

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

LEANDRO MARQUES RIBEIRO VALENTE ALMEIDA

**RACISMO E INJÚRIA RACIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
análise da pertinência da diferenciação realizada pelos Tribunais pátrios**

Juiz de Fora

2017

Leandro Marques Ribeiro Valente Almeida

RACISMO E INJÚRIA RACIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
análise da pertinência da diferenciação realizada pelos Tribunais pátrios

Artigo apresentado pelo acadêmico
Leandro Marques Ribeiro Valente Almeida
à Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Juiz de Fora, como requisito
para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Professor. Ms João Beccon de Almeida Neto

Juiz de Fora

2017

Leandro Marques Ribeiro Valente Almeida

Racismo e injúria racial no ordenamento jurídico brasileiro: análise da pertinência da diferenciação realizada pelos Tribunais pátrios

Artigo apresentado pelo acadêmico Leandro Marques Ribeiro Valente Almeida à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em 24 de dezembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. João Becon de Almeida Neto
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. Ricardo Ferraz Braida Lopes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Ms^a. Kelvia de Oliveira Guimarães
Universidade Federal de Juiz de Fora

AGRADECIMENTOS

Eis que chega a hora de reconhecer formalmente a importância de todos que participaram desse tormentoso, porém fecundo período de minha vida.

Antes de tudo, nunca me teria sido possível terminar essa graduação (ou sequer iniciá-la) sem o suporte de meu pai, homem valente (no nome e na vida) e generoso. Na ausência precoce de minha mãe, ele foi mãe e pai e trouxe-me até aqui. De poucas letras, soube reconhecer desde sempre o papel revolucionário que a educação pode assumir na vida de alguém e – assim eu acredito verdadeiramente – na vida de todos que de algum modo se envolvam nesse processo. Fica aqui registrado para a posteridade que Paulo Roberto Valente de Almeida realizou seu sonho de ter um filho bacharel e que seu filho, orgulhosamente pode lhe proporcionar essa alegria, ainda que a duras penas. Mas assim é mais gratificante. Obrigado, pai.

Também é imperioso render homenagens aos meus queridos amigos da pequenina cidade de Paraíba do Sul-RJ, onde nesse período de incertezas, de tropeços e desacertos pude contar com o que de mais precioso podemos guardar na vida: amizade. Agradeço também aos meus tios Jerre Adriane e Janilda Fernandes, pessoas queridas, que sempre me ajudaram no que lhes era possível. Obrigado a todos vocês.

Obrigado a todos os membros, servidores e estagiários da Defensoria Pública da União de Juiz de Fora, por me proporcionarem vivência profissional, amizade e compreensão nos momentos que assim foi necessário.

Por fim, obrigado a Universidade Federal de Juiz de Fora por ter viabilizado, através de suas políticas de assistência estudantil, minha permanência nessa cidade. Obrigado por ter fornecido Ensino Superior gratuito e de qualidade indiscutível. Espero poder retornar à sociedade de forma útil e valorosa tudo que me foi confiado por essa Instituição ao longo desses anos.

RACISMO E INJÚRIA RACIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: análise da pertinência da diferenciação realizada pelos Tribunais pátrios

Leandro Marques Ribeiro Valente Almeida*

João Becon Almeida Neto**

Resumo: O presente trabalho visa à promover uma crítica a atual postura da doutrina e da jurisprudência na seara penal que não reconhece o crime de injúria racial (art.140,§3º do Código Penal Brasileiro) como uma espécie de crime racista como os que estão inseridos na Lei nº 7.716/1989 (Lei Antirracismo) com a consequente inafiançabilidade e imprescritibilidade do delito. Para tanto lança-se mão de um breve panorama histórico do tema do racismo, além de revisão da jurisprudência e doutrina, mormente a doutrina do bem jurídico e o “caso Heraldo Pereira”. Busca-se demonstrar que o não enquadramento do art.140, §º3, CP como uma espécie de conduta racista esvazia quase que absolutamente o combate pela seara jurídico penal dessa prática que a Constituição da República Federativa deu rigoroso tratamento em seu art.5º,XLII, CF, dizendo se tratar o racismo de crime imprescritível e inafiançável. Conclui-se que, portanto, deve haver uma novo olhar por parte dos julgadores no sentido de, a despeito de não estar inserida na Lei nº 7.716/1989, dar tratamento de crime racial à injúria racial, sob pena de restar inócua a legislação antirracismo no Brasil.

