VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

ROGÉRIO GESTA LEAL

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO

MÁRIO JOÃO FERREIRA MONTE

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

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

Coordenadores: Rogério Gesta Leal; Flávia Noversa Loureiro; Mário João Ferreira Monte; Vladia Maria de Moura Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-478-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Criminal. 3. Direito ao público. 4. Delito. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal)..

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, durante o VII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Braga - Portugal, dia 07 e 08 de setembro de 2017 de julho , sob o tema geral: "Interconstitucionalidade: democracia e cidadania de direitos na sociedade mundial - atualização e perspectivas, em parceria com a Universidade do Minho através do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo da compatibilidade da prática de aplicação da lei penal com o modelo de proteção constitucional do indivíduo ante a ação punitiva do Estado.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 11 (quatorze) artigos, ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Num primeiro momento foi apresentado o artigo intitulado de : A terceira via como resposta penal em prol da tutela ambiental, onde a apresentação teve por objetivo destacar a reparação do dano como resposta penal adequada para a tutela do ambiente. Buscando a reflexão, através das funções do direito penal, sobre um resultado que seja a um só tempo adequado à sociedade e à efetiva integridade do bem difuso. O texto tem como referencial teórico a proposta de Claus Roxin de inserção da reparação do dano como resposta autônoma a ser dada pelo direito penal. O método é teórico e o raciocínio dedutivo. A hipótese é a de que a recomposição ambiental pode ser também alcançada com e pelo direito penal, em seguida Conflito, Determinismo Social e relativização do mal : Traços que unem a dogmatica cidadania e hermeneutica constitucional, onde o autor expôs a importancia de estudo dos países periféricos como o Brasil, em ativismo judicial e até, pasme, acusatório. Isto, por si só,

é algo reprovável. No entanto, ganha contornos, ainda mais fortes, quando se presencia, a partir dos bancos universitários, uma perda dogmática e uma fuga teórica muito acentuada. É daí que se enxerga como cada vez mais urgente sistematizar o arcabouço histórico do direito penal, no sentido de com isso preparar o exegeta de modo firme. Voltado para uma lógica que desenvolve a ideia de um direito penal verdadeiramente cidadão, num terceiro momento tivemos a apresenntação do artigo intitulado Deveres de conservação de dados para fins penais: Uma reflexão sobre a normativa brasileira a partir dos precedentes da Corte de Justiça da Comunidade Européia, onde o estudo do ordenamento jurídico brasileiro se revela acerca dos deveres de conservação de dados para fins de investigação criminal e processo penal. A este efeito, o início do texto destaca a existência de novos riscos tecnológicos e sua influência no âmbito da persecução penal. Após, são examinados os precedentes do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia sobre a conservação de dados para fins penais. Ao final, o estudo é direcionado à normativa brasileira, com especial destaque às Leis 12.850/2013 e 12.965/2014.

Por conseguinte tivemos a apresentaçãodo artigo intitulado Direito Internacional e Soberanias: Viabilidade de Integração de valores globais a partir do sistema latino americano, com ênfase na internalização das regras do Tribunal Penal Internacional, o qual aderiu grande parte dos países da América Latina, inclusive o Brasil, traz dúvidas na aplicação de suas regras. Basta que os princípios da Lei Maior prevejam hierarquia e interpenetração com normas internacionais, ou é necessária uma adaptação cultural? Por fim, é perguntado se não seria o caso de, aproveitando as proximidades culturais e de legislação interna, propor alterações constitucionais para a criação de um Tribunal Penal Latino-Americano, dando continuidade aos trabalhos a exposição do artigo A Tipificação Penal do Preconceito Racial no Brasil veio trazendo novas nuances sobre o preconceito racial, especialmente em relação aos afrodescendentes no Brasil, possui fortes raízes históricas e permanece sendo um problema social gravíssimo, que precisa ser enfrentado. A Lei Antirracismo, de 1989, que criminalizou as condutas discriminatórias por motivo de cor de pele ou etnia, ao lado da tipificação da Injúria Racial, em 1997, apresentam fragilidades e parecem insuficientes para proteger o bem jurídico que se propõem a tutelar. Por meio do método dialógico de abordagem e das técnicas de pesquisa bibliográfica novas e jurisprudencial, esse artigo problematiza os obstáculos observados no combate às práticas discriminatórias no âmbito penal e processual penal.

Por conseguinte a coordenadora desse GT trouxe os questionamentos sobre os Limites ao ativismo Judicial em Matéria Criminal: Uma reflexão sibre o aborto de anencéfalos a partir da ADPF número 54, onde a mesma não se discute apenas inconstitucionalidade de um códex, mas a imprescindível efetivação dos direitos fundamentais na pacificação social. O artigo partiu de uma analise critico-reflexiva dos códigos normativos e políticos, sem

contudo deixar de lado a diferenciação entre ativismo judicial e judicializacao. Tem-se por objetivo principal verificar quais os limites da atuação do Judiciario em material penal. Dando prosseguimentoo artigo a ser publicado Nemo Tenetur se Ipsum Accusare - Um absoluto Direito absoluto trouxe o choque entre interesses de eficiência da investigação e administração da Justiça e direitos dos acusados, a questão do conteúdo e limites do princípio nemo tenetur se ipsum accusare coloca-se com ainda maior acuidade. Reconhecido pelos principais diplomas internacionais e direitos processuais penais, independentemente de uma estrutura acusatória ou inquisitória, desafios, maxime colocados por novos e mais desenvolvidos métodos de obtenção de prova e direitos do mundo virtual, agitam as estruturas doutrinais. Mas são a doutrina e a jurisprudência, nos métodos tradicionais, que nos permitem responder àqueles e otimizar o conteúdo e limites do privilégio.

