

MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO DO RACISMO

Data de aceite: 01/12/2023

Fábio Roque Sbardello

Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela UNISC. Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Passo Fundo. Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público

Venâncio Antônio Castilhos de Freitas **Terra**

Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP. Especializando em Direitos Humanos e das Minorias Sociais pela UNISC. Advogado

RESUMO: O presente artigo busca enfrentar a temática de extrema relevância jurídica e social referente às práticas discriminatórias e seus reflexos no Direito Penal brasileiro, abordando aspectos históricos sobre o tema, bem como certos conceitos empregados aos vértices de determinadas práticas discriminatórias e preconceituosas. Neste contexto, far-se-á uma abordagem sobre o tratamento constitucional e

as principais leis que regem a matéria no ordenamento jurídico pátrio, com enfoque no enfrentamento constitucional/penal referentemente ao preconceito e discriminação racial, a partir do tratamento conferido aos crimes de racismo e de injúria racial, considerando, sobretudo, as recentes alterações implementadas pela Lei n. 14.532/2023 no cenário contemporâneo. Em arremate, propõe-se formular reflexões sobre o problema da (des)necessidade de o Direito Penal centrar suas baterias para a proteção de grupos historicamente vitimados pela incidência de condutas preconceituosas e discriminatórias à luz de um Estado Democrático de Direito e da necessária dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito Penal e Processual Penal. Racismo. Dignidade da Pessoa Humana.

CONSTITUTIONAL COMMANDMENT OF CRIMINALIZATION OF RACISM

ABSTRACT: This article seeks to address the theme of extreme legal and social relevance related to discriminatory practices and their reflexes in Brazilian Criminal Law, addressing historical aspects on the subject,

as well as certain concepts used at the apex of certain discriminatory and prejudiced practices. In this context, an approach will be made on the constitutional treatment and the main laws governing the matter in the national legal system, focusing on the constitutional/criminal confrontation related to prejudice and racial discrimination, based on the treatment given to crimes of racism and racial injury, considering, above all, the recent changes implemented by Law n. 14.532/2023 in the contemporary scenario. In conclusion, it is proposed to formulate reflections on the problem of the (dis)need for criminal law to focus its batteries for the protection of groups historically victimized by the incidence of prejudiced and discriminatory conduct in the light of a Democratic State of Law and the necessary dignity of the human person.

KEYWORDS: Constitutional law. Criminal Law and Criminal Procedure. Racism. Dignity of the Human Person.

INTRODUÇÃO

A temática da discriminação e do preconceito é uma das grandes mazelas da humanidade, remetendo-nos aos primórdios da existência humana. No Brasil, este cenário não é diverso, porquanto a aversão de determinados grupos em relação a outros, sempre foi uma constante, proporcionando uma histórica e ainda não superada realidade na qual milhões de pessoas sofrem ou sofreram as mais nefastas formas de discriminação, de preconceito, de aversão para com o semelhante.

A compreensão deste fenômeno deplorável e altamente pernicioso às relações sociais nos conduz à necessária análise de determinados conceitos empregados, notadamente no que se refere às expressões discriminação e preconceito, demonstrando a sua magnitude e as diferenças de significados. Por isso, esta abordagem, a despeito de seu viés sociológico e antropológico, é também jurídica, ao ponto de se verificar a incidência do Direito Penal para refrear determinadas condutas, em especial por meio da tipificação do racismo e do crime de injúria racial no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta conjuntura, é sempre latente o debate acerca da (in)adequação quanto ao tratamento de condutas discriminatórias ou preconceituosas, tornando o debate em torno da ingerência de determinados ramos do direito sempre relevante e atual, em especial quanto aos limites suficientes e desejados para a criminalização das práticas desse jaez, assim como a necessária conformação do processo penal para conferir efetividade ao sistema jurídico-penal sob o prisma constitucional e à luz de um Estado Democrático de Direito, em consonância com o primado da dignidade humana.

DISCRIMINAÇÃO/PRECONCEITO. UM PANORAMA MARCANTE NA SOCIEDADE MUNDIAL.

Desde os primórdios tempos da humanidade, “verifica-se a existência de ódio e aversão de determinados indivíduos para com outros e de alguns grupos em relação a

distintas coletividades” (SANTOS, 2010, p. 27). Assim, na antiguidade, a intolerância se revelava em relação a diferenças religiosas ou socioculturais (SANTOS, 2010, p. 28). Neste sentido, os homicídios em massa por razões religiosas são comuns no decurso da história humana, já que “son tan antiguos como la religión y, al igual que ella son preestatales o cometidos por sociedades con organizaciones completamente diferentes a las modernas y muy distintas entre sí” (ZAFFARONI, 2012, p. 54).

Além disso, o desenvolvimento do capitalismo e a conquista de territórios revelaram outra marca histórica da humanidade, caracterizada pelo fenômeno da escravidão (SANTOS, 2010, p. 28). Cerca de cem milhões de negros africanos foram escravizados e/ou mortos em atendimento ao sistema escravocrata das Américas, resultando no maior genocídio da história humana (CHIAVENATO, 1987, 44-45). Nesse contexto importante lembrar que “inúmeros foram os índios espoliados, expulsos de suas terras e mortos durante o processo de colonização das três Américas” (SANTOS, 2010, p. 29). Com a expansão dessas discriminações e preconceitos, aflora um “sentimento de superioridade do branco no centro econômico do planeta” (SANTOS, 2010, p. 29), em conjunto com estudos distorcidos da evolução da espécie humana, contrários aos princípios do iluminismo, nascendo o arianismo.

Responsável por formular a doutrina da superioridade da raça ariana, o francês Arthur de Gobineau teve como objetivo enaltecer a sua linhagem hereditária. Para isso, contou com a ajuda de Richard Wagner para difundir as suas teorias na Alemanha, criando “o mito da superioridade do povo germânico, levado às raias do fanatismo com a ascensão do nazismo, que culminou com o extermínio de milhões de pessoas” (SANTOS, 2010, p. 30), ocorrido na Segunda Guerra Mundial. As atrocidades ocorridas na Segunda grande guerra, serviram como fundamento para a elaboração das Declarações de 1950 e 1951 da Unesco, pugnando, justamente, evitar a repetição do caso nazista.

Neste ponto, Alessandro Baratta (2004, p. 133-134) atentou para o fato de que a lei internacional influenciou de modo seletivo e estrutural o Direito Penal interno, porquanto a seletividade ocorria por intermédio de grupos locais poderosos que logravam influir sobre a legislação “usando las instituciones penales como un arma para combatir y neutralizar comportamientos de grupos contrarios”. Apesar de todos os esforços e da triste lição da maior guerra da história da humanidade, nos Estados Unidos da América, tido como um dos vencedores da guerra, paradoxalmente, persistiu o problema da “segregação racial” que “continuou a existir de forma feroz, com a manutenção do princípio igual, mas separado (equal but separate), fazendo com que houvesse, de forma obrigatória, a segregação ou proibição dos negros” de frequentar escolas, meios de transporte (em vinte e um Estados confederados), o que perdurou até a decisão do caso *Brow versus Education of Topeka* pela Suprema Corte Norte-americana, no ano de 1954 (FERREIRA, 1995, p. 158-159). Também no cenário africano verificou-se o regime do apartheid sul-africano (segregação racial) até 1996, cedendo apenas com o advento da nova Constituição que em seu preâmbulo

reconheceu as injustiças que ocorreram em seu passado, assegurando o respeito aos direitos humanos, bem como a diversidade e igualdade entre todos os cidadãos. (ÁFRICA DO SUL, 1996). O apartheid sul-africano teve origem a partir do Congresso de Berlin em 1884/1885, quando o continente Africano foi dividido artificialmente (linhas retas) para legitimar as conquistas do neocolonialismo do século XIX (ZAFFARONI, 2012, p. 10).