Palavras-chave: Racismo. Injúria racial. Lei Antirracismo. Imprescritibilidade. Inafiançabilidade.

Abstract: The present work aims to criticize the current position of doctrine and jurisprudence in the criminal court that does not recognize the crime of racial injury (art.140, §3 of the Brazilian Penal Code) as a kind of racist crime such as those that are inserted in Law 7.716 / 1989 (Anti-racism Law) with the consequent imprescriptibility and unsafability of the crime. To this end, a brief historical overview of the theme of racism is launched, as well as a review of jurisprudence and doctrine, especially the legal doctrine and the "Heraldo Pereira case". It is tried to demonstrate that the non-framing of art.140, §3, CP as a kind of racist conduct almost completely extinguishes the fight for the criminal legal system of this practice that the Constitution of the Federative Republic gave rigorous treatment in its art.5, XLII, CF, stating whether it treats racism of an imprescriptible and unapproachable crime. It is concluded that, therefore, there should be a new look on the part of the judges in the sense that, despite not being included in Law 7,716 / 1989, to treat racially-motivated crimes against racial injustice, under penalty of depriving anti-racism legislation in Brazil.

Keywords: Racism. Racial Injury. Anti-racism Law. Imprescriptibility. Unsafability

*Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

**Mestre em Bioética e Direito pela Universitat de Barcelona e Professor/Coordenador do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO	3
2- O RACISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	4
2.1- O Tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao racismo antes da Carta de 1988.....	4
2.2- O Contexto de surgimento da Lei 7.716/1989 (Lei Caó) e a Constituição da República de 1988.....	7
3- A INJÚRIA RACIAL	10
3.1- Bem jurídico e a leitura dominante do art.140,§3º,CP	12
4- O NOVO SENTIDO DADO AO TERMO “RACISMO NO CASO EIIWANGER” ..	15
5- AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 686.965 – DF – OU “O CASO HERALDO PEREIRA”	17
6- CONCLUSÃO	18

1- INTRODUÇÃO

***“Não é só a morte que iguala a gente. O crime, a doença e a loucura também acabam com as diferenças que a gente inventa.”
(Lima Barreto)***

***“Não fala com pobre, não dá mão a preto
Não carrega embrulho
Pra que tanta pose, doutor
Pra que esse orgulho
A bruxa que é cega esbarra na gente
E a vida estanca
O enfarte lhe pega, doutor
E acaba essa banca”
(Billy Blanco)***

A composição multiétnica que originou a nação brasileira a um só tempo tornou-se expressão de uma rica cultura (gastronomia, literatura, música, dança, religiosidade etc.) de valor e riqueza inquestionável, admirada por sua diversidade e beleza inigualável, como também se tornou pretexto para as mais perversas formas de discriminação.

Uma parcela significativa das questões discriminatórias que se arrastam por séculos no Brasil está umbilicalmente ligada ao legado nefasto que a escravidão do negro deixou. A problemática da escravatura nunca foi enfrentada a contento por nossa sociedade. Ao revés, criou-se uma mitologia de “democracia racial” que muito contribuiu para escamotear as várias esferas de discriminação que o negro encontra em seu cotidiano.

O que será abordado no presente artigo será especificamente como a lei penal lida com a discriminação étnico-racial no Brasil (discriminação racial), dando um breve vislumbre nos primórdios do tema, abordado pela Lei 1.390/1951 (Lei Afonso Arinos), que deu o primeiro passo, erigindo algumas práticas racistas à condição de contravenção penal, até os dias atuais onde, como ao longo do presente artigo se demonstrará, estabeleceu-se uma artificial divisão entre os crimes de “racismo”, que o legislador constituinte originário definiu como imprescritível e inafiançável e “injúria racial”, uma qualificadora tão somente do crime de “injúria simples”.