Finalizando os trabalhos tivemos mais quatro artigos apresentados que trouxeram questionamentos importantes como O Delito de Lavagem de Capitais e a Teoria da Cegueira Deliberada: compatibilidade no Direito Penal Brasileiro? Onde o trabalho buscou discutir a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no delito de lavagem de capitais. É bastante controvertida a delimitação do elemento subjetivo no delito de lavagem de capitais, sobretudo no que tange à admissibilidade do dolo eventual. Nessa linha, discute-se a possibilidade de inclusão ou adaptação da cegueira deliberada (Wilful blindness) no direito brasileiro, seja como uma forma equiparada ao dolo eventual, seja como um elemento subjetivo próprio e autônomo, logo em seguida a apresentação se baseou no artigo sobre O Populismo penal e o ativismo judicial punitivista - A delação premiada como falsa harmonização do sistema de justiça penal em sociedades plurais e não reflexivas onde se examina o conflito entre a criminalização primária simbólica face o atual ativismo judicial punitivista com falsa sensação que o sistema de justiça penal é eficiente e produz resultados. Parte-se da premissa que em sociedades plurais, multiculturais e pouco reflexivas, aliado a crise do Estado-jurisdição em vários países, o instituto da delação premiada acaba por assegurar uma falsa verdade real com o espectro de afastar dilemas morais historicamente relacionados a figura do traidor para a elucidação e ruptura da organização criminosa. A penúltima apresentação trata do assunto O Supremo Tribunal Federal e o Aborto: Houve a descriminalização Parcial no Acórdão do HC número 124.306/RJ? Que veio analisar o acórdão do STF que, no julgamento do Habeas Corpus nº 124.306/RJ, firmou o entendimento de que, até os três meses de gestação, a antecipação do parto não configuraria os crimes dos arts. 124 a 128 do Código Penal. O caso será analisado sob sua perspectiva processual, verificando-se se o julgamento pode ser encarado como uma efetiva descriminalização, no caso concreto ou erga omnes. Para tanto, será utilizado como base o procedimento e a extensão do julgamento da ADPF nº 54, do mesmo Tribunal, que afastou o crime no caso de aborto de feto anencéfalo.

Por derradeiro o artigo apresentado foi sobre a Valoração da Ação Intersubjetivamente Significativa na Dogmática Jurídico Penal, onde vemos que o Direito Penal exerce a função de controle social formal através da determinação de um núcleo de proibição comportamental. Através de tal função, evidencia-se o objeto desse estudo: a valoração da conduta humana na teoria do delito. O objetivo é analisar o rendimento do conceito de ação capaz de atribuir unidade ao fundamento das expressões do fato punível. A crítica racional da ação, base às categorias que integram as construções dogmáticas, justifica o estudo. Por um viés metodológico dedutivo, a análise se constrói com a compreensão filosófica da ação humana, apreendida pelas construções dogmáticas na teoria do delito.

Assim demos encerramento as apresentações e aos debates do Grupo de Trabalho, parabenizando e agradecendo aos autores dos trabalhos que compõe essa obra pela valiosa contribuição cientifica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Coordenadores(as):

Mário Monte (UMinho)

Flávia Loureiro (UMinho)

Rogério Gesta Leal (Unoesc)

Vladia Maria de Moura Soares (UFMT)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TIPIFICAÇÃO PENAL DO PRECONCEITO RACIAL NO BRASIL

CRIMINAL TYPIFICATION OF RACIAL PREJUDICE IN BRAZIL

Vanessa Chiari Gonçalves [1]
Marcia Elayne Berbich De Moraes [2]

Resumo

O preconceito racial, especialmente em relação aos afrodescendentes no Brasil, possui fortes raízes históricas e permanece sendo um problema social gravíssimo, que precisa ser enfrentado. A Lei Antirracismo, de 1989, que criminalizou as condutas discriminatórias por motivo de cor de pele ou etnia, ao lado da tipificação da Injúria Racial, em 1997, apresentam fragilidades e parecem insuficientes para proteger o bem jurídico que se propõem a tutelar. Por meio do método dialógico de abordagem e das técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, esse artigo problematiza os obstáculos observados no combate às práticas discriminatórias no âmbito penal e processual penal.

Palavras-chave: Racismo, Criminalização, Injúria racial

Abstract/Resumen/Résumé

Racial prejudice, especially in relation to Afro-descendants in Brazil, has strong historical roots and remains a very serious social problem that must be tackled. The Anti-Racism Act of 1989, which criminalized discriminatory behavior based on skin color or ethnicity, along with the classification of Racial Offense in 1997, presents weaknesses and seems insufficient to protect the legal principle that they propose to protect. By means of the dialogical approach method and the techniques of bibliographical and jurisprudential research, this article deals with the obstacles observed in the fight against discriminatory practices in the penal sphere and criminal procedure.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Racism, Criminalization, Racial offense

---

[1] Doutora em Direito pela UFPR, Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, Professora Adjunta de Direito Penal e Criminologia da UFRGS, pesquisadora e advogada em Porto Alegre.

[2] Doutora em Ciências Criminais pela PUCRS, professora de direito penal da Universidade Veiga de Almeida – UVA, no Rio de Janeiro.

1. Introdução

O Brasil, que possui uma história escravagista marcante e ainda recente, uma vez que a abolição da escravatura ocorreu apenas em 1888, criminalizou as práticas de preconceito e de discriminação em virtude da cor da pele, por meio da Lei Antirracismo, de 1989. Desde então, tanto essa Lei sofreu alterações legislativas, como o crime de injúria racial foi tipificado no Código Penal, tendo havido uma modificação mais recente na modalidade de ação penal prevista.

Ainda, assim, o pequeno número de crimes de preconceito por cor da pele que chegam aos Tribunais brasileiros para apreciação e julgamento, poderia revelar que essas práticas delitivas não são comuns no Brasil. Ocorre que pesquisas têm demonstrado que, embora o racismo seja uma realidade incontestável no País, inúmeros obstáculos impedem que a questão seja combatida pelas vias institucionais.

O problema de pesquisa que esse artigo propõe é: De que maneira a legislação penal brasileira e a jurisprudência têm tratado as práticas de racismo, em especial os crimes de preconceito e de discriminação pela cor da pele e pela etnia da vítima? Assim, com o objetivo de problematizar alguns dos obstáculos observados no combate às práticas discriminatórias contra a população afrodescendente, adota-se o método dialógico de abordagem e, como técnica, as pesquisas bibliográfica e jurisprudencial.

O artigo está dividido em quatro partes, iniciando a abordagem do tema pela história da legislação penal brasileira que tratou do preconceito e da discriminação por cor de pele até a Lei Antirracismo, de 1989. Analisa o tipo penal da injúria racial ou preconceituosa e seus desdobramentos, bem como o controle social realizado por meio da distinção entre a tutela penal da igualdade e a tutela penal da honra.

2. Histórico da legislação penal no direito brasileiro a respeito do preconceito e da discriminação de raça e cor

A escravidão dos negros no Brasil foi justificada pela necessidade de sua utilização como meio de produção, sendo que o instrumento de exploração que predominou na colônia, entre os séculos XVI e XVII, foi o *"*braço escravo*",* tornando o Brasil Colônia a "aristocracia comercial mais poderosa da América" (FREYRE, 2003 p. 93 e 81), ou ainda, como refere HOLANDA, "a presença do negro representou sempre fator obrigatório no desenvolvimento dos latifúndios coloniais" (1995, p.48).