Na Europa contemporânea, embora boa parcela da população ser contrária à discriminação e ao preconceito, ainda é visível a existência de grupos xenofóbicos, centrando ataques contra negros, judeus e imigrantes (SANTOS, 2010, p. 31-32).

Até mesmo na escola criminológica positivista o racismo esteve presente. Raffaele Garofalo considerava a “própria cultura” como a “cultura superior”, em franco etnocentrismo impregnado de racismo, porquanto se refere com desprezo às “tribos degeneradas”, que são as culturas que não obedecem ao que considera deva ser o sentimento moral”, considerando-os seres inferiores, não europeus, delinquentes (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 277).

Constantes conflitos entre católicos e protestantes (Reino Unido), entre judeus e muçulmanos (Oriente Médio), etc. “fazem com que se perceba a complexidade da questão do preconceito e da discriminação e a dificuldade de eliminá-los ou, ao menor, de diminuí-los entre os homens” (SANTOS, 2010, p. 31).

No dizer de Sarlet (2002, p. 620, a dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”, provocando um amplo rol de “direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”, propiciando e promovendo “sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência”, bem como da vida em sociedade com os demais seres humanos. Por isso, a prática de condutas preconceituosas ou discriminatórias atenta contra esses valores, e merece absoluta proteção jurídica.

A DISCRIMINAÇÃO/PRECONCEITO NO BRASIL. CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL/LEGAL

O caso brasileiro é bastante representativo no cenário global, porquanto o Brasil foi o último país da América Latina a abolir oficialmente a escravidão, fato ocorrido somente em 13 de maio de 1888, por meio da Lei Áurea - nº 3.353 de 1888 (BRASIL, 1888). Todavia, apenas “um ano após a abolição da escravatura, foi proclamada a República no Brasil, em 1889. O novo sistema político, entretanto, não assegurou profícuos ganhos materiais ou simbólicos para a população negra” (DOMINGUES, 2007). Na verdade, a população negra foi, notadamente, etiquetada e marginalizada, “seja politicamente em decorrência das

limitações da República no que se refere ao sufrágio e as outras formas

de participação política; seja social e psicologicamente, em face das doutrinas do racismo científico e da “teoria do branqueamento”; seja ainda economicamente, devido às preferências em termos de emprego em favor dos imigrantes europeus” (ANDREWS, 1991, p. 32).

Além disso, é necessário mencionar que, segundo o próprio Gobineau, o responsável pela formulação da doutrina da superioridade da raça ariana, em artigo escrito ao periódico francês *Le Correspondant*, no longínquo ano de 1874, intitulado de *L’émigration au Brésil*, os brasileiros seriam uma raça que estaria extinta em menos de duzentos anos, posto que, em sua grande maioria, consistem em “uma população mestiça, fruto da mestiçagem entre índios, negros e um pequeno número de portugueses. [...] Eram pouco férteis e fisicamente enfraquecidos, o que garantiria sua diminuição e aniquilamento em menos de dois séculos” (SOUZA, 2013). Demonstrando toda a sua aversão ao semelhante, Gobineau entendia que os brasileiros eram esteticamente repugnantes, já que “evitam mover uma palha para fazer qualquer coisa de útil, até mesmo para se afogarem” (RAEDERS, 1938, p. 75).

Nesse cenário, é mister explicitar que, mesmo após a abolição da escravatura, a recepção do negro (e porque não dizer do índio e do mestiço) na sociedade contemporânea e no mercado de trabalho ainda é bastante incipiente, já que são recentes as ações afirmativas e legislativas para contornar o cenário, não faltando exemplos de comportamentos preconceituosos nos ambientes sociais, a despeito de o texto constitucional ser claro, já em seu preâmbulo, afirmando que a sociedade brasileira deve ser igualitária e sem preconceitos. Não bastasse, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inciso IV do artigo 3º da Constituição vê-se o objetivo de *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (BRASIL, 1988). Em complemento, o inciso VIII do artigo 4º estabelece que é princípio da República Federativa do Brasil o *repúdio ao terrorismo e ao racismo* (BRASIL, 1988). Arrematando, também o inciso XLII do artigo 5º dispõe ser direito e garantia fundamental dos cidadãos brasileiros a inafiançabilidade e imprescritibilidade da prática do racismo, que deverá ser punido com pena de reclusão por meio de lei complementar. Há, portanto, comando constitucional impositivo e claro direcionado ao combate e prevenção de todas as formas de preconceito e discriminação. No espectro legislativo e em consonância com a Constituição, vale destacar o recente Estatuto da igualdade racial, Lei 12.288 de 2010 (BRASIL), a Lei dos crimes de racismo, Lei 7.716 de 1989 (BRASIL), a Lei das quotas raciais em âmbito federal, Lei 12.990 de 2014 (BRASIL), dentre outras.

CONCEITOS BÁSICOS APROXIMATIVOS.

Segundo Eduardo Galeano, na América Latina, “a chamada democracia racial se reduz a uma pirâmide social: o topo é branco, ou se acredita branco; e a base tem cor escura” (GALEANO, 2022, p. 427). Ainda, segundo o escritor uruguaio, os insultos como *parece negro* ou *parece índio* são frequentes, enquanto o *parece branco* é uma constante

homenagem. Em arremate, Galeano, em tom crítico, alude que é a *mistura com o sangue branco que melhora a espécie* (GALEANO, 2022, p. 427).

Nessa conjuntura, vale explicitar o significado da expressão “preconceito”, segundo definição dada pelo Dicionário Aurélio (FERREIRA, 2010), deriva do termo do latim *preconceptu*, significando: conceito ou opinião formados antecipadamente, sem ponderação ou conhecimento dos fatos (uma ideia preconcebida); julgamento ou opinião formada sem se levar em conta o fato que os conteste (um prejuízo); por extensão: suspeita, intolerância, ódio racial ou aversão a outras raças, credos, religiões, etc.: O preconceito racial é indigno do ser humano, constituindo percepção subjetiva que não necessita de ser exteriorizada.

Já a expressão “discriminação”, diversamente do preconceito e do racismo, de acordo com o Dicionário Aurélio (FERREIRA, 2010, p. 724), emana do latim *discriminatione*, consistindo no ato ou efeito de discriminar concretamente, exteriorizando atos com conteúdo de diferenciar, diferenciar, discernir. O conteúdo da discriminação sequer necessita de ser algo com conotação pejorativa, podendo constituir predicados afirmativos, positivos.

Todavia, quanto à expressão “racismo”, para o Dicionário Aurélio (FERREIRA, 2010, p. 1.769), possui o significado de ser uma tendência do pensamento, ou modo de pensar em que se dá grande importância à noção da existência de raças humanas distintas, superiores e inferiores. Na visão da UNESCO, racismo é a expressão do sistema de pensamento fundamentalmente antirracional. Constitui um desafio à tradição do humanismo que nossa civilização reclama para si (UNESCO apud SANTOS, 2010, p. 47).

Ao mesmo tempo, “na perspectiva da biopolítica foucaultiana, o racismo se constitui como um poder de morte num sistema que tem como objetivo primordial a vida e o fazer viver, um poder que toma a vida no cálculo político de gestão da população” (SILVA; ARAÚJO, 2020). Assim, segundo Michel Foucault, o racismo “é, primeiro, o meio de introduzir afinal, nesse domínio da vida de que o poder se incumbiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer” (FOUCAULT, 2002, p. 304).