A jurisprudência pátria, de mãos dadas com uma doutrina silente e acrítica acerca do tema, vem desde o advento da Lei 7.716/1989 (Lei Caó) tornando sem efetividade o combate às práticas racistas no Brasil através da seara penal – não obstante restar claro que não é, nem nunca será -a única frente de combate à esta

secular e nefasta conduta contra a população negra desse país - que passa em larga medida por uma questão educacional e de mudança de cultura, indubitavelmente, mas não prescinde de modo algum da reprimenda jurídico-penal.

A fim de se atingir os objetivos ora sumariamente apresentados, será feita uma revisão da jurisprudência que trata de questões atinentes ao tema do trabalho. Serão objetos de análise decisão emblemática do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, bem como decisões de assaz importância para a questão aqui defendida prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Passando outrossim por questão indispensável de doutrina de Direito penal –doutrina do bem jurídico – concluir-se-á ao cabo de tudo que há um grave equívoco grassando na jurisprudência e na doutrina brasileira no atinente à divisão artificial, estanque e ontologicamente injustificável entre os crimes de “racismo” e “injúria racial”, ao não reconhecer este último como uma forma de praticar o racismo, que vem dando azo a graves injustiças e deturpando o entendimento social, consubstanciado pelo legislador Constituinte de 1988, de que práticas racistas devem ser tratadas com o rigor necessário pela seara jurídico-penal.

2- O RACISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

2.1- O Tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao racismo antes da Carta de 1988

Desde os primórdios pós-abolição as manifestações culturais ligadas à cultura negra foram marginalizadas no Brasil ou até mesmo criminalizadas. As religiões de matriz africana ainda que não criminalizadas a partir do Código Penal de 1890 sofriam (sofrem) implacável marginalização numa sociedade que habituou-se graças à sua formação escravocrata, a demonizar quase tudo que fosse ligado aos negros.

É bastante sintomático que praticamente a primeira providência tomada pelo Poder Central no Brasil pós-abolição foi promulgar um novo código penal e nele inserir, por exemplo, o art. 402 (Decreto nº 847 – de 11 de outubro de 1890), que criminalizava a capoeira, forma de expressão corporal/luta trazida pelos escravos e largamente praticada entre os brasileiros afrodescendentes daquela época. Nesse

sentido o professor Beccon escreveu em seu artigo denominado “Dos vadios e dos capoeiras”, “[...] essa *criminalização da capoeira não ilustra outra coisa senão a própria marginalização do negro, que, mesmo liberto das correntes da escravidão, não encontrou espaço da sociedade e trabalho*”.

A Lei de Contravenções foi também outro “presente” dado aos negros, recém libertos. Dentre outras condutas que estavam nitidamente voltadas para enquadrá-los, sobretudo os que viviam nos incipientes grandes centros urbanos brasileiros e que, pelos motivos do preconceito racial e da ausência de escolaridade, não encontravam ocupação para ganharem a vida, estão as proverbiais condutas inseridas no Decreto-Lei 3.688/1941, a “vadiagem” e a “mendicância” (artigos 59 e 60, respectivamente).

*Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:
Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.*

*Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez: (Revogado pela Lei nº 11.983, de 2009)
Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. (Revogado pela Lei nº 11.983, de 2009)*

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada: (Revogado pela Lei nº 11.983, de 2009)

a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento. (Revogado pela Lei nº 11.983, de 2009)

b) mediante simulação de moléstia ou deformidade; (Revogado pela Lei nº 11.983, de 2009)

c) em companhia de alienado ou de menor de dezoito anos. (Revogado pela Lei nº 11.983, de 2009)