No entanto, a justificativa da escravidão em si, é muito anterior à expansão portuguesa, podendo ser encontrada ao longo de inúmeros trechos bíblicos do velho e do novo testamento, os quais associavam essa prática de subjugação a uma "punição resultante do pecado ou de um defeito natural da alma que impedia uma conduta virtuosa"[1] e que poderia levar aqueles escravizados à redenção.

No contexto que atingiu o Brasil Colônia, a expansão portuguesa ultramarina era autorizada por bulas papais, em que é possível verificar a ampla liberdade dada pela Igreja, para dominar os povos pagãos que fossem encontrados no caminho. Entre essas Bulas, observa-se a Rex Regun (08.09.1936-Eugênio IV), a Rex Regun (05.01.1443-Eugênio IV) e a Concta Mundi (08.01.1453 – Nicolau V), sendo que essa última concedia "aos reis de Portugal todas as conquistas da África e Ilhas Adjacentes" (HEINSFELD, 2010, p.20)

Ocorre que, a partir do advento das ideias iluministas versando sobre o aprofundamento do estudo a respeito das desigualdades presentes entre os homens (ROUSSEAU, 1754), a justificativa escravista foi perdendo sua força teórica. Assim, é possível verificar que o fim da escravidão no Brasil foi fruto de um longo processo, o qual iniciou com a Lei do Ventre Livre, sob o número 2.040, datada de 28 de setembro de 1871, que tornou livres todos os filhos de escravas nascidos a partir dessa data, passando pela Lei dos Sexagenários (número 3.270), de 28 de setembro de 1885, que libertou os escravos com mais de sessenta anos. O Brasil foi um dos últimos países da América Latina a abolir a escravidão, o que ocorreu em 13 de maio de 1888 com a Lei 3.353, nominada de Lei Aurea.

Contudo, é de se considerar que a liberdade alcançada pela população negra não eliminou as condições precárias de sobrevivência, nem as graves distinções sociais existentes entre indivíduos de cor de pele diferente. Durante um longo período, não havia nenhum instrumento legal versando a respeito da proibição relativa à discriminação ou ao preconceito direcionado à população de cor negra.

Somente em 1951, ou seja, mais de sessenta anos após a abolição, surgiu uma Lei dispondo sobre a punição quando da prática de atos de discriminação racial. No caso, a Lei 1.390, de julho de 1951, de autoria de Afonso Arinos de Melo Franco (jurista, historiador e intelectual que ocupou cadeira na Academia Brasileira de Letras),

[1] Disponível em: http://cafehistoria.ning.com/profiles/blogs/a-escravidao-justificada-os. Acesso em 01 de maio de 2017.

tornou contravenção penal a prática de atos resultantes de discriminação de raça e de cor, fixando basicamente, penas de multa aos respectivos contraventores.

Cabe especial referência ao fato que inspirou a proposição do Projeto dessa lei, o qual é bastante revelador a respeito da discriminação existente no Brasil já naquela época:

> "Curiosamente, a inspiração para a lei do racismo foi fornecida a Afonso Arinos pela discriminação sofrida em 1950, no Rio de Janeiro, por uma negra americana. A bailarina Katherine Dunham, em excursão, foi impedida de se hospedar no Hotel Serrador. A imprensa brasileira não deu importância ao caso, mas a repercussão no exterior foi muito negativa."[2]

Mesmo assim, ainda nos anos 1950, é possível encontrar registros de inúmeros casos de discriminação, como o do ator Milton Gonçalves, à época um jovem de 18 anos que ainda não havia sido consagrado como grande ator brasileiro, relatando sua tentativa de entrar em um famoso clube de São Paulo,

> "Já existia a Lei Afonso Arinos, e eu disse: 'O senhor sabe que se eu for à delegacia vão fechar seu clube?' Ele respondeu: 'Você acha mesmo que vão fechar este clube por causa de alguém como você?' Foi um dia de terror para mim", relembra. Naqueles tempos, só soube de um casal negro que conseguiu entrar num baile do Tietê. Estavam fantasiados, os rostos ocultos por máscaras. "Lá pelas tantas, tiraram as máscaras. E foram retirados do clube."[3]

De qualquer modo, ao longo de seus trinta e sete anos de vigência, não é possível verificar a aplicação efetiva da Lei 1.390/51, mesmo sendo notórios os atos de discriminação racial como, por exemplo, aqueles concernentes a preterição no caso de contratação para o trabalho por causa da cor ou, ainda, da existência de locais distintos para entradas em edifícios comerciais e residenciais.

Em 1985, a Lei 7.437, conhecida como Lei Caó, deu nova redação a Lei Afonso Arinos, trazendo como novidade em seu conteúdo, a inclusão, entre as contravenções penais, da prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. No entanto, a partir do advento dessa Lei, foi possível a aplicação

---

[2] Disponível em: http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/criada-lei-afonso-arinos-primeira-norma-contra-racismo-no-brasil-10477391. Acesso em 02 de maio de 2017.

[3] Disponível em: http://pedroalexandresanches.blogspot.com.br/2009/05/o-rio-margem-e-o-quilombo.html. Acesso em 02 de maio de 2017.

sancionatória da prisão simples, além da pena de multa. Importa referir que, no âmbito da punição estatal, arbitrada pelo Direito Penal, as contravenções são consideradas como infrações penais de menor gravidade do que as infrações definidas como crimes. A distinção está prevista no artigo primeiro da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto Lei 3.914/41), o qual descreve que "Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente".

Desse modo, há um consenso na doutrina de que as contravenções são menos graves, cuidam de bens jurídicos cuja lesividade é sentida com menor efeito. Nesse âmbito é que se encontrava a sanção penal brasileira com relação a discriminação racial até o final da década de 80, do século XX.

Paralelamente, é necessário referir que ainda durante o século XX, o Brasil foi signatário de diversas convenções, tais como: a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão de 1968; a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino (1968); a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1969). Além disso, também se fez representar nas Conferências mundiais contra o racismo de 1978 e de 1983.