Marco histórico na luta contra o racismo e a segregação racial no mundo, Nelson Mandela, em 10 de maio do ano de 1994, realizou emblemático discurso como primeiro Presidente negro democraticamente eleito na África do Sul, afirmando “que durante tanto tempo tinha sido o lugar do poder e do controle branco”, e que “acreditava que da calamidade do passado, nasceria uma nova sociedade, digna do orgulho mundial. Falei sobre a forma como a nossa vitória pertencia a todos, pois era uma vitória a favor da justiça, paz e dignidade humana” (MANDELA, 2006, p. 161-162).

Sobre a amplitude da expressão racismo, em julgamento histórico e precursor, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.242-2/RS (Caso Siegfried Ellwanger), em 17/09/2003, entendeu que alcançaria também o preconceito e a discriminação por religião (SANTOS, 2010, p. 48-52).

A partir dos conceitos aproximativos referenciados, sem a pretensão de esgotá-los, afigura-se relevante observar as inflexões do Direito Penal no que concerne ao preconceito e discriminação a eles relativos a partir do norte constitucional.

DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL AO PENAL. IDIOSSINCRASIAS E CARÊNCIA DE SENTIDOS

Essencialmente, sobre o tratamento dispensado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o *caput* do artigo 5º da Carta Maior assegura que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Em consonância, o inciso XLII do artigo estabelece comando de criminalização de condutas atentatórias à igualdade, uma vez que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988).

Ocorre que o diploma constitucional carece de interpretação, a fim de que se evite prospecção reducionista quanto ao tema, na medida em que, a despeito da clareza acerca da necessária igualdade entre os cidadãos e da vedação de qualquer distinção, estabeleceu comando pela criminalização da prática tão somente empregando a expressão racismo, erigindo-o à alçada da inafiançabilidade, imprescritibilidade e da cominação à pena de reclusão.

Sintomática desta fragilidade constitucional é a redação conferida à Lei n.º 7.716/89 (BRASIL), ao enunciar em seu preâmbulo que se destina a definir os crimes resultantes de preconceito de **raça ou de cor**. Já em seu artigo 1º, prevê que Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de **raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional**. (grifo nosso)

Nesta conjuntura normativa, observa-se comando constitucional pela criminalização do **racismo** em caráter imprescritível e inafiançável. O preâmbulo da lei que visa a implementar o preceito constitucional remete à criminalização do preconceito de **raça e cor**. Quando observada a redação dos tipos penais da mesma lei, há previsão expressa no sentido de que os crimes enunciados em seu preâmbulo podem decorrer de **discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional**.

A partir dessas constatações, logo exsurge o dilema referente aos limites do imperativo constitucional que considera o racismo imprescritível e inafiançável, quando a Lei que visa a implementar a Constituição neste tema aparentemente efetuou verdadeira cisão ou extensão terminológica ao enunciar a criminalização do preconceito ou discriminação por motivo de **raça**, separando este vernáculo das expressões **cor, etnia, religião e procedência nacional**. Logo, ao menos sob uma ótica formal, impende indagar se a imprescritibilidade e a inafiançabilidade atingem tão somente à raça, ou também à discriminação e ao preconceito por cor, etnia, religião e procedência nacional?

Não se trata de dilema de pouca relevância, na medida em que a prescrição, como causa extintiva da punibilidade, representa um dos maiores limites ao jus puniendi do Estado. Quando de sua incidência, está-se diante de fato típico, antijurídico e culpável. Entretanto, por deferência do próprio Estado, há o reconhecimento de que o exercício do poder punitivo deve ser limitado a determinado tempo, como garantia dos cidadãos contra o

absolutismo estatal. Veja-se que a possibilidade de punição do fato passa a ser extinta por causa objetiva admitida pelo Estado, isto é, o decurso do prazo por ele mesmo estabelecido para o exercício de seu poder. Neste caso, trata-se da supremacia do direito dos cidadãos ao esquecimento estatal sobre determinadas condutas criminosas em detrimento do jus puniendi exercido sobre condutas idênticas não atingidas pelo decurso do tempo. Aliás, no Brasil apenas duas espécies de infração penal são imprescritíveis, consoante previsão expressa na Constituição Federal. O racismo (art. 5º. inc. XLII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inc. XLIV).

Da mesma forma, não menos relevante é a inafiançabilidade, na medida em que o instituto da fiança traduz-se em forma alternativa, mais tênue, do exercício do poder punitivo estatal. Oferece-se como solução menos drástica em detrimento da segregação cautelar, tornando-se hodiernamente muito utilizado a partir da reforma empreendida no Código de Processo Penal por meio da Lei n.º 12.403/2011 e da Lei n.º 13.964/2019.

Nesta configuração, parece-nos que a resposta à indagação acerca dos limites da imprescritibilidade e inafiançabilidade do racismo, a partir do alcance desta expressão, deve ser extraída do próprio texto constitucional. Na medida em que o inciso XLII do artigo 5º da Carta Constitucional estabelece que a prática do racismo terá estas consequências, nos termos da lei, é declarada a intenção do legislador constituinte em relegar ao legislador ordinário o comprometimento com os limites desta criminalização e do próprio conceito.

Seguindo o norte estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que em seu artigo 1º já estabelece a igualdade, a liberdade e a dignidade entre todos os cidadãos (ONU, 1948), a extensão do conceito de racismo foi definida na Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1968 da ONU, por meio da Resolução 2.106-A de sua Assembleia Geral, ratificada pelo Brasil em 27.03.1968, abrangendo toda forma de distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que objetive a anulação ou restrição do reconhecimento, gozo ou exercício no mesmo plano de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública (ONU, 1968). O art. 4º da Convenção estabelece a necessária criminalização dessas condutas ao enfatizar que seus Estados-membros devem punir, na forma da lei, a difusão de ideias, discriminações, ou quaisquer atos aptos a gerar violência ou provocação espelhados na superioridade ou ódio raciais dirigidos a qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou origem étnica.

Conforme assevera Sarlet (2013, p. 13-44), a dignidade da pessoa humana foi guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito. Por isso, compete ao Estado assumir função de instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas. E, para tanto, faz-se necessário considerar a dúplici função do princípio da dignidade da pessoa humana, atuando tanto como limitador da intervenção do Estado e de terceiros,

quanto na tarefa de gerar um dever jurídico de tutelar e promover a dignidade humana contra o Estado e terceiros. É na segunda função que se justifica a constitucionalidade da intervenção estatal, por meio da imprescritibilidade e inafiançabilidade de todas as formas de preconceito e discriminação, considerando-se a expressão racismo modo abrangente, incluindo o conjunto de atributos humanos conformados pela raça, cor, etnia, religião e procedência nacional ou origem. Observe-se que a redação interventiva do Estado, via Carta Maior, quando trata da necessária criminalização do preconceito e discriminação, refere-se ao racismo, termo genérico e ampliativo, que deve ser conjugado com a necessária, irrestrita e ampla proteção da dignidade da pessoa humana, irradiando sobre todos os direitos fundamentais. Nesse sentido, a materialização do entendimento ampliativo adotado pelo STF foi emblemático ao julgar o caso “Siegfried Ellwanger”, ocorrendo a expansão do alcance e da abrangência da expressão racismo para alcançar o preconceito e a discriminação religiosa, ao incidir na tipicidade do crime do artigo 20 da Lei 7.716 de 1989.

Recentemente, no ano de 2019, através de julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26 e do Mandado de Injunção de nº 4733, o Pleno do STF, por maioria, estendeu a aplicação da Lei de nº 7.716 de 1989 às condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, enquanto o Congresso Nacional não editar uma Lei específica, punindo tais condutas, posto que a repressão penal à prática da homofobia e da transfobia não alcança, muito menos restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Em síntese, a tese amplia o conceito de racismo, ultrapassando aspectos biológicos ou fenotípicos, alcançando a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis, como a população LGBT (BRASIL, 2019).

