nº 7.716/89, §

Essa característica da formulação do tipo penal determina que a qualificação penal dada a boa parte dos casos envolvendo conflitos raciais seja também uma das questões mais debatidas no processo de aplicação da legislação antirracismo vigente. Ou seja, a definição das condutas passíveis de serem enquadradas nesse tipo penal permanece em disputa no Judiciário.

Em termos gerais, a nossa legislação possui três tipos de crimes envolvendo elementos racistas: (i) a formulação genérica de racismo que mencionamos acima, prevista no artigo 20 da Lei nº 7.716/89; (ii) tipos de discriminação racial, que, previstos nos demais artigos da lei, descrevem condutas envolvendo tratamento diferenciado, tais como impedir ou obstar acesso, negar ou obstar emprego, negar ascensão funcional, proporcionar tratamento diferenciado no emprego etc., por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; e (iii) o tipo de injúria racial, uma forma qualificada de injúria, agravada justamente pela utilização do elemento racial, previsto no capítulo dos crimes contra a honra do código penal brasileiro, no § 3º do artigo 140.

Toda atividade de adequação de uma conduta a um tipo penal envolve um processo de interpretação de modo que se possa argumentar que os elementos do crime estão presentes na situação concreta. Essa atividade pode ser mais ou menos simples e mais ou menos disputada, a depender da complexidade da situação em si ou da complexidade dos elementos articulados na descrição da lei penal. As condutas específicas de discriminação racial contidas na lei – por exemplo: “Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público” – contém descrições mais precisas de condutas e não suscitam muitos embates no Judiciário. O mesmo não acontece com o tipo do artigo 20, que, como dissemos, é formulado

3º do art. 140 do Código Penal e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Tal PL intenta também alterar a redação dos arts. 1º e 2º da Lei nº 7.716/89, a fim de incluir o preconceito por condição de pessoa idosa ou com deficiência uma vez que o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2006) alterou somente a redação do artigo 140, § 3º do Código Penal. Essas outras formas de preconceito não serão objeto do presente texto e não compuseram o universo desta pesquisa.

de forma aberta e dá ensejo a um debate importante sobre qual tipo de conduta é por ele abarcada.

De acordo com os acórdãos analisados em nossa pesquisa a maior parte das condutas discutidas nos Tribunais refere-se a xingamentos com elementos racistas.¹⁸ Nesses casos, apresentam-se ao ofendido, à defesa e aos operadores do sistema de justiça duas grandes opções para classificar juridicamente tais conflitos: o crime de “racismo” e o de “injúria racial”. Como se vê com mais detalhes no quadro abaixo, essa alternativa dá ensejo a procedimentos completamente diferentes, com requisitos e resultados também distintos. Isso porque, até a última alteração legislativa que data de 2009,¹⁹ o primeiro crime é processado por meio de ação penal de iniciativa pública (ou seja, iniciado e movimentado pela promotoria de justiça) e o segundo por meio de ação penal de iniciativa privada (ou seja, iniciado e movimentado por advogado ou defensor que represente o ofendido). Apenas depois da recente mudança de 2009 é que o regime de processamento da injúria racial passou a ser o da ação penal pública, porém condicionada à representação do ofendido (ou seja, para que o promotor público inicie e movimente a ação ele precisa da autorização expressa do ofendido).

Para facilitar a visualização das diferenças de processamento desses tipos penais no âmbito do sistema

18 Com isso, não afirmamos que esse tipo de manifestação Racista é a mais frequente. Conforme trataremos adiante, esse dado diz respeito apenas ao que chega aos Tribunais, ou seja, alcança a segunda instância. Tampouco diz respeito sobre o que é judicializado, pois há um filtro importante entre o que se encontra em primeira instância e o que é objeto de recurso aos Tribunais. Um estudo interessante seria o de compreender a operação desses filtros, isto é, o que chega a ser objeto de notícia ao sistema (via BOs), o que vira ação penal e o que sobe aos Tribunais. Também o tipo de caso que chega a ser judicializado a partir de outras áreas do direito, como por exemplo do direito civil e o trabalhista. Âmbitos e esferas que estão fora do alcance deste estudo. Além disso, antes dos filtros internos do sistema de justiça, coloca-se também a questão do que leva uma pessoa a procurar as instituições formais do direito, o que também diz respeito à sua percepção como sujeito de direitos.

19 A Lei nº 12.033/2009 acrescentou um parágrafo único ao art. 145 do Código Penal: “Parágrafo único. Procedo-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código”.

de justiça criminal, elaboramos o quadro abaixo, com os detalhes de sua regulamentação jurídica.

Quadro 1. Diferenças entre os tipos penais de crimes de racismo e de injúria racial

	<i>Crime de racismo</i>	<i>Injúria racial</i>	<i>Injúria racial (após 2009)</i>
<i>Tipo penal</i>	Art. 20 – Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.	Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.	Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.
<i>Previsão legal</i>	Art. 20, caput, da Lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei nº 9.459/97	Art. 140, § 3º, do CP, com redação dada pelas leis 9.459/97 e 10.741/03	Art. 140, § 3º, do CP, com redação dada pelas leis 9.459/97 e 10.741/03
<i>Pena</i>	Reclusão de um a três anos e multa	Reclusão de um a três anos e multa	Reclusão de um a três anos e multa
<i>Natureza da ação</i>	Ação penal pública	Ação penal de iniciativa privada	Ação penal pública condicionada à representação do ofendido
<i>Inicial acusatória</i>	Denúncia	Queixa-crime	Denúncia
<i>Titular da ação</i>	Ministério Público (art. 100, § 1º, CP; art. 24, caput, CPP; art. 129, I, CF)	Ofendido	Ministério Público

<i>Necessidade de contratação de advogado/ defensor</i>	Não	Sim ²⁰	Não
<i>Prazo para iniciar a ação</i>	Não há ²¹ (art. 103, CP)	6 meses, a contar da data do fato (art. 103, CP)	Não há, mas há prazo para o ofendido oferecer representação: 6 meses após o conhecimento do autor do crime (art. 38, CPP, e art. 103, CP)
<i>Custas processuais</i>	Não há	50 UFESPs ²² , para ação iniciada no estado de São Paulo	Não há
<i>Prescrição em abstrato</i>	Imprescritível (art. 5º, XLII, CF)	Prescreve em 8 anos (art. 109, IV, CP)	Prescreve em 8 anos (art. 109, IV, CP)
<i>Fiança</i>	Inafiançável (art. 5º, XLII, CF)	Afiançável (art. 323, I, CPP)	Afiançável (art. 323, I, CPP)
<i>Composição civil ou transação penal (Lei nº 9.099/95)²³</i>	Não é possível para crimes cuja pena máxima prevista seja maior que 2 anos (art. 76, Lei nº 9.099/95; art. 2º, Lei nº 10.259/2001)	É possível, com base em interpretação jurisprudencial ²⁴	Não é possível para crimes cuja pena máxima prevista seja maior do que 2 anos (art. 76, Lei nº 9.099/95; art. 2º, Lei nº 10.259/2001)
<i>Suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95)</i>	É possível (art. 89, caput, Lei nº 9.099/95)	É possível, com base em interpretação jurisprudencial	É possível (art. 89, caput, Lei nº 9.099/95)

Substituição por pena alternativa	É possível (art. 44, CP)	É possível (art. 44, CP)	É possível (art. 44, CP)
-----------------------------------	--------------------------	--------------------------	--------------------------

Fonte: elaboração própria.

Note-se que a principal consequência entre as distintas formas de classificar a conduta recai sobre como a ação deve começar e ser impulsionada – por iniciativa do advogado do particular ou do promotor e, após 2009, sobre a necessidade ou não da autorização da vítima para que o Ministério Público possa iniciar a ação. Os acórdãos estudados por esta pesquisa (casos que chegaram aos Tribunais de Justiça até 2010) compreendem o período anterior à mudança que tornou a injúria racial crime de ação penal pública de iniciativa privada. Então, o que estava em jogo na discussão sobre se um xingamento Racista deve ser classificado como racismo ou injúria racial era a forma de processamento – público ou privado – da ação. Dessa forma, quando a disputa se coloca entre esses dois tipos, a qualificação penal dada ao caso concreto é fundamental na definição de como se desenvolverá a intervenção jurisdicional.

20 Para os ofendidos que não podem arcar com os custos de um advogado, o acesso à assessoria jurídica gratuita se dá em princípio por meio da Defensoria Pública (de acordo com a Lei Complementar nº 80/94, art. 4º XV, é função institucional desse órgão patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública). No estado de São Paulo, entretanto, verificamos, por meio de contatos com organizações da sociedade civil e defensores, que a Defensoria, nesses casos, durante o período em que a ação penal por injúria racial era de iniciativa privada (até 2009), prestava serviços de orientação jurídica e encaminhava o caso para nomeação de advogado dativo para iniciar a ação penal.

21 A rigor, o Código de Processo Penal estabelece prazos para conclusão de inquérito policial (art. 10), porém tais prazos são renováveis: réu preso: 10 dias, a contar da data de recebimento do Inquérito Policial; réu solto ou afiançado: 15 dias (art. 46, caput, CPP). Também estabelece um prazo para que o Ministério Público (MP) ajuíze a ação penal quando recebe os autos do inquérito policial. Se ele não oferecer a denúncia no prazo legal (art. 100, § 3º, do Código Penal, e art. 29 do Código de Processo Penal), o ofendido pode ajuizar ação penal privada subsidiária da pública e o MP fica na condição de assistente, podendo aditar a queixa ou oferecer denúncia alternativa. Isso depende evidentemente de um acompanhamento muito meticuloso por parte do advogado do ofendido. Na prática, é muito comum que esse prazo transcorra sem consequências para o MP.

22 Atualmente, o valor de cada UFESP é de R\$ 19,37.

O poder de realizar essa qualificação de forma definitiva é do juiz no momento da sentença. Autoridades policiais, no boletim de ocorrência, classificam juridicamente um caso, com repercussões importantes relacionadas à privação de liberdade. Essa qualificação não vincula a qualificação jurídica dada pelo promotor de justiça ou o ofendido querelante ao elaborar a

23 A Lei nº 9.099/95 estabelece a competência dos Juizados Especiais Criminais para julgar infrações penais de menor potencial ofensivo (definido como aqueles a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, artigo 61 da Lei nº 9.099/95). A lei estabelece um procedimento especial e mais célere para processá-los e introduz algumas medidas chamadas de “despenalizadoras”: (i) a composição civil entre autor e vítima antes de iniciar a ação penal como causa de extinção da punibilidade; (ii) também antes de iniciar a ação penal, a transação penal entre autor e Ministério Público, em que aquele aceita submeter-se a uma pena restritiva de direitos em troca da não instauração da ação penal; e (iii) caso nenhuma das alternativas se concretize, depois de iniciada a ação, a suspensão condicional do processo, em que pode o juiz suspender o processo por 2 a 4 anos, mediante o cumprimento de uma série de condições impostas ao acusado, que se cumpridas fazem extinguir a punibilidade e encerrar o processo penal. A suspensão do processo é aplicada para outros crimes que não apenas os de menor potencial ofensivo, já que seu espectro de aplicação, conforme estabelecido pela lei, é o de crimes cuja pena mínima não seja superior a 1 ano.