Passada algumas décadas desde o surgimento das legislações supramencionadas o racismo enfim começou a ser percebido como a chaga social aberta que efetivamente era. Então finalmente veio a lume a Lei 1.390/1951 (Lei Afonso Arinos), a primeira norma jurídica no Brasil a tratar da questão do racismo no âmbito penal. Ainda que definisse as condutas ligadas às práticas racistas como contravenção penal (o popularmente conhecido “crime anão”) representou um avanço significativo. A referida Lei estabelecia um total de sete condutas como sendo passíveis de punição, todas ligadas à recusa de ingresso em estabelecimentos públicos ou privados, escolas, empregos, funções ou cargos públicos por motivo de discriminação racial. Assim, p. ex. reza o primeiro artigo da Lei 1390/1951:

Art 1º Constitui contravenção penal, punida nos termos desta Lei, a recusa, por parte de estabelecimento comercial ou de ensino de qualquer natureza, de hospedar, servir, atender ou receber cliente, comprador ou aluno, por preconceito de raça ou de côr.

A punição, ademais, não ultrapassava a prisão simples pelo prazo máximo de um ano e multa máxima podendo chegar a Cr\$ 20.000,00 (vinte mil cruzeiros), dependendo da conduta em que o agente incorresse. Todavia, simbolicamente há que se considerar um marco legal relevante, ainda que despido de efetividade. Um tanto mais pelo racismo institucional que obstava qualquer punição, ainda que meramente simbólica como mencionado acima.

Numa rápida observação da conjuntura do país à época tinha-se que o Brasil atravessava um período de redemocratização pós-ditadura Vargas e os movimentos de defesa dos negros saíram da clandestinidade e iniciaram novamente à militância, sobretudo os jornais que se dedicavam à causa, como os periódicos “Senzala”, criado em 1946 e “Quilombo”, surgido em 1948 (CAMPOS, 2013).

Havia além disso uma preocupação mundial com assuntos relativos à discriminação racial, uma vez que o trauma da Segunda Guerra ainda era muito recente. Nesse influxo, acabara de ser publicada, três anos antes da Lei Afonso Arinos, no ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Um marco para a civilização humana ela trazia em seu artigo II:

1- Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948)

No plano interno, a primeira Constituição a referir-se expressamente a discriminação racial foi a constituição outorgada no período ditatorial militar (1964-1985). Em seu enxuto Capítulo IV, Título II, que tratava dos direitos e garantias individuais, a CRFB/1967 trazia em seu art.150, § 1º a seguinte disposição:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei. (grifos nosso)

Maiores considerações são despiciendas quanto à efetividade das garantias individuais durante esse período da história do Brasil. Mas, conforme dito alhures, foram havendo progressos simbólicos na legislação, ainda que muito tímidos e desprovidos de efetividade. Contudo, o fato de em 1951 ter vindo a lume a Lei Afonso Arinos e, posteriormente a própria Constituição da República, mesmo num período de exceção tratar nominalmente do tema racismo, tem um significado profundo, qual seja de forma incipiente a sociedade e o Estado brasileiro estavam iniciando um processo inexorável de reconhecimento da hediondez do racismo que grassava até então sem nenhuma consequência jurídico-penal verdadeira.

2.2- O Contexto de surgimento da Lei 7.716/1989 (Lei Caó) e a Constituição da República de 1988

Em 5 de outubro de 1988, após 20 meses de terem se iniciado os trabalhos, 320 sessões legislativas e 9 mil acaloradas horas de discussão parlamentar a Constituição da República Federativa do Brasil, a “Constituição cidadã”, fora finalmente Promulgada pelo deputado presidente da Assembleia Nacional Constituinte. O rol de direitos e garantias fundamentais trazidos por ela é inédito na história das Constituições brasileiras. Seu art.5º é um marco na defesa da igualdade , da dignidade humana e na busca por uma sociedade mais justa, fraterna e livre de discriminações.

O art. 5º, XLII, CRFB/1988 assim reza: *“XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”*

O inciso XLII é o ponto culminante na defesa da criminalização de condutas racistas. A pecha da imprescritibilidade e da inafiançabilidade deixa cristalino o grau de repúdio que a sociedade brasileira, através de seus representantes na Assembleia Constituinte, conferiram ao delito de racismo.