Por isso, razão assiste a Heringer Júnior (2012, p. 91), quando preconiza que o Direito Penal pode voltar suas baterias para a efetivação dos princípios constitucionais, destacando-se o reforço pela efetivação da igualdade entre os cidadãos, na medida em que a esfera criminal incide sobre a sociedade de forma transversal, provocando fragilidades e desníveis na incidência do sistema jurídico penal.

Nessa senda, a prática de condutas que resultem da discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, ou ainda, que versem sobre transfobia ou homofobia, representam crimes imprescritíveis, inafiançáveis, sujeitos às penas de reclusão cominadas na Lei 7.716/89.

Contudo, a despeito da clareza do texto constitucional quanto à necessidade do trato criminal irrestrito contra o preconceito e a discriminação por racismo, tais condutas ainda não foram consideradas hediondas pelo legislador, de acordo com o que preleciona a Lei n.º 8.072 de 1990 (BRASIL). Nela, uma gama enorme de tipos penais são rotulados de hediondos, não se incluindo o racismo. Esta vicissitude retrata inegável omissão legislativa quando efetuada uma construção hermenêutica a partir da importância do rótulo

constitucional conferido ao tema. Aliás, o contrassenso é evidente, na medida em que o racismo é imprescritível e inafiançável, mas não é hediondo. Anote-se que a lacuna aqui existente denota uma grande falta de atenção do legislador ordinário para tema de tamanha relevância. Se o texto constitucional estabelece a inafiançabilidade e a imprescritibilidade do racismo, bem como determina a existência de sua criminalização com pena de reclusão, também erige determinada camada de condutas criminosas ao patamar da hediondez, maior nível de repugnância jurídica e social (BRASIL, 1988). No entanto, até hoje a Lei n. 8.072/90 é lacunosa neste sentido. E, veja-se, tanto a necessária criminalização do racismo em caráter imprescritível e inafiançável, como a necessidade de legislação estabelecendo a hediondez de determinadas condutas criminosas encontram-se no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição, conformando um espectro normativo coeso e harmônico, inclusivo e sistêmico, levando o intérprete à necessária observação integrada.

RACISMO E INJÚRIA RACIAL NO CENÁRIO PÁTRIO CONTEMPORÂNEO

A despeito da existência da Lei n.º 7.716/89, que estabelece a tipificação do racismo em suas várias formas e condutas, também coexiste no sistema jurídico penal brasileiro a figura típica da injúria qualificada, prevista no parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, introduzida pela Lei n.º 9.459/97.

A referida injúria qualificada, até a data de 11 de janeiro do ano de 2023, previa a doutrinarmente conhecida “injúria racial” (NUCCI, 2020), porquanto punia a injúria que se utilizava de “elementos referentes a **raça, cor, etnia**, religião, **origem** ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência” (BRASIL, 1940 – grifo nosso). Entretanto, tivemos, recentemente, importante alteração legislativa no cenário pátrio, na medida em que a injúria racial, através da Lei n.º 14.532/2023, migrou do parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal para a Lei n.º 7.716/89, sendo criado o artigo 2º-A, punindo aquele que “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de **raça, cor, etnia ou procedência nacional**” (BRASIL, 2023) com a pena de reclusão, de dois a cinco anos e multa.

Nesse passo, sem a pretensão de exaurir o tema, é necessário tecer algumas ponderações a despeito dessa importante alteração legislativa, já que tanto do ponto de vista penal quanto do processual penal tivemos mudanças notáveis ao enfrentamento da injúria racial, agora, delito de racismo.

Desse modo, em um primeiro movimento, é mister explicitar que a injúria qualificada (preconceituosa) do parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, atualmente, pune aquele que injuriar alguém, se utilizando de “elementos referentes a **religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência**” (BRASIL, 2023), com a pena de reclusão de um a três anos e multa. Logo, se trata de delito afiançável e, nos termos do artigo 322 do Código de Processo Penal de 1941 (BRASIL), passível de arbitramento de fiança por parte da

autoridade policial, já que a pena privativa de liberdade máxima cominada não suplanta quatro anos. Além disso, por ter pena mínima não superior a um ano, é passível de aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, conforme consta no artigo 89 da Lei n.º 9.099/95 (BRASIL). Outrossim, não podemos deixar de aludir que, por expressa previsão do parágrafo único do artigo 145 do Código Penal (BRASIL), é delito cuja procedibilidade ocorre por intermédio de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Ou seja, o Membro do Ministério Público depende da representação da vítima para iniciar a persecução penal.

Num segundo passo, reportamo-nos ao delito do artigo 2º-A da Lei n.º 7.716/89, onde o legislador pátrio, em verdadeira Lex Gravior (LIMA, 2020, p. 416), cuja aplicação é válida apenas para os delitos praticados a partir da data da publicação da Lei n.º 14.532/2023 (11 de janeiro de 2023), passou a prever a punição da injúria racial referente à ofensa da dignidade ou do decoro por motivos de raça, cor, etnia ou procedência nacional (origem), com a pena de reclusão de dois a cinco anos e multa. Portanto, à luz da nossa Carta Maior (artigo 5º, XLII), se tratam de condutas inafiançáveis e imprescritíveis, sujeitas à reclusão. Além do mais, como a pena mínima, agora, suplanta o patamar de um ano, não há mais que se falar na aplicação do instituto da suspensão condicional do processo à injúria racial, o que, a nosso ver, diante da magnitude da aversão que essa conduta representa, deveria ter sido vedada desde muito tempo.

Ademais, refutamos qualquer tese tendenciosa no sentido de ter ocorrido *abolitio criminis* das condutas injuriosas que se utilizavam dos elementos “raça, cor, etnia e origem” que constavam da antiga redação do parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, já que, na verdade, estamos diante do princípio da continuidade normativo-típica.

De acordo com o referido princípio, quando determinado tipo penal incriminador for “expressamente revogado, mas seus elementos venham a migrar para outro tipo penal já existente, ou mesmo criado por uma nova lei. Nesses casos, embora aparentemente tenha havido a abolição da figura típica, temos aquilo que se denomina de *continuidade normativo-típica*” (GRECO, 2017). Consequentemente, não nos restam dúvidas de que estamos diante deste importante princípio que evita a ocorrência da *abolitio criminis*, com “a permanência da conduta anteriormente incriminada, só que constante de outro tipo penal” (GRECO, 2017), ainda que com outra roupagem, a despeito dos elementos origem e procedência nacional.

No parágrafo único do artigo 2º-A da Lei n.º 7.716/89, introduzido recentemente pela Lei n.º 14.532/2023, o legislador pátrio aportou causa de aumento de pena da metade, quando a injúria racial for praticada em concurso de duas ou mais pessoas, fato que pode acabar inibindo a criminalidade em concurso de agentes, posto que a causa de aumento de pena tem claro escopo preventivo e punitivo. Destarte, atualmente, com a inserção na lei do racismo (Lei n.º 7.716/89), o delito de injúria racial passou a ser de ação penal pública incondicionada. Com efeito, hoje, no Brasil, independentemente da existência

de exteriorização da vontade da vítima, o Membro do Ministério Público poderá iniciar a persecução penal pelo delito de injúria racial praticado a partir de 11/01/2023, já que foi alterada a sua procedibilidade.

