

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

EDSON RICARDO SALEME

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ZULMAR ANTONIO FACHIN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edson Ricardo Saleme; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Zulmar Antonio Fachin – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-740-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o livro que reúne os artigos apresentados no Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição III”, por ocasião da realização do VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. O evento aconteceu entre os dias 20 e 24 de junho de 2023.

O Grupo de Trabalho acima referido, ocorrido em 24 de junho, reuniu pesquisadores de todo o país, consolidando o estabelecimento, no âmbito do Encontro Virtual do CONPEDI, de um locus privilegiado de discussão dos mais variados temas abrangidos pelo Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Da análise dos textos apresentados, fica evidente o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra, como se evidencia da breve sinopse de cada um dos textos aqui reunidos:

O artigo “BITCOIN COMO INSTRUMENTO DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL”, de Ana Clara Raimar, Stephanny Resende De Melo e Rayza Ribeiro Oliveira aborda o uso da criptomoeda Bitcoin enquanto ferramenta utilizada para a prática do crime de lavagem de dinheiro, fomentando uma discussão acerca do conteúdo da Lei nº 14.478 /2022, a “Lei de Criptoativos”, e sua relevância e efetividade para inibir a lavagem de dinheiro.

Em “JURIMETRIA E CIÊNCIA DE REDES NA PERSECUÇÃO CRIMINAL NO BRASIL”, Romildson Farias Uchôa analisa o uso da ciência de redes e da jurimetria na persecução criminal no Brasil, com pressuposto na multidisciplinaridade intrínseca à atividade, com fases que envolvem órgãos diferentes, na aplicação da lei às organizações criminosas e outras atividades delitivas.

Thiago Gomes Viana e Luis Paulo Pimenta Ribeiro, no artigo intitulado “INJÚRIA RACIAL E RACISMO RECREATIVO: NOTAS PRELIMINARES SOBRE OS IMPACTOS DA LEI Nº 14.532/2023”, abordam as alterações promovidas pela Lei nº 14.532/2023 na legislação penal brasileira, considerando os avanços normativos salutares no enfrentamento do racismo no Brasil, concretizando uma maior sistematicidade legislativa que possa trazer, ao lado de outras medidas político-criminais e educativas, mudanças na aplicação da lei e, por consequência, contribuir para o próprio fortalecimento da equidade e da justiça racial.

Em “COLABORAÇÃO PREMIADA NO COMBATE À CORRUPÇÃO: REALIDADE (DES)NECESSÁRIA?”, Débora Dalila Tavares Leite salienta que, dada a sofisticação estrutural e tecnológica presente nas organizações criminosas ligadas à corrupção, os instrumentos probatórios tradicionais não mais são suficientes para atacar a complexidade do modus operandi dessas organizações, que ultrapassaram fronteiras, difundiram-se e passaram a configurar uma ameaça global, de modo que, sem a colaboração premiada, o Estado não consegue alcançar tais delitos de forma efetiva.

O artigo intitulado “A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS PROVAS INDICIÁRIAS NO PROCESSO PENAL: UMA DISCUSSÃO SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA”, de autoria de Ana Júlia Alcântara de Souza Pinheiro e Lorene de Oliveira Silva, analisa os tipos de provas admitidos no Direito pátrio e como são vistos e utilizados nos processos, baseando-se nos princípios fundamentais de direito, especialmente o princípio da presunção de inocência e da inversão do ônus da prova, e nas garantias individuais e coletivas positivadas na Constituição Federal de 1988 e nos pactos dos quais o Brasil é signatário.

O artigo “SELETIVIDADE DE ALVOS NA PERSECUÇÃO CRIMINAL PELO USO DA CIÊNCIA DE REDES E O DIREITO PENAL DO INIMIGO”, de Romildson Farias Uchôa, trata da seletividade de criminosos a serem investigados na fase pré- processual da persecução criminal por meio da ciência de redes, teoria dos grafos, análise de vínculos e métodos estatísticos, e os possíveis questionamentos jurídicos sobre uma possível exteriorização do Direito Penal do Inimigo, no Brasil.

Em “A POLÍCIA JUDICIÁRIA NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PAPEL DO DELEGADO DE POLÍCIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA”, Andressa Kézia Martins e Lucas Fagundes Isolani analisam o papel da polícia judiciária na defesa dos direitos humanos e como a audiência de custódia representa um importante instrumento para a solidificação desses direitos, uma vez que a sua prioridade é garantir a transparência, efetividade e a proteção dos direitos humanos dentro do sistema de justiça penal.

O artigo “A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: UM COMPARATIVO DO INSTITUTO NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS”, de Mateus Venícius Parente Lopes, compara a responsabilização criminal da pessoa jurídica no Brasil e nos Estados Unidos, examinando a forma como a responsabilidade penal de entidades coletivas empresariais é abordada em cada país, buscando identificar pontos de convergência e divergência entre eles.

Marcos Paulo Andrade Bianchini e Giselle Marques De Araujo, no artigo intitulado “A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIMES AMBIENTAIS NA PERSPECTIVA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: AVANÇO OU RETROCESSO?”, evidenciam que o entendimento dos tribunais superiores sobre a imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas de forma isolada se revela como legislação simbólica, que busca solucionar os problemas ambientais de forma ilusória, tornando-se necessária uma discussão mais avançada para encontrar soluções mais eficientes para a proteção do meio ambiente.

Em “A ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS NO PROCEDIMENTO CASTRENSE E A VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO”, Lucas Moraes Martins e Lorena Hermenegildo de Oliveira discutem se o artigo 418 do Código de Processo Penal Militar foi recepcionado pela Constituição da República Federativa de 1988, partindo de uma reflexão acerca da evolução dos sistemas inquisitivo e acusatório, correlacionando-os com a opção política do Estado quanto à adoção do sistema acusatório.

O artigo “A NECESSIDADE DO TÉRMINO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO PARA O INÍCIO DA PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA”, de Jefferson Aparecido Dias, Giovana Aparecida de Oliveira e Carlos Francisco Bitencourt Jorge aborda a incompletude da Súmula Vinculante nº 24, nos termos em que lançada e aplicada, na medida que o entendimento se limitou aos crimes materiais, quando também deveria ter alcançado os crimes formais ou de mera conduta.