24 A rigor, de acordo com o dispositivo da lei, nem a transação, nem a suspensão poderiam se dar em ações penais de iniciativa privada. Porém, a jurisprudência já se assentou no sentido de permitir a aplicação desse instituto nesses casos. Cf., por exemplo, decisão da 5ª Turma do STJ que afirma que “A Lei nº 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada” (HC n. 13.337/RJ, rel. Min. Felix Fischer, j. em 15.5.2001). Conforme explica Nogueira (2003), “tratando-se de infrações de ação penal privada, imperam os princípios da discricionariedade e da disponibilidade, entendendo-se, desta forma, que a formulação da transação penal fica na estrita conveniência do ofendido, que, ao se recusar a formulá-las, inviabilizará a transação, uma vez que não se trata, aqui, de direito público subjetivo do autor do fato e do acusado”. No entanto, “o STJ vem admitindo a proposta de transação penal por parte do Ministério Público desde que não haja formal oposição do querelante há decisões em sentido diverso”. O referido autor menciona nesse sentido o RHC n. 8.123/AP, STJ, 6ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, 1999.

peça inicial da ação penal (denúncia ou queixa-crime). A classificação da peça acusatória é fundamental para definir o objeto do processo e o procedimento a ser seguido. Ou seja, o processo segue com a qualificação da denúncia ou queixa normalmente até o momento da sentença, em que pode haver necessidade de aditamento ou mudança da acusação.²⁵ Mas a classificação dada pela acusação e recebida pelo juiz pode ainda ser questionada nas instâncias superiores. É o que acontece em muitos dos casos que analisamos. O posicionamento do Tribunal a esse respeito, especificamente quando este vem a alterar a qualificação jurídica já dada em primeira instância, determina uma situação bastante problemática para os casos: toda vez que um caso classificado por racismo tiver sua classificação jurídica alterada para injúria racial após o prazo de 6 meses, que mencionamos na tabela acima, terá já ocorrido a decadência do direito de propor a ação penal privada por este crime. Ou, ainda, se essa decisão for proferida deixando pouco tempo para que o ofendido viabilize a queixa-crime, esse será um fator relevante para aumentar a probabilidade desse mesmo desfecho ou, ao menos, dificultar a preparação da ação a ser proposta. Há possibilidade também de anulação de todo o processo, que corra até então sob procedimento diverso do que seria o cabível sob a nova qualificação jurídica.

Em suma, como veremos adiante, a disputa pela qualificação jurídica dos fatos envolvendo xingamentos com conteúdos raciais está em disputa pela própria textura aberta do tipo penal de racismo. Se, de um lado, uma disputa por interpretação como essa é natural no ambiente jurídico, por outro, nesse caso, e na configuração processual do sistema até 2009, isso trouxe resultados problemáticos. Nos casos analisados, a disputa interpretativa e os movimentos de desclas-

25 Cf. arts. 384, 385 (emenda e alteração da acusação) e 569 (aditamento) do CPP. A mudança da qualificação jurídica da acusação pelo juiz no momento do seu recebimento se dá em hipóteses excepcionais. A jurisprudência entende que isso apenas pode acontecer em situações excepcionais, que prejudiquem o réu: “quando a conduta não se subsuma ao tipo nela descrito” ou quando “a permanência da classificação jurídica inicial impedir o reconhecimento da prescrição e acarretar graves consequências para o denunciado”, cf. Recurso em Sentido Estrito n. 16.987 GO 0016987-78.2007.4.01.3500 (TRF-1). É mais plausível que os casos de que tratamos aqui de discordância do juiz de primeiro grau com a classificação – a classificação do fato como racismo ou injúria – tenham resultado em rejeição da denúncia ou queixa por ilegitimidade de parte e não em alteração da classificação pelo juiz.

sificações geraram com frequência o encerramento precoce dos casos, conforme poderemos observar por meio dos dados sobre trancamento da ação, extinção de punibilidade, rejeição de denúncia ou queixa-crime e anulação.

2 Metodologia

2.1 Algumas considerações sobre pesquisas empíricas com acórdãos judiciais

O estudo quantitativo de decisões judiciais exige algumas ressalvas sobre as fontes utilizadas, a forma parcial de disponibilização dos dados pelos órgãos do sistema de justiça e as inferências possíveis a partir deles.

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que tratamos aqui do conjunto de casos que alcançaram a segunda instância do Judiciário. Optamos por esse recorte de pesquisa uma vez que os casos de primeira instância não estão sistematizados em bancos de dados que permitam o acesso por tema ou objeto tratado. O estudo dos casos em primeira instância exigiria outra estratégia, provavelmente pulverizada nas varas, para acesso ao conjunto dos casos que tratassem do tema que nos importa. Isso significa que não se pode, a partir do conjunto estudado, fazer considerações sobre a representatividade desses casos no sistema de justiça criminal como um todo, sobre como os casos se resolvem em primeira instância e muito menos sobre a ocorrência dos conflitos concretos envolvendo questões raciais. Olhamos apenas os casos que chegaram aos Tribunais – e nem sequer todos, como alertaremos abaixo. É preciso considerar a incidência de uma série de filtros que atuam até que o caso chegue às instituições que analisamos: primeiro, considere-se o fato de que dentre os vários conflitos que ocorrem diariamente, por uma série de razões que não cabe aqui explorar, apenas uma pequena parcela deles chega até uma instituição do sistema de justiça; além disso, dos casos iniciados, normalmente em delegacias de polícia, apenas uma parte deles chega a se tornar ações penais. Dessas, por sua vez, nem todas chegarão a ser discutidas pelos Tribunais – quer porque foram encerradas em alguma etapa da primeira instância, quer porque não houve recurso que as fizesse subir para o Tribunal.

Além disso, é importante tecer comentários acer-

ca da utilização dos bancos de dados dos Tribunais como fonte do material empírico.

Todas as decisões judiciais e acórdãos proferidos pelo Poder Judiciário, por respeito ao princípio da publicidade dos atos processuais, são publicados no Diário Oficial, que é a ferramenta central utilizada por advogados para localizarem publicações em ações nas quais atuam. Essas decisões, na maioria dos casos, são também digitalizadas e tornadas públicas nos sites dos respectivos Tribunais e são, via de regra, localizáveis a partir do número do processo ou nome dos advogados ou das partes.

Além disso, praticamente todos os Tribunais brasileiros, de segunda instância e superiores, estaduais ou federais, comuns ou especiais (militar, eleitoral ou trabalhista), têm um banco de jurisprudência para pesquisa online das decisões proferidas por aquele órgão. Contudo, o conjunto das decisões digitalizadas que mencionamos acima – que em alguns casos, como no TJSP, afirma-se ser completo – não coincide com o conteúdo das decisões que compõem o banco de dados para pesquisa de jurisprudência no qual se pode fazer pesquisa a partir de palavras-chave. Ou seja, apenas parte do que é decidido está disponibilizado no site de tais instituições para buscas online a partir do objeto de interesse do pesquisador. Em geral, o setor responsável de cada Tribunal seleciona as decisões que irão para o site da instituição, mas pouco se sabe sobre os critérios dessa seleção. Sabe-se que eles aparentemente variam de Tribunal para Tribunal, assim como a frequência com a qual os bancos de dados são atualizados e o percentual das decisões tornadas públicas por Tribunal em relação ao total dos casos decididos. Por exemplo, ao consultarmos o setor respectivo de alguns dos Tribunais com os quais trabalhamos, notamos distintas orientações para essa seleção: em um Tribunal obtivemos a informação de que estaria havendo um esforço de alimentar o banco com o máximo de decisões possível. Em outro, fomos informadas de que, quando um tipo de decisão é muito recorrente, eles param de alimentar o banco com decisões no mesmo sentido, para buscar mais diversidade. Em outras palavras, a seleção do que vai para o banco não é aleatória, mas tampouco os critérios de seleção são identificáveis, claros ou uniformes.

É com este conjunto de decisões que trabalharemos nesta pesquisa. Isso quer dizer que se deve fazer notar enfaticamente que, a partir deste trabalho, não se pode tecer considerações sobre o conjunto de casos submetidos e efetivamente julgados por Tribunal. De outro lado, este é o único conteúdo tornado público pelos Tribunais para ser pesquisado em seus sites a partir da busca pelo objeto do caso, e por essa simples razão, embora não representativo, trata-se de um universo relevante. Além disso, as descobertas que esse universo foi capaz de proporcionar foram pertinentes para os fins da nossa pesquisa: estávamos interessados menos em medir a frequência dos fenômenos e mais em compreender a dinâmica da aplicação da lei, a utilização dos conceitos e argumentos jurídicos, os empecilhos e gargalos que operavam para gerar a sensação generalizada de insatisfação com a lei. O banco dos Tribunais – embora incompleto e bastante criticável no que diz respeito a sua utilização para a pesquisa empírica – ainda assim foi capaz de nos colocar diante de alguns padrões de atuação do sistema, de questões em disputa e de pontos em que o funcionamento do sistema nos casos desses crimes se mostrou problemático.

De qualquer modo, é preciso registrar a urgência para que se discuta publicamente a necessidade de aprimoramento dos bancos de dados digitalizados do sistema de Justiça para fins de pesquisa. Até agora, os esforços de digitalização dos processos têm em mira os usuários do sistema e operadores do direito. Incorporar nesse processo a preocupação com o acesso do pesquisador nos parece da maior relevância, na medida em que a pesquisa empírica é um elemento poderoso de controle democrático de uma instituição que tem cada vez mais poder de decisão (vide o intenso debate sobre a crescente frequência de leis abertas e ampliação do poder de interpretação dos juizes; a judicialização das demandas coletivas, da política etc.), mas que ainda não aprimorou os meios de se tornar público e transparente o resultado de suas atividades. É claro que não se pode falar em fechamento total desse poder. Há uma série de iniciativas que caminham para sua abertura – por exemplo, o aprimoramento dos sites e boletins de notícias, a transmissão ao vivo dos julgamentos do STF (algo que ocorre em poucos lugares do mundo), a atuação do próprio CNJ. Mas de

forma geral ainda podemos afirmar que a informação não é de fácil acesso para o pesquisador que simplesmente quer saber como nossos Tribunais julgam determinado tema.²⁶

2.2 Levantamento de dados e construção do banco

O levantamento jurisprudencial foi realizado em dois momentos. Em agosto de 2008 foi realizada a primeira busca nos acórdãos disponíveis nos sites do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).²⁷ Em novembro de 2010, a busca foi ampliada para outros dez tribunais, além de São Paulo: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça,²⁸ Tribunais de Justiça dos estados do Acre, Bahia, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rondônia e Rio Grande do Sul. Da mesma forma como feito no procedimento anterior, complementamos as buscas com os casos disponíveis no banco de dados da AASP, que contempla casos de outros Tribunais, além dos TJSP (ainda que não se saiba ao certo em que medida a alimentação desse banco é extensiva em relação aos casos de outros estados).