Ainda que a Lei n.º 14.532/2023 tenha inserido o delito de injúria racial na Lei dos crimes de racismo, é de extrema importância observar que o legislador, deliberadamente, **não inseriu a injúria religiosa** no tipo penal da injúria racial, mesmo que a **discriminação ou o preconceito religioso** esteja presente no próprio caput do artigo 1º da Lei n.º 7.716/89, configurando o delito de racismo. Na nossa humilde opinião, com essa incongruência, agiu mal o legislador, porquanto, injustificadamente deixou essa espécie gravosa e tão nociva de racismo isolada no parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal pátrio, repercutindo sobremaneira nos desdobramentos da persecução penal, o que poderá ensejar em impunidade para os autores dessas ultrajantes condutas.

Igualmente, nos sentimos no dever de explicitar que o legislador contemporâneo deixou passar uma grande oportunidade para, finalmente, inserir o delito de racismo ao rol dos crimes hediondos previstos na Lei n.º 8.072/90. Com efeito, seguimos batendo nesta tecla (SBARDELLOTTO; TERRA, 2022, p. 30-31), pois tamanha incongruência legislativa para com o semelhante não merece seguir prosperando em nosso ordenamento pátrio.

Os delitos de racismo perfazem um conjunto abrangente de tipos penais que têm como objeto jurídico a proteção da dignidade humana em sua plenitude, coibindo o preconceito e a discriminação em todas as suas formas e manifestações.

Nessa conjuntura, impende observar que os tipos penais previstos na Lei n.º 7.716/89, notadamente, aqueles que estão a partir de seu artigo 2º-A até o 20º. Em linhas gerais, à exceção do artigo 20, as demais condutas dizem respeito ao comportamento discriminatório ou preconceituoso em determinadas situações ou locais, além de um tipo específico quanto a manifestações nazistas (§ 1º do art. 20). São condutas objetivamente bem definidas e de fácil subsunção. Já o artigo 20 criminaliza por meio de três verbos nucleares abertos condutas que, residualmente aos demais tipos penais, representem o ato de Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (BRASIL, 1989), com pena de reclusão de um a três anos e multa.

Antes do advento da Lei n.º 14.532/2023, o nosso desafio residia em localizar a distinção necessária entre a conduta de “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (art. 20) e a postura de “injuriar alguém” (§ 3º do art. 140 do CP)¹ por meio da utilização dos mesmos elementos típicos.

Nessa trilha, Rogério Greco entendia que “ao contrário da calúnia e da difamação, com a tipificação do delito de injúria busca-se proteger a chamada honra subjetiva, ou seja, o conceito, em sentido amplo, que o agente tem de si mesmo” (GRECO, 2017, p. 639).

¹ Quanto aos elementos “condição de pessoa idosa ou deficiente”, foram inseridos pelo Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003) à figura da injúria qualificada, não se referindo ao preconceito ou discriminação racista.

Já para Aníbal Bruno, a “injúria é a palavra ou gesto ultrajante com que o agente ofende o sentimento de dignidade da vítima [...]” (BRUNO, 1976, p. 300). Como bem adverte Santos, no delito de injúria qualificada, de acordo com a antiga redação do parágrafo §3º do artigo 140 do Código Penal, anotava-se como elemento subjetivo o dolo de injuriar, que representa a vontade livre e consciente de lançar ofensa à vítima em razão de ela pertencer a determinada raça, cor, etnia, religião ou por conta de sua origem ou ainda por sua condição de idosa ou portadora de deficiência (SANTOS, 2010, p. 143).

De tal modo, o bem jurídico tutelado, portanto, no delito de injúria, sempre será a honra subjetiva da vítima, consistente “na consciência e no sentimento que tem a pessoa de sua própria valia e prestígio, quer dizer, a autoestima” (CONDE, 2002, p. 274). Por isso, na injúria o sujeito passivo é pessoa determinada ofendida em sua honra subjetiva, isto é, atingida em seus predicados individualmente. Assim, na injúria qualificada agregavam-se aos elementos necessários ao tipo penal da injúria simples elementos de conotação racista. Ocorre que, por ser um tipo penal qualificado, a injúria com caracteres racistas era definida a partir dos elementos do tipo base, “caput”, agregados aos elementos que a tonificam a partir de aleivosias direcionadas à raça, cor, etnia, religião ou origem (além da condição de idoso ou deficiente) da vítima determinada. Com este contorno, a injúria racial estará caracterizada quando Paulo chamar Pedro de italiano nojento. Mas e quando Paulo disser que os italianos são repugnantes, sem identificar a vítima, qual dos tipos penais terá violado?

A diferença fundamental para a incidência do crime de racismo tipificado no artigo 20 da Lei n.º 7.716/89 e de injúria preconceituosa ou racial, agora, também modalidade do crime de racismo, cuja morada atualmente se encontra no artigo 2º-A da mesma lei, está no alcance do direcionamento da ofensa. No caso do delito de racismo, propriamente dito, os elementos raciais empregados abrangem toda a coletividade daquele grupo ofendido. Já no crime de racismo, na modalidade injúria racial, a ofensa/injúria é direcionada, exclusivamente, ao ofendido, não englobando a coletividade de pessoas ou determinado grupo que o indivíduo pertença. Ou seja, possui destinatário final bem delimitado. Rios Gonçalves apregoa com maestria que:

Não se confunde a injúria racial (1a parte do dispositivo), em que o agente endereça ofensa a pessoa ou pessoas determinadas em razão de sua raça, cor, etnia, religião ou origem, com o crime de racismo, descrito no art. 20 da Lei n. 7.716/89, que se configura quando o agente faz referência preconceituosa genericamente a todos os integrantes de certa raça, cor, religião etc. Assim, chamar de “macaco” pessoa de cor negra constitui injúria qualificada, enquanto escrever ou dizer que “negros são pessoas ignorantes” constitui racismo (GONÇALVES, 2018, p. 223-224).

Para Cunha, no crime de injúria racial ou preconceituosa, que tinha morada no parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal (BRASIL), o dolo do agente era o de realizar uma ofensa moral na vítima. Com efeito, para o autor, o objeto era o preconceito de raça ou

de cor que, de forma alguma se equiparava à conduta do crime de racismo, pois “mesmo que na origem possamos identificar no racista e no injuriador racial a convicção de que há cidadãos que, por sua raça ou cor, devem ser discriminados (segregados)”. Embora ambos os tipos penais explicitam essa convicção distintamente, não competiria ao Poder Judiciário igualar duas situações que o legislador, antes do advento da Lei n.º 14.532/2023 (BRASIL), pretendeu, claramente, diferenciar (CUNHA, 2020, p. 203).

Também Christiano Jorge Santos (2010, p. 149) apregoava que “os bens jurídicos tutelados nos crimes de injúria e de racismo (ou crimes de preconceito e de discriminação da Lei n.º 7.716/89) são totalmente distintos: honra subjetiva e igualdade”, respectivamente.

Desta forma, vislumbrava-se na tipificação de práticas racistas a sujeitos passivos indeterminados e na ofensa a vítima determinada com esta conotação absolutamente pejorativa o enquadramento, respectivamente, nos tipos penais do artigo 20 da Lei n.º 7.716/89 e da antiga redação do parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, perfazendo o fechamento de um círculo que contorna ambas as possibilidades de racismo, caracterizando o que Bitencourt (2008, p. 325) identificou como a vontade do legislador de eliminar a possibilidade de ocorrer a desclassificação de determinadas condutas que não se afeiçoavam ao tipo penal do racismo para o tipo da injúria simples (art. 140, “caput”, CP), em muitas decisões judiciais.