Em “A INTERPRETAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS A PARTIR DA IMAGEM COMO PROVA PROCESSUAL”, Marina Quirino Itaborahy avalia a imagem como prova processual, bem como a atuação dos profissionais do Direito com relação a esse tipo de prova e suas características, referente à construção e interpretação da verdade dos fatos trazidos pela imagem no interior do processo, a fim de evidenciar a necessidade de atuação de profissionais com a expertise necessária para lidar com a imagem nas demandas judiciais.

O artigo “A IMPORTAÇÃO DO PLEA BARGAINING PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: PARADOXOS ENTRE A JUSTIÇA AMERICANA E A BRASILEIRA”, de Silvio Ulysses Sousa Lima e Jessica Bezerra Maciel avalia a possibilidade da importação e adaptação do plea bargaining para o ordenamento brasileiro.

No artigo intitulado “A IMPRESCRITIBILIDADE E INAFIANÇABILIDADE DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL PRATICADO ANTES DA LEI 14.532/2023”, Elisangela Leite Melo e Alexandre de Castro Coura salientam que as condutas praticadas antes da entrada em vigor

da Lei 14.532/2023, tipificadas como crimes injúria racial, nos termos do §3º do artigo 140 do Código Penal, são inafiançáveis e imprescritíveis.

Thainá Ribas de Carvalho e Adalberto Fernandes Sá Junior, no artigo “A INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA ÀS PESSOAS DIAGNOSTICADAS COM TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL (TPAS)”, destacam que a medida de segurança, quando aplicada às pessoas diagnosticadas com TPAS, viola princípios constitucionais norteadores do direito penal, a exemplo da dignidade da pessoa humana, legalidade, proibição de penas perpétuas e razoabilidade da pena a ser aplicada.

Por fim, o artigo “MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE MULHERES: SAÚDE MENTAL E SILENCIAMENTO DE CORPOS (IN)DESEJADOS”, de autoria de Emanuele Oliveira, Vitória Agnoletto e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth tematiza a saúde mental das mulheres monitoradas eletronicamente no país, e o processo de dupla penalização que atinge os corpos femininos, a partir da evidência de maior ocorrência de transtornos psíquicos como ansiedade e depressão, nas mulheres monitoradas eletronicamente no Brasil.

Pode-se observar, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura!

É o que desejam os organizadores.

Inverno de 2023.

Edson Ricardo Saleme (UNISANTOS);

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ);

Zulmar Antonio Fachin (Faculdades Londrina).

A IMPRESCRITIBILIDADE E INAFIANÇABILIDADE DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL PRATICADO ANTES DA LEI 14.532/2023

THE IMPRESCRIBILITY AND UNBAILABILITY OF THE RACIAL SLUR CRIME PRACTICED BEFORE LAW 14.532/2023

Elisangela Leite Melo ¹
Alexandre de Castro Coura ²

Resumo

O crime de injúria racial foi inserido na Lei de Crime Racial a partir da publicação da Lei 14.532/2023, em 11 de janeiro de 2023. Essa alteração legislativa implicou no seu reconhecimento como espécie do gênero racismo, vinculado à delimitação do texto constitucional de crime imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão. Antes da vigência da nova lei, a injúria racial encontrava-se disciplinada no capítulo de crimes contra a honra do Código Penal, não sendo reconhecido, até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC154.248/DF, como crime de racismo. É objeto da pesquisa a identificação de se esses crimes de injúria racial, praticados antes de 11 de janeiro de 2023, tipificados no artigo 140, §3º, do Código Penal, são imprescritíveis e inafiançáveis. A partir de uma pesquisa bibliográfica e dogmática, identificou-se que a garantia constitucional deduzida no inciso XLII do artigo 5º se trata de uma reserva constitucional de direito penal, que impõe ao legislador ordinário a obrigação de edificar a norma penal dentro daqueles limites. A anterior inserção do crime de injúria racial no capítulo de crimes contra a honra não tem o condão, como já reconhecido pelo STF, de lhe retirar a condição de espécie de gênero racismo, e, assim, a limitação constitucional. Nesse contexto, conclui-se que as condutas praticadas antes da entrada em vigor da Lei 14.532/2023, tipificadas como crimes injúria racial, nos termos do §3º do artigo 140 do Código Penal, são inafiançáveis e imprescritíveis.

Palavras-chave: Crime de injúria racial, Racismo, Imprescritibilidade e inafiançabilidade, Tutela constitucional penal

Abstract/Resumen/Résumé

The racial slur crime was inserted in the Racial Crime Law after the publication of Law 14532/2023, on January 11, 2023. This legislative change resulted in its recognition as a type of racism, linked to the delimitation of the constitutional text of crime imprescriptible, non-bailable and subject to imprisonment. Before the new law came into force, racial slur crime

¹ Mestranda em Direitos e Garantias Individuais (FDV), especialista em Direito Penal Econômico e Europeu (Universidade de Coimbra), especialista em Direito e Processo Penal (FDV), advogada e procuradora municipal

² Pos-doutor, visiting scholar (American University Washington College of Law) e visiting foreign judicial fellow (Federal Judicial Center). Doutor e Mestre em Direito Constitucional (UFMG). Promotor de Justiça no ES.

was disciplined in the chapter of crimes against honor of the Penal Code, not being recognized, until the decision handed down by the Brazilian Federal Supreme Court in HC154.248/DF, as a crime of racism. The object of the research is to identify whether these racial slur crimes, committed before January 11, 2023, typified in article 140, §3, of the Penal Code, are imprescriptible and non-bailable. From a bibliographical and dogmatic research, it was identified that the constitutional guarantee deduced in item XLII of article 5 is a constitutional reserve of criminal law, which imposes on the ordinary legislator the obligation to build the penal norm within those limits. The previous insertion of the racial slur crime in the chapter of crimes against honor does not have the power, as already recognized by the STF, to remove its status as a type of racism, and, thus, the constitutional limitation. In this context, it is concluded that the conducts practiced before the entry into force of Law 14.532/2023, typified as racial slur crimes, under the terms of paragraph 3 of article 140 of the Penal Code, are non-bailable and imprescriptible.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Racial slur crime, Racism, Imprescriptibility and non-bailability, Criminal constitutional protection

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, promulgada no centenário da abolição da escravidão, trouxe inegáveis avanços para a luta antirracista, ao, além de colocar o combate ao preconceito como um dos objetivos fundamentais da República Federativa, determinar, em seu Artigo 5º, XLII, que o racismo, até então tratado como contravenção penal (BRASIL, 1951), seria considerado crime imprescritível e inafiançável, sujeitos à pena de reclusão.

A Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989, foi a primeira lei a definir os crimes raciais após a Constituição Federal, com a devida vinculação ao texto constitucional, qual seja, de crimes imprescritíveis e inafiançáveis, sujeitos a pena de reclusão. Entretanto, o tipo penal de crime de racismo inicialmente previsto descrevia condutas pouco comuns no Brasil, como por exemplo a de impedir o acesso das pessoas negras a cargos e lugares. O racismo brasileiro, entretanto, é praticado por outros meios (NOGUEIRA, 2006) e o crime racial teve pouco ou nenhuma aplicação na jurisprudência.

Nos últimos 30 anos, a legislação que trata dos crimes raciais vem sendo modificada na tentativa de abranger as condutas racistas mais típicas do país, chegando a abranger, após sua modificação pela Lei 9.459, de 13 de maio de 1997, o racismo praticado através de palavras ou gestos (CHRISTIANO, 2010). Nada obstante isso, as ofensas de conteúdo racial, quando chegavam ao Sistema Judiciário Criminal, eram tipificadas como crime de injúria simples, previsto na legislação penal ordinária, o que propiciava muito debate jurídico sobre a norma correta a ser aplicada ante ao princípio da especialidade, que determina a aplicação da lei especial, em detrimento da lei geral.

No entanto, com a criação do novo crime de injúria racial, a partir da inserção do parágrafo terceiro no artigo 140 do Código Penal, o legislador acabou por esvaziar essa parte do tipo penal de racismo, que se referia ao crime de racismo praticado através de palavras ou gestos. Além disso, por se encontrar no capítulo referente aos crimes contra a honra do Código Penal, o crime de injúria racial passou a ser aplicado como crime contra a honra, não como crime de racismo, perdendo assim, na interpretação jurisprudencial, a garantia constitucional da imprescritibilidade e inafiançabilidade dos crimes raciais.

Somente a partir de 11 de janeiro de 2023, com a publicação da Lei 14.532/2023, que alterou a Lei nº 7.716/1989 (Lei do Crime Racial) e o Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), é que o tipo penal da injúria racial, ou ainda, do racismo por injúria racial, foi reconduzido à Lei do Crime Racial, de onde, diga-se, jamais deveria ter saído, com previsão de pena de reclusão, de dois a cinco anos, além de multa, e de ser processado por meio de ação penal pública incondicionada, ante o disposto no Artigo 100 do Código Penal. Com isso, a vinculação desse novo tipo penal ao texto constitucional, para que a injúria racial, ou racismo por injúria racial, seja considerada como crime imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão, não parece suscitar dúvidas.

Tendo por *base teórica* os conceitos de mera e estrita legalidade de Luigi Ferrajoli, em consonância com o pensamento de Hans Kelsen sobre a função essencial da Constituição, de regular não somente o procedimento da produção jurídica geral, como também o conteúdo das normas, há que se verificar (e aqui se encontra o *problema* da pesquisa) se os crimes de racismo por injúria racial, ou, na forma até então descrita no §3º do artigo 140 do Código Penal, os crimes de injúria qualificada por utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia ou origem, praticados antes da entrada em vigor da Lei 14.532, de 11 de janeiro de 2023, também seriam imprescritíveis e inafiançáveis.

A título de *hipótese*, acredita-se que a anterior inserção do tipo penal de injúria racial no capítulo de crimes contra a honra não lhe retira a condição de crime racial, e, como tal, imprescritível, inafiançável, e sujeito à pena de reclusão, o que, uma vez confirmado, suscita a necessidade de investigar se essa interpretação poderia significar uma violação do princípio da legalidade e da reserva legal.

O *método* que norteia a presente pesquisa é o dedutivo. A partir de uma pesquisa bibliográfica e dogmática, passa-se a, nos capítulos que seguem, identificar os conceitos de racismo e de raça e de que forma o racismo se apresenta no Brasil; analisar os princípios constitucionais da mera e estrita legalidade, a partir do pensamento de Luigi Ferrajoli, em consonância com Hans Kelsen, para assinalar a vinculação material das normas ordinárias à Constituição Federal.

Na sequência, passa-se a identificar as alterações ocorridas nas legislações que tipificaram os crimes raciais ao longo do tempo, para identificar se o legislador penal, na edificação dessas normas, atendeu à limitação constitucional insculpida no artigo 5º, XLII, de imprescritibilidade,

inafiançabilidade e cominação de pena de reclusão, das condutas típicas, espécies do crime do gênero racismo.

Finalmente, analisa-se o contexto e fundamentos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 154.248/DF, para identificar se os crimes de injúria racial praticados antes da Lei 14.532/2023 entrar em vigor seriam imprescritíveis e inafiançáveis.

