

CRIMES DE DISCRIMINAÇÃO

Fábio Roque Sbardellotto*
Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra**

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, principalmente no que se refere às expressões cor, discriminação, etnia, preconceito, raça e racismo. Para tanto, far-se-á uma abordagem sobre o tratamento constitucional e as principais leis que regem a matéria no ordenamento jurídico pátrio. Neste particular, confere-se destaque ao enfrentamento penal referentemente ao preconceito e discriminação racial, enfocando os crimes de racismo e de injúria racial. Em arremate, serão formuladas reflexões sobre a (des)necessidade de o Direito Penal centrar suas baterias para a proteção de grupos historicamente vitimados pela incidência destes crimes à luz de um Estado Democrático de Direito e da necessária dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito penal. Crimes de discriminação. Racismo. Imprescritível. Dignidade humana.

Sumário: 1. Introdução. 2. Discriminação/preconceito. 3. A discriminação/preconceito no Brasil. 4. Conceitos básicos. 5. Do tratamento constitucional ao penal. 5.1. Racismo e injúria racial. 6. Considerações finais. Referências.

* 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. *E-mail:* fabiosbardelotto@gmail.com

** Advogado. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Acadêmico do Mestrado Acadêmico em Direito e da Pós-Graduação em Direito de Famílias e Sucessões na Fundação Escola Superior do Ministério Público. *E-mail:* venancioterra@hotmail.com

Discrimination crimes

Abstract: This article seeks to address the issue of extreme legal and social relevance regarding discriminatory practices and their reflexes in Brazilian Criminal Law, addressing historical aspects on the subject, as well as certain concepts used at the vertices of certain discriminatory and prejudiced practices, especially in what refers to the expressions color, discrimination, ethnicity, prejudice, race and racism. To this end, an approach will be made on the constitutional treatment and the main laws that dictate the matter in the national legal system. In this regard, emphasis is placed on penal confrontation regarding racial prejudice and discrimination, focusing on the crimes of racism and racial injury. In conclusion, reflections on the (un) need for Criminal Law to center your batteries for the protection of groups historically victimized by the incidence of these crimes in the light of a Democratic State of Law and the necessary dignity of the human person.

Keywords: Criminal law. Discrimination crimes. Racism. Imprescriptible. Human dignity.

Summary: 1. Introduction. 2. Discrimination/prejudice. 3. Discrimination/prejudice in Brazil. 4. Basic concepts. 5. From constitutional treatment to criminal. 5.1. Racism and racial injury. 6. Final considerations. References.

1 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 dominantes em relação a outros, considerados inferiores, 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 existentes nos significados das expressões daí decorrentes, como cor, etnia, raça e racismo, tendo como base o tratamento constitucional e as principais leis que versam sobre o tema. 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, fazendo com que o debate em torno da ingerência de determinados ramos do direito se torne sempre

relevante e atual, notadamente, no que concerne 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.

À luz de um Estado Democrático de Direito lamenta-se que o debate em torno do necessário combate a inúmeras práticas que ainda vitimizam uma gama enorme de cidadãos e caracterizam infrações penais decorrentes do preconceito ainda seja tema de alta relevância, porquanto torna patente a existência em nossa sociedade de falta de respeito à dignidade e à condição humana do ser.

2 Discriminação/preconceito

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. Em menor escala verificavam-se reservas por questões atinentes às características físicas, em que pese existir “registro de desprezo dos egípcios pelos negros de lábios grossos e cabelos carapinhas do sul e pelos líbios de olhos azuis”. (SANTOS, 2010, p. 28).

Neste sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni (2012, p. 54) leciona que a prática de homicídios em massa por razões religiosas são práticas comuns na história da humanidade:

Sin embargo, los homicídios masivos son muy anteriores y no se limitan a nuestra civilización dominante, moderna y premoderna. Los crímenes masivos que aparecen cubiertos con visiones religiosas, 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.

A despeito de fatores religiosos e socioculturais, o desenvolvimento do capitalismo e a conquista de territórios revelou outra marca histórica da humanidade, caracterizada pelo fenômeno da escravidão. A busca incessante pelo lucro e novas explorações econômicas e territoriais “obrigavam o emprego de vasta mão de obra. Os maiores detentores da força, os brancos europeus, acabaram por subjugar os habitantes de outros continentes, através da escravização de negros africanos e dos índios americanos”. (SANTOS, 2010, p. 28).

Cerca de cem milhões de negros foram escravizados e/ou mortos em atendimento ao sistema escravocrata das Américas. Como consequência, a África Negra foi sentenciada à estagnação demográfica e econômica. Seus habitantes, sem qualquer distinção, homens, mulheres e crianças foram escravizados, mor-

tos, torturados e violentados culturalmente para que espanhóis, ingleses e portugueses pudessem produzir suas riquezas com a exploração de suas colônias. Jamais existiu genocídio maior na história da humanidade, nem em número, tão pouco em brutalidade, do que o sofrido pelos negros africanos. (CHIAVENATO, 1987, p. 44-45).

Nesse contexto, historicamente, é necessário 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). Destarte, seguiu-se a tendência de desprezo, repúdio aos subjugados, que anteriormente existia de brancos para brancos (normandos contra os saxões), de negros para negros (entre tribos africanas) e, até mesmo, de índios para índios (os inkas ao dominar indígenas de outras aldeias). Entretanto, “na relação entre escravagistas e escravos, passa a ocorrer quase unicamente de brancos para com os povos de outras raças”. (SANTOS, 2010, p. 29).