Contudo, somente após o período de ditadura civil-militar (1964-1985), a Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, surgiu como um marco na redemocratização brasileira e, em seu artigo 5º, inciso XLII, expressa que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

Esse inciso XLII, do artigo 5º, da Constituição Brasileira, exigia regulamentação, o que ocorreu no ano imediatamente seguinte ao da promulgação da Carta Constitucional, através da Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989, ou seja, pouco mais de dois meses após o advento do novo marco Constitucional, tipificando criminalmente as condutas correspondentes aos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Contudo, somente nos anos 2010 é que a legislação vem a definir a questão da discriminação como instrumento afirmativo de políticas públicas, por meio da Lei 12.288 de 2010, que em seu art. 1º, instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, "destinado

a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica".

Apesar de toda a legislação estabelecida, da facilitação do acesso à justiça preconizado no sistema judicial brasileiro e da visível diminuição dos casos de discriminação racial, ainda vislumbram-se casos recentes de desrespeito no tocante a questão da raça e da cor. Esse desrespeito é percebido, principalmente, no que concerne ao preconceito que utiliza atributos raciais como objeto de ofensa à honra subjetiva das vítimas, como se observa nos recentes casos, envolvendo jogadores de futebol e pessoas ligadas ao meio artístico e televisivo, entre outros[4]. Nesse sentido, importante proceder a análise dos instrumentos penais punitivos em torno da questão racial, elaborada nos próximos tópicos.

3. A Lei 7.716, de 1989, que tipifica os Crimes de Preconceito

A Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989, na sua redação original, definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. As condutas previstas na referida Lei relacionam-se ao impedimento do acesso ou à recusa em atender pessoas em estabelecimentos comerciais diversos, clubes sociais abertos ao público ou meios de transporte, por motivo de preconceito racial. Incluem, ainda, o impedimento de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta, em empresa privada e o ingresso à estabelecimento de ensino público ou privado, com a mesma motivação preconceituosa.

Todos os delitos previstos na Lei 7.716/89, em sua redação original, referiam-se à restrição da liberdade de ir, vir, trabalhar, estudar ou frequentar espaços abertos ao público com a motivação racista. No que se refere à injúria, não havia previsão específica nessa Lei e no Código Penal, aplicando-se a forma genérica de injúria do artigo 140 do Código Penal para a injúria racial.

Em 1990, mais precisamente em 21 de setembro daquele ano, entrou em vigor a Lei 8.081, que incluiu o artigo 20 na Lei 7.716/89, com a seguinte redação: "Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer

[4] Disponível em: http://espn.uol.com.br/noticia/436034_aranha-e-chamado-de-macaco-por-torcida-do-gremio. Acesso em 10 de maio de 2017.

natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional", estabelecendo pena de reclusão de dois a cinco anos. Observa-se que o objetivo da Lei era de atingir indivíduos que praticassem ou estimulassem a prática dos crimes de racismo por intermédio dos meios de comunicação ou de instrumentos que facilitassem a sua divulgação. A Lei, portanto, propôs a tipificação de uma apologia ao crime racial, mediante mecanismos que facilitassem a disseminação do racismo.

A Lei 9.459, de 13 de maio de 1997, por sua vez, alterou novamente a Lei que tipificou os crimes de racismo, ampliando o alcance dos tipos penais já previstos para o preconceito em decorrência de etnia, religião ou procedência nacional. Além disso, alterou a redação do artigo 20, da Lei 7.716/89, incluindo as condutas de "praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional", definindo a pena do crime como sendo de reclusão de um a três anos e multa. Além disso, incluiu um tipo penal novo no parágrafo primeiro do mesmo artigo com a seguinte redação: "fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo", fixando pena de reclusão de dois a cinco anos e multa. Caso os crimes do caput do artigo fossem praticados por meio de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza, o delito seria qualificado, com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa.

Essa mesma Lei 9.459/97 instituiu o tipo penal de injúria racial ou injúria preconceituosa no parágrafo 3º, do artigo 140, do Código Penal, como uma modalidade qualificada do crime de injúria simples, que passaremos a analisar a seguir.

Diante de todas essas alterações, importa destacar que os crimes relacionados à discriminação racial, ficaram inseridos na Lei 7.716 de 1989 (Lei Antirracismo), que, por força da Constituição, em seu artigo 5º, XLII, torna os crimes nela tipificados como inafiançáveis e imprescritíveis. Já a injúria racial, a qual está ligada a questão da manifestação do preconceito, como opinião desfavorável a respeito da raça ou cor, foi direcionada para tutela do bem jurídico nominado “honra”, na forma do Código Penal, não possuindo o mesmo patamar de gravidade dos crimes previstos na Lei Antirracismo. Além disso, há divergência jurisprudencial quanto à imprescritibilidade da injúria racial.

4. A Injúria Racial ou Preconceituosa no Brasil

O delito de injúria já constava previsto no Título XLII das Ordenações Filipinas, tendo sido mantido nas legislações penais brasileiras que se seguiram. Aparece tipificado no artigo 236 do Código Criminal do Império, de 1830, como também, no artigo 317 do Código Penal da República, de 1890. Havia previsão específica apenas para a injúria e a calúnia, uma vez que a nomenclatura de injúria abrangia tanto as condutas que hoje são consideradas como difamação quanto aquela que é considerada a injúria propriamente dita. A distinção formal entre a injúria e a difamação surgirá apenas no Código Penal de 1940, ainda em vigor no Brasil.

Desde o momento em que as condutas que lesam a honra foram divididas em tipos penais distintos, a injúria passou a ser considerada como a conduta que lesa ou ofende o decoro ou o sentimento de dignidade própria, entendido como o conjunto de atributos morais, físicos ou intelectuais que a vítima pensa que possui e que a doutrina convencionou chamar de honra subjetiva. A injúria, portanto, é "essencialmente uma manifestação de desprezo e de desrespeito suficientemente idônea para ofender a honra da vítima no seu aspecto interno" (BITENCOURT, 2012, p. 352).

O Código Penal Brasileiro em vigor, na sua redação original, já definia esse delito em seu artigo 140, como "injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro". Não havia, entretanto, previsão específica para a injúria racial ou a injúria por preconceito.

BITENCOURT entende que, havendo dúvida sobre a atribuição do fato, o intérprete deve optar pela injúria em detrimento da calúnia e da difamação. Isso porque o autor, além de considerar a injúria como a "figura menos grave das três que lesam a honra", entende ser a injúria a figura mais "abrangente, pois toda calúnia ou difamação injuriam o destinatário, mas nenhuma injúria o calunia ou o difama". (2012, p. 350)

A previsão da injúria racial ou preconceituosa como forma qualificada do crime de injúria foi incluída no Código Penal somente em 1997. A redação do art. 140, par. 3º, ficou assim: "Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem", a pena é de reclusão de um a três anos e multa.