Em ambos os levantamentos, utilizaram-se como termos de busca as expressões “racismo”, “injúria qualificada”, “injúria racial” e “discriminação racial”, resultado, na pesquisa feita no ano de 2008, em 1275 decisões e, na pesquisa feita no ano de 2010, em 786 decisões.

Por meio de filtrações manuais, foram descartados

26 Realizamos essa discussão também em: Machado e Rodríguez (2012).

27 O levantamento dos acórdãos foi precedido de um contato com o Setor de Jurisprudência do TJSP e com o setor responsável na AASP. Ambos informaram que uma pequena parcela das decisões judiciais publicadas no Diário Oficial é disponibilizada nos sites. Conforme informações obtidas, os sistemas de busca de cada site trazem resultados diferentes para uma pesquisa feita com as mesmas palavras-chave. Isso significa que os sites apresentam mecanismos diferentes para levantar os dados presentes nos seus respectivos bancos. Assim, considerando que os bancos não são completos e que uma mesma busca pode levar a universos distintos, optou-se por realizar a interseção desses universos, de modo a ampliar nosso campo de análise.

28 O escasso número de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça implicou em um estudo qualitativo dessas decisões. Por tal motivo, elas não integram os resultados presentes neste artigo, que objetiva apresentar resultados quantitativos.

agravos de instrumento, embargos de declaração e conflitos de competência.²⁹ Em relação ao conteúdo, foram excluídos acórdãos sobre matéria não penal,³⁰ aqueles que apenas mencionavam o termo “racismo” mas não tratavam diretamente de um caso de racismo e decisões que versavam sobre formas de discriminação estritamente religiosa ou relacionadas a outros grupos, como estrangeiros.³¹ A partir dessa filtragem manual chegou-se a um conjunto de 200 acórdãos sobre discriminação racial contra negros, distribuídos nos nove Tribunais de Justiça.

Todos os acórdãos foram copiados e cada decisão foi classificada de acordo com uma série de critérios que permitissem (i) identificação de cada acórdão, (ii) seu histórico factual e processual, (iii) suas decisões e (iv) suas fundamentações. Tais informações foram processadas em uma tabela no Excel®.

3 Resultados quantitativos

3.1 Dados processuais

Do universo de 200 decisões sistematizadas, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) apresenta o maior número de decisões sobre a aplicação da legislação antirracismo, representando 62,5% do total das decisões. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), em segundo lugar, representa 16%, seguido do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) com 11,5%. Os outros 10% restantes distribuem-se do seguinte modo: 0,5% referentes ao Tribunal de Justiça do Acre (TJAC), 1% do Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA), 5% do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS),

29 Tais recursos foram excluídos pois, majoritariamente, versam apenas sobre aspectos processuais específicos daqueles processos, que pouco se relacionavam com o objeto da pesquisa.

30 Assim sendo, ficam excluídas todas as decisões relacionadas a reparação civil. Essas decisões não estavam no foco desta pesquisa, mas são interessantes à discussão do tema sob outra perspectiva pois mostram outra possibilidade de utilização do direito, por via da manipulação de leis gerais – que não se relacionam especificamente ao pacote de leis antidiscriminação, que, como dissemos, foi construído no Brasil a partir do campo penal. Esse é o caso, por exemplo, da demanda de reparação civil por ato discriminatório, que se articula das regras gerais de indenização do Código Civil ou Trabalhista (se o episódio se dá no âmbito das relações de trabalho). Discutimos os casos civis encontrados na primeira fase deste levantamento em: Machado; Püschel e Rodríguez (2009).

31 Nesse sentido, foram excluídas decisões que tratavam de ofensas contra portugueses e alemães.

1% do Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB), 0,5% do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) e 2,0% do Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO).

Quadro 2. Distribuição de julgados por Tribunal

Tribunal	Frequência	Percentual
TJAC	1	0,5%
TJBA	2	1,0%
TJMS	10	5%
TJPB	2	1,0%
TJPE	1	0,5%
TJRJ	23	11,5%
TJRO	4	2,0%
TJRS	32	16%
TJSP	125	62,5%
Total	200	100,0%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).

Ao ler o quadro acima, é preciso ter em mente que ele é apenas um referencial do número de recursos julgados por Tribunal ao longo dos anos que estão sob análise, que fala apenas a favor da relevância das decisões emanadas pelo TJSP na leitura dos dados a seguir expostos.³²

Em relação ao autor do recurso, o querelado (ofensor) interpôs 49% dos recursos, enquanto 37% foram interpostos pelo querelante (ofendido). Em geral, o primeiro tentando obstar o prosseguimento da ação ou reverter uma condenação, e o segundo se voltando contra algum ato do juiz de primeira instância que bloqueou o seguimento do caso, ou se voltando contra a absolvição no mérito. O Ministério Público, por sua

³² A leitura desmembrada por Tribunal é possível a partir do nosso banco, mas não teríamos espaço para esse detalhamento neste texto.

vez, foi o autor do recurso em 8% dos casos. Contabiliza-se ainda que o querelante e o querelado interpu- seram, simultaneamente, 3,5% dos recursos, ao passo que foram interpostos pelo querelado e Ministério Público 1% dos recursos. Na categoria “outros” há uma exceção de suspeição interposta simultaneamente por querelante, querelado e Ministério Público³³ e um acórdão enviado ao Tribunal pelo juiz ex officio.³⁴

Note-se que o dado sobre a variação dos autores do recurso pode ser influenciado por intensidade de atividade litigante, mas fala muito sobre o tipo de decisão recorrida e a quem ela desfavorece – tratamos disso logo abaixo.

Quadro 3. Distribuição de julgados por autor do recurso

Autor	Frequência	Percentual
Querelado (ofensor)	98	49%
Querelante (ofen- dido)	74	37%
Ministério Público	16	8%
Querelante (ofen- dido) e querelado (ofensor)	7	3,5%
Ministério Público e querelado (ofensor)	2	1%
Querelante, que- relado e Ministério Público	1	0,5%
Outros	2	1%
Total	200	100,0%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).

³³ Trata-se de uma Exceção de Suspeição – defesa em que se impugna a pessoa de um juiz sob o fundamento de que o mesmo não tem isenção para solucionar a demanda.

³⁴ Trata-se de um recurso de habeas corpus interposto contra ato de autoridade policial, que instaurou inquérito policial para averiguação de eventual delito de injúria por preconceito racial ignorando que crimes contra a honra só podem ser perseguidos criminalmente mediante queixa.

A maioria dos casos, isto é, 58,5% dos recursos julgados pelos Tribunais de Justiça são apelações criminais, ou seja, recurso cabível contra decisão em primeiro grau. Em segundo lugar constam recursos em sentido estrito (uma espécie de agravo em processo penal, recurso que contesta decisões não definitivas quando a ação ainda está em curso), correspondentes a 21,5% do total, todos interpostos contra decisão do juiz de primeiro grau que rejeitou denúncia ou queixa-crime (não instaurando, assim, a ação penal). Em terceiro lugar, verificou-se a presença do habeas corpus, com incidência de 15,5% (nesse caso, trata-se de recurso do autor da ofensa, réu na ação penal, questionando sua instauração ou continuidade). Encontram-se ainda casos de ações que iniciaram diretamente nos Tribunais (ou seja, não chegaram até ele para revisão de decisão anterior do juízo da ação): queixa-crime, 1,5% dos casos, denúncia e representação criminal, cada um correspondendo a 1% dos casos. Esses são casos envolvendo competência originária do Tribunal, ou seja, em que a ação penal se inicia e é processada em segunda instância, e tratam de julgamento de indivíduos detentores de prerrogativa de foro, a saber, prefeito e vereador. Encontramos residualmente um caso de embargos infringentes³⁵ e uma exceção de suspeição (conf. nota 33) e 1% dos casos classificados como “outros”.³⁶

Notamos, portanto, que em um número elevado de casos o que se discute é a possibilidade de breçar

35 Recurso previsto no artigo 609 do Código de Processo Penal que somente pode ser impetrado pelo acusado quando decisão de segunda instância não for unânime e desfavorável ao réu.

36 Um dos casos trata de uma representação contra um juiz de Direito que, além de injúria racial, teria incorrido em abuso de autoridade ao usar de suas prerrogativas para ordenar a prisão de cidadão. O caso foi arquivado pelo TJSP, tendo em vista a posição do Procurador de Justiça, titular da ação penal, que pediu o arquivamento do caso. O segundo caso é posterior à alteração da Lei de 2009 que transformou a injúria racial em ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Tratando de crime praticado por prefeito, o órgão perante o qual a representação do ofendido deveria se dar é o Tribunal de Justiça (nos demais casos seria a primeira instância). Nesse caso, o Tribunal rejeitou a representação porque foi feita por um Sindicato, pela Secretaria de Combate ao Racismo da Macro Região de Campinas do Partido dos Trabalhadores e pelo Movimento Negro Unificado. O TJSP entendeu que essas pessoas jurídicas não podem representar o ofendido, que deveria ter dado sua anuência pessoalmente. Diante do decurso do prazo decadencial sem a representação válida decidiu pelo arquivamento do caso.

o fluxo natural da ação penal. Se, de um lado, esse dado nos dá a indicação de que há questões jurídicas controvertidas sendo levantadas ao longo do processo criminal desses casos, não é possível afirmar que isso é uma característica especial dos crimes de racismo. Isso porque é muito comum que parte da defesa feita por advogados no âmbito do processo criminal, para além da discussão do mérito, envolva justamente o levantamento de falhas na propositura da ação penal ou questões que inviabilizem o seu seguimento. O número de casos que chegam aos Tribunais questionando o próprio seguimento da ação mostrou-se elevado em outras pesquisas empíricas em jurisprudência penal, que tratavam de outras matérias.³⁷ Em outras palavras, é claro que cada tema pode levantar questões distintas, mas a tendência de questionar o seguimento mesmo dos casos não é exclusiva dos casos de racismo.

Quadro 4. Distribuição de julgados por recurso

Recurso	Frequência	Percentual
Apelação criminal	117	58,5%
Recurso em sentido estrito	43	21,5%
Habeas corpus	31	15,5%
Queixa-crime	3	1,5%
Denúncia	2	1,0%
Embargos infringentes	1	0,5%
Exceção de suspeição	1	0,5%
Outros	2	1,0%
Total	200	100,0%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebtrap).