2. O RACISMO NO BRASIL

O ponto de partida para analisar a abrangência da garantia constitucional prevista no inciso XLII do artigo 5º, é a compreensão do que é o racismo. Para tanto, adota-se o conceito dado por Munanga, para quem “o racismo é essa tendência que consiste em considerar que as características intelectuais e morais de um dado grupo são consequências diretas de suas características físicas ou biológicas” (2003, p. 8). E prossegue:

Insisto sobre o fato de que o racismo nasce quando faz-se intervir caracteres biológicos como justificativa de tal ou tal comportamento. É justamente o estabelecimento da relação intrínseca entre caracteres biológicos e qualidades morais, psicológicas, intelectuais e culturais que desemboca na hierarquização das chamadas raças em superiores e inferiores. (2003, p. 4-5)

O racismo, como preconiza Almeida, “transcende o âmbito da ação individual” (2019, p; 46), alcançando um caráter sistêmico. Assim, tendo essas determinadas características físicas e a ideia de raça como fundamento, trata-se de um tipo de discriminação que, seja por práticas conscientes ou inconscientes, “culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertencem” (ALMEIDA, 2019, p. 20)

Raça aqui é utilizada, não como conceito biológico, mas como “realidade social e política, considerando a raça como uma construção sociológica e uma categoria social de dominação e de exclusão” (MUNANGA, 2003, p. 6). Embora se reconheça que cientificamente o conceito de raça já tenha sido invalidado, a utilização se apresenta necessária, não somente por ser empregado na legislação que será analisada, mas também como ferramenta para explicar o racismo, que se baseia exatamente na crença da existência das raças hierarquizadas.

O preconceito racial, no Brasil, é predominantemente de marca ou de cor, ou seja, um tipo de preconceito em que a população negra é discriminada em função de traços físicos que são identificados como pertencentes a determinada etnia, conforme demonstrou Oracy Nogueira:

Considera-se como *preconceito racial* uma disposição (ou atitude) desfavorável, culturalmente condicionada, em relação aos membros de uma população, aos quais se têm como estigmatizados, seja devido à aparência, seja devido a toda ou parte da ascendência étnica que se lhes atribui ou reconhece. Quando o preconceito de raça se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para as suas manifestações os traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, o sotaque, diz-se que é *de marca*; quando basta a suposição de que o indivíduo descende de certo grupo étnico para que sofra as consequências do preconceito, diz-se que é de origem. (NOGUEIRA, 2006, p. 6)

Trata-se de uma ideologia que se ampara na premissa de que indivíduos que possuam determinadas características étnicas, como maior concentração de melanina, um determinado formato de nariz e de lábios, um tipo específico de cabelos, teriam determinadas características intelectuais e morais que autorizariam a conclusão de que seriam inferiores aos indivíduos brancos, com características étnicas distintas.

Nesse contexto é que a ofensa racial, aqui entendida como modalidade de racismo, repercute, na fala de apenas um, “um coro de racistas”, e institui, no momento da fala, “uma relação imaginária com uma comunidade de racistas historicamente transmitida” (BUTLER, 2021, p. 138).

Como explicado por Butler, como discurso de ódio que é, a ofensa racial não surge no sujeito que ofende, mas se trata da reprodução de um “discurso racista”, que somente continua se repetindo por se tratar de um discurso já conhecido por sua força, “em razão de suas instâncias anteriores, que sabemos que ele é ofensivo hoje e que nos preparamos para suas futuras invocações” (2021, p. 138). No entanto,

É oportuno salientar que a prática do racismo é velada em muitos casos e que em outros, não compreende ou o se faz sem uma percepção crítica, o que acaba contribuindo para marginalização da população negra, a utilização de termos e falas discriminatórias dificultam ainda mais a inserção social, uma vez que tende-se a normalizar tais condutas ou práticas. (GOMES et al, 2021, p. 7)

O xingamento ou ofensa com utilização de elementos raciais reverbera exatamente essa crença ou ideologia de que negros são sujos, feios, fedorentos, pouco inteligentes, preguiçosos, agressivos. E ainda, a ofensa racial repercute também um discurso bastante comum de não pertencimento com a utilização de adjetivos como “atrevido” ou “metido”, que denotam surpresa ou indignação do ofensor com a posição social ou manifestação de pessoa negra, que deveria ocupar o lugar de submissão a ela reservado.

A repetição dos mesmos e exatos elementos nas cotidianas ofensas raciais confirmam a explicação de Butler (2021, p. 138) de que se trata de um discurso de ódio que, na boca de um, reproduz o discurso racista coletivo. Da mesma forma, direcionado a um, a ofensa racial é um recado a toda negra e negro, não especificamente ao diretamente ofendido.

3. O PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE E A VINCULAÇÃO MATERIAL DAS NORMAS

O princípio da legalidade encontra-se previsto em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988. Entretanto, por aderência de tema, o artigo 5º, em especial os incisos II e XXXIX, são os de maior interesse do presente artigo, como se passa a analisar.

A Constituição Federal prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II), estabelecendo a premissa de que somente em virtude de lei é que se pode exigir de alguém obrigações. Noutra parte, o texto constitucional abarca o princípio em que se funda o Direito Penal, de que “não há crime sem lei anterior, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX).

Além desses (incisos II e XXXIX do art. 5º), a leitura de outros “incisos do art. 5º do texto constitucional explicita outros exemplos de reserva legal simples” (MENDES; VALE, 2018, posição 12952):

O constituinte se vale de fórmulas diversas para explicitar a chamada reserva legal simples: “na forma da lei”; “nos termos da lei”; “salvo nas hipóteses previstas em lei”; “assim definida em lei”; “no prazo da lei”; “a lei estabelecerá”.

Diante de normas densas de significado fundamental, o constituinte defere ao legislador atribuições de significado instrumental, procedimental ou conformador/criador do direito fundamental. (2018, posição 12952)

Feldens (2018, posição 20825) explica que especificamente no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), em que se encontra o Artigo 5º, XLII, que prevê que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei, a Constituição Federal incorpora “normas tendentes a assegurar a tutela penal de direitos e valores nela consagrados”, o que “reflete a explícita aceitação, por parte do constituinte originário, de deveres de proteção com feição jurídico-penal”. Trata-se da reserva constitucional de Direito penal (2018, posição 20857).

Kelsen (1998) já afirmava que a função essencial da Constituição consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou seja, da legislação, podendo determinar o conteúdo das leis futuras.

Ao tratar de direitos fundamentais e garantias, Ferrajoli (2011, posição 634) sustenta a profunda dependência entre eles, ou seja, os direitos fundamentais não seriam direitos, se desprovidos de garantias. Dito de outra forma, “um direito não garantido não seria, realmente, um direito” (2011, posição 638), e prossegue afirmando que “existe uma diferença abissal entre norma e realidade, que deve ser colmatada ou, quando menos, reduzida enquanto fonte de deslegitimação não somente política, mas também jurídica, dos nossos ordenamentos” (2011, posição 747).