Observa-se que o crime de injúria racial jamais esteve contemplado na Lei que tipificou os crimes de racismo, permanecendo prevista no Código Penal, mesmo após a inclusão da qualificadora específica. O objetivo do legislador foi o de nominar a injúria

preconceituosa, estabelecendo uma maior reprovação penal para ela, em detrimento da injúria simples.

BITENCOURT lembra que o fundamento político dessa alteração legislativa também residiu no fato de que "a prática de crimes descritos na Lei n. 7.716/89 (preconceito de raça ou cor) não raro era desclassificada para o crime de injúria". (2012, p. 365). Uma breve pesquisa jurisprudencial já é capaz de corroborar a tese da dificuldade que os crimes de preconceito encontram para serem apreciados pelo Poder Judiciário. Com o objetivo de explicitar alguns desses obstáculos no enfrentamento do crime, analisaremos algumas ementas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No acórdão abaixo, ocorreu a desclassificação de uma conduta inicialmente enquadrada como crime de racismo, previsto no art. 20 da Lei respectiva, para o tipo penal da injúria racial. Os julgadores entenderam que a ofensa não se dirigia a todas as pessoas negras enquanto uma coletividade, mas apenas à vítima, de forma isolada. Consideramos bastante questionável tal argumento, uma vez que houve o impedimento de que o filho da vítima brincasse com o filho dos agentes. Tal atitude demonstra claramente a imposição de uma restrição, por preconceito com toda uma coletividade. O mais grave, entretanto, na desclassificação determinada pelo Tribunal, foi o reconhecimento da nulidade processual e da extinção da punibilidade pela decadência do direito de queixa, porque o crime de injúria racial, na época, era de ação penal privada.

> APELAÇÃO-CRIME. CRIME DE RACISMO. ART. 20 DA LEI N.º 7.716/89. NÃO-CONFIGURAÇÃO. APELANTES QUE PROFERIRAM EXPRESSÕES VERBAIS, COM CONTEÚDO DISCRIMINATÓRIO, CONTRA SUA VIZINHA, FERINDO A SUA HONRA SUBJETIVA. CONDUTA QUE SE SUBSUME NO DISPOSTO NO ART. 140, § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. INJÚRIA QUALIFICADA OU RACIAL. PROVIMENTO. Diante da análise do conjunto probatório, percebe-se que efetivamente os recorrentes proferiram expressões verbais com conteúdo discriminatório. Não obstante, não o fizeram para menosprezar a raça negra como um todo, mas unicamente para ferir a honra subjetiva de sua vizinha, bem como com o fito de evitar que seu filho brincasse com o filho desta última. Ora, expressões como "nega suja", "nega do cabelo duro", "macaca", "cala boca vira lata", dentre outras proferidas pelos apelantes, inequivocamente demonstram forte conteúdo racial e discriminatório, porém não tipificam a conduta descrita no art. 20 da Lei n.º 7.716/89 (discriminação racial), mas sim a prevista no art. 140, §3.º, do Código Penal (injúria qualificada ou racial), porque não se voltam, indistintamente, contra toda uma coletividade, um agrupamento ou raça que se queira diferenciar. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO DESDE O INÍCIO. CRIME DE AÇÃO PENAL PRIVADA. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 564, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Não há como se manter a condenação, mesmo diante da comprovação da ocorrência dos fatos pelo conjunto probatório, pois o crime

> de injúria qualificada somente se procede mediante ação penal privada, conforme inteligência do art. 145, caput, do Código Penal. Logo, no caso concreto, operada a desclassificação delitiva, percebe-se que há de ser decretada a nulidade do processo ab initio por ilegitimidade ativa do Ministério Público, segundo preconiza o art. 564, inciso II, do Código de Processo Penal, já que caberia tão-somente à vítima a propositura da ação penal. DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DECADÊNCIA. EXTRAPOLAÇÃO DO LAPSO TEMPORAL DE SEIS MESES PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE QUEIXA POR PARTE DA VÍTIMA. INTELIGÊNCIA DO ART. 38, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. Por fim, ainda é de sumo relevo se fazer a ressalva de que o prazo decadencial de seis meses para a propositura da queixa-crime por parte da vítima restou adimplido, já que conhecia os autores do crime desde a data de sua perpetração, operando-se o fenômeno da decadência, segundo se denota diante do disposto no art. 38, caput, do Código de Processo Penal. Em face disso, também se mostra imprescindível, in casu, a declaração da extinção da punibilidade dos recorrentes pela decadência do direito de queixa, conforme preconiza o art. 107, inciso IV, do Código Penal. Apelo provido. Declaração de nulidade processual desde o início. Decretação de extinção da punibilidade pela decadência. (Apelação Crime Nº 70018104547, Oitava Câmara Criminal, Trib Ribeiro de Oliveira, Julgado em 02/05/2007)

No mesmo sentido, o acórdão abaixo desclassifica o crime de racismo para o de injúria racial, o que resultou na extinção da punibilidade em virtude da decadência do direito de queixa, por ser o referido delito de ação penal privada, na ocasião.

> APELAÇÃO-CRIME. RACISMO. DESCLASSI-FICAÇÃO. CRIME CONTRA A HONRA. INJÚRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILDIADE. DECADÊNCIA. Chamar o ofendido de "negro sujo, vagabundo e sem vergonha" não constitui crime de racismo, mas sim de delito contra a honra (injúria qualificada), que é de ação penal privada. O equivocado ajuizamento de ação penal pública pelo crime de racismo não interrompe o prazo decadencial art. 38 do CPP. Transcorrido mais de seis meses entre a data em que o ofendido tomou ciência do fato e o ajuizamento da queixa-crime, impositivo a declaração, de ofício, da extinção da punibilidade pela decadência. Decretaram a extinção da punibilidade, pela decadência. (Apelação Crime Nº 70009621897, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Landvoigt, Julgado em 12/09/2007)

A fim de corrigir a grave incoerência presente no fato de o crime de injúria racial ser de ação penal privada, a Lei 12.033, de 29 de setembro de 2009, alterou a redação do parágrafo único, do artigo 145 do Código Penal, transformando a ação penal do crime de injúria preconceituosa em ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Ainda, assim, são raros os casos de injúria racial que chegam para apreciação dos Tribunais Brasileiros.