37 Isso se verificou, por exemplo, em pesquisa realizada sobre crimes financeiros e tributários e nos casos penas envolvendo administradores de pessoas jurídicas. É preciso notar no entanto que nesses chamados “crimes empresariais” uma particularidade importante é a presença de advocacia privada de alta qualidade e com estratégia de litigância muito ativa. Cf. os seguintes estudos: Machado & Machado (2009) e Machado & Prado in Calda & Neves (Eds.) (2013).

A partir do Quadro 5 abaixo pode-se perceber que 67,5% dos recursos analisados são originários de ações privadas, ou seja, aquelas cujo autor da ação é o ofendido ou seu representante legal. Já as ações de iniciativa pública, ou seja, que foram promovidas pelo Ministério Público, representam 30% dos casos. Há ainda 5 casos (2,5% do total) que foram interpostos antes do recebimento da ação penal (Inquérito Policial). Esses dados esclarecem a composição do nosso universo, mas dele podemos tirar poucas conclusões já que não sabemos a proporção dessas ações na primeira instância.

Quadro 5. Distribuição de julgados por tipo de ação

Ação	Frequência	Percentual
Ação Privada	135	67,5%
Ação Pública	60	30%
Inquérito Policial	5	2,5%
Total	200	100,0%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebap).

3.2 As decisões nos Tribunais de Justiça No quadro geral dos resultados das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça, prevalece o maior número de condenações (24,5%) em relação às absolvições (20%). Há um número considerável de decisões de rejeição da denúncia ou queixa (15%) e extinção da punibilidade do ofensor (10,5%). O número de decisões em que o Tribunal decide pelo recebimento da denúncia ou queixa é inferior ao que recusa (8%). Se somarmos o número de casos em que os Tribunais decidem pelo recebimento da acusação às decisões de prosseguimento da ação teremos 33 casos (ou seja, 16,5%). Esse número é inferior aos casos em que o Tribunal decide não iniciar, anular, extinguir ou trancar a ação. Em outras palavras, juntando tais categorias que representam encerramento precoce dos casos, descobrimos que esse é o resultado mais significativo do nosso universo de pesquisa – 59 casos ou 29,5% de todas as decisões do Tribunal. Ainda que diante de todas as ressalvas sobre a falta de representatividade do nosso universo, podemos aqui ter alguma pista sobre a insatisfação acerca do desfecho dos casos.

Na categoria “Outros” constam decisões de arqui-

vamento, indeferimento de liminar, realização de audiência preliminar, não conhecimento de recurso, absolvição imprópria e declinação de competência do Tribunal – decisões residuais que dizem respeito a questões de gestão do processo.

Quadro 6. Distribuição de julgados por decisão de segundo grau

Decisão de segundo grau	Frequência	Percentual
Condenação	49	24,5%
Absolvição	40	20%
Rejeição de denúncia/ queixa	30	15%
Extinção de punibilidade	21	10,5%
Prosseguimento da ação penal	17	8,5%
Recebimento da denúncia/queixa	16	8%
Anulação	5	2,5%
Condenação + Extinção da punibilidade	5	2,5%
Trancamento da ação penal	3	1,5%
Outros	14	7%
Total	200	100%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebap).

Após a apresentação desses dados gerais, discorremos agora com maior detalhamento sobre as decisões, apresentando e discutindo seus fundamentos e quantificando ocorrências de acordo com a tipificação de crime escolhida, o que nos pareceu ser uma das questões controversas mais relevantes do tratamento dos casos pelos Tribunais.

3.2.1 As decisões nos Tribunais de Justiça: distribuição por tipos de crime de racismo e fundamentações

Condenações

No que se refere às condenações observamos que a

maior parte das decisões se refere a crimes contra a honra, sendo que 55,1% dizem respeito a injúria qualificada por utilização de elemento racial, enquanto 28,7% representam outras modalidades de crimes contra a honra (como difamação, injúria simples, em concurso ou não com outros crimes). Em menor proporção registramos condenações por racismo ou discriminação, como se pode observar no quadro abaixo:

Quadro 7. Distribuição de condenações por tipo de crime

Tipo de crime	Frequência	Percentual
Crimes contra a honra – Injúria qualificada Art. 140, § 3º CP	27	55,1%
Crimes contra a honra e outros (concurso de crimes) Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III, art. 155, § 4º, I, II e IV	14	8,7%
Crime de racismo Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89, art. 20, § 2º, Lei nº 7.716/89	4	8,1%
Condutas discriminatórias ³⁸ Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/896	3	6,1%
Outros Art. 331, CP	1	2%
Total	49	100%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebap).

38 Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada; art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público; art. 14º Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social.

Dentre as sentenças condenatórias, verifica-se que, majoritariamente, a pena aplicada ao ofensor é de 1 ano de reclusão mais até 10 dias-multa (30,6% dos casos), seguida de 1 a 2 anos e de reclusão mais até 15 dias-multa (22,5% do total). O mínimo legal para o crime de injúria racial – pena de 1 ano de reclusão – foi aplicado em 7 condenações (14,2% dos casos). As demais frequências podem ser observadas no Quadro 8 (abaixo).

Quadro 8. Distribuição de julgados por quantidade de pena imposta

Pena	Frequência	Porcentagem
1 ano de reclusão mais até 10 dias-multa	15	30,6%
Até 1 ano de reclusão	7	14,2%
De 1 a 2 anos de reclusão mais até 15 dias-multa	11	22,5%
De 1 a 2 anos de reclusão	6	12,3%
De 2 a 3 anos de reclusão	3	6,2%
De 2 a 3 anos de reclusão mais multa	1	2%
2 anos de reclusão	2	4%
3 anos de reclusão	3	6,2%
Nada consta	1	2%
Total	49	100%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebap).

Do total de 49 condenações, em ao menos 46 sentenças houve substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos. A substituição é possível, segundo o artigo 44 do Código Penal brasileiro, para todos os casos em que a condenação não supere 4 anos, em hipótese de crime culposo ou que não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. O condenado não pode ser rein-

cidente (ou em caso de reincidência inespecífica há hipótese de aplicação excepcional pelo juiz) e deve preencher determinados requisitos subjetivos observáveis pelo juiz (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade etc.).

A pena substitutiva mais aplicada ao ofensor é a prestação pecuniária mais prestação de serviços à comunidade (nos termos do estipulado pelo juiz das execuções) – 14 casos ou 30,4% do total. Em outros casos, cada modalidade de pena restritiva é aplicada de forma isolada – ou só prestação pecuniária (10 condenações ou 21,8% do total) ou prestação de serviços à comunidade (10 condenações ou 21,8% do total). Há doze casos (26% do total) em que não há especificação quanto à pena aplicada (vide Quadro 9). Não conseguimos observar, a partir do acórdão, a que tipo de serviço comunitário o condenado foi encaminhado, nem ter detalhes sobre sua execução.

Quadro 9. Distribuição de julgados por pena restritiva de direitos

<i>Pena restritiva de direito</i>	<i>Frequência</i>	<i>Porcentagem</i>
Pena pecuniária + Prestação de serviços à comunidade	14	30,4%
Pena pecuniária	10	21,8%
Prestação de serviços à comunidade	10	21,8%
Nada consta/ Sem especificação ³⁹	12	26%
Total	46	100%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebap).

Absoluções

O Quadro 10 (abaixo) apresenta dados sobre absolvi-

³⁹ Não há informações suficientes a respeito ou a pena não é especificada pelo desembargador.

ções por tipo de crime. Nota-se que absolvição de injúria qualificada por elemento racial representa 35% dos casos, demais crimes contra a honra, 30%. Vinte e cinco por cento dos casos correspondem à absolvição por racismo, e não encontramos nenhum caso de absolvição por conduta discriminatória prevista na Lei nº 7.716/89.

Quadro 10. Distribuição de absolvições por tipo de crime

<i>Tipo de crime</i>	<i>Frequência</i>	<i>Percentual</i>
Crimes contra a honra – Injúria qualificada Art. 140, § 3º, CP	14	35%
Crimes contra a honra e outros (concurso) Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III	12	30%
Crime de racismo Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89, art. 20, § 1º, § 2º, Lei nº 7.716/89	10	25%
Condutas discriminatórias Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89	0	0
Crime de racismo e Injúria qualificada (concurso) Art. 20, Lei nº 7.716/89, e art. 140, § 3º, CP	2	5%
Não foi possível identificar tipificação	2	5%
Total	40	100%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebap)

A absolvição de um acusado pelo juiz ou tribunal pode ter fundamentos distintos. Nos termos do Código de Processo Penal, a absolvição pode se justificar em sete situações: (i) estar provada a inexistência do

fato (CPP, art. 386, I); (ii) não haver prova suficiente da existência do fato (CPP, art. 386, II); (iii) não constituir o fato infração penal (CPP, art. 386, III); (iv) estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (CPP, art. 386, IV); (v) não existir prova suficiente de que o réu concorreu para a infração penal (CPP, art. 386, V); (vi) existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou existir dúvida sobre a existência do crime (CPP, art. 386, VI); ou (vii) não existir prova suficiente para a condenação (CPP, art. 386, VII).

Nas decisões absolutórias dos Tribunais de Justiça, o fundamento mais recorrente foi o da inoportunidade da infração penal pela inexistência de dolo (intenção de ofender) por parte do ofensor baseado nos incisos III e VII⁴⁰ (numa frequência de 22 do total de absolvições). A questão da falta de respaldo probatório – baseados nos incisos II, V e VII – também fundamentou grande parte das decisões (frequência de 20). Há ainda um número elevado de absolvições com base no inciso VI (numa frequência de 10) e residualmente (2) baseadas no inciso IV, conforme podemos observar abaixo:

Quadro 11. *Distribuição de julgados por fundamento da absolvição em segundo grau*⁴¹

Fundamento da absolvição	Frequência
Estar provada a inexistência do fato (CPP, art. 386, I)	0
Não haver prova suficiente da existência do fato (CPP, art. 386, II)	7
Não constituir o fato infração penal (CPP, art. 386, III)	15
Estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (CPP, art. 386, IV)	2

40 Dos 11 casos, em 7 o juiz afirma que a prova colhida não é suficiente para a condenação, pois não restou comprovada a motivação/intenção racista (dolo). Por esse motivo os contabilizamos juntamente com absolvições com base no inciso III.

41 Essa tabela não apresenta dados percentuais, pois é possível absolver com fulcro em mais de um inciso do art. 386 do Código do Processo Penal.

Não existir prova suficiente de que o réu concorreu para a infração penal (CPP, art. 386, V)	2
Existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou existir dúvida sobre a existência do crime (CPP, art. 386, VI)	10
Não existir prova suficiente para a condenação (CPP, art. 386, VII)	11
Aplicação de medida de segurança ⁴²	1

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebap).

