



PROMOTORIA DE JUSTIÇA ELEITORAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo n. 115, 7º andar, São Paulo – SP – tel. (11) 3119 9542

Procedimento preparatório eleitoral n. 1.00.000.014399/2014-64

Representantes: COMISSÃO ESPECIAL DE DIVERSIDADE SEXUAL DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, DEPUTADA FEDERAL ERIKA JUCÁ KOKAY (PT-DF), SENADOR RANDOLPH FREDERICH RODRIGUES ALVES (PSOL-AP) e RAQUEL DANGELO MOURA

Representado: JOSÉ LEVY FIDELIX DA CRUZ

PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO

Procedimento Preparatório Eleitoral sobre declarações realizadas por JOSÉ LEVY FIDELIX DA CRUZ em debate político nas eleições para Presidente da República de 2014 - declarações dirigidas a uma coletividade - necessidade de sujeito passivo individualizado nos crimes contra a honra - fato atípico - inexistência de elemento subjetivo do tipo

MERITÍSSIMO JUIZ ELEITORAL

Trata-se de procedimento preparatório eleitoral instaurado pela Procuradoria-Geral da República a partir de representações protocolizadas pela Comissão Especial de Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (fls. 07/16), pela Deputada Federal do PT/DF Erika Jucá Kokay (fls. 51/53), pelo Senador do PSOL/AP Randolph Frederich Rodrigues Alves (fls. 70/74) e por Raquel Dangelo Moura (notícia de fato de instância diversa anexada a este procedimento).



PROMOTORIA DE JUSTIÇA ELEITORAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo n. 115, 7º andar, São Paulo – SP – tel. (11) 3119 9542

De acordo com as representações, no dia 28 de setembro de 2014, em debate realizado pela TV Record, em São Paulo – SP, JOSÉ LEVY FIDELIX DA CRUZ, conhecido como “LEVY FIDELIX”, então candidato à presidência da República do Brasil, teria empregado discurso de ódio à comunidade LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais), o que ensejaria a aplicação de sanções diversas, dentre elas, as previstas no artigo 326 do Código Eleitoral (crime de injúria).

Na data supramencionada, questionado pela então candidata Luciana Genro acerca do reconhecimento de casal homossexual como família, LEVY FIDELIX respondeu, conforme diversas reportagens jornalísticas e mídias acostadas nestes autos:

“Pelo o que eu vi na vida, dois iguais não fazem filho. E digo mais (...): aparelho excretor não reproduz. É feio dizer isso. Mas não podemos jamais, gente, eu que sou um pai de família, um avô, deixar que tenhamos esses que aí estão, achacando a gente no dia a dia, querendo escorar essa minoria a maioria do povo brasileiro. (...) Vai para a Avenida Paulista, anda lá e vê. É feio o negócio, né? Então, gente, vamos ter coragem, nós somos maioria, vamos enfrentar essa minoria. Vamos enfrentá-los. Não tenha medo de dizer que sou pai, mamãe, vovô, e o mais importante, é que esses que têm esses problemas realmente sejam atendidos no plano psicológico e afetivo, mas bem longe da gente, bem longe mesmo, porque aqui não dá”.

Requereram os representantes a adoção de medidas eleitorais e criminais cabíveis em face do então candidato à presidência da República do Brasil, ora representado.

Instado a manifestar-se, JOSÉ LEVY FIDELIX DA CRUZ alegou não ter incitado ou propagado ódio contra homossexuais, lésbicas, bissexuais, travestis ou transexuais, mas ter, tão-somente, exercido a manifestação de seu livre pensamento, acrescentando ter defendido o instituto da família (fls. 75/76).

A Secretaria de Comunicação Social da Procuradoria Geral da República informou que não há, nas páginas de LEVY



PROMOTORIA DE JUSTIÇA ELEITORAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo n. 115, 7º andar, São Paulo – SP – tel. (11) 3119 9542

FIDELIX nas redes sociais, qualquer retratação ou esclarecimento sobre as declarações transcritas. Asseverou também ter o então candidato reiterado seu posicionamento contrário ao casamento homoafetivo após a data das declarações em comento, mas negado ser homofóbico (fls. 78/135).

Os autos foram remetidos a esta Promotoria de Justiça Eleitoral da Capital em razão da inexistência de atribuição do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República ou do Exmo. Sr. Procurador Regional Eleitoral.

É o relatório.

O arquivamento dos autos é medida que se impõe.

Embora os representantes tenham considerado que a conduta descrita nas representações ultrapassou os limites da liberdade de expressão, o fato tratado nestes autos é **criminalmente atípico**. No Brasil, por inércia do legislador federal, o Código Penal e o Código Eleitoral não tratam de crimes contra as minorias ou contra coletividades determinadas.

Os crimes contra a honra, dos quais a injúria é espécie, são, por sua vez, espécies dos crimes contra a pessoa, tem como sujeito passivo pessoa determinada, como preconizava Magalhães Noronha:

“Se ao Estado, como é pacífico, incumbe a consecução do bem comum, é óbvio que deve começar pela tutela do indivíduo, particularmente considerado. É o ponto de partida. E isso bem claro deixa a lei ao se referir a crimes contra a pessoa e não pessoas, isto é, **pessoa determinada**, pois da segurança das pessoas ela trata no título VIII, ao capitular os delitos contra a incolumidade pública” (g.n.)¹

Não poderia ser outra a afirmação, afinal, o tipo penal do artigo 326 do Código Eleitoral estabelece como crime a conduta de “**injuriar alguém**”. *In casu*, o elemento objetivo do tipo (“alguém”) significa ser humano vivo ou um indivíduo da espécie

¹ Magalhães Noronha, *Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1960, 2º volume, p. 15.