Conforme já mencionamos, outra diferença importante que ocorria entre os delitos residia no campo da procedibilidade, posto que o crime de racismo é crime de ação penal pública incondicionada, ao passo que o crime de injúria racial, antes da vigência da Lei n.º 14.532/2023 (BRASIL), se procedia mediante representação do ofendido (parágrafo único do artigo 145 do Código Penal). Outrossim, destacamos que até a edição da Lei n.º 12.033/2009, a ação penal era privada, em absoluto contrassenso, porquanto a vítima, muitas vezes sem qualquer condição para constituir procurador, ou mesmo de ser atendida pela Defensoria Pública, necessitava de ajuizar queixa-crime. Atendendo a própria objetividade jurídica tutelada pelo tipo penal e à realidade social brasileira, houve, em um primeiro momento, mudança legislativa para considerar tal injúria delito de ação penal pública condicionada à representação. Tal situação justificava-se, uma vez que a injúria é delito que ofende a honra subjetiva, de pessoa(s) determinada(s). Coerente, outrora, respeitar sua vontade em representar, bem como possível a identificação do sujeito passivo para assim proceder. Contudo, essa situação mudou completamente com a Lei n.º 14.532/2023, na medida em que o delito de injúria racial, finalmente, passou a ser reconhecido pelo legislador pátrio como espécie de racismo, sendo, também, delito que se procede através de ação penal pública incondicionada. Ademais, atualmente, podemos afirmar que a Lei n.º 7.716/89 comporta, na verdade, diversas espécies do gênero racismo, desde aquele que atinge toda a coletividade, até aquele que atinge a honra subjetiva da vítima e seja possível identificar a(s) vítima(s) desta nefasta conduta.

No que concerne ao quantum de pena base cominada ao delito de injúria racial, antigamente, o legislador se utilizava do mesmo patamar aplicado ao crime de racismo do artigo 20 da Lei n.º 7.716/89, consistindo no apenamento de um a três anos de reclusão e multa. Porém, com o advento da Lei n.º 14.532 (11/01/2023), tal delito, quando praticado por motivos de raça, cor, etnia ou procedência nacional, passou a comportar a pena de dois a cinco anos de reclusão e multa.

A despeito dos elementos analisados, a questão fulcral, antes da Lei n.º 14.532/2023, jazia na discussão acerca da (in)afiançabilidade e (in)prescritibilidade do crime de injúria qualificada por motivo de raça, cor, etnia, religião e origem, porquanto as formas de racismo elencadas na Lei n.º 7716/89 não careciam deste dilema, consoante já demonstrado em tópico anterior.

Neste aspecto, uma primeira interpretação sustentava que a equiparação da injúria qualificada à condição de delito inafiançável e imprescritível configuraria nítida analogia in mallam partem, vedada em se tratando de qualquer tema inerente ao Direito Penal (HIRECHE; OLIVEIRA, 2016). Entretanto, diversamente, parcela da doutrina, a exemplo de GRECO FILHO (2016), apregoava, acertadamente, que a injúria qualificada por motivos racistas também deveria ser considerada imprescritível e inafiançável, porquanto decorre do mesmo preceito constitucional que condiciona o legislador à criminalização de todas as formas de racismo, bem como porque a Lei n.º 7.716/89, claramente, não esgotou todas as figuras típicas racistas e de modo algum constitui um rol taxativo. Historicamente, o racismo já causou à humanidade o extermínio de milhares de seres humanos, a pretexto de serem inferiores, motivo pelo qual não mereciam viver (NUCCI, 2020, p. 696).

No âmbito dos Tribunais Superiores, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), mesmo antes do advento da Lei n.º 14.532/2023, já possuía posição uníssona no sentido de se aplicar a imprescritibilidade e a inafiançabilidade à injúria racial, como ocorreu já no julgamento do recurso de agravo regimental no recurso especial de número 686.965, originário do Distrito Federal, julgado em 18.08.2015, e no recente AgRg no REsp 1849696/SP, julgado em 16.06.2020, considerando que o crime de ***injúria racial possui o mesmo sentido de segregação presente nos demais crimes de conotação racial, e com o advento da denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão.*** Desta forma, o crime de injúria racial seria imprescritível, somando-se aos crimes da Lei de n. 7.716/89, na medida em que o elenco neste diploma legal existente não é taxativo (BRASIL, 2020 - grifamos).

No cerne da imprescritibilidade aplicada ao crime de injúria racial, é mandatário mencionar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, recentemente, concluiu o julgamento do Habeas Corpus de nº 154.248/DF (BRASIL, 2021), cuja relatoria pertenceu ao Ministro Edson Fachin, **expandindo a imprescritibilidade do crime de racismo para o crime de injúria racial**, espécie de racismo, in verbis:

A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo.

Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível (BRASIL, 2021). (grifo nosso)

No mesmo julgado, vale destacar a manifestação da Procuradoria-Geral da República, no sentido de que:

A tipificação dos possíveis crimes decorrentes da prática de racismo não pode ser tida como esgotada com a Lei 7.716/1989, sob pena de ser diminuída a vontade do Constituinte de 1988 no sentido de que a prática social do racismo, que não se resume a determinado tipo penal, seja, por meio da imprescritibilidade, expurgada do país, até porque o Brasil rege-se no cenário internacional pelo repúdio a essa prática, nos termos do inc. VIII do art. 4º da Constituição Federal (BRASIL, 2018).

Ademais, a imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de injúria qualificada apresentava-se também consentânea com os emblemáticos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, caracterizados pelo Caso Siegfried Ellwanger (HC. 82.424/RS), que ampliou a abrangência do conceito de racismo para alcançar a difusão do nazismo, bem como pelo contemporâneo julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26 e do Mandado de Injunção de nº 4.733, no qual o Pleno do STF, por maioria, estendeu a aplicação da Lei de nº 7.716 de 1989 às condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, enquanto o Congresso Nacional não editar uma Lei específica, punindo tais condutas. Nos dois éditos, o Pretório Excelso estabeleceu limites positivos à criminalização de condutas racistas, ampliando o espectro de incidência dos tipos penais destinados a combater o preconceito e a discriminação racial, com fundamento na vedação da proibição deficiente. Assim, coerente associar as diversas figuras típicas da Lei n.º 7.716/89 e o parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, porquanto todos coincidem com a norma contida no artigo 5º, XLII da Carta Magna.

Com a nova lei (14.532/2023), entendemos que o legislador pátrio encampou o entendimento dos Tribunais Superiores, pois não restam mais dúvidas de que a injúria racial configura espécie do gênero racismo e, nos termos da nossa Carta Maior, deve, sim, ser delito imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão.

A despeito da polêmica, já nos parecia que a injúria de conotação racista se encontrava conglobada no espectro constitucional de proatividade legislativa voltada a coibir qualquer forma de preconceito e discriminação, conformando-se também com o princípio da dignidade da pessoa humana que irradia sobre todos os demais preceitos normativos no ordenamento pátrio (SBARDELLOTTO; TERRA, 2022, p. 36). Percebe-se, entretanto, que o deslinde do legislador ordinário foi sendo objeto de importantes decisões das Cortes Superiores que, finalmente, ganharam corpo para que tais condutas repugnantes para com o semelhante fizessem parte do arcabouço da Lei n.º 7.716/89.

Ainda, no que tange às práticas homofóbicas e transfóbicas, após o começo da vigência da Lei n.º 14.532/2023 (11/01/2023), em respeito às decisões supramencionadas da Suprema Corte, percebemos que quando a ofensa for direcionada à pessoa determinada, estará presente o tipo penal do artigo 2º-A da Lei n.º 7.716/89, ao passo que, quando a ofensa for direcionada à toda a coletividade ou grupo LGBT, restará configurado o delito do caput do artigo 1º da mesma lei.