Explica o Autor que o princípio da legalidade formal (ou da mera legalidade), que se trataria de uma revolução na natureza do direito, seria o postulado do positivismo jurídico clássico, no qual uma norma jurídica, independentemente do seu conteúdo, somente seria válida se “posta pela autoridade competente na forma prevista para sua produção” (2011, posição 788).

Ferrajoli aponta uma segunda revolução na natureza do direito, que alteraria esse paradigma positivista clássico: trata-se do princípio da estrita legalidade (ou da legalidade material), em que a submissão da lei não se restringe apenas a seus aspectos formais de produção, mas também aos vínculos substanciais “impostos pelos princípios e pelos direitos fundamentais expressos nas constituições” (2011, posição 794).

Essa distinção e conceituação, tomadas de Ferrajoli (2011, posição 807), são imprescindíveis para a solução do problema proposto no presente artigo. O princípio da mera legalidade (ou da legalidade formal) submeteria a validade das leis tão somente aos vínculos formais de sua criação, enquanto o princípio da estreita ou estrita legalidade (ou da legalidade substancial): submeteria a validade das leis aos vínculos materiais impostos pelos princípios e pelos direitos fundamentais previstos nas constituições.

A Constituição Federal brasileira adotou o princípio da estrita legalidade, não o da mera legalidade, que “se é suficiente para garantir contra os abusos da jurisdição e da administração, é insuficiente para garantir contra os abusos da legislação” (FERRAJOLI, 2011, posição 807).

Nessa perspectiva, para dar garantia aos direitos fundamentais, o texto constitucional passou a reclamar “dentro da lógica do Estado Social, prestações positivas destinadas a sua proteção” (FELDENS, 2018, posição 20885), inclusive impondo a tutela penal para determinados bens jurídicos:

Os deveres (mandados) de tutela penal são a expressão, no campo jurídico-penal, da teoria dos deveres estatais de proteção; configuram-se, assim, como uma projeção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Anotam-se, dentre outros, os seguintes dispositivos: art. 5º, incisos XLII (prática do racismo), XLIII (tortura, terrorismo, tráfico de entorpecentes e crimes considerados hediondos) e XLIV (ação de grupos armados contra o Estado democrático), art. 225, § 3º (tutela do meio ambiente) e art. 227, § 4º (proteção especial à criança e ao adolescente) (2018, posição 20885).

Trata-se de uma delimitação da legislação penal pelo texto constitucional. Embora não haja uma definição precisa da conduta típica ou da pena prevista para determinada conduta, o texto constitucional impõe ao legislador penal uma obrigação para que “edifique a norma incriminadora”, ou ainda para que não retire, “para aquém do mínimo de tutela constitucionalmente exigido, a proteção já existente” (FELDENS, 2018, posição 20885).

Acrescente-se a isso que a Carta Constitucional elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III); a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça e cor como um de seus objetivos fundamentais (art. 3º, IV); o repúdio ao racismo como princípio a reger suas relações internacionais (art. 4º, VIII); a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de cor como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, XXX).

E a interpretação da norma do artigo 5º, XLII, da CF/88, portanto, na esteira do princípio da estrita legalidade, necessariamente deve considerar os princípios em que está inserida, que são norteadores da própria formação do Estado Democrático de Direito no Brasil. Os princípios, como sustentado por Dworkin (2007, pp. 42-43), “possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”. E essa dimensão, ou peso, deve ser considerada na interpretação da norma constitucional e sua aplicabilidade.

A norma constitucional contida no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais e no Capítulo Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, ao garantir que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; delimita a legislação penal, impondo ao legislador a obrigação de edificá-la, dentro de determinados limites que, “se por um lado não pode situar-se além do constitucionalmente permitido (proibição do excesso), tampouco se pode estabelecer aquém do constitucionalmente exigido (proibição de proteção deficiente)” (FELDENS, 2018, posição 20889). Dessa forma,

Há que se ter em mente que a interpretação de normas constitucionais não pode ser feita a partir de normas ordinárias. Se o legislador entendeu que qualquer prática racista perpetrada contra um afrodescendente teria que ser punida com pena de reclusão e serem aplicados os institutos da imprescritibilidade e da inafiançabilidade, não cabe ao legislador ordinário retirar do rol de crimes raciais uma prática que é notoriamente racista e excluí-la do âmbito de aplicação da norma constitucional. (MOTA, 2018, p. 219)

Essa lei penal derivada do texto constitucional, portanto, somente será válida se observar formalmente as regras, formais e materiais, para sua elaboração e os princípios e conteúdos determinados pela Constituição Federal. Do contrário, ou será interpretada com a limitação necessária a atender à sua validade material, ou deverá ser declarada inconstitucional.

Nesse sentido, a norma constitucional do artigo 5º, LXII, embora não tenha definido o crime de racismo, determinou expressamente que o legislador definisse as condutas típicas, espécies do crime do gênero racismo, aqui entendido como “qualquer conduta capaz de exteriorizar o preconceito ou revelar a discriminação, englobando-se, por exemplo, os gestos, sinais, expressões, palavras faladas ou escritas ou atos físicos” (CRISTIANO, 2010, p. 131), de antemão declaradas imprescritíveis, inafiançáveis e puníveis com reclusão.

4. O LONGO PERCURSO DA LEGISLAÇÃO SOBRE CRIMES RACIAIS

No ano seguinte à promulgação da Constituição Federal, foi sancionada a Lei Caó (BRASIL, 1989), que definia os crimes raciais, trazendo uma série de condutas, que, entretanto, tinham pouca ou nenhuma aplicação no Brasil, em que o racismo se apresenta de forma mais velada, disfarçada (NOGUEIRA, 2006, p. 12).