Segundo Christiano Jorge Santos (2010, p. 29), a expansão dessas discriminações e preconceitos ensejaram no surgimento do “sentimento de superioridade do branco no centro econômico do planeta”, mormente em decorrência de estudos distorcidos da evolução da espécie humana (de Charles Darwin), contrariando os princípios do iluminismo, originando-se o arianismo.

O responsável por formular a doutrina da superioridade da raça ariana, com o fito de enaltecer a sua linhagem hereditária, foi o francês Arthur de Gobineau, que teve o auxílio de Richard Wagner para difundir as suas ideias na Alemanha. Essa teoria foi responsável por criar “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.

Diante das atrocidades cometidas na Segunda Grande Guerra, cientistas de todo o mundo e de diversas áreas do conhecimento tais como biólogos, geneticistas e antropólogos, elaboram documentos conhecidos como as Declarações de 1950 e 1951 da Unesco. Assim, no texto de 1951, é possível extrair algumas conclusões que, embora incipientes e precárias, tiveram por objetivo evitar a repetição do caso da superioridade da raça ariana, como, por exemplo: todos os homens atuais pertencem a uma mesma espécie e são resultados de um mesmo tronco; as diferenças físicas entre os grupos humanos são decorrentes às diferenças de constituição hereditária, do meio, ou de ambas; os grupos nacionais, religiosos, geográficos, linguísticos e culturais não coincidem, necessariamente, com grupos raciais; nenhum grupo nacional constitui uma raça ipso facto, muito menos grupos religiosos; não existe nenhuma prova da existência das raças “puras”, mas o contrário, ou seja, é legítimo pensar que o processo de hibridez humana se prolonga desde uma época considerável.

Neste ponto, é válido citar a lição do doutrinador italiano Alessandro Baratta (2004, p. 133-134) que atentou ao fato de que a lei internacional adentrou de modo seletivo e estrutural no direito penal interno, uma vez que as punições ocorriam de modo seletivo por intermédio de grupos poderosos que logravam por influir sobre a legislação “*usando las instituciones penales como un arma para combatir y neutralizar comportamientos de grupos contrarios*”, em síntese, criminalização primária e criminalização secundária.

Apesar de todos os esforços que foram alocados e da triste lição da maior guerra da história da humanidade, o paradoxo é uma constante nos Estados Unidos da América, tido como um dos vencedores da guerra, através 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).

Para consolidar de fato o que fora formalmente decidido, foram necessários anos de luta da comunidade negra norte-americana, na reconstrução dos denominados “direitos civis”, que tornou famosos líderes como Martin Luther King e Malcolm X, ambos assassinados, sendo certo que até hoje a discriminação e preconceito continuam fortemente arraigados em muitos, existindo ainda – embora, felizmente, enfraquecidas – entidades que cultuam ódio aos negros e judeus, como a *Ku-Klux-Klan*. (SANTOS, 2010, p. 29-30).

No cenário africano, é possível referir ao recente exemplo sul-africano, onde o regime do *apartheid* (segregação racial) vigorou até o ano de 1996, cedendo apenas com o advento da nova Constituição (ÁFRICA DO SUL, 1996). A Carta Constitucional da África do Sul é taxativa em seu preâmbulo ao reconhecer as injustiças que ocorreram em seu passado, pugnando o respeito aos direitos humanos bem como a diversidade e igualdade entre todos os cidadãos. Retrata as grandes lutas sociais contra a segregação racial ocorrida no regime do *apartheid* através da liderança de Nelson Mandela, Presidente da República na época da constituinte e considerado um dos grandes líderes no combate ao racismo e segregação racial no Mundo.

No entendimento de Zaffaroni, o caso do *apartheid* sul-africano pode ser retratado por meio do Congresso de Berlin, ocorrido em 1884/1885, uma vez que o continente Africano foi vítima de uma divisão artificial (linhas retas) inventada no referido congresso para legitimar as conquistas do neocolonialismo do século XIX:

El racismo biologista – del que el positivismo criminológico no fue más que um capítulo – legitimó las conquistas del neocolonialismo del siglo XIX y, como parte de éste, el reparto de África que en el Congreso de Berlín de 1884/1885 hicieron las potencias civilizadas y del que participaron Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Portugal, Rusia, España, Suecia, Turquía y los

Estados Unidos. Este positivismo racista legitimó el apartheid mundial y también sus diferentes versiones nacionales. De su nivel mundial deriva, como consecuencia clara, el triste espectáculo actual del continente olvidado – la pobre África – que debe su historia reciente de genocidios y luchas fratricidas a la artificial división política inventada por el fatídico congreso de Berlín. (ZAFFARONI, 2012, p. 10).

No atual cenário europeu, permanece a cisão, já que grande parte da população é contrária à discriminação e ao preconceito, mas uma minoria considerável é simpatizante de partidos, de seus respectivos países, que têm suas raízes calcadas na xenofobia. Destarte, não são poucos e nem desprezíveis os ataques de grupos “neonazistas” contra negros, judeus e imigrantes, principalmente na França, na Alemanha e no Reino Unido. (SANTOS, 2010, p. 31-32).