É importante, problematizar, também, as diferenças entre o tipo penal do art. 20 da Lei 7.716/89, e o art. 140, par. 3º, do Código Penal. Na redação original do art. 20,

da Lei Antirracismo, incluído pela Lei 8.081/90, as condutas discriminatórias precisavam ser praticadas pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza. Ficava claro que o tipo penal não abrangia condutas meramente verbais, tais como a injúria preconceituosa verbal, que é a forma mais comum.

No entanto, a mesma Lei 9.459/97, que definiu e qualificou a injúria racial no Código Penal, alterou a redação do art. 20 da Lei Antirracismo, retirando do caput do referido artigo a menção expressa aos meios de comunicação e à publicação como instrumentos para a prática do delito. O tipo penal ficou bastante amplo e genérico, ao prever: "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional". Nas condutas de induzir e de incitar, observa-se a possibilidade de participação nos diversos tipos penais da Lei e a apologia ao preconceito. No entanto, na conduta de praticar a discriminação ou o preconceito, encontra-se um elemento genérico demais, que poderia ser confundido com a injúria racial, embora essa não pareça ter sido a vontade do legislador.

A mesma imprecisão que se observa na redação do caput do art. 20 da Lei 7.716/89, não aparece no tipo penal previsto no parágrafo 1º, do mesmo artigo, que dispõe: "Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo". Além de ser certo e preciso, o crime em questão para ser provado, não depende exclusivamente da existência de prova testemunhal, como se observa no acórdão abaixo:

> APELAÇÃO-CRIME. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO. ART. 20, 'CAPUT', DA LEI 7.716/89. AFASTAMENTO O recorrente pretende o reconhecimento da prescrição, aduzindo que o fato de ter editado obras com conteúdo racista não é crime de racismo, o qual é, de fato, imprescritível, e sim, no máximo, infração penal comum, sujeita à prescrição. Todavia, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido que a infração praticada pelo próprio réu (art. 20, 'caput', da Lei 7.716/89), em processo análogo, está sob o manto da imprescritibilidade constitucional (art. 5.º, inc. XLII), são desnecessárias maiores considerações sobre o tema, ficando afastada a preliminar. INDUZIMENTO E INCITAÇÃO A DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO RACIAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. Tendo o apelante, em juízo, admitido a edição de obras literárias permeadas de conteúdo racista e discriminatório em relação aos judeus, fica subsumida a sua conduta ao tipo penal do art. 20, 'caput', da Lei n.º 7.716/89, com a redação que lhe deu a Lei n.º 9.459/97, nas modalidades de induzir e incitar o preconceito e a discriminação racial, devendo ser mantida a sua condenação, nos moldes da sentença. É impensável que no Brasil, Estado Democrático de Direito onde convivem, de maneira harmônica, diversas raças, sejam admitidas expressões preconceituosas e discriminatórias como as constantes nas "obras literárias" publicadas pelo réu. A liberdade de expressão ou de crítica literária jamais pode preponderar sobre

> o princípio da dignidade da pessoa humana, no caso, o direito dos judeus de não serem discriminados pelo simples fato de serem judeus. Preliminar afastada. Apelo improvido. (Apelação Crime Nº 70010217354, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 29/11/2006)

Enfim, a Lei 7.716/89, que poderia coibir as condutas preconceituosas contra as pessoas negras, para além de outras minorias no Brasil, bem como as alterações legislativas que se sucederam, inclusive no Código Penal, não têm demonstrado efetividade na proteção da dignidade das vítimas por diferentes razões. A ausência de provas suficientes para a condenação, sobretudo quanto à injúria racial, e a modalidade anterior de ação penal, que foi recentemente alterada, são alguns dos fatores observados.

5. O controle social por meio da distinção entre a tutela penal da igualdade e a tutela penal da honra no ordenamento jurídico brasileiro.

A exposição do histórico sobre a legislação em torno da questão racial no Brasil e, principalmente, a cronologia da proteção penal a um bem jurídico de tão elevada consideração constitucional, revelam certa hipocrisia no que concerne à forma como o Brasil e sua legislação tratam a questão da igualdade racial.

Primeiramente, verifica-se que a Constituição da República em vigor trouxe inúmeros temas e bens jurídicos tutelados, os quais necessitavam de imediata regulamentação por lei ordinária, em função da total mudança no paradigma constitucional ocorrida em 1988. Apenas como alguns exemplos, tem-se a questão do tratamento à criança, ao adolescente e ao idoso, os portadores de deficiência, o meio ambiente, os crimes de natureza hedionda, entre outros. De todos esses temas, o racismo foi um dos primeiros a ser regulamentado em Lei. Essa urgência não ocorreu de maneira despretensiosa, uma vez que àquela época, já decorrido um século desde a abolição da escravidão, ainda perduravam situações escandalosas de discriminação com relação às pessoas de cor negra, conforme descrido em item anterior.

A respeito da discriminação que ainda perdurava, é possível referir que somente em 1995 o Brasil, por meio de uma parceria com a Organização Mundial do Trabalho, iniciou um programa oficial para implementação da Convenção 111, por meio de um grupo de trabalho constituído junto ao Ministério do Trabalho e do Emprego no ano de 1996. Essa iniciativa tardia se deve muito às denúncias que as organizações sindicais de

trabalhadores haviam encaminhado à Organização Internacional do Trabalho ainda no início dos anos 1990 (BARROS, 2002.p. 20).

Essas denúncias afetavam diretamente o interesse brasileiro de alcançar maior participação no cenário internacional, uma vez que, no final do século XX, o exercício de soberania estatal passou a depender de fatores não somente bélicos, mas também daqueles relacionados à capacidade de informação e de articulação refletidas nos acordos ("soft Law", por exemplo) e na nova perspectiva das normas relativas ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, que passaram a integrar o suporte axiológico normativo de cada Estado (MAZZUOLI, 2009).

Nesse ponto, FERRAJOLI assevera que o

> "Estado constitucional de direito, que nos foi consignado pela experiência das democracias modernas: ou seja, o da sujeição à lei dos organismos da ONU, de sua reforma em sentido democrático e representativo, enfim, da instauração de garantias idôneas que visem a tornar efetivos o princípio da paz e os direitos fundamentais, tanto dos indivíduos quanto dos povos, em seu relacionamento com os Estados" (FERRAJOLI, 2007, p.52).

Desse modo, é possível referir que a implementação de direitos relacionados ao trabalho da população afrodescendente surgiu, muito mais por força de denúncias e da pressão da comunidade internacional do que por um movimento interno de mudança no sentido de assegurar direitos garantidos pela Constituição.