Visando abranger condutas racistas mais típicas do Brasil, a Lei 8.081, de 21 de setembro de 1990, acrescentou o Artigo 20, que previa também como racismo a conduta de “praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”, com previsão de aplicação de pena de “reclusão de dois a cinco anos” (BRASIL, 1990).

Entretanto, mesmo após a inserção desse novo tipo penal, o Sistema Criminal de Justiça permanecia inerte ao reconhecimento de crime de racismo, e continuava a traduzir as condutas tipicamente racistas, publicadas ou não em rede social, como se injúria fosse, crime previsto no Artigo 140 do Código Penal, cuja ação penal somente se processaria mediante queixa, limitando, em muito, o acesso da vítima do crime racial à Justiça (SANTOS, 2012, p. 89).

Em nova tentativa de garantir a aplicação da lei de combate ao racismo, a Lei 9.459, de 13 de maio de 1997, ampliou a abrangência do tipo penal do Artigo 20, para incluir as mesmas condutas ali descritas mesmo em hipótese de não divulgação através de comunicação social ou publicação, com previsão de pena de reclusão de um a três anos, além de multa. O artigo manteve a pena de reclusão de dois a cinco anos, além de multa até então não prevista, para as hipóteses do crime ser “cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza” (BRASIL, 1997).

Essa mesma lei fez inserir também o parágrafo terceiro no artigo 140 do Código Penal para prever a conduta de injúria qualificada por racismo, prevendo para o crime a mesma e exata pena prevista no Artigo 20, caput, da Lei Caó (BRASIL, 1989). Essa inserção, é importante que se registre, decorreu de uma emenda em Plenário na Câmara dos Deputados, no então Projeto de Lei n.º 1240, de 1995.

No projeto original (BRASIL, 1995), de autoria do então Deputado Paulo Paim (PT/RS), seria criado o artigo 22 na Lei 7.716/89, que definiria como crime a conduta de praticar injúria, causar constrangimento, praticar calúnia e difamação, com utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia ou procedência nacional, com previsão de pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

A Justificativa do Projeto de Lei tratava expressamente da importância da criação dos novos tipos penais de crimes de racismo, como mecanismo de resgate dos valores e dignidade do ser humano, além do combate à impunidade do crime de racismo em razão de sua desclassificação para delitos tipificados como injúria:

A reputação, o decoro, a honra, a dignidade das pessoas demandam consideração e respeito. As práticas discriminatórias ou de preconceito de raça, cor, etnia, procedência nacional apresentam alarmantes índices de aumento. Esses atos precisam ser coibidos imediatamente. O estereótipo, muito usado nessas condutas, é uma forma de preconceito pois trata-se de um expediente jocoso, irônico, debochado e com acentuado componente de desprezo no descrever alguém. Muitos programas de televisão, textos jornalísticos, novelas e filmes em geral têm praticado racismo sob o falso discurso de denúncia.

[...]

A perda do sentido do valor e dignidade do ser humano, prevista por Nietzsche, não pode se materializar. A sociedade, em seu lamentável processo de degeneração, é a principal responsável por tudo isso. Esse projeto, que aumenta os tipos penais com a alteração e acréscimo de arts a lei n.º 7.716/89, de autoria do ex-deputado Carlos Alberto Caó, visando criminalizar práticas de discriminação ou de preconceito de raça, cor, etnia e procedência nacional, objetiva resgatar todos esses valores e atacar a impunidade. Por este projeto as citadas transgressões não serão mais tipificadas como delitos de calúnia, injúria e difamação, e sim, crimes de racismo. (BRASIL, 1995)

Com a emenda em Plenário, o crime de injúria racial restou inserido no §3º do Artigo 140, do Código Penal, como injúria qualificada, ao revés de um outro artigo ou parágrafo na própria Lei de Repressão aos Crimes Raciais (BRASIL, 1989), como proposto. Em que pese a inclusão de tipo penal mais grave do que o crime de injúria simples, que até então vinha sendo aplicado para os casos de falas e expressões racistas, o novo tipo penal, de injúria qualificada, assim como a injúria comum, somente se processaria por ação penal privada, através de queixa-crime, o que mantinha distante o acesso à Justiça para as vítimas de crimes raciais.

Além disso, o crime de racismo, previsto no Artigo 20 da Lei Caó (BRASIL, 1989), permanecia com pouca ou nenhuma aplicação. Essa desclassificação da conduta de crime de racismo para

crime de injúria, como reiteradamente denunciado pelo Movimento Negro, gerava impunidade (SANTOS, 2012, p. 315).

Nesse sentido, Santos (2012, p. 104) identificou uma “tendência decrescente do percentual dos casos enquadrados nos outros artigos da Lei n.º 7.716, ao longo dos anos”. A conclusão dele, que parece acertada, é que “para o judiciário, as práticas de racismo resumem-se à injúria”. Assim, independentemente do crescimento do número de ações penais ao longo dos anos, a resposta desse sistema de justiça é “a desclassificação de práticas de racismo para injúria”.

Dez anos mais tarde, a Lei 12.033, de 09 de setembro de 2009, alterou a redação do parágrafo único do art. 145 do CP, tornando “pública condicionada a ação penal em razão da injúria que especifica”. Assim, na hipótese de crime de injúria racial, a ação penal passou a ser de titularidade do Ministério Público.

Embora emblematicamente o crime de racismo e o crime de injúria racial se afigurem bastante diferentes, atualmente, após as alterações legislativas, ambos passaram a prever uma pena de reclusão de um a três anos de reclusão, e multa, bem como uma pena mais grave quando se tratar de conduta praticada por meio que facilite a sua divulgação. No que se refere ao tipo de ação penal, ambos são de titularidade do Ministério público, sendo o primeiro de ação penal pública; e o segundo de ação penal pública condicionada, dependendo assim de provocação da vítima.

No entanto, a garantia constitucional da imprescindibilidade, da inafiançabilidade e da pena de reclusão somente vinha sendo reconhecida, em tese, ao crime de racismo, não sendo garantida ao crime de injúria racial. Considerando que a quase nenhuma aplicação dos tipos penais descritos na Lei Caó (BRASIL, 1989), a garantia constitucional de combate ao racismo por meio da tutela penal se transformara em letra morta.