Até mesmo na escola criminológica positivista o racismo esteve presente, a exemplo do italiano Raffaele Garofalo, que era portador de um etnocentrismo capaz de considerar a “própria cultura como a cultura superior”. Este etnocentrismo tampouco está isento de racismo, porque Garofalo refere-se com desprezo às “tribos degeneradas”, que são as culturas que não obedecem ao que ele considera que deva ser o sentimento moral”, posto que seriam seres inferiores ou degenerados, sem os valores europeus, verdadeiros delinquentes (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 277).

Os constantes conflitos entre católicos e protestantes (Reino Unido), entre judeus e muçulmanos (Oriente Médio), dentre inúmeros outros, “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).

A prática de condutas preconceituosas ou discriminatórias atenta contra a dignidade da pessoa humana, conceito talhado por Sarlet para quem significa:

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, implicando, neste sentido, um complexo 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, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p. 62).

3 A discriminação/preconceito no Brasil

O caso brasileiro é emblemático no cenário global, porquanto o Brasil foi o último país da América Latina a abolir oficialmente a escravidão, fato ocorrido somente na data de 13 de maio de 1888, através da Lei Áurea (Lei nº 3.353 de 1888), ao revogar todas as disposições em sentido contrário em âmbito nacional, *in verbis*:

A Princesa Imperial Regente, em nome de Sua Majestade o Imperador, o Senhor D. Pedro II, faz saber a todos os súditos do Império que a Assembléia Geral decretou e ela sancionou a lei seguinte:

Art. 1º: É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brazil.

Art. 2º: Revogam-se as disposições em contrário.

Manda, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nella se contém.

O secretário de Estado dos Negócios da Agricultura, Comercio e Obras Publicas e interino dos Negócios Estrangeiros, Bacharel Rodrigo Augusto da Silva, do Conselho de sua Majestade o Imperador, o faça imprimir, publicar e correr.

Dada no Palácio do Rio de Janeiro, em 13 de maio de 1888, 67º da Independência e do Império. Princesa Imperial Regente. RODRIGO AUGUSTO DA SILVA.

Este texto não substitui o publicado na CLBR, de 1888 (BRASIL, 1888).

Entretanto, mesmo após a abolição da escravatura, a recepção do negro (e porque não dizer do índio e do mestiço) na sociedade e no mercado de trabalho ainda é precária, posto que são recentes as ações afirmativas e legislativas para contornar o cenário, e não faltam acontecimentos que retratam a persistência do preconceito e da discriminação nos mais variados ambientes sociais.

Em aparente paradoxo, o texto constitucional é claro em elencar, já em seu preâmbulo, que a sociedade brasileira deve ser igualitária e sem preconceitos. Não bastasse, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme expressa disposição no inciso IV do artigo terceiro da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), 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 da Constituição Federal estabelece que é princípio da República Federativa do Brasil *o repúdio ao terrorismo e ao racismo* (BRASIL, 1988). Arrematando, também na Carta Magna, 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 nº 12.288 de 2010 (BRASIL), a Lei dos crimes de racismo, Lei nº 7.716 de 1989 (BRASIL), a Lei das quotas raciais em âmbito federal, Lei nº 12.990 de 2014 (BRASIL), dentre outras.

4 Conceitos básicos

Conforme já mencionado, para entender a teia de proteção constitucional, penal e processual penal sobre a matéria, é imprescindível o estabelecimento de conceitos ao menos aproximados das terminologias referentes às expressões: preconceito, discriminação, racismo, cor, raça e etnia, sem a pretensão de engessamento terminológico/ conceitual.

A expressão “preconceito”, segundo definição do Dicionário Aurélio (FERREIRA, 2010), deriva do termo do latim *preconceptu*, possuindo os seguintes significados: conceito ou opinião formados antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos (uma ideia preconcebida); julgamento ou opinião formada sem se levar em conta o fato que os conteste (um prejuízo); superstição, credence; por extensão pode ser entendido como: suspeita, intolerância, ódio racial ou aversão a outras raças, credos, religiões, etc. O preconceito racial é indigno do ser humano.

No entendimento de Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer, “o preconceito representa uma ideia estática, abstrata, pré-concebida, traduzindo opinião carregada de intolerância, alicerçada em pontos vedados na legislação repressiva” (OSÓRIO; SCHAFFER, 1995, p. 329). Por isso, o preconceito deve ser concebido como um estado psicológico de juízo valorativo, que pode ou não ser expressado. Trata-se da internalização individual sobre determinados valores.

Christiano Jorge Santos (2010, p. 43) alude ao fato de que “o preconceito é a formulação de ideia ou ideias (que por vezes alicerçam atitudes concretas), calcadas em concepções prévias que não foram objeto de uma reflexão devida ou que foram elaboradas a partir de ideias deturpadas”, seria algo “intelectualmente não maturado ou objeto de falsa racionalização”.

Deste modo, o preconceito pode manifestar-se sob diversas formas, seja pela exteriorização de ideias preconceituosas oralmente expressas (faladas), seja por representações gestuais (passar o dedo indicador na pele), ou, ainda, seja por escrito. Também é exteriorizado por meio de atos de cunho discriminatórios, o que faz da discriminação, nestes casos, espécie do gênero preconceito, que o antecede.

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, que significa diferenciar, diferenciar, discernir. Por isso, o conteúdo da discriminação não necessita de ser algo com conotação pejorativa. É até possível que se dê a discriminação a partir dos predicados afirmativos de determinada pessoa. Entretanto, sempre a discriminação se manifesta por meio de conduta objetiva, expressada no mundo exterior. Trata-se de segmentação operada no dia a dia do convívio e fricção social entre os cidadãos.