PROMOTORIA DE JUSTIÇA ELEITORAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo n. 115, 7º andar, São Paulo – SP – tel. (11) 3119 9542

humana. O mesmo elemento pode ser encontrado em outros tipos penais, como no artigo 121 do Código Penal (“matar alguém”), que se consuma quando é *ceifada a vida de ser humano vivo* ou *eliminada a existência de um ser humano*. E não se espera que a mesma expressão (“alguém”) tenha significados diferentes dentro do mesmo ordenamento jurídico, situação que causaria insegurança jurídica.

Portanto, resta evidente que, para a caracterização delito tipificado no artigo 326 do Código Eleitoral, consistente na atribuição de “qualidade negativa” ou “defeito”, deve ser feita pessoa certa, individuada, e não a uma coletividade de pessoas. Caso o legislador desejasse abranger expressões ofensivas à dignidade ou ao decoro de um grupo de indivíduos, teria redigido o tipo penal de modo diverso ou teria criado um novo tipo penal.

Ademais, a objetividade jurídica do delito de injúria é a honra subjetiva do sujeito passivo, ou seja, “a honra interna, o sentimento que cada qual tem a respeito de seus atributos. Na injúria, pode ser afetada, também, a reputação (honra objetiva) da vítima, desprestigiada perante o meio social, mas esse resultado é indiferente à caracterização do crime”².

É evidente que uma coletividade não possui conceito de si mesma, por não existir fisicamente e não pensar por si própria. Os membros dela, sim, possuem o denominado “amor-próprio”: honra subjetiva ferida quando do cometimento do delito de injúria. Contudo, no caso em comento, reitera-se que as declarações não foram dirigidas a indivíduos especificados, mas, sim, a um grupo deles, que pode ser resumido na expressão “comunidade LGBT”.

Contudo, diante da falta de legislação específica fica impossibilitada a responsabilização penal em virtude do princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (não há crime ou pena sem previsão legal).

² Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, São Paulo, Editora Atlas, 2010, p. 129.



PROMOTORIA DE JUSTIÇA ELEITORAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo n. 115, 7º andar, São Paulo – SP – tel. (11) 3119 9542

Frise-se que existem condenações por este crime, mas, em todas elas o sujeito passivo do delito é determinado, como se pode observar, exemplificadamente, no julgado abaixo colacionado:

“Recurso Criminal. Crimes contra a honra. Injúria. Difamação. Arts. 325 e 326 do Código Eleitoral. Conjunto probatório harmônico. Conduta praticada em comício eleitoral. Propaganda eleitoral. Caracterização de dolo específico. Requisitos preenchidos. Provas suficientes. Sentença confirmada.

I – Configura-se a autoria e a materialidade dos crimes de injúria e difamação a exibição, em comício eleitoral, por meio de imagem exposta em telão, montado através de truque eletrônico, da vítima associada à palavra ‘PINÓQUIO’, com o nariz crescido, bem como a afirmação, através do discurso, de que a vítima é pessoa desonesta e que ‘vive tomando o que é dos outros, que toma fazenda, toma sítio, toma casa e toma o suor do pai de família’.

II – Delitos praticados em pleno ato de campanha, comício, evidente a caracterização do dolo específico, consubstanciado na vontade livre e consciente do recorrente de realizar propaganda eleitoral em seu favor, denegrindo a imagem de seu adversário político.

III – Estando comprovada a presença de elementos suficientes a justificar a persecução penal, confirma-se a sentença penal condenatória” (Ac. do TRE/RO no RC nº 826213808, de 26/09/2011, Rel. Sidney Duarte Barbosa, publicado no DJE/TRE-RO de 29/09/2011).

É certo, ainda, que o crime de injúria, como explica com propriedade César Dario Mariano da Silva³, exige especial intenção do sujeito ativo de ofender a honra subjetiva alheia (*elemento subjetivo do tipo*). Se não há tal vontade, mas apenas a intenção de brincar, de criticar ou de defender, não se caracteriza o delito. Ora, o candidato apenas manifestou, em ambiente eleitoral, o seu pensamento a respeito de um tema controvertido (união

³ *Manual de Direito Penal*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 8ª edição, p. 423.



PROMOTORIA DE JUSTIÇA ELEITORAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo n. 115, 7º andar, São Paulo – SP – tel. (11) 3119 9542

homoafetiva), sem utilizar qualquer expressão injuriosa ou que possa ser considerada disseminadora de ódio.

Em suma, salvo melhor juízo, inexistente possibilidade jurídica de apresentação de denúncia criminal eleitoral ou comum pelo fato referido nas diversas representações juntadas nestes autos. Portanto, é inviável a requisição de instauração de inquérito policial.

Isto posto, promovo o arquivamento do presente procedimento preparatório eleitoral instaurado em face de JOSÉ LEVY FIDELIX DA CRUZ, ressalvado o disposto no art. 18 do Código de Processo Penal.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

SILVIO ANTONIO MARQUES

Promotor de Justiça