Com o advento da Lei 14.532, de 11 de janeiro de 2023, que inseriu o artigo 2º na Lei nº 7.716/1989 (Lei do Crime Racial), tipificando como crime de racismo a injúria racial, com pena de reclusão, de dois a cinco anos, além de multa, o debate sobre a imprescindibilidade e inafiançabilidade desse tipo penal está superada.

No entanto, especialmente considerando as diversas ações penais que ainda se encontram em andamento, e que foram ajuizadas a partir do tipo penal do artigo 140, §3º, do Código Penal, é importante que se pacifique o entendimento com referência à imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de injúria racial referente às condutas praticadas antes da entrada em vigor da Lei 14.532/2023, a teor da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 154.248/DF.

5. CONTEXTO E FUNDAMENTOS DA ASSERTIVA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO *HABEAS CORPUS* 154.248/DF

No dia 28 de outubro de 2021, antes, portanto, da publicação da Lei 14.532/2023, o Colegiado Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou o HC 154.248/DF e declarou que o crime previsto no §3º do art. 140, do Código Penal, deve ser interpretado como crime de racismo, a teor do Artigo 5º, XLII, da CF/88, sendo, portanto, inafiançável e imprescritível.

O Habeas Corpus havia sido manejado pela defesa de Luiza Maria da Silva contra ato alegadamente ilegal da Colenda Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do ARESP 734.236, que havia declarado a imprescritibilidade do crime de injúria racial.

A Paciente, que contava com 72 anos à época da sentença, no ano de 2013, foi condenada a uma pena de 01 ano de reclusão e 10 dias-multa, pela prática de crime de injúria racial, consistente em ofender a vítima, frentista do posto de gasolina em que a Paciente abastecia seu veículo, de “negrinha nojenta, ignorante e atrevida”. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direito a ser definida pelo Juízo da Execução Penal.

No contexto dessa específica ofensa racial identifica-se a indignação racista da ofensora, que não tolerou ser contrariada pela frentista negra, que lhe havia recusado, em momento anterior, o pagamento através de cheques, cumprindo ordens da gerência do posto de gasolina. Para a ofensora, seria muito atrevimento e ignorância uma pessoa negra ignorar seu lugar de submissão e lhe negar um pedido.

A tese apresentada pela Defesa era, em síntese, de que o crime de injúria racial não seria crime de racismo, porque os crimes de racismo seriam os previstos na Lei 7.716/89. Na peça de interposição do habeas corpus, sustentou a Defesa que “xingar alguém fazendo referências à

sua cor” seria crime de injúria e “impedir alguém de ingressar numa festa por casa de sua cor” é que seria crime de racismo, e, portanto, inafiançável e imprescritível.

Ao julgar o HC 154.248/DF, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu diversos pressupostos: a) a injúria racial consuma os objetivos concretos da circulação de estereótipos e estigmas raciais; b) o destinatário específico do crime de injúria racial é o indivíduo racializado, não sendo possível sua consumação sem seu pertencimento a um grupo social também demarcado pela raça; c) é impossível distinguir a injúria racial do racismo quanto a seu destinatário, porque apenas se concebe um sujeito como vítima da injúria racial se ele se amoldar aos estereótipos e estigmas forjados contra o grupo ao qual pertence; d) a prática da injúria racial torna a discriminação sistemática, sendo uma forma de realizar o racismo.

O relator, Ministro Edson Fachin, registrou em seu voto que a “atribuição de valor negativo ao indivíduo, em razão de sua raça, cria as condições ideológicas e culturais para a instituição e manutenção da subordinação, tão necessária para o bloqueio de acessos que edificam o racismo estrutural”, além de tornar “ainda mais difícil a já hercúlea tarefa de cicatrizar as feridas abertas pela escravidão para que se construa um país de fato à altura do projeto constitucional nesse aspecto”.

Com esses pressupostos e essas considerações é que o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, ao julgar o HC 154.248/DF, que resta insubsistente a alegação de que haveria uma distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei 7.716/1989 e no art. 140, § 3º, do CP, porque em ambos os casos haveria o emprego de elementos discriminatórios baseados na raça, em sua concepção sociopolítica, para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido.

Concluiu o Supremo Tribunal Federal que o crime de injúria racial é espécie do gênero racismo e que sua exclusão do escopo do Artigo 5º, XLII, da CF, seria ‘restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe vigência’. Nesse contexto, reconheceu a inafiançabilidade e imprescritibilidade do crime de injúria racial, previsto como qualificadora do crime de injúria, no capítulo de crimes contra a honra, no Código Penal.

6. CONCLUSÕES

A garantia constitucional que garante que a prática de racismo constituiria crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei, impõe ao legislador penal a obrigação de edificar a norma, dentro desses limites pré-estabelecidos.

Trata-se de uma reserva constitucional de Direito penal (2018, posição 20857), estabelecida com a finalidade de erradicação do racismo no país, como mecanismo de garantia ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade sem preconceito de origem, raça e cor.

Os tipos penais descritos na Lei 7.716/1989 (Lei de Crime Racial) se encontram dentro dos limites estabelecidos pelo artigo 5º, XLII, da Constituição Federal. Referem-se a condutas que se subsumiriam ao tipo penal de racismo, considerado como crime inafiançável, imprescritível e sujeito à pena de reclusão.

No entanto, em que pese a exigência, para sua configuração, da utilização de elementos referentes a raça, cor e etnia, o tipo penal inserido pela Lei 9.459, de 13 de maio de 1997, no parágrafo terceiro no artigo 140, do Código Penal para prever, até a publicação da Lei 14.532/2023, a conduta de injúria qualificada por racismo, vinha sendo interpretado, na jurisprudência, como crime contra honra.

Ao ser excluído, pela interpretação jurisprudencial, do rol dos crimes de racismo, o tipo penal do artigo 140, §3º, do CP, não observou a previsão constitucional que pretendia garantir o direito fundamental de não ser vítima de racismo e viver numa sociedade sem preconceito de origem, raça e cor.