No dizer de Pessoa,

A diversidade social essencial para a nação, dessa forma, é algo que não precisa necessariamente ser aceito, mas no mínimo respeitado. O brasileiro precisa aprender a arte de conviver democraticamente e respeitar as diferenças existentes em sua volta. Precisa entender que nem todos conseguem e/ou devem seguir precisamente o padrão social médio e normal exigido pela maioria.

Entretanto, a realidade é oposta. O que reina são os atos de desigualdade, violências e exclusão social das minorias supracitadas, que são manifestas, inicialmente através do preconceito, sendo este um fator interno, e posteriormente, através da discriminação, um fator externo. (PESSOA, 2018, p. 201-223).

Nesse contexto, depreende-se que as ações afirmativas implementadas em favor de determinados grupos minoritários, como, por exemplo, a mulher, o idoso, o deficiente e a comunidade afrodescendente, têm por finalidade diminuir as desigualdades que esses grupos sofrem e sofreram ao longo dos anos. As ações afirmativas são importantes instrumentos de políticas públicas no combate à desigualdade, na medida em que se faz necessária a inserção social e econômica dos grupos sociais que ainda sofrem os efeitos do preconceito e da discriminação.

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. Em síntese, consiste na doutrina que sustenta a superioridade de certas raças. No mesmo sentido, o *Dicionário Online Português* (BRASIL, 2020) alude que o racismo seria o “sistema doutrinário ou político que estabelece a exaltação de uma raça, em detrimento das demais”.

Já de acordo com o entendimento de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, através do termo racismo se entende:

[...] não a descrição da diversidade das raças ou dos grupos étnicos humanos, realizada pela antropologia física ou pela biologia, mas a referência do comportamento do indivíduo à raça a que pertence e, principalmente, o uso político de alguns resultados aparentemente científicos, para levar à crença da superioridade de uma raça sobre as demais. Este uso visa a justificar e consentir atitudes de discriminação e perseguição contra as raças que se consideram inferiores. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1983, p. 1.059).

Ademais, “através da história, as teorias racistas foram elaboradas sobretudo contra os negros e os judeus (v. ANTI-SEMITISMO), não se pode decerto afirmar que só eles têm sido visados” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1983, p. 1.059). Prova disso reside no fato de o racismo apresentar-se como “um fenômeno tão antigo quanto a política, na medida em que, em nome da identidade étnica, é capaz de fortalecer o grupo social contra um inimigo verdadeiro ou suposto” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1983, p. 1.059).

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).

Fato histórico no embate à segregação racial (*apartheid*) ocorreu na África do Sul, na data de 10 de maio do ano de 1994, quando Nelson Mandela, na condição de primeiro Presidente democraticamente eleito, fez seu juramento perante milhares de pessoas em frente à sede do Parlamento sul-africano (*Union Buildings*), em Pretória, local “que durante tanto tempo tinha sido o lugar do poder e do controle branco” (MANDELA, 2006, p. 161). Na ocasião, Nelson Mandela discursou 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. 162). Mandela referiu, ainda, o fato de que havi muito trabalho a fazer, o povo precisava ser libertado da pobreza, do sofrimento e de todo o tipo de discriminação. Por fim, terminou o discurso com as seguintes palavras: “nunca e jamais, este lindo país viverá a opressão de um contra o outro... o sol nunca mais se vai pôr sobre tão gloriosa proeza humana. Que a liberdade prevaleça! Que Deus abençoe a África” (MANDELA, 2006, p. 162).

Na nossa Constituição Federal de 1988 (BRASIL), mais precisamente no artigo 5º, XLII, encontramos disposição no sentido de que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. O legislador constitucional realizou um verdadeiro mandado constitucional de criminalização, fato ocorrido, no ano seguinte, por meio da Lei Federal de nº 7.716 de 1989 (BRASIL), cujo conteúdo versa sobre os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Raça, por sua vez, conforme já conceituado por Norberto Bobbio e outros (MATTEUCCI; PASQUINO, 1983, p. 1.059), é um conceito relacionado aos campos da antropologia física ou da biologia, na medida em que para a definição da raça, “valem-se da análise de inúmeros elementos físicos coincidentes entre os indivíduos, para alocá-los em um ou outro grupo” (SANTOS, 2010, p. 52). O conceito de “raça” que reside no *Dicionário Aurélio* (FERREIRA, 2010, p. 1.767) engloba o conjunto de indivíduos cujos caracteres somáticos, tais como cor de pele, a conformação do crânio e do rosto, o tipo de cabelo, etc., são semelhantes e se transmitem por hereditariedade, em que pese variem de indivíduo para indivíduo.

Em razão de existirem diversos critérios distintos de agrupamentos humanos, surgiram diferentes classificações no tocante às raças. De tal modo, para o IBGE, as raças estão divididas em branca, negra, índia, amarela e parda. Já no entendimento de Ottolengui (1973, p. 75), os seres humanos podem ser classificados em cinco tipos fundamentais de raças: caucásico, mongólico, negro, indiano e australoide.

A temática atinente à definição conceitual de raça é árdua, exigindo, desta forma, do operador do direito a adequação jurídica de tal expressão, já que a manifestação de ódio e prática de discriminação, “por exemplo, contra judeu por réu

que confessa preconceito contra a “raça semita”, estaria caracterizando crime por discriminação ou preconceito religioso, e não racial (já que os semitas não constituem raça [...])” (SANTOS, 2010, p. 54).