Rejeição da denúncia/queixa-crime

Muitos dos recursos analisados questionavam a decisão do juiz de primeira instância que rejeitou denúncia/queixa-crime e buscavam que o Tribunal, revertendo a recusa, instaurasse a ação penal. Todos eles foram interpostos pelo ofendido ou Ministério Público. Em trinta casos o Tribunal terminou por confirmar a decisão de rejeição da denúncia ou queixa dada em primeira instância, que versava sobre crime de injúria qualificada em 11 deles, racismo em 8, outros crimes contra a honra em 7, e concurso de racismo e injúria qualificada em 2 casos.

Quadro 12. *Distribuição de “Rejeição da denúncia/queixa-crime” por tipo de crime*

Tipo de crime	Frequência	Percentual
Crimes contra a honra – Injúria qualificada Art. 140, § 3º, CP	11	36,7%

42 A imposição de medida de segurança (tratamento ambulatorial ou internação) ocorre em nosso sistema nos casos em que o réu for considerável inimputável. Embora envolva na grande maioria dos casos a privação de liberdade, é classificada “eufemisticamente” pela nossa legislação processual como uma absolvição imprópria. Seguimos aqui a classificação técnica do Código, alocando o caso encontrado junto com as absolvições, mas entendemos ser importante notar que essa forma de nomear a medida de segurança obscurece o seu caráter punitivo e impositivo de sofrimento.

Crime de racismo Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89	8	26,7%
Crimes contra a honra e outros (concurso) Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III	7	23,4%
Crime de racismo e Injúria qualificada Art. 20, Lei nº 7.716/89, e art. 140, § 3º, CP	2	6,6%
Condutas discriminatórias Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89	0	0
Não foi possível identificar	2	6,6%
Total	30	100%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebap).

Metade das ações havia sido rejeitada com fundamento na ausência de justa causa, respaldo probatório ou atipicidade; 26,6% por ilegitimidade do Ministério Público para proposição da ação (casos em que o MP tentou iniciar ação penal pública por racismo e o juiz entendeu que deveria ser interposta ação penal privada pelo ofendido); e 13,3% por decadência do prazo para sua proposição (casos em que o juiz de primeira instância, ao entender que se tratava de injúria racial e não racismo, notou o decurso de prazo decadencial de 6 meses, tal como explicamos antes). A negativa de instauração da ação penal tanto nos casos de ilegitimidade do MP como de decadência do prazo se deram por conta da desclassificação do tipo de crime – de racismo para injúria racial.

Quadro 13. Fundamento da rejeição da denúncia/queixa-crime

Fundamento da rejeição da denúncia	Frequência	Percentual
Ausência de justa causa/respaldo probatório ou Atipicidade	15	50%
Ilegitimidade do Ministério Público	8	26,6%
Decadência do prazo para proposição da ação	4	13,3%
Não conhecimento do recurso	1	3,4%
Outros	2	6,7%
Total	30	100%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebap).

Extinção da punibilidade

Vimos um número significativo de casos que foram encerrados pela ocorrência de alguma causa extintiva da punibilidade,⁴³ em sua maioria casos de decadência e prescrição.

Isso aconteceu mais frequentemente nos casos que envolviam crime de racismo (38%). Dos acórdãos que terminaram em extinção da punibilidade 28,5% eram casos de injúria qualificada por uso de elemento racial, e 14,5% condutas discriminatórias. Concurso de crimes contra a honra e concurso entre racismo e injú-

⁴³ Essas circunstâncias que fazem extinguir a pretensão punitiva do Estado estão previstas no artigo 107 do Código Penal e são: a morte do agente; a anistia, graça ou indulto; a retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; a prescrição, decadência ou perempção; a renúncia do direito de queixa ou o perdão aceito, nos crimes de ação privada; a retratação do agente e o perdão judicial, nos casos previstos em lei.

ria qualificada representaram 9,5% cada dos casos de extinção da punibilidade, conforme o quadro abaixo.

Quadro 14. *Distribuição de extinção de punibilidade por tipo de crime*

<i>Tipo de crime</i>	<i>Frequência</i>	<i>Percentual</i>
Crime de racismo Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89	8	38%
Crimes contra a honra – Injúria qualificada Art. 140, § 3º, CP	6	28,5%
Condutas discriminatórias Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89	3	14,5%
Crimes contra a honra e outros (concurso) Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III	2	9,5%
Crime de racismo e injúria qualificada (concurso) Art. 20, Lei nº 7.716/89, e art. 140, § 3º, CP	2	9,5%
Total	21	100%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebap).

As decisões dos Tribunais de Justiça sobre extinção de punibilidade decorrem, em sua maioria, da ocorrência da decadência do prazo de seis meses do conhecimento do autor do ilícito para a propositura da ação penal (47,6% ou 10 casos). Importante destacar que em 8 dos 10 casos de decadência, essa ocorreu porque antes de reconhecê-la os desembargadores desclassificaram o caso, ou seja, entenderam que

seriam casos de injúria qualificada (ação penal privada) e não racismo (ação penal pública). A desclassificação gerou a ocorrência da decadência, na medida em que ao desclassificar já teria decorrido o prazo de 6 meses entre a ocorrência do fato e o início da ação penal privada pelo ofendido. A combinação da decisão de reclassificação com o dispositivo que prevê sem ressalvas o decurso do prazo decadencial⁴⁴ gera uma situação no mínimo paradoxal: o ofendido/vítima – embora tivesse tido até então seu caso movimentado pelos demais agentes do sistema de justiça criminal (delegado, promotor de justiça, juiz de primeira instância), que o classificavam como um caso de racismo é surpreendido com a decisão do Tribunal de que seu caso será extinto pois, ao se tratar de injúria racial e não racismo, deveria ter tomado a iniciativa de ter proposto ação penal privada em um prazo que já transcorreu. A crítica a esse conjunto de decisões deve ser feita de forma cuidadosa. A disputa pela classificação de casos é uma parte importante do processo de aplicação da lei penal e é bastante comum que essas disputas cheguem aos Tribunais (por exemplo, se um caso configura tráfico ou uso de entorpecentes; crime tributário ou lavagem de dinheiro, e assim por diante). A decisão por compreender os xingamentos Racistas como injúria racial e não racismo é justificável e defensável – há princípios de interpretação da lei penal, como o da especialidade, que falam em favor desse entendimento, embora ambos sejam plausíveis e disputáveis (Machado, 2009). Além disso, não é possível afirmar – pelo menos não sem mais pesquisa, e pesquisa que vá além da análise de acórdãos – que as decisões de reclassificação tinham por fim não declarado justamente a extinção do caso pela decadência. De outro lado, é inegável o aspecto praticamente irracional do desfecho desses casos, e embora a lei processual penal não fizesse nenhuma exceção ao transcurso desse prazo não seria de todo descabido que o Judiciário, diante do silêncio da lei, decidisse de modo a evitar resultado que julgasse injusto. Tampouco seria a primeira vez que isso ocorreria. De qualquer forma, independentemente da crítica à atuação dos desembargadores, é perfeitamente compreensível que esse desfecho seja altamente frustrante para vítimas e organizações do

⁴⁴ Art. 103 do CPP, cf. Quadro 1 sobre as diferenças nas normas processuais que recaem sobre as distintas qualificações jurídicas.

Movimento Negro e que jogue a favor do sentimento de ineficácia da lei.

Com relação aos demais casos de extinção, temos 33,3% encerrados em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, que é o caso de inércia do Estado e esgotamento do lapso temporal para que o acusado possa ser punido. Em menor frequência (indicadas no quadro a seguir) as ações penais são encerradas por preempção (consequência da ausência de andamento processual pelo autor da ação penal privada), perdão do ofendido e perdão judicial (em um caso de retorsão imediata – troca mútua de ofensas verbais).

Quadro 15. Distribuição de julgados por fundamento da extinção de punibilidade em segundo grau

Causa da extinção da punibilidade	Frequência	Porcentagem
Decadência	10	47,6%
Prescrição ⁴⁵	7	33,3%
Perempção	2	9,5%
Perdão do ofendido	1	4,8%
Perdão judicial	1	4,7%
Total	21	100%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).

Prosseguimento da ação penal

Os TJs decidiram pelo prosseguimento da ação penal em 17 casos. Dentre estes, 16 foram interpostos pelo ofensor, que pleiteavam o trancamento da ação com fundamentos diversos, dentre os mais frequentes: ausência de dolo, atipicidade da conduta e insuficiência probatória. Há também pedidos de desclassificação. No caso interposto pelo ofendido, este requer o reconhecimento de imprescritibilidade do crime por se tratar de racismo, uma vez que a ação havia sido extinta em primeira instância. Destes casos, 47%

⁴⁵ Esses casos referem-se à prescrição antes do trânsito em julgado. Separamos as 5 decisões em que isso se deu após o trânsito, pois achamos relevante considerar que nesses casos houve decisão de mérito condenatória.

referiam-se a crimes de racismo, 35,3% a crimes de injúria qualificada e 17,7% a crimes contra a honra e outros (concurso), como se pode observar no Quadro 16, a seguir.

Quadro 16. Distribuição de decisões de “prosseguimento da ação penal” por tipo de crime

Tipo de crime	Frequência	Percentual
Crime de racismo Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89	8	47%
Crimes contra a honra – Injúria qualificada Art. 140, § 3º, CP	6	35,3%
Crimes contra a honra e outros (concurso) Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III	3	17,7%
Crime de racismo e Injúria qualificada Art. 20, Lei nº 7.716/89, e art. 140, § 3º, CP	0	0
Condutas discriminatórias Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89	0	0
Não foi possível identificar	0	0
Total	17	100%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).

Recebimento da denúncia

Nos 16 casos em que o Tribunal recebeu denúncia/queixa-crime, 15 recursos foram interpostos pelo ofendido – que buscava mudança de decisão de primeiro grau (que havia rejeitado a acusação). Um dos casos se tratou de habeas corpus interposto pelo ofensor alegando constrangimento ilegal em razão do recebimento de queixa-crime na primeira instância.⁴⁶ Do total de casos desse tipo, 68,8% referiam-se

⁴⁶ Neste caso o ofensor afirma que sua conduta não configura calú-

a crimes de injúria qualificada, 25% a crimes contra a honra e outros (concurso), e em um caso (6,2%) não foi possível identificar tipificação.

Quadro 17. Distribuição de “Recebimento da denúncia” por tipo de crime

Tipo de crime	Frequência	Percentual
Crimes contra a honra – Injúria qualificada Art. 140, § 3º, CP	11	68,8%
Crimes contra a honra e outros (concurso) Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III	4	25%
Crime de racismo Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89	0	0
Crime de racismo e Injúria qualificada Art. 20, Lei nº 7.716/89, e art. 140, § 3º, CP	0	0
Condutas discriminatórias Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89	0	0
Não foi possível identificar	1	6,2%
Total	16	100%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebap).