Além das necessárias mudanças que apontamos, a Lei n.º 14.532/2023 trouxe importantes dispositivos que possibilitarão um divisor de águas no enfrentamento às condutas racistas, a exemplo da introdução da nova redação ao §2º do artigo 20 da Lei n.º 7.716/89, o qual pune a prática, a indução ou a incitação à discriminação ou ao preconceito por motivos de “raça, cor, etnia, **religião** ou procedência nacional” cometido através “dos meios de comunicação social, de publicação em redes sociais, da rede mundial de computadores ou de publicação de qualquer natureza” com a pena de reclusão de dois a cinco anos e multa.

Ademais, incluiu um mandatório parágrafo §2º ao artigo 20, de modo que, quando qualquer dos crimes previstos no artigo 20 da Lei n.º 7.716/89 ocorrer no “contexto de atividades esportivas, **religiosas**, artísticas ou culturais destinadas ao público”, a pena cominada será de dois a cinco anos de reclusão e, a proibição de frequência, por três anos, aos locais dedicados às práticas “esportivas, artísticas ou culturais destinadas ao público, conforme o caso”. Nesse passo, ainda que a conduta ocorra em templo religioso, o **legislador não inseriu a vedação de frequentar templos religiosos ao autor do delito**. Acreditamos que essa deliberada omissão legislativa se deu em decorrência do teor do inciso VI do artigo 5º da nossa Carta Maior de 1988, o qual assegura “o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (BRASIL). O tema é, no mínimo, polêmico, já que o artigo pune o racismo religioso, mas não proíbe o autor dessa injustificável conduta de frequentar o templo religioso, o que, sem dúvidas, apresenta um enorme contrassenso se o escopo é melhorar o embate ao racismo.

Contudo, agiu bem o legislador ao inserir o artigo 20-A na Lei n.º 7.716/89, o qual, visivelmente, tem o desígnio de acabar com a brincadeira racial, na medida em que apresenta causa de aumento de pena para o racismo recreativo aplicável a todos os crimes previstos na Lei n.º 7.716/89, quando estes delitos forem cometidos no contexto ou com o intuito de descontração, diversão ou recreação, tal incremento varia de 1/3 (um terço) até a metade da pena imposta ao delincente.

Já no artigo Art. 20-D, o legislador inseriu um tipo processual que menciona acerca da obrigatoriedade de a vítima do delito de racismo estar acompanhada de advogado ou defensor público em todos os atos processuais, cíveis e criminais. No que tange à esfera cível, entendemos que a mudança é benéfica, pois, pode ser intentada a ação de reparação de danos antes mesmo do trânsito em julgado da ação penal. Todavia, no tocante à esfera criminal, por se tratar de delito que se procede via ação penal pública incondicionada,

cuja titularidade, por ser pública, pertence privativamente ao Ministério Público, conforme expressa previsão do inciso I do artigo 129 da nossa Carta Maior de 1988 (BRASIL), a presença compulsória de advogados ou defensores públicos para acompanhar a vítima em todos os atos processuais, inevitavelmente, nos faz cogitar que o legislador acabou criando uma nova espécie de assistente de acusação: o **assistente de acusação compulsório**, por expressa disposição legal.

Por derradeiro, com a inserção do artigo 20-C à Lei n.º 7.716/89, o legislador pátrio, em clara alusão ao item um do artigo 1º do Decreto n.º 10.932/2022 (Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância) documento internacional de direitos humanos que foi recepcionado em conformidade com o disposto no parágrafo §3º do artigo 5º da nossa Carta Magna de 1988, equivalendo, assim, à emenda constitucional, explicitou que **na interpretação da lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**, o magistrado deve considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento despendido à pessoa ou aos grupos minoritários que acarrete “constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, **religião** ou procedência”. Por outras palavras, **o juiz, na interpretação da lei do racismo, deve, principalmente, observar se a(s) vítima(s) receberiam o mesmo tipo de tratamento discriminatório se fossem pertencentes à classe dominante.**

O enfrentamento ao racismo é um desafio perene, já que essa conduta foi responsável pelas maiores mazelas e atrocidades que a história humanidade atravessou ao longo dos anos, presente, praticamente, em todas as civilizações. Porém, até os dias de hoje, podemos perceber práticas reiteradas dessa nefasta conduta, o que não é admissível, seja à luz da dignidade da pessoa humana, seja à luz de todo o sistema internacional de direitos humanos, seja, também, à luz de nossa Carta Maior de 1988 que é incisiva contra essas condutas discriminatórias e preconceituosas. Aperfeiçoar o enfrentamento ao racismo era necessário, contudo, como dizia Nelson Mandela, ainda temos de “libertar o povo da pobreza, do sofrimento e de todo tipo de discriminação” (MANDELA, 2006, p. 162). Não podemos desistir de construir uma sociedade mais justa, mais humana, mais igualitária para todos nós, onde a criminalidade e o ódio para com o semelhante sejam exceções e o que realmente prevaleça seja a dignidade humana e o respeito mútuo, independentemente de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual. É nosso dever, seja como operadores do direito, seja como cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fundamentalmente, o tema do combate ao preconceito e à discriminação racial é candente em pleno século XXI. Devido ao fato de ter sido colônia de Portugal, o Brasil foi alvo de intensa discriminação através da escravidão de indígenas e de africanos

importados, que serviam de mão-de-obra para a exploração econômica europeia em território nacional. Tal fato cessou apenas com a Lei Áurea do ano de 1888, responsável por abolir a escravidão no Brasil. Entretanto, a despeito da longa caminhada da humanidade, que alcançou elevados níveis de desenvolvimento industrial, tecnológico, científico e até econômico, a partir de fatos lamentáveis verificados constantemente no sentido de condutas altamente repugnantes que revelam menosprezo a seres humanos em razão de sua raça, cor, religião, etnia, procedência nacional e orientação sexual, avanços jurídicos e sociais se fazem necessários.

Todavia, o resgate da dignidade humana de grupos historicamente segregados na sociedade não é tarefa fácil, já que a estigmatização e a desigualdade social remetem ao passado recente de segregação racial, necessitando não apenas de leis, mas, sobretudo, de ações afirmativas e ampliativas para que direitos e garantias fundamentais constantes na Constituição de 1988 sejam materializados, diminuindo, desta forma, a diferença social existente no cenário pátrio.

No espectro constitucional, o comando é absoluto e claro no sentido de coibir todas as formas preconceituosas e discriminatórias de conotação racial, o que se verifica no inciso IV do artigo 3º, no inciso VIII do artigo 4º e no inciso XLII do artigo 5º, perspectiva que constitui objetivo da República, cujo repúdio é tamanho que o preconceito e a discriminação racial deverão ser criminalizados em caráter inafiançável e imprescritível, além de sua punição com pena de reclusão na forma da lei.

Por isso, destacam-se a Lei n.º 7.716/89, com diversos tipos penais nela inseridos e atualizados, recentemente, por intermédio da Lei n.º 14.532/2023, legislação responsável por ampliar a incidência da lei e, sobretudo, ao crime de injúria racial que outrora possuía morada no delito de injúria qualificada do parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, aplicáveis a uma enorme gama de condutas que historicamente caracterizam práticas racistas. A despeito das peculiaridades de cada dispositivo típico apontado, todos compõem o sistema brasileiro contemporâneo de combate ao preconceito e à discriminação por motivo de raça, cor, religião, etnia ou mesmo procedência nacional, a serem observados em sua forma sistêmico-constitucional e vinculados à proteção da dignidade da pessoa humana modo pleno e irrestrito. Neste contexto, a comunicação do comando constitucional que rotula toda prática do racismo como imprescritível e inafiançável sempre nos pareceu inevitável e necessária, sob pena de se incorrer em contrassenso.