Neste sentido, vale destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da amplitude do alcance e da abrangência da expressão racismo, na medida em que na ementa do *Habeas Corpus* de nº 82.242-2/RS (Caso Siegfried Ellwanger), a Suprema Corte brasileira entendeu que a expressão alcançaria também o preconceito e a discriminação por religião (SANTOS, 2010, p. 48-52). Neste julgado, um dos precedentes judiciais mais importantes acerca da Lei nº 7.716/89, debateu-se profundamente a questão do conceito de raça, posto que o paciente pretendia o reconhecimento da extinção de sua punibilidade sob o argumento de que, tendo sido condenado por preconceito contra judeus (componentes de uma religião), não haveria praticado o crime de racismo, mas eventualmente apenas conotação religiosa. Por conseguinte, sua conduta não seria abarcada pela imprescritibilidade aplicada ao racismo. Contudo, no Tribunal Pleno do STF, prevaleceu o entendimento de que ocorreu a prática do crime de racismo, pois conforme os principais trechos da Ementa do histórico julgado, a expressão alcançaria também o preconceito e a discriminação por religião, uma vez que ocorreu de forma deliberada e dirigida contra os judeus, com todas as consequências gravosas que se agregam ao tipo penal:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. “Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). [...] Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. [...] Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. [...] Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. [...] Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. [...] “Existe um nexos estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento”. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. [...] A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como

alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada”. HC. 82.424/RS, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Redator(a) do acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 17/09/2003, Publicação: 19/03/2004 (BRASIL).

Neste contexto, Christiano Jorge preconiza a urgência de o ser humano aceitar o convívio e respeitar o próximo (com todas as suas diferenças), na medida em que, “enquanto as pessoas não superarem as intolerâncias, quer parecer ser passível do emprego de má-fé o transporte da ideia atual de que não há raças para a seara do direito” (SANTOS, 2006, p. 67-83).

Referentemente ao conceito de cor, bem mais fácil de ser interpretado. Acentua Santos que se trata de um fenômeno físico e o “termo melhor utilizado para a definição cromática de qualquer matéria, do que propriamente para distinção de pessoas, embora seja empregado para definição da pigmentação epidérmica dos seres humanos” (SANTOS, 2010, p. 57). É neste sentido que deve ser utilizado na interpretação da Lei Federal de nº 7.716 de 1989. Assim, as cores das pessoas, no sentido de preconceito e discriminação de cor, são objetos de classificação racial, com o mesmo tratamento conferido ao racismo na referida Lei. Outrossim, as pessoas, geralmente, são classificadas em três grupos grandes grupos de cores: os brancos, os pretos e os amarelos (SANTOS, 2010, p. 58).

No que se refere à “etnia”, segundo o *Dicionário Aurélio* (FERREIRA, 2020, p. 888), consiste no grupo biológico e culturalmente homogêneo: étnico, relativo ou pertencente a determinado povo ou raça. Em razão de os povos dividirem-se em várias etnias dentro do mesmo país, a priori a nacionalidade não coincide com a etnia. Contudo, pode ocorrer em países nos quais existe uma homogeneidade cultural, linguística, etc. Igualmente, é imprecisa, na maioria das vezes, a tentativa de aproximação do conceito de etnia com o de nação, posto que a definição de nação, atualmente, pode englobar grupos continentais, como “nação africana”, “nação europeia”, ou, ainda, “nação árabe”, que é um exemplo de nação interestatal (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1983, p. 795).

Igualmente como ocorre com a expressão raça, o termo etnia é um tanto ambíguo. Todavia, para fins de aplicação da Lei Federal de nº 7.716 de 1989, o termo etnia pode ser entendido como referente a uma “comunidade unida por alguns laços de identidade biológica, linguística, cultural e de costumes e biológicos, não necessariamente concentrada numa mesma localidade, nem possuindo a mesma nacionalidade” (SANTOS, 2010, p. 60).

No que concerne ao vernáculo “procedência nacional”, trata-se de conceito que oferece menos dificuldades em sua precisão, porquanto limitado ao território inerente a cada país. Portanto, neste particular, há maior clareza terminológica, prescindindo de construção hermenêutica em razão de sua circunscrição objetiva.

A partir dos aspectos conceituais apresentados, 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.

5 Do tratamento constitucional ao penal

Essencialmente, sobre o tratamento dispensado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o *caput* do artigo 5º da Carta Maior traz disposição no sentido de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Entretanto, é no inciso XLII do referido artigo que o comando pela criminalização de condutas que atentem contra a igualdade tem morada constitucional explícita, já 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 e imprescritibilidade.

Sintomática desta fragilidade constitucional é a redação conferida à Lei nº 7.716/89 (BRASIL), que em seu preâmbulo enuncia 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*. Já 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 terminológica ao enunciar a criminalização do preconceito ou discriminação por motivo de raça, separando este vernáculo das expressões cor, etnia, religião e procedência nacional. Assim sendo, ao menos sob uma

ótica formal, impende indagar se a imprescritibilidade e a inafiançabilidade atingem tão somente o “afronta” à raça ou também a discriminação e o 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). Vê-se, neste tratamento, comando constitucional rígido e excepcional, em sintomática demonstração no sentido da necessidade de combater, no caso do preconceito e da discriminação, o racismo em todas as suas formas.