Nesses casos, o Tribunal decidiu instaurar a ação penal, pois reconheceu sua apresentação no prazo, considerou que a conduta era típica e que a denún-

cia, difamação ou injúria ao mesmo tempo, mas apenas o crime de injúria, que poderia ser de competência do JECrim. Pleiteia trancamento da ação penal por ausência de justa causa, já que a queixa-crime não teria sido acompanhada de elementos de convicção.

cia/queixa-crime atendia aos requisitos previstos no Código do Processo Penal.⁴⁷

Anulação

A anulação do processo se deu em cinco casos. Nos dois casos cuja tipificação do crime estava prevista no art. 20 da Lei nº 7.716/89 a anulação se deu devido à desclassificação do crime (o que tornou o Ministério Público ilegítimo na propositura da ação). Nos dois casos de concurso de crimes contra a honra a sentença foi anulada por ter sido reconhecido o cerceamento da defesa e erro de tipificação na primeira instância. Por fim, no caso da injúria qualificada declarou-se nulidade, dado que a matéria alegada por uma das partes não fora apreciada em primeira instância.

Quadro 18. Distribuição de decisões de “anulação” por tipo de crime

Tipo de crime	Frequência
Crimes contra a honra – Injúria qualificada Art. 140, § 3º, CP	1
Crime de racismo Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89	2
Crimes contra a honra e outros (concurso) Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III	2
Crime de racismo e Injúria qualificada Art. 20, Lei nº 7.716/89, e art. 140, § 3º, CP	0
Condutas discriminatórias Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89	0
Não foi possível identificar	0
Total	5

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebap).

⁴⁷ São citados os artigos 41 e 44 nos casos em questão.

Condenação mais extinção da punibilidade

Em cinco casos analisados ocorreu a condenação e em seguida o reconhecimento da extinção da punibilidade. Isso quer dizer que os desembargadores reconheceram a existência dos crimes e de razões para condenar os respectivos autores, todavia extinguíram a punibilidade em virtude da prescrição da pretensão punitiva. Aqui, diferentemente dos casos anteriores, a prescrição não se dá no meio do processo – calculada de acordo com a pena máxima em abstrato –, mas sim depois da condenação e da fixação da pena. Aqui, o cálculo do tempo necessário para a ocorrência da prescrição se dá de acordo com essa pena, em geral fixada abaixo da máxima. Assim, nesses casos, embora se chegue a uma decisão que reconheça o ilícito penal praticado e a responsabilidade do autor, expira a possibilidade de aplicação da punição. Como se vê abaixo, isso aconteceu em 4 casos de crime contra a honra (injúria simples e qualificada) e em um caso de discriminação. Em todos eles, havia se dado a desclassificação do tipo de crime.

Quadro 19. *Distribuição de decisões de “condenação + extinção de punibilidade” por tipo de crime*

<i>Tipo de crime</i>	<i>Frequência</i>
Crimes contra a honra – Injúria qualificada Art. 140, § 3º, CP	2
Crime de racismo Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89	0
Crimes contra a honra e outros (concurso) Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III	2
Crime de racismo e Injúria qualificada Art. 20, Lei nº 7.716/89, e Art. 140, § 3º, CP	0
Condutas discriminatórias Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89	1

Não foi possível identificar	0
Total	5

Fonte: *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

Trancamento de ação penal

Foram três as decisões pelo trancamento da ação penal, proferidas em habeas corpus impetrados pelos ofensores/réus que questionavam a instauração da ação pela primeira instância. Dois casos versavam sobre crimes contra a honra em concurso e um sobre conduta discriminatória prevista na Lei nº 7.716/89. O Tribunal acatou o pedido nesses casos, reconhecendo que a ação penal configurava constrangimento ilegal dando as seguintes razões: ausência de dolo (intenção de ofender), falta de legitimidade do ofensor para propor a ação penal e inexistência de instrução probatória mínima. A distribuição por tipificação pode ser observada no quadro abaixo.

Quadro 20. *Distribuição de decisões de “trancamento de ação penal”*

<i>Tipo de crime</i>	<i>Frequência</i>
Crimes contra a honra – Injúria qualificada Art. 140, § 3º, CP	0
Crime de racismo Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89	0
Crimes contra a honra e outros (concurso) Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III	2
Crime de racismo e Injúria qualificada Art. 20, Lei nº 7.716/89, e art. 140, § 3º, CP	0
Condutas discriminatórias Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89	1
Não foi possível identificar	0
Total	3

Fonte: *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

Distribuição de julgados por votação

O julgamento destes recursos foi unânime em 92% das decisões e, por maioria, em 8%. Isso significa que na grande maioria das decisões os juízes que compõem a Câmara/Turma acompanharam o entendimento do relator do caso (Quadro 21).

Quadro 21. *Distribuição de julgados por votação*

<i>Votação</i>	<i>Frequência</i>	<i>Percentual</i>
Maioria	16	8,0%
Unânime	184	92%
Total	200	100,0

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).

Com relação à fundamentação presente nos votos dos desembargadores, nesta parte quantitativa contabilizamos o uso da doutrina e dos precedentes. Verificamos que a menor parte dos acórdãos chegam a mobilizar tais elementos em sua fundamentação: a doutrina está presente em 19% das decisões, e precedentes jurisprudenciais em 36,5%.⁴⁸

Quadro 22. *Distribuição de julgados por citação de doutrina ou jurisprudência*

<i>Citação no acórdão</i>	<i>Doutrina (frequência/percentual)</i>	<i>Jurisprudência (frequência/percentual)</i>
Sim	38 / 19%	73 / 36,5%
Não	162 / 81%	127 / 63,5%
Total	200 / 100%	200 / 100%

Fonte: elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).

4 Considerações finais

O Movimento Negro brasileiro tem adotado por muito tempo, como uma das estratégias da luta antir-

⁴⁸ Nossa pesquisa não aprofundou a análise sobre o tipo de uso dessas fontes, o que é um tipo de análise possível – por exemplo, em que medida se entrelaçavam à construção do argumento, ligavam-se à construção de posição não majoritária ou eram utilizadas como simples argumento de autoridade.

racista, a promulgação e o aperfeiçoamento de leis penais. A primeira lei antirracista, a Lei Afonso Arinos, de 1951, já inserida na lógica punitiva, foi a primeira iniciativa legal a descrever como ilícitas condutas discriminatórias, classificando-as como contravenções penais. Como vimos, já desde esse momento a aplicação da lei pelos juízes era objeto de crítica por parte dos ativistas. Nessas críticas, vemos também a própria lógica da racionalidade penal moderna⁴⁹ penetrar no discurso do Movimento Negro, que não somente criticava a falta de aplicação da lei pelos agentes do sistema de justiça, mas traçava um paralelo entre a (pouca) gravidade da pena imposta com a falta de importância dada pela sociedade à violação dos direitos de igualdade dos negros.

Nesse contexto, surge como uma das demandas centrais do Movimento que condutas Racistas e discriminatórias recebessem tratamento mais grave pelo direito penal. A previsão do crime de racismo como inafiançável e imprescritível na Constituição foi considerada uma das vitórias da participação do Movimento Negro no processo constituinte.⁵⁰ A Lei Caó, que regulamenta o dispositivo, promulgada um ano depois, torna-se então a principal ferramenta jurídica da luta antirracista no Brasil. A história dessa lei é a história de críticas e insatisfação generalizada com relação a sua aplicação. Sucessivas mudanças legislativas foram motivadas justamente por tentativas de aperfeiçoar esse instrumento e sanar algumas das dificuldades envolvidas na sua aplicação⁵¹ – assim foi a

⁴⁹ Segundo Pires (2004) – autor do conceito –, um dos aspectos da lógica da racionalidade penal é “uma linha de pensamento medieval segundo a qual é a pena aflagante que comunica o valor da norma de comportamento e o grau de reprovação em caso de desrespeito. Dessa forma, a pena aflagante deve ser sempre imposta e o seu quantum deve se harmonizar com o grau de afeição ao bem, indicando assim o valor da norma de comportamento”.

⁵⁰ Militantes envolvidos diretamente na mobilização pré-Constituinte avaliam como vitória também a inclusão do art. 68 no ato das disposições transitórias – que dispõe sobre o reconhecimento da propriedade definitiva e dever do Estado em emitir os títulos respectivos a remanescentes de comunidades de quilombos. Conferir depoimentos dos ativistas em: Alberti & Pereira (2007).

⁵¹ Tendo em vista casos recentes de racismo na mídia (especificamente no futebol), a discussão sobre o aperfeiçoamento da legislação antirracista tem sido tematizada novamente. O PL nº 6.418/2005, de autoria de Paulo Paim – que prevê uma série de alterações nos tipos penais de discriminação e injúria qualificada, principalmente –, teve parecer aprovado em 18/12/2013, e está atualmente sujeito à apreciação do Plenário. Tal alteração mantém a discussão das me-

introdução do crime genérico de racismo e a criação da injúria racial. A injúria qualificada pela utilização do elemento racismo buscou dar conta do embate interpretativo anterior em que os xingamentos Racistas eram classificados ora como crime de racismo, ora como injúria simples (simples ofensa à honra individual, apenado com pena de 1 a 6 meses). A interpretação do insulto Racista como injúria simples era considerada pelo Movimento Negro uma banalização do conflito, que desconsiderava totalmente seu componente racial. O senador Paulo Paim propôs então a criação da injúria qualificada, com pena tão grave quanto a pena do crime de racismo, declaradamente visando “atacar a impunidade”.⁵² O resultado final da alteração legislativa não deu conta do caminho de processamento desses casos no sistema de justiça criminal: assim como os demais crimes contra a honra, a injúria qualificada continuou sendo processada por meio de ação penal de iniciativa privada (o que só foi alterado em 2009). A diferença de processamento da injúria racial em relação aos demais crimes raciais, além de ter efeitos do ponto de vista do acesso à justiça – já que nesse caso o ofendido é que deve providenciar advogado ou defensor e se ocupar da sua movimentação –, acabou gerando efeitos patológicos no fluxo processual dos casos. Essa foi uma das descobertas mais relevantes da pesquisa.

Embora tenha aparecido no conjunto de decisões analisadas casos de condutas discriminatórias (negativa de acesso, tratamento diferenciado etc.), os casos mais frequentes presentes em nosso universo de pesquisa diziam respeito a xingamentos interpessoais com a utilização de elementos ligados à raça e à cor. Como dissemos, foram exatamente esses casos que suscitaram as maiores divergências interpretativas: vítimas, membros do Movimento e operadores do direito defendem que esses casos sejam

didadas legais antirracismo na esfera do direito penal, prevendo inclusive a extensão da inafiançabilidade e imprescritibilidade a outros tipos penais relacionados a condutas Racistas.