Outro aspecto a ser enfrentado, é com relação à distinção que a doutrina jurídica faz entre discriminação, racismo e preconceito. O racismo trata do "conjunto de teorias e crenças que estabelecem uma hierarquia entre raças (...)"; a discriminação "expressa a quebra do princípio da igualdade, como distinção, exclusão, restrição ou preferência", a qual pode ser motivada de várias formas, entre elas podem estar a cor, a raça; já o preconceito revela a manifestação (opinião ou sentimento) no sentido desfavorável, "concebido sem o exame crítico, ou ainda, a atitude, o sentimento ou o parecer insensato, assumido em consequência da generalização apressada de uma experiência pessoal imposta pelo meio" (ANDREUCCI, 2013, p. 132).

Desses conceitos estabelecidos, a doutrina penal chega a afirmar que o "racismo ou o preconceito levam à discriminação", dispondo ainda que não se pode confundir os

crimes previstos na Lei 7.716, de 1989, que são inafiançáveis e imprescritíveis, com o crime de injúria racial, previsto no Código Penal em seu artigo 140, par.3º, uma vez que

> O primeiro resulta de discriminação, de preconceito racial, implicando segregação, impedimento de acesso, recusa de atendimento etc. a alguém. O segundo é crime contra honra, agindo o sujeito ativo com *animus injuriandi*, elegendo como forma de execução do crime justamente a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem da vítima." (ANDREUCCI, 2013, p. 134).

No mesmo sentido de que não se pode confundir a tutela da honra subjetiva do Código Penal com a Lei Antirracismo, posicionam-se outros autores de manuais de Direito Penal da atualidade, tais como GRECO, (2014, p. 468). NUCCI estabelece a distinção entre a injúria racial e os crimes previstos na Lei Antirracismo recorrendo ao argumento de que a finalidade da criação do tipo distinto envolvendo a injúria racial foi de "evitar as constantes absolvições que ocorriam quanto às pessoas que ofendiam outras, através de insultos com forte conteúdo racial ou discriminatório, e escapavam da Lei 7.716/89 (...) porque não estavam praticando atos de segregação". No entanto, esse autor admite que a injúria racial é imprescritível e inafiançável (NUCCI, 2017, p. 223-224).

A diferenciação realizada pelo legislador e corroborada por parte da doutrina parece frágil, uma vez que a ofensa à honra subjetiva da vítima com relação à conteúdo que a inferioriza ou a diferencia pela raça ou pela cor, possui grave conteúdo discriminatório e de preconceito, pois revela sentimentos desfavoráveis com conteúdo de restrição e de preferência por conta da cor e, por isso, deveria estar contido na Lei que tutela expressamente o dispositivo constitucional do inciso XLII, do artigo 5º.

Um dos poucos autores que tangencia a discussão é BITENCOURT, o qual o faz por meio da crítica ao *quantum* de pena disposto ao crime de racismo, entendendo como pequeno frente ao bem jurídico tutelado por força constitucional, equivalente ao do homicídio culposo de um a no máximo três anos (2017, p. 398). Lembrando que as maiores penas previstas na Lei Antirracismo ou Lei de Preconceito n. 7.716, de 1989, são mínima de dois e máxima de cinco anos de reclusão.

Além disso, BITENCOURT alerta quanto à espécie de ação penal eleita originalmente para a tutela do tipo penal de "injúria racial", no caso a ação penal privada, a qual, frise-se, perdurou por mais de 20 anos após o advento da Lei de Preconceito, ou seja, até o ano de 2009, quando a Lei 12.033 modificou o parágrafo

único do artigo 145 do Código Penal, permitindo a possibilidade de representação da vítima, como condição para a ação penal pública.

> "A nosso juízo, a Lei 9.459/97, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro *a injúria por preconceito*, equivocou-se quanto à *natureza da ação penal* correspondente; efetivamente, a despeito do rigor sancionatório (a mesma pena de um homicídio culposo, isso sem as majorantes), manteve-a de *exclusiva iniciativa privada*.
>
> Sem pretender *constranger* o Estado, a *política criminal* adotada, no particular, é *preconceituosa*, para usar um trocadilho, pois trata de um tema tão relevante, causador de tantas injustiças às minorias que menciona, e, no entanto, deixa a ação penal, isto é, o uso do aparato estatal, à mercê exclusiva da iniciativa privada, como se ao Estado não se tratasse de um assunto relevante e se o bem jurídico ofendido não justificasse a movimentação da máquina judiciária. É efetivamente uma postura discriminatória do legislador, que, ao 'desincumbir-se' de uma missão espinhosa, 'deu com uma mão e tirou com a outra': criminalizou a conduta, mas não impôs a obrigatoriedade da ação penal!" (BITENCOURT, 2017, p. 398-399)

Esse ponto é crucial quando se compreende o âmbito de atuação do Estado como titular do *ius puniendi*, ou seja, do poder de punir que, nada mais é, do que a "resposta estatal condicionada (em nome da coletividade)", a qual surge após a prática do delito e do consequente conflito social instalado, sendo que para essa resposta existe uma série de regras que compõem o devido processo penal, as quais condicionam o exercício do poder do Estado de impor a pena adequada (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 67 e 63).

Assim, o ponto de partida para o processo penal é a ação penal, a qual, é um direito público subjetivo, com o qual o particular invoca do Estado Administração a sua tutela jurisdicional, visando a evitar a prática da justiça pelas próprias mãos, o que é vedado (PRADO, CARVALHO & CARVALHO, 2014, p. 608), e, em regra, essa ação inicia com a atuação do próprio Estado, por meio do Ministério Público.

Em razão do interesse público em jogo, apenas em alguns casos, em que o contexto do crime interessa mais ao particular do que propriamente ao Estado, o legislador deixa expressamente prevista a possibilidade da proposição da ação de forma privada, mediante a interposição de queixa-crime, na forma do disposto no par. 4º do artigo 100 do Código Penal. Importa ressaltar que, para essa ação penal privada, o particular necessita de representação legal através de advogado, além do pagamento das custas processuais, na forma do artigo 806 do Código de Processo Penal, ao passo que na ação penal pública, além de contar com o Ministério Público como o titular da ação, não existe a previsão de ônus financeiro para a vítima.