Da mesma forma, não pouco 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 instrumento muito utilizado a partir da reforma empreendida no Código de Processo Penal por meio da Lei nº 12.403/2011 e da Lei nº 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, no caso, a opção ocorreu por meio da Lei nº 7.716/89, editada logo a seguir à promulgação da Constituição em 1988, estendendo a necessária proteção constitucional, agora legalmente, a todo o conjunto de elementos que compõe a necessária dignidade da pessoa humana quando se trata de combater o preconceito e a discriminação.

Aliás, seguindo o norte estabelecido após a Segunda Grande Guerra por meio da Declaração Universal da ONU, que em seu artigo 1º já estabelece a igualdade, a liberdade e a dignidade entre todos os cidadãos (ONU, 1948), o conceito ampliativo da expressão racismo foi definido na Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1968, da Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução 2.106-A da sua Assembleia Geral, ratificada pelo Brasil em 27.03.1968, compreendendo:

Artigo 1º – Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação racial” significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública. (ONU, 1968).

A mesma Convenção, em seu art. 4º, estabelece a necessária criminalização dessas condutas, enfatizando ser compromisso de seus Estados-membros:

a) a declarar como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;

No caso brasileiro, conforme assevera Sarlet, 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 *dúplice função do princípio da dignidade da pessoa humana*:

Atuando tanto como limite para a intervenção do Estado e de terceiros (inclusive, em determinados casos e observados certos pressupostos, para efeito da proteção da pessoa contra si mesma), quanto como tarefa, no sentido de gerar um dever jurídico de atuação em prol da proteção da dignidade contra o Estado e contra terceiros, mas em especial no concernente à promoção ativa da dignidade, notadamente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, ainda mais naquilo em que o indivíduo necessita do concurso do Estado e/ou da comunidade para a realização e proteção de suas necessidades existenciais (e não apenas físicas) básicas. (SARLET, 2013, p. 13-44).

É na segunda função que entendemos justificar-se 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 Constituição Federal, 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. Esta, é princípio que irradia sobre todos os direitos fundamentais.

Nesse sentido, de forma expressa, a materialização do entendimento ampliativo adotado pela Suprema Corte brasileira foi emblemático ao julgar o caso “Siegfried Ellwanger”, no qual ocorreu a amplitude do alcance e abrangência da expressão racismo, alcançando também o preconceito e a discriminação religiosa, fazendo incidir na tipicidade do artigo 20 da Lei nº 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 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 estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis, como a população LGBT (BRASIL, 2019).

Por isso, razão assiste a Heringer Júnior, 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:

Parece, assim, que somente um esforço de compreensão qualificada do fenômeno criminal, de caráter interdisciplinar, pode conduzir a uma crítica consistente do *deficit* isonômico na edição e na aplicação da lei penal, de modo a permitir sua superação pela via da efetivação dos princípios constitucionais, entre os quais se destaca o da igualdade. (JÚNIOR, 2012, p. 91).

Portanto, atualmente, 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 nº 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 nº 8.072 de 1990 (BRASIL). Nela, uma gama enorme de tipos penais são considerados hediondos, não se incluindo em seu rol o racismo. Aqui reside, evidentemente, espaço para maior atenção do legislador pátrio, sob pena de incorrer, como ocorre há muito, em inconstitucio-

nalidade por omissão. 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 decorre de falta de atenção do legislador ordinário para tema de tamanha relevância. Na medida em que 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 nº 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.

Em situação desse jaez, envolvendo tema da maior relevância jurídica e social, é imprescindível que se levantem vozes e forças contra tamanha omissão legislativa.

5.1 Racismo e injúria racial

A despeito da existência da Lei nº 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 nº 9.459/97. Trata-se de espectro que perfaz um conjunto amplo e 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.

Nesta conjuntura, impende analisar a distinção e a aproximação dos tipos penais insertos em ambos os ambientes, notadamente no que se refere à aparente redundância entre o artigo 20 da Lei nº 7.716/89 e o parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, que poderia levar ao *bis in idem*, à natureza da ação penal nestes dois tipos penais e, especialmente, à (in)prescritibilidade e (in)afiançabilidade da figura típica da injúria qualificada, quando cotejada com os elementos típicos da Lei nº 7.716/89.

No que se refere à Lei nº 7.716/89, precursora, observam-se tipos penais a partir de seu artigo 3º até o 20. 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, pois, condutas objetivamente bem

definidas e de fácil subsunção. Já o artigo 20, especificamente, criminaliza por meio de três verbos nucleares abertos, condutas que, de forma residual aos demais tipos penais estabelecidos na Lei, 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.

Já a figura da injúria qualificada inserida no parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, por sua vez, em aparente redundância, tipifica o preconceito e a discriminação quando a injúria consistir *na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência* (BRASIL, 1940), com idêntica pena àquela prevista para o artigo 20 a Lei nº 7.716/89.

O desafio inicial, pois, é 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.

Consoante o entendimento de Rogério Greco, “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). 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 anota-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).

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, indelével a conclusão no sentido de que a injúria tem como sujeito passivo pessoa determinada, que será ofendida em sua honra subjetiva, isto é, atingida em seus predicados individualmente. Assim, agregaram-se aos elementos necessários ao tipo penal da injúria simples, clássica, que representa a ofensa a alguém quanto à sua dignidade ou decoro, elementos de conotação racista. Ocorre que, por ser um tipo penal qualificado, a injúria com caracteres racistas será 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

¹ Quanto aos elementos “condição de pessoa idosa ou deficiente”, foram inseridos pelo Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) à figura da injúria qualificada, não se referindo ao preconceito ou discriminação racista.

determinada. Com este contorno, a injúria racista estará caracterizada quando Paulo chamar Pedro de italiano nojento. Mas e quando Paulo disser que os italianos são repugnantes, qual dos tipos penais terá violado?