Entretanto, à luz do princípio da estrita legalidade, a norma constitucional contida no Artigo 5º, XLII da CF submete a validade da lei ordinária que dispuser sobre crime de racismo (gênero), em que estão incluídos os crimes contra a honra (espécie), ao conteúdo substancial previamente determinado, nesse caso específico, no que se refere à imprescritibilidade, inafiançabilidade e punição com reclusão.

Por outro ângulo, como corretamente contextualizado na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 154.248/DF, resta impossível a distinção do crime de injúria racial do crime racismo, quanto a seu destinatário. Com essa premissa, a Corte

Constitucional, reconhecendo que a prática de injúria racial é uma forma de realizar o racismo, declarou que o crime de injúria racial é espécie do gênero racismo, que somente pode ser interpretado, sob pena de negativa de vigência do artigo 5º, XLII, da CF, dentro do escopo do texto constitucional.

A entrada em vigor da Lei 14.532/2023 em nada altera a correta interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no que se refere à imprescritibilidade e inafiançabilidade das condutas praticadas na vigência da norma anterior. Considerando o disposto no inciso XLII do Artigo 5º da CF/88, uma outra contrária, a par de violar o princípio da legalidade estrita, representaria a permanência da impunidade e pouco ou nenhum avanço na garantia da efetivação dos princípios constitucionais que visam a erradicação do racismo, aquele período.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 154.248/DF representou um significativo avanço no reconhecimento, pelo Sistema Judiciário de Justiça, da existência de racismo no Brasil. Como expresso na justificativa do projeto de lei, a finalidade da criação desse tipo penal era traduzir a ofensa racial como crime de racismo, não como crime contra a honra, e “eliminar, de todas as formas, a manifestação pública do odioso preconceito” (BRASIL, 1995). Não é por menos que, mesmo com décadas de atraso, o legislador ordinário finalmente retomou a questão para recolocar o tipo penal do racismo por injúria racial em seu devido lugar.

Nos termos da decisão proferida no HC 154.248/DF, é possível concluir que, mesmo antes da Lei 14.532/2023, o crime de injúria qualificada por utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia ou origem, previsto no tipo penal disposto no §3º do artigo 140 do Código Penal, nada obstante sua inserção no capítulo de crimes contra honra, já se tratava de espécie de crime de racismo, a teor do disposto no artigo 5º, XLII, da CF/88.

Dessa forma, mesmo antes da entrada em vigor da Lei 14.532/2023, os crimes de racismo por injúria racial ou, como descrito até então no §3º do artigo 140 do Código Penal, o crime de injúria qualificada por utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia ou origem, é inafiançável e imprescritível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADRIEL, Adrian Gomes; TAVARAYAMA, Rodrigo; CALOCHE, Sinara Lacerda Andrade. A perversidade do racismo estrutural brasileiro e sua lógica de perpetuação das desigualdades econômicas. IN: CALOCHE, Sinara Lacerda Andrade; JAQUES, Abner da Silva; COSTA, Wellington Oliveira de Souza dos Anjos (Org). **Negritude, gênero e sexualidade**. Anais do VIII Congresso Nacional da FEPODI. São Paulo: FEPODI, 2021. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/e712c350/e1w2g8wc/18odq4Lg0iqf6OBV.pdf>. Acesso em: 19 abril 2023.

ALMEIDA, Silvio de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

BUTLER, Judith. **Discurso de ódio**: Uma política do performativo. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: em 02 mar 2022.

BRASIL, **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 mar 2021.

BRASIL, **Lei 1.390, de 02 de julho de 1951**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1390-3-julho-1951-361802-norma-pl.html>. Acesso em: 02 mar 2022.

BRASIL, **Lei n.º 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor. Acesso em: 02 mar 2022.

BRASIL, **Lei n.º 8.081, de 21 de setembro de 1990**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8081-21-setembro-1990-365095-norma-pl.html>. Acesso em: 02 mar 2022.

BRASIL, **Lei n.º 9.459, de 13 de maio de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19459.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.459%2C%20DE%2013,7%20de%20dezembro%20de%201940. Acesso em: 02 mar 2022.

BRASIL, **Lei 12.033, de 09 de setembro de 2009**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112033.htm#:~:text=L12033&text=LEI%20N%C2%BA%2012.033%2C%20DE%209,9%20de%20setembro%20de%202009. Acesso em: 02 mar 2022.

BRASIL, **Lei n.º 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114532.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno), **Habeas Corpus n.º 154.248 Distrito Federal**, Habeas corpus. Matéria criminal. Injúria racial (art. 140, § 3º, do Código Penal). Espécie do gênero racismo. Imprescritibilidade. Denegação da ordem. Coator: Superior

Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349811889&ext=.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2022.

BRASIL, **Projeto de Lei n.º 1.240, de 1995**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1133351. Acesso em: 03 mar 2022.

CHRISTIANO, Jorge Santos. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Saraiva, 2010

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FELDENS, Luciano. Art. 5º, XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. IN: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Org). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino. Art. 5º, II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. IN: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Org). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MOREIRA, Adilson. **Racismo Recreativo**. São Paulo: Pólen, 2019.

MOTA, Rejane Francisca dos Santos. Injúria racial: atenuação inconstitucional do crime de racismo. IN: CASTRO, Matheus Felipe de; MELLO, Sebastian Borges de; MINAHIM, Maria Auxiliadora de. (Org.). **Direito penal, processo penal e constituição I**. Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/o4376433/wAjzAT0NP550FZec.pdf>>. Acesso em: 19 abril 2023.

MUNANGA, Kabenguele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia**. IN: Palestra proferida no 3º Seminário Nacional Relações Raciais e Educação-PENESB-RJ, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2014/04/Uma-abordagem-conceitual-das-nocoos-de-raca-racismo-dentidade-e-etnia.pdf>>. Acesso em: 17 abril 2023.

NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil**, Tempo Social, revista de sociologia da USP, p. 287-308, v. 19, n. 1, 2006 (1955). Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n1/a15v19n1.pdf>. Acesso em: 02 mar 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. **Direitos Humanos e as Práticas de Racismo**. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2012.