52 Na justificativa do PL nº 1.240/95, o autor afirma: “[...] Este projeto, que aumenta os tipos penais com a atenção e acréscimo de artigo a Lei nº 7.716/89, de autoria do ex-deputado Carlos Alberto Caó, visando criminalizar práticas de discriminação ou de preconceito de raça, cor, etnia e procedência nacional, objetiva resgatar valores e atacar a impunidade. Por meio desse projeto as citadas transgressões não serão mais tipificadas como delitos de calúnia, injúria e difamação e sim, crimes de racismo” (grifo nosso).

considerados racismo e capitulados no art. 20 da lei. Frequentemente, entretanto, casos que eram inicialmente classificados como racismo foram desclassificados para injúria racial. A disputa pela classificação jurídica de fatos submetidos à jurisdição penal é algo relativamente corriqueiro na dinâmica do processo penal. Em muitos casos, brigar pela qualificação jurídica é uma estratégia importante da defesa e pode significar um tratamento mais benéfico ao réu, como é, por exemplo, a disputa pela classificação de um caso por tráfico ou uso de entorpecentes. Na discussão sobre Racismo, embora a reclassificação não tenha consequências relevantes em termos de pena (são as mesmas), ela tem importância simbólica para muitos envolvidos e militantes. Além disso, faz aplicar aos casos a norma constitucional da imprescritibilidade e inafiançabilidade. Para além dessa disputa, a reclassificação passa a ter efeito crucial no desfecho dos casos por conta da diferença de processamento que aciona uma espécie de curto-circuito processual. Graças a isso, vimos muitas acusações rejeitadas e processos extintos.

Em nosso universo observamos um conjunto significativo de casos que foram rejeitados em primeira instância, pois o juiz, ao discordar da classificação de racismo dada pelo Promotor, decidiu que este não era o legitimado para propor a ação. Entendendo se tratar o caso de injúria racial, a ação deveria ser proposta pelo ofendido, por meio de seu advogado. Diante de recursos questionando essa decisão, o Tribunal, em grande número, acatou o entendimento do juiz, confirmando a rejeição do caso. É preciso ressaltar que tivemos acesso apenas aos casos que geraram recurso ao Tribunal e não temos como dimensionar a frequência de episódios como esse na primeira instância. Ou seja, é possível que esse desfecho seja muito mais comum do que pudemos acessar.

Vimos também um número significativo de ações penais que chegaram a ser iniciadas em primeira instância classificadas como crime de racismo e, ao terem sua classificação questionada pelos réus, desclassificadas nos Tribunais. A desclassificação, como mostramos, teve nesses casos a consequência perversa da extinção dos casos por decadência ou anulação.

Sem dúvida, o não recebimento das denúncias ou o

encerramento precoce dos casos como efeito não esperado da disputa pela interpretação dos fatos é um resultado patológico da interação das regras processuais do sistema jurídico.

Para avançar no entendimento desse fenômeno – se se tratou de um curto-circuito sistêmico, insensibilidade do Judiciário, racismo institucional ou mesmo resistência dos juízes em aplicar a legislação punitiva dada sua dureza, hipóteses por ora todas plausíveis –, é preciso aprofundar a pesquisa e adotar outra estratégia para além da análise de acórdãos. De qualquer modo, esse tipo de resultado do sistema jurídico ajuda a compreender a insatisfação com seu funcionamento. E, se a crítica deve ser mediada pela compreensão dos mecanismos internos do direito e pelo fato de que a interpretação como injúria racial pelos juízes é de fato defensável, é possível de outro lado pensar que também é papel do Judiciário suprir as lacunas da lei para evitar resultados irracionais como os que aconteceram nos casos de decadência. Como dissemos acima, isso não seria uma atuação excepcional dos juízes.

Outra questão relevante para compreender o insucesso dos casos de racismo no sistema jurídico penal é a questão do standard probatório. Vimos que muitos casos tiveram seu início rejeitado ou terminaram em absolvições por fragilidade/falta de provas (30 casos do total de acórdãos e numa frequência de 20 casos do total de 40 absolvições, respectivamente). Esse resultado deve ser compreendido à luz do tipo de caso que se tem em mãos – ou seja, ofensas interpessoais muitas vezes sem testemunhas ou com testemunhos divergentes –, que dificulta a formalização da prova e das exigências probatórias do direito penal. Por ter natureza punitiva e por implicar em privação ou restrições sérias à liberdade, a condenação penal exige um patamar firme de certeza sobre os fatos e sobre a presença dos elementos do ilícito e da autoria. Até para iniciar a ação penal exige-se que se tenha uma base certa de que o fato típico aconteceu e de que há indícios fortes de autoria. O ônus da prova aqui fica totalmente a cargo de quem acusa, sendo que a dúvida favorece a absolvição.

Em princípio, é plausível que os casos que não lograram virar ação penal ou terminaram em absolvição

tenham tido uma instrução probatória frágil. Isso poderia ser explicado pela própria natureza dos fatos – de difícil apreensão. Mas também não seria o caso de se descartar a possibilidade de mau funcionamento das instituições encarregadas de produzir provas (delegacia de polícia e juízo de primeira instância). Tal afirmação, entretanto, demandaria novas pesquisas. Uma crítica à forma como os juízes exercem o princípio do livre convencimento do juiz – eventualmente mais exigentes nos casos de Racismo – exigiria também um estudo qualitativo dos autos e comparativo em relação a outras situações semelhantes que não envolvessem o conflito racial.

De qualquer modo, nos parece bastante importante fazer notar que ao decidir tornar o conflito jurídico via direito penal deva-se considerar as características das manifestações Racistas (em muitos casos não explícita ou explícita por meio de ofensas verbais e interpessoais) e as dificuldades de se formar um conjunto probatório. Além disso, a questão do ônus da prova da esfera penal – muitas vezes obscurecida pela demanda de tratamento mais gravoso – merece ser considerada, pois exerce, como vimos, fator decisivo na prestação jurisdicional.

Ao olharmos para os casos que tiveram seu mérito analisado, algumas características do nosso banco são notáveis. Em primeiro lugar, chama atenção o dado de que há um número significativo de condenações (49 casos do total de acórdãos estudados) – contrariando o sentimento geral de que “ninguém é condenado”. No entanto, apenas 4 dessas condenações são pelo crime de racismo. Elas são majoritariamente (27 casos do total de condenações) pela injúria racial, o que pode ajudar a explicar o descontentamento por parte do Movimento, que defende a interpretação de que o xingamento Racista é racismo.

Outro dado interessante a ser considerado nesse sentido é a alta frequência de condenações a pena privativa de liberdade substituídas por restritivas de direito (as chamadas “penas alternativas”). Nesses casos, o sistema jurídico penal concluiu todo o procedimento e chegou a uma afirmação de que a conduta é inaceitável, constitui um ilícito penal e o responsável pelo conflito é o autor da ofensa. Embora tal comunicação do sistema jurídico seja relevante,

ela pode passar despercebida quando o foco está na prisão. Além disso, nesses casos houve sanção, só que não prisional. A possível frustração com a substituição da pena privativa de liberdade pela pena alternativa é algo que levantamos aqui apenas como hipótese, mas nos parece plausível diante do senso comum punitivista compartilhado pela sociedade brasileira. Sem espaço para explorar isso aqui, mas apenas para mencionar um dado relevante sobre esse tema, lembremos dos dados do Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV) que revelam que para 71% da população com ensino superior incompleto penas alternativas aumentam a impunidade; 63% e 64% daqueles que possuem ginasial incompleto e nível superior completo, respectivamente, deram a mesma resposta (Cunha et al., 2011).

Seguindo na análise das decisões de mérito que encontramos em nosso banco, ainda que não seja nossa intenção neste momento analisar qualitativamente os argumentos articulados pelos Tribunais, nos parece importante chamar atenção para um tipo de juízo que foi recorrentemente utilizado pelos desembargadores para fundamentar a absolvição em uma frequência de 22 casos do total de 40: a ausência ou a falta de prova da presença do dolo (intenção) de proferimento de ofensa Racista. Isso aconteceu em muitos casos em que as ofensas, seu teor contendo elemento racial e sua autoria foram confirmados, mas o Tribunal exigiu que algo mais ficasse explícito para se denotar a intenção de Racismo. Como exemplo do que aconteceu nesses casos, veja-se a argumentação utilizada pelo TJSP em um dos acórdãos analisados: “É bastante claro que a única intenção da ré era desacatar a funcionária pública, que não estava atendendo seu pleito. Daí a considerar que nas palavras proferidas pela denunciada, haveria intenção preconceituosa contra toda uma raça, vai grande distância” (TJSP, AC 990.08.092769-8).

O que os desembargadores do caso estão aqui exigindo para considerar presente um elemento essencial da conduta a ser considerada crime – a intenção – é mais do que a intenção de praticar a conduta objetiva do tipo. Quer dizer, não bastaria a intenção de proferir a ofensa com o elemento racial, mas seria necessária a demonstração não só do intuito de ofender

a honra individual da pessoa ofendida, mas também da “intenção preconceituosa contra toda uma raça”.

Não bastaria, portanto, o próprio xingamento feito em termos Racistas e a intenção de proferi-lo. Seria preciso a demonstração da “intenção preconceituosa” para além da própria objetividade da ofensa. A exigência de se perquirir o elemento subjetivo consistente na intenção do agente ao realizar o ato considerado crime é de fato enunciada pela parte geral de nosso Código Penal e pela teoria do delito. Segundo o art. 18, inciso I: “diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. A doutrina penalista entende dolo como a vontade livre e consciente de se praticar uma infração penal. A consciência da ilicitude articulada à intenção significa que a análise do dolo deve ir além da vontade de simples realização do gesto mecânico.

A partir daí o que se entende como dolo e como se depreende tal elemento dos fatos é produto de um esforço interpretativo dos operadores do direito. Diante da impossibilidade de se acessar o elemento subjetivo, ele será sempre inferido a partir de elementos objetivos presentes nas manifestações concretas e elementos da realidade. Ou seja, a conclusão sobre a existência ou não de intenção será sempre uma construção a partir dos elementos visíveis do caso. Pode-se dizer que ela é relativamente arbitrária e por isso deve se sustentar com a plausibilidade argumentativa. Nesse sentido, a interpretação dada pelos Tribunais de que aquele que profere uma ofensa com conteúdo racial não tem dolo de proferir ofensa Racista é altamente disputável. Até aí, isso seria o dia a dia do direito, mas a questão que nos parece problemática é que as decisões proferidas pelos Tribunais nesse ponto seguem o exemplo que transcrevemos acima, ou seja, não se dedicam a uma fundamentação convincente da falta de intenção Racista. Por essa razão, esse conjunto de decisões nos parece bastante criticável, além de evidenciar outro ponto sensível da disputa pela aplicação da lei penal. Mais uma vez, vemos como essa disputa se dá na minúcia dos conceitos e procedimentos jurídicos, por meio da linguagem dogmática.