Aqui reside a diferença fundamental para a incidência do crime de racismo tipificado no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 e de injúria preconceituosa ou racial, isto é, está no alcance do direcionamento da ofensa, *i.e.*, no caso do racismo, os elementos raciais empregados abrangem toda a coletividade daquele grupo ofendido. Ao passo que na injúria preconceituosa ou racial, a ofensa/injúria é direcionada, exclusivamente, ao ofendido, de modo que não engloba a coletividade de pessoas ou a determinado grupo que o indivíduo pertença. Neste sentido, Rios Gonçalves apregoa 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 nº 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).

Acrescenta Cunha que no crime de injúria racial ou preconceituosa, a intenção é a ofensa moral, que, mesmo tendo como meio o objeto preconceito de raça ou de cor, de forma alguma se equipara à conduta do crime de racismo, “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)”. As formas como ambos os tipos penais explicitam essa convicção são completamente distintas, não competindo ao Poder Judiciário igualar duas situações que o legislador, ao menos até o presente momento, pretendeu, claramente, diferenciar (CUNHA, 2020, p. 203).

No mesmo sentido, Christiano Jorge Santos (2010, p. 149) instrui que “os bens jurídicos tutelados nos crimes de injúria e de racismo (ou crimes de preconceito e de discriminação da Lei nº 7.716/89) são totalmente distintos: honra subjetiva e igualdade”, respectivamente.

Desta forma, vislumbra-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 nº 7.716/89 e no 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.

Outra diferença importante entre os delitos reside no campo da procedibilidade, posto que o crime de racismo é crime de ação penal pública incondicionada, ao passo que o crime de injúria preconceituosa/discriminatória é crime que se procede mediante representação do ofendido, por expressa previsão legal do parágrafo único do artigo 145 do Código Penal. Aliás, neste sentido, até a edição da Lei nº 12.033/2009, a ação penal era privada, em absoluto contrassenso, porquanto competia à própria vítima, muitas vezes sem qualquer condição para constituir procurador ou mesmo de ser atendida pela Defensoria Pública, ajuizar a necessária queixa-crime. Sensível à própria objetividade jurídica tutelada pelo tipo penal e à realidade social brasileira, houve mudança legislativa para considerar tal injúria delito de ação penal pública condicionada à representação. Deste modo, o legislador diferenciou a procedibilidade no tocante aos dois tipos de crimes voltados ao enfrentamento do racismo, na medida em que todas as condutas caracterizadoras do racismo elencadas na Lei nº 7.716/89 são de ação penal pública incondicionada, não ficando ao próprio alvedrio da vítima. Tal situação justifica-se, de certo modo, uma vez que a injúria é crime que ofende a honra subjetiva, de pessoa(s) determinada(s). Coerente, desta forma, respeitar sua vontade em representar, assim como perfeitamente factível a identificação do sujeito passivo para assim proceder. No que concerne ao racismo da Lei nº 7.716/89, notadamente quanto ao tipo de seu artigo 20, atinge toda a coletividade, mesmo que se possam identificar vítimas em particular.

No que concerne ao quantum de pena base cominada ao delito de injúria preconceituosa/discriminatória, o legislador utilizou-se do mesmo patamar aplicado ao crime de racismo do artigo 20 da Lei nº 7.716/89, consistente em um a três anos de reclusão e multa.

A despeito dos elementos analisados, questão fulcral ainda reside 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 nº 7716/89 não carecem deste dilema, consoante já demonstrado em tópico anterior.

Entendem que a equiparação da injúria qualificada à condição de delito inafiançável e imprescritível configura nítida analogia *in malam partem*, vedada em se tratando de qualquer tema inerente ao Direito Penal (HIRECHE; OLIVEIRA, 2016). Diversamente, Greco Filho (2016) apregoa que a injúria qualificada por motivos racistas também deve 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 nº 7.16/89, que estabelece diversos comportamentos típicos de crimes decorrentes do preconceito de raça ou de cor, não esgotou todas as figuras típicas e não constitui um rol taxativo. Assevera que o racismo já causou à hu-

manidade em diversos lugares, muitas vezes impulsionado ao extermínio de milhares de seres humanos, a pretexto de serem inferiores, motivo pelo qual não mereciam viver (NUCCI, 2020, p. 696).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) o tema não enfrenta resistências, havendo 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 de agosto de 2015, e no recente AgRg no REsp 1849696/SP, julgado em 16 de junho de 2020, os quais consideraram que o crime de injúria racial possui o mesmo sentido de segregação presente nos demais crimes de conotação racial, e com o advento da Lei nº 9.459/97, introduzindo a 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 nº 7.716/89, na medida em que o elenco neste diploma legal existente não é taxativo (BRASIL, 2020).

No cerne da imprescritibilidade aplicada ao crime de injúria racial, é importante mencionar o fato de que o Supremo Tribunal Federal (STF) até o presente momento não concluiu julgamento do *Habeas Corpus* de nº 154.248/DF, cuja relatoria pertence ao Ministro Edson Fachin. O placar do julgamento, atualmente, encontra-se empatado em 1x1. Neste processo, 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).

A imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de injúria qualificada apresenta-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, bem como pelo recente julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26 e do Mandado de Injunção de nº 4733, 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. Veja-se que, nestes dois éditos, o Pretório Excelso estabeleceu limites positivos à criminalização de condutas racistas, ampliando o espectro de incidência dos tipos penais que se destinam a combater o preconceito e a discriminação racial. Por isso, não vemos como dis-

sociar as diversas figuras típicas da Lei nº 7.716/89 e o parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, porquanto todos, absolutamente e em última análise, coincidem com a norma suprema insculpida no artigo 5º, XLII da Carta Magna.

A despeito da polêmica, parece-nos que a injúria de conotação racista encontra-se 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 demais preceitos normativos. Denota-se, entretanto, que o deslinde da questão ainda não se esgotou.

6 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. Ainda, a despeito da longa caminhada da humanidade, que alcançou elevados níveis de desenvolvimento industrial, tecnológico, científico e até econômico, tem-se verificado constantemente fatos lamentáveis que, no sentido de condutas altamente repugnantes, revelam-se menosprezando seres humanos em razão de sua raça, cor, religião, etnia e procedência nacional.

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 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 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 nº 7.716/89, com diversos tipos penais nela inseridos, e o crime de injúria qualificada do parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, aplicáveis a uma enorme gama de condutas que possam caracterizar a prática do racismo. Apesar das peculiaridades de cada dispositivo típico apontado, todos compõem o sistema brasileiro de combate ao preconceito e à discriminação por motivo de raça, cor, religião, etnia ou mesmo origem, devendo ser observados em sua forma sistêmica-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 parece-nos inevitável e necessária, sob pena de incorrerem em contrassenso.

Para esta conclusão, além do aspecto sistêmico que envolve toda a tipicidade inerente ao combate ao racismo, vale destacar a importância do julgado do caso “Siegfried Ellwanger”, no qual o Supremo Tribunal Federal aplicou a Lei nº 7.716/89 (lei dos crimes de racismo) para um caso em que ocorreu discriminação religiosa contra judeus, com todos os gravames que o crime de racismo possui de acordo com a Constituição Federal: imprescritibilidade, inafiançabilidade, pena de reclusão. Outrossim, a mesma Suprema Corte, recentemente, ampliou a incidência da referida 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, chama a atenção que nenhuma figura típica que criminaliza condutas racistas seja taxada como delito hediondo pela legislação ordinária. Esta perspectiva nos revela que ainda há um longo caminho a percorrer, não apenas em termos de comportamentos sociais que ainda revelam frequentemente o preconceito e a discriminação decorrentes de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, como também 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. Ora, se o próprio constituinte originário atribuiu a imprescritibilidade e a inafiançabilidade ao racismo, por qual motivo o legislador ordinário não o elencou no rol dos crimes hediondos? Ainda, por qual motivo um crime imprescritível e inafiançável possui uma pena tão branda?

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.

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: 7 jul. 2020.
- 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: Saraiva, 2008.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário da Política*. 11. ed. Brasília: Editora da UnB, 1983.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 out. 2020.
- _____. *Dicionário Online Português*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/racismo/.htm>>. Acesso em: 24 out. 2020.
- _____. *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/l12288.htm>. Acesso em: 24 out. 2020.
- _____. *Lei nº 12.990, de 9 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/l12990.htm>. Acesso em: 24 out. 2020.
- _____. *Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 jan. 2021.
- _____. *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 out. 2020.
- _____. *Lei nº 7.716, de 5 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>. Acesso em: 24 out. 2020.
- _____. *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 out. 2020.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça – STJ*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=686.965&b=DTXT&p=true#DOC2>>. Acesso em: 26 jan. 2021.
- _____. *Supremo Tribunal Federal – STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 24 jan. 2021.
- _____. *Supremo Tribunal Federal – STF*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp>>. Acesso em: 24 jan. 2021.
- 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: Juspodivm, 2020.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; FERREIRA, Marina Baird; ANJOS, Margarida dos. (Coords.). *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.
- FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.
- JUNIOR, Bruno Heringer. *Constituição e (Des)Igualdade: a Ilegitimidade da Gestão Diferencial na Criminalidade no Marco do Estado Democrático e Social de Direito*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.
- MANDELA, Nelson Rolihlahla. *Longo Caminho para a Liberdade: a autobiografia de Nelson Mandela*. Tradução de Suzana Pereira. Braamfontein, Gauteng, África do Sul: Nalwazi Educational Publishers (Pty) Ltd; Londres, Reino Unido: Little, Brown and Co. Ltd. 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: 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 jan. 2021.
- OSÓRIO, Fábio Medina; SCHAFER, Jairo Gilberto. Dos crimes de discriminação e preconceito: anotações à Lei 8.081, de 21 de setembro de 1990. *Revista dos Tribunais*, v. 714, abril de 1995.
- OTTOLENGHI. Polizia Scientifica. In: FÁVERO, Flaminio. *Medicina Legal*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1973.
- 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*, v. 106, ano 2018, mar./abr., 2018, p. 201-223, DTR 2018\10744.
- SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de preconceito e de discriminação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. 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.
- _____. 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*, v. 102, ano 2013, maio-jun., 2013, p. 13-44, DTR\2013\3300. Acessível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document>>. Acesso em: 22 jan. 2021.
- 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.
- _____. *Crímenes de massa*. 2. ed. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.
- _____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte Geral. v. 1. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