O que se verifica no caso dos crimes de injúria racial é que, por muito tempo tais condutas não contaram com a tutela penal do Estado. Depois, quando finalmente foram tipificadas, em 1997, não receberam a devida importância, como tema de relevante interesse público, elevado à categoria de bem jurídico protegido constitucionalmente. Sendo assim, somente em 2009, as vítimas desses crimes puderam vir a contar com o auxílio do Ministério Público como garantia de acesso à Justiça. Ainda assim, tal tutela requer a necessidade de representação do ofendido, ou seja, a ação penal é pública, condicionada à representação, nos termos do parágrafo único do artigo 145 do Código Penal.

Esclarece-se que a necessidade de representação do ofendido, ainda esbarra em óbices processuais que podem girar em torno de dificuldades encontradas pela própria vítima, uma vez que essa representação possui um prazo de seis meses da data em que se constata a materialidade e a autoria do crime de injúria racial, sob pena do ofendido perder esse direito mediante o instituto da decadência, na forma do artigo 103 do Código Penal.

Apenas para exemplificar, um debate semelhante ocorreu em torno da questão da lesão leve em casos de violência doméstica contra a mulher, a qual previa a necessidade da representação da vítima. Ao final, a constatação da pressão social e familiar existente em torno da vítima e das frequentes desistências durante a ação penal, levaram à uniformização da jurisprudência no sentido da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, nos termos da Súmula 542 do STJ, que dispõe: "A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada."

Voltando à questão específica da injúria racial, frise-se que, muitas vezes, a situação de violação da honra subjetiva, manifestada em um crime de injúria racial, pode-se dar no ambiente de trabalho ou de vizinhança da vítima, o que torna a questão mais sensível às interferências externas quanto ao desejo de representar do ofendido, que pode temer represálias diretas ou veladas. Tais esferas acabam, de fato, vindo a interferir como controle social externo na real efetivação do direito à igualdade, porque bloqueiam o acesso à justiça da vítima por meio do constrangimento.

Nesse sentido, é imprescindível lembrar que o "direito penal constitui um *plus* em intensidade e gravidade das sanções e no grau de formalização que sua imposição e execução exigem", sendo que seu lugar é secundário e assegurador de outras instâncias já existentes (MUÑOZ-CONDE, 2005, p.23). Ocorre que, quando essas outras

instâncias trabalham ao contrário da vontade elegida na Constituição, como é o caso da questão racial e do preconceito no Brasil, o sistema jurídico acaba por compor a hipocrisia da "igualdade" estabelecida.

Como refere DAMATTA, a ilusão das relações raciais no Brasil, conjuga uma série de subcategorias, que não englobam os extremos encontrados em outras culturas ou países que combatem a discriminação e o preconceito racial. No Brasil, "a dificuldade de combater nosso preconceito" está na enorme e vantajosa invisibilidade, por ser variável entre inúmeras categorias intermediárias. Segundo o autor, "numa sociedade onde não há igualdade entre pessoas, o preconceito velado é forma muito mais eficiente de discriminar pessoas de cor, desde que elas fiquem no seu lugar e 'saibam' qual é ele". É esse o "racismo à brasileira" (DAMATTA, 2000 p. 43-47).

Desse modo, fica difícil negar que a legislação brasileira, em geral, tenha contribuído, talvez de maneira velada, para a continuidade da desigualdade racial no Brasil, seja pela demora na tipificação de condutas, seja pela interpretação jurisprudencial inconclusiva, seja através da não efetividade dos direitos, seja, ainda, por meio da vedação da igualdade no âmbito processual, enquanto apenas sustenta e engrandece seus avanços no âmbito do direito material.

6. Conclusão

É inegável que houve avanços legislativos importantes no combate à discriminação racial no Brasil. No entanto, apesar de toda a legislação estabelecida, da facilitação do acesso à justiça, preconizado no sistema judicial brasileiro, e da visível diminuição dos casos de discriminação racial, ainda vislumbram-se situações recentes de desrespeito no tocante a questão da raça e da cor. Esse desrespeito é percebido, principalmente, nos delitos de injúria preconceituosa ou racial.

A Lei 7.716/89, que poderia coibir as condutas preconceituosas contra as pessoas negras, para além de outras minorias no Brasil, bem como as alterações legislativas que se sucederam no Código Penal, não têm demonstrado efetividade na proteção da dignidade das vítimas desses delitos por diferentes razões. A ausência de provas suficientes para a condenação, sobretudo quanto à injúria racial, observada na pesquisa jurisprudencial, a modalidade de ação penal, que foi recentemente alterada, mas ainda é insuficiente para proteger o bem jurídico, e a negação da existência do

racismo no Brasil, que contribuem para a invisibilidade desse problema social, são alguns dos fatores observados.

Nos casos de injúria racial, a vítima ainda enfrenta o controle social informal da sociedade, sentido-se intimidada e constrangida para levar a representação contra o agressor adiante. A consideração da injúria racial como crime de ação penal pública incondicionada, como já o são os crimes previstos na Lei Antirracismo, poderia ser uma alternativa para essa dificuldade de acesso efetivo à justiça.

Do ponto de vista histórico, a legislação brasileira, embora tenha avançado, tem contribuído, de maneira velada, para a continuidade da desigualdade racial no Brasil, seja pela demora na tipificação de condutas, seja por meio da não efetividade dos direitos dos indivíduos atingidos ou, ainda, pela dificuldade de acesso à justiça oportunizado no âmbito processual. Ao lado dessa reflexão normativa, a aposta em medidas pedagógicas, tais como a justiça restaurativa, o tratamento adequado da história e do preconceito nas escolas e a implementação efetiva do Estatuto da Igualdade Racial também poderiam contribuir para amenizar o problema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. II. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & Senzala*. Formação da família brasileira sob o regime da colônia patriarcal. São Paulo: Global, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial, Vol. II. Niterói-RJ: Impetus, 2014.

HEINSFELD, Adelar. *O Barão e do Cardeal:* Rio Branco e a conquista do cardinalato no Brasil. Passo Fundo: PPGH/UPF, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JACCOUD, Luciana de Barros. *Desigualdades raciais no Brasil*: um balanço da intervenção governamental. In: Luciana de Barros Jaccoud e Nathalie Beghin. Brasília: Ipea, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal***.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis.* São Paulo: RT, 2009.

MUÑOZ-CONDE, Francisco. *Direito Penal e Controle Social*. São Paulo: Forense, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial, Vol.2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro.* 13ªed. São Paulo: RT, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.* Trad. Loudes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. *Direitos humanos e as práticas de racismo*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.