A chaga de séculos e séculos de desigualdade e ódio racial contra os afro-brasileiros, muitas vezes suavizadas culturalmente por um discurso de “democracia racial”, começa de fato e de forma contundente a ser trazida a debate. Num plano mais imediato urge então que o Direito Penal participe do processo, pois a dignidade da pessoa humana e a igualdade, fora de dúvida, são bens jurídicos fundamentais em nosso sistema de direitos. Nesse sentido, mister citar as sábias palavras do professor Guilherme de Souza Nucci em artigo publicado em revista eletrônica, *verbis*:

Constitui poder-dever do Judiciário fazer valer os comandos constitucionais vigentes, em particular os que se referem aos direitos e garantias humanas fundamentais. Uma das preocupações do legislador-constituente baseou-se no combate ao racismo, em busca de uma sociedade igualitária, pluralista e, realmente, democrática. Desse modo, estabelece-se no art. 5º, XLII, da CF, que 'a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei' (...) Há, no entanto, por trás dessa disposição, um símbolo político-social, configurando uma das metas do Estado Democrático de Direito, qual seja a luta pela igualdade entre todos os brasileiros e a eliminação da discriminação e do preconceito, fatores de corrosão da estabilidade em qualquer sociedade civilizada. Independentemente, portanto, da eficiência e da utilidade dos requisitos idealizados, é fato ser o racismo um crime considerado grave, cuja punição precisa ser imposta pelo Judiciário, quando comprovado.
(NUCCI, Guilherme, Carta Forense)

Nessa toada em 1989, o PL 668/88 que deu origem a Lei 7.716/1989, de autoria do deputado Carlos Alberto Oliveira dos Santos, foi sancionado pelo então presidente da República José Sarney. A referida lei tipificara então as condutas que seriam enquadradas como racistas no influxo da previsão constitucional realizada um ano antes.

A inovação em relação à Lei Afonso Arinos foi radical e se deu primeiramente no plano da criminalização das condutas racistas, não mais se emoldurando estas à legislação de contravenções penais. As penas passam a ser em razão disso muito mais gravosas, podendo chegar até a 5 (cinco) anos de reclusão. O crime em tela, como visto alhures, é também imprescritível e inafiançável. Há, outrossim, uma ampliação significativa no rol de condutas que levam à tipificação no crime de racismo. Vinte artigos mais qualificadoras após a sanção da Lei. Na justificção do Projeto de Lei o deputado constituinte Carlos

Alberto Caó, histórico militante dos direitos dos afro-brasileiros assim deixou gravado o sentido da iniciativa nos anais legislativos, *verbis*:

(...) Pensar e repensar o Brasil é uma tarefa histórica que se impõe a todos nós de tal maneira que possamos captar as raízes da crise brasileira atual: o que somos enquanto Nação e o papel da população negra, despossuída e excluída de qualquer representação no Estado que se formou ao longo desses cem anos de vida republicana.

O negro deixou, sem dúvida, de ser escravo, mas não conquistou a cidadania . Ainda não tem acesso aos diferentes planos da vida da econômica e política. É mais do que evidente que as desigualdades e discriminações raciais marcam a sociedade, o Estado e as relações econômicas em nosso País. Passados cem anos da Lei Áurea, esta é a situação real . Embora os valores culturais - em suma, a herança cultural africana - mantenham a capacidade de impregnar a vida dos brasileiros - quaisquer que sejam os traços étnicos, o negro está privado do direito à cidadania em uma prática odienda do racismo.

Atualmente, a prática do racismo é punida como uma contravenção penal, o que enseja às pessoas que cometem atos discriminatórios, o benefício da primariedade, do pagamento de multas, sem que, de fato, sejam condenados e cumpram penas em estabelecimentos carcerários.

(...) Com a prática do racismo, tornando-se crime, e com penas que possam ser sentidas no seu cumprimento, será possível que o Brasil saia do bloco de países discriminadores (embora tenha vergonha de admitir a existência desse tipo de discriminação em seu território), porque é cometido nas caladas da noite ou, sorrateiramente, nos balcões de lojas, hotéis ou logradouros públicos.