Ainda, entendemos que a omissão do delito de injúria religiosa no delito de injúria racial no tipo penal do recém criado artigo 2-A da Lei n.º 7.716/89 pela jovem, mas necessária, Lei n.º 14.532/2023, lamentavelmente, se deu de forma deliberada pelos legisladores pátrios. Desse modo, em que pese o delito de racismo que consta no próprio caput do artigo 1º da Lei n.º 7.716/89 apontar a discriminação ou preconceito por motivos de religião como delito de racismo, a injúria religiosa pelo mesmo motivo não encontra o mesmo respaldo legal. Esta omissão é grave e acarreta uma série de desdobramentos

do âmbito penal e processual para detestável conduta, já que além de o delito ser procedido por meio de ação penal pública condicionada à representação da vítima, caberá suspensão condicional do processo, fiança, prescrição e, inevitavelmente, poderá ensejar na impunidade do criminoso.

Feita essa ressalva, entendemos que a Lei n.º 14.532/2023 ajudará em muito no enfrentamento às práticas racistas no cenário pátrio, ao passo que possui potencial para que os autores dos delitos de discriminação e preconceito racial sejam realmente punidos.

Para esta conclusão, além do aspecto sistêmico e constitucional que envolve toda a tipicidade inerente ao combate ao racismo, destaca-se a importância do julgado do caso “Siegfried Ellwanger”, no qual o Supremo Tribunal Federal aplicou a Lei 7.716/89 (lei dos crimes de racismo) para um caso em que ocorreu discriminação religiosa contra judeus, com todos os gravames constitucionais que o crime de racismo possui: imprescritibilidade, inafiançabilidade e pena de reclusão. Outrossim, a mesma Suprema Corte, recentemente, mesmo antes do advento da Lei n.º 14.532/2023 havia ampliado a incidência da supramencionada lei aos crimes de transfobia ou homofobia, de modo a propiciar uma tutela penal à população LGBT, até que exista lei específica protegendo-os.

Entretanto, nos chama a atenção que nenhuma figura típica que criminaliza condutas racistas seja taxada como delito hediondo pela legislação ordinária. Isto nos revela que ainda há um longo caminho a percorrer em termos de comportamentos sociais, que ainda revelam frequentemente o preconceito e a discriminação decorrentes de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, bem como no espírito do legislador, que não se inspirou na Constituição Federal e se mostra insensível aos seus comandos no sentido da total intolerância com o racismo. Se a Constituição atribuiu expressamente a imprescritibilidade e inafiançabilidade ao racismo, incongruente que o legislador ordinário, ainda que tenha melhorado consideravelmente o enfrentamento ao racismo com a Lei n.º 14.532/2023, ainda não o tenha elencado ao rol dos crimes hediondos, assim como atribui apenamento brando diante de tamanha repugnância constitucional e social.

Feitas estas considerações, nos limites estreitos deste trabalho, parece-nos evidente que o tema do necessário combate irrestrito ao preconceito e à discriminação, além de procedimentos que resgatem a consciência social pelo respeito e igualdade entre todos os seres humanos, carece de permanente vigilância, conscientização e constantes reflexões acadêmicas, na esperança que consigamos construir uma sociedade mais harmônica, respeitosa e igualitária, onde o ódio e a aversão para com o semelhante não sejam práticas corriqueiras e tampouco passem perto da impunidade.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. *Constitution Of The Republic Of South Africa*. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1>. Acesso em: 07/07/2020.

ANDREWS, George Reid. O protesto político negro em São Paulo (1888-1988), in: Estudos Afro-Asiáticos, n. 21, Rio de Janeiro, 1991.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte 2. Dos crimes contra a pessoa*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26/10/2020.

BRASIL. **LEI Nº 3.353, DE 13 DE MAIO DE 1888**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm. Acesso em: 24/10/2020.

BRASIL. **LEI Nº 2.848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15/01/2023.

BRASIL. **DECRETO Nº 10.932, DE 10 DE JANEIRO DE 2022**. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em: 15/01/2023.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15/01/2023.

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/17716.htm. Acesso em: 15/01/2023.

BRASIL. **LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 24/10/2020.

BRASIL. **LEI Nº 12.288, DE 20 DE JULHO DE 2010**. Estatuto da igualdade racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/12288.htm. Acesso em: 24/10/2020.

BRASIL. **LEI Nº 12.990, DE 09 DE JUNHO DE 2014**. Lei da reserva de quotas raciais em âmbito federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12990.htm. Acesso em: 24/10/2020.

BRASIL. **LEI Nº 14.532, DE 11 DE JANEIRO DE 2023**. Lei que altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14532.htm#art1. Acesso em: 19/01/2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** - (STJ). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=686.965&b=DTXT&p=true#DOC2>. Acesso em: 26/01/2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** - (STF). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 24/01/2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** - (STF). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349811889&ext=.pdf>. Acesso em: 07/05/2022.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CHIAVENATO, Júlio José. **O negro no Brasil: da senzala à guerra do Paraguai**. 4. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho Penal – Parte especial**. 14. ed. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2002.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. *Tempo*, (23), 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tem/a/yCLBRQ5s6VTN6ngRXQy4Hqn/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 15/1/2023.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Coord. FERREIRA, Marina Baird; ANJOS, Margarida dos. Curitiba: Positivo, 2010.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira, v.1**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade - Curso dado no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALEANO, Eduardo. O teatro do bem e do mal. In: **Eduardo Galeano: obras escolhidas**. Porto Alegre: L&PM, 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.

JUNIOR, Bruno Heringer. **Constituição e (Des)Igualdade: A Illegitimidade da Gestão Diferencial na Criminalidade no Marco do Estado Democrático e Social de Direito**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MANDELA, Nelson Rolihlahla. **Longo Caminho Para A Liberdade: a autobiografia de Nelson Mandela**. Tradução: Suzana Pereira. Braamfontein, Gauteng, África do Sul: Nolwazi Educational Publishers (Pty) Ltd; Londres, Reino Unido: Little, Brown and Co. Ltd. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 24/01/2021.

PESSOA, Amanda Carolina Santos. A diversidade brasileira, as minorias, o direito e a busca pela igualdade em contraposição às discriminações sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** | vol. 106/2018 | p. 201 - 223 | Mar - Abr / 2018 | DTR\2018\10744.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Christiano Jorge. Racismo ou injúria qualificada? In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 102/2013 | p. 13 - 44 | Maio - Jun / 2013 | DTR\2013\3300. Acessível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document>. Acesso em: 22/01/2021

SBARDELOTTO, Fábio Roque; TERRA, Venâncio Antônio Castilhos de Freitas. Crimes de Discriminação. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 91, Jan. – Jun. de 2022, p. 15-40. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/264/148>. Acesso em: 19/01/2023.

SILVA, Mozart Linhares da; ARAÚJO, Willian Fernandes. Biopolítica, racismo estrutural-algorítmico e subjetividade. *Revista Educação – UNISINOS*, v. 24 (2020). Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/educacao/article/view/edu.2020.241.40>. Acesso em: 15/01/2023.

SOUSA, Ricardo Alexandre Santos de. A extinção dos brasileiros segundo o conde Gobineau. *Revista Brasileira de História da Ciência*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 21-34, jan-jun 2013. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/his-34211>. Acesso em: 15/01/2023.

RAEDERS, Georges. D. Pedro II e o conde de Gobineau. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1938.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de massa**. 2. ed. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Consideraciones Acerca Del Reconocimiento Del Pluralismo Cultural En La Ley Penal. In: FERRAJOLI, Luigi. **La emergencia del miedo**. 1. ed. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1 - Parte Geral**. 12ª Edição, revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.