Esse parece ser um elemento importante a ser con-

siderado pelos movimentos sociais ao decidirem juridificar e judicializar o objeto de suas lutas. Se, por um lado, o campo do direito vem sendo importante para fazer avançar a luta por igualdade e direitos, ele também impõe o ônus de apropriação do vocabulário e das regras em que se dá a discussão jurídica – ou seja, a compreensão da engenharia processual e a apropriação da linguagem dogmática. É claro que isso envolve um esforço por parte das organizações do movimento, que para usar o campo do direito como espaço de luta deve desenvolver – como de fato vem acontecendo – braços técnicos de assessoria jurídica especializada. Mas se há uma especificidade inafastável do funcionamento e da linguagem próprios do sistema do direito, essa especialização, em uma democracia, não pode significar o alheamento dos cidadãos de sua operação.

O caso das leis antirracistas no Brasil é um caso claro de insatisfação crônica com este poder. A sensação generalizada presente no movimento social era a de que este tinha logrado vitórias no Legislativo, que foram todas colocadas a perder por conta da não aplicação do direito pelos juízes.

Parte dessa insatisfação vem da pouca familiaridade com o funcionamento mesmo do sistema jurídico. Outra parte poderia ser minimizada se algumas ideias fixas que envolvem o direito fossem ressignificadas. Por exemplo, as visões formalistas que não entendem a interpretação como disputa; aquelas que não conseguem ver sentido na condenação; ou ainda aquelas que entendem a substituição da pena de prisão por alternativas como impunidade.

De outro lado, em alguns casos, a operação do sistema, travestida de linguagem jurídica e processual, esteve bem menos perto de se parecer com um ferramental a ser compreendido e apropriado e mais pareceu um jogo com resultados irracionais. Isso levanta questões importantes para a legitimidade das decisões. Não é à toa que muitas vezes o Judiciário foi considerado insensível à questão racial ou mesmo Racista.

Há aqui uma questão crucial para pensar o papel do Judiciário nas democracias contemporâneas – quão responsivo e transparente ele deve ser para sustentar sua legitimidade. A nosso ver, o funcionamento

das instituições judiciárias, por mais técnico e especializado que seja esse sistema, precisa ser compreendido pelas vítimas (isso tem impactos em termos de acesso a justiça; por exemplo, qual o grau de informação que estas possuíam, principalmente antes da alteração do tipo de ação, sobre a necessidade de constituição de um advogado?) e pelo movimento social (a fim de disputar a interpretação e as regras de aplicação da lei, por exemplo).

A pesquisa empírica em direito tem, portanto, uma função política relevante em uma democracia em que o acesso dos cidadãos ao exercício do poder pelas autoridades do sistema jurídico ainda está em processo de institucionalização.



5 Referências

- Alberti, V. & PEREIRA, A. A. (2007). *Histórias do Movimento Negro no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas; CPDOC-FGV.
- Almada, S. (2009). *Retratos do Brasil Negro – Abdias Nascimento*. São Paulo: Selo Negro.
- Andrews, G. (1991). O protesto político negro em São Paulo – 1888-1988. *Estudos Afro-Asiáticos*, (21), 27-48.
- Brasil. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. (1983). *Combate ao Racismo: discursos e projetos apresentados por Abdias Nascimento*. Brasília, DF: Autor.
- Carneiro, S. (2000). Estratégias legais para promover a justiça social. In: Guimarães, A. S. A., & Huntley, L. (Eds.). *Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil* (pp. 311-323). São Paulo: Paz e Terra.
- Costa, S. (2006). *Dois Atlânticos: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo*. Belo Horizonte: Ed. da UFMG.
- Cunha, L. G., Ramos, L. O., Bueno, R. L. S., & Garcia, J. M. B. V. (2013). *Relatório ICJBrasil – 4º Trimestre/2011*. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/9282>.
- Cruz, A. A. S. (2010). *A discriminação racial contra afro-descendentes no Brasil e o impacto sobre a democracia: um olhar sobre a atuação da justiça federal de Segunda Instância*. Dissertação (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ.
- Ferreira, R. (2009). *Da contravenção à inclusão: Políticas Públicas e o Direito da Antidiscriminação Racial no Brasil*. Dissertação (Dissertação de Mestrado). Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ.
- Fernandes, F. (1965). *A integração do negro na sociedade de classes*. São Paulo: Cia. Editora Nacional.
- Fernandes, F. (1972). *O negro no mundo dos brancos*. São Paulo: Difel.
- Fulin, C. S. (1999). *A criminalização do racismo: dilemas e perspectivas*. Dissertação (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.
- Guimarães, A. S. A. (1998). *Preconceito e discriminação*. São Paulo: FUSP; Ed. 34.
- Guimarães, A. S. A. (1999). *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Ed. 34.
- Guimarães, A. S. A. & Huntley, L. (2000). *Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra.
- Guimarães, A. S. A. (2002). *Classes, raças e democracia*. São Paulo: Ed. 34.
- Machado, M. R., & Machado, M. R. A. (2009). *Política fiscal e política criminal: o direito penal nas estratégias arrecadatórias do Estado Brasileiro (1990-2006)*. (Working Paper) São Paulo: Fundação Getúlio Vargas.
- Machado, M. R. A., Püschel, F. P., & Rodriguez, J. R. (2009). The Juridification of Social Demands and the Application of Statutes: An Analysis of the Legal Treatment of Anti-Racism Social Demands in Brazil. *Fordham Law Review*, 77, 1535-1558.
- Machado, M. R. A. (2009). Legislação anti-racismo no Brasil e sua aplicação: um caso de insensibilidade do Judiciário? *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, 76, 79-105.
- Machado, M. R. A., & Silva, F. G.; Melo, R. S. (2010). A esfera pública e as proteções legais anti-racismo no Brasil. *Cadernos de Filosofia Alemã*, 1, 95-116.
- Machado, M. R. A. & Rodriguez, J. R. (2012). Law and Public Sphere: Spaces for Interaction and Flow directions. In: Kron, S., Costa, S., & Braig, M. (Eds.). *Democracia y reconfiguraciones del derecho en América Latina*, 1, 163-189.
- Machado, M. R. A., & Prado, V. M. Atuação empresarial no estado democrático de direito. In: Calda, R. C. da S. G. & Neves, R. C. (Eds.). (2013). *Como o STJ e STF entendem a responsabilidade penal e não penal dos administradores das sociedades empresárias?* São Paulo: Clássica. 1, 115-144.
- Melo, C. E. S. (2010). *Racismo e violação aos Direitos Humanos pela internet: Estudo da Lei nº 7.716/1989* (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.
- Monteiro, F. D. (2010). *Retratos em preto e branco, retratos sem nenhuma cor: a experiência do disque racismo da Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro* (Dissertação de Mestrado) – IFCS, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ.
- Munanga, K. (2004). Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. *Cadernos PENESB*, 5, 15-34.
- Nobre, M. (2004). Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, 1, 3-19.
- Nogueira, M. F. (2003). *Transação penal*. São Paulo: Malheiros.

- Pires, A. (2004). A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, 68, 39-60.
- Pires, A. (2008). Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. In: Poupart, J. et al. (Eds.) *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos* (pp. 43-95). Petrópolis: Vozes..
- Paixão, M., Rossetto, I., Montovanele, F., & Carvano, L. M. (Eds.). (2009). *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil; 2007-2008*. Disponível em: http://www.laeser.ie.ufrj.br/PT/relatorios%20pdf/RDR_2007-2008_pt.pdf.
- Paixão, M., Rossetto, I., Montovanele, F., & Carvano, L. M. (Eds.). (2011). *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil; 2009-2010*. Disponível em: http://www.laeser.ie.ufrj.br/PT/relatorios%20pdf/Relat%C3%B3rio_2009-2010.pdf.
- Sales Júnior, R. L. (2006). *Raça e justiça: mito da democracia racial e racismo institucional no fluxo de justiça* (Tese de Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco, Recife.
- Santos, C. J. (2001). *Crimes de preconceito e discriminação*. São Paulo: Max Limonad.
- Santos, G. A. (2002). *A invenção do 'ser negro': um percurso das ideias que naturalizaram a inferioridade dos negros*. São Paulo/Rio de Janeiro: Educ/Fapesp/Pallas.
- Santos, E. M. L. (2011). *Racismo e injúria racial sob a ótica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* (Dissertação de Mestrado). Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos.
- Santos, I. (2009a). A. Racismo no Brasil não é criminalizado. *Jornal do Brasil*, Disponível em: <http://materiafro.com/2009/09/30/ivair-augusto-dos-santos-racismo-no-brasil-nao-e-criminalizado/>.
- Santos, I. (2009b). O Racismo minimizado. *Correio Braziliense*, editorial. Disponível em: http://www.unb.br/noticias/print_email/imprimir.php?u=http://www.unb.br/noticias/unbagencia/cpmod.php?id=44449.
- Santos, I. (2013). *Direitos Humanos e a prática de Racismo*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br>.
- Santos, M. H. C. L. S. (2009c). *Crime de racismo ou injúria qualificada? Tipificações e representações de ocorrências de práticas racistas entre os delegados de polícia de Campinas* (Dissertação de Mestrado). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas.
- Silva Júnior, H. (1998). *Anti-racismo: coletânea de leis brasileiras (federais, estaduais e municipais)*. São Paulo: Oliveira Mendes.
- Silva Júnior, H. (2001). Política de inclusão do negro é a penal. *Folha de São Paulo*. Disponível em: http://www.faac.unesp.br/pesquisa/tolerancia/seconri/a_politica_0907.htm.
- Silva Júnior, H. (2010). *Quando a lei não sai do papel*. Época. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI193501-15518,00.html>.

Legislação

- Brasil. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm
- Brasil. Código Penal. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.
- Brasil. *Código do Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.
- Brasil. *Lei nº 1.390, de 03 de julho de 1951*. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de côr. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1390.htm.
- Brasil. *Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm
- Brasil. *Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990*. Estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8081.htm.
- Brasil. *Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997*. Altera os arts. 1o e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov>.

br/ccivil_03/leis/L9459.htm.

Brasil. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm.

Brasil. *Lei nº 12.033, de 29 de setembro de 2009*. Altera a redação do parágrafo único do art. 145 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, tornando pública condicionada a ação penal em razão da injúria que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12033.htm.

Brasil. *Projeto de Lei nº 1.240, de 20 de novembro de 1995*. Altera o artigo primeiro e acrescenta artigos a Lei nº 7.716, de preconceitos de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=189504>

Brasil. *Projeto de Lei nº 6.418, de 14 de dezembro de 2005*. Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=310391>.

Brasil. *Projeto de Lei nº 122, de 12 de dezembro de 2006*. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604.

Data de submissão/Submission date: 07.04.2014

Data de aceitação para publicação/Acceptance date:
27.09.2014