(CÂMARA DOS DEPUTADOS, PL 668/88)

Ao longo dessa parte da explanação que se presta ao escopo, como já dito, de contextualizar o surgimento das primeiras leis penais antirracistas no Brasil até o deságue na sistemática constitucional de 1988, restou claro que ao longo das últimas décadas o legislador não ficou indiferente ao paulatino desaceite em que as condutas racistas foram caindo perante boa parte da sociedade brasileira.

A Constituição de 1988 assim como a Lei Caó são importantíssimos divisores de água nesse processo de combate ao racismo na seara jurídico-penal. Todavia o rumo que os tribunais pátrios vêm dando à aplicação da legislação, que a duras penas foi erguida como uma das frentes de combate à odiosa prática do racismo no Brasil, principalmente na sua vertente de injúria racial está solapando a efetividade da(s) lei(s) penal antirracismo, que nesse trabalho, acredita-se bastante equivocada – a jurisprudência que grassa - como se tentará demonstrar.

3- A INJÚRIA RACIAL

A figura típica injúria racial está prevista atualmente no art.140, §3º,CP. Diz o citado artigo:

*Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)*

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

De acordo com Nucci (2017, p.851):”[Injuriar] Portanto, é um insulto que macula a honra subjetiva, arranhando o conceito que a vítima faz de si mesma”. A Injúria não é apenas, por conseguinte, um mero xingamento, e sim um ofensa que macula a honra subjetiva, calando fundo no íntimo da vítima, arranhando-lhe a dignidade e o decoro.

Nesse sentido fundamental é a presença do elemento subjetivo do tipo, qual seja o dolo. Doutrina e jurisprudência também exigem que haja outrossim a ocorrência do elemento subjetivo específico do tipo, qual seja a especial intenção de ofender a honra de outrem, não bastando a mera crítica, ainda que essa seja feita de modo grosseiro e que o sujeito passivo considere ofensiva.

Nucci classifica o delito em tela da seguinte forma, *verbis*:

*trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que pode ter resultado naturalístico, embora não seja indispensável); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente, inclusive de maneiras indiretas ou reflexas); comissivo (“injuriar” implica ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (pode ser praticado por um ou mais atos integrando a conduta de injuriar); admite tentativa, se for plurissubsistente.
(NUCCII, 2017, p.854)*

A forma qualificada desse crime foi trazida pelo advento da Lei nº.459, de 1997 com o escopo de corrigir distorção surgida na sistemática da legislação antirracismo, pois indivíduos que perpetravam práticas racistas contra outros sujeitos individualmente considerados alegavam quase sempre a mesma cantilena, que

estavam apenas exprimindo uma opinião, e não cometendo atos segregacionistas e discriminatórios.

Tal argumento encontra(va) guarida nas decisões judiciais que, via de regra, absolviam quem praticava esse tipo de conduta racista, desqualificando o delito para injúria simples ou mesmo declarando sua atipicidade.

No entanto é de sabedoria comum que o ordenamento jurídico brasileiro, mormente com o advento da Constituição de 1988, não tolera condutas racistas/segregacionistas/discriminatórias. Nesse sentido está seu art. 5º, XLII, que deixa essa questão absolutamente aclarada, *verbis*: “*prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.*”

Em linhas gerais racismo é uma teorização feita para justificar o pensamento, sem nenhuma base científica, de que existem grupos humanos superiores e outros inferiores quer seja em força, inteligência, beleza, caracteres morais etc. Pensar dessa maneira tacanha, retrógada e imbecil, ainda que repulsivo, diga-se uma vez mais, não constitui ilícito penal. Todavia, o ordenamento veda uma série de condutas que representam a exteriorização desse pensamento, a maioria delas prevista na Lei nº 7.716, de 1989 (Lei Caó).

Porém não se pode descurar que o rol elencado pela Lei supracitada não é de forma alguma taxativo. O que a Constituição Federal de 1988 fez foi estabelecer reserva legal para que o legislador definisse as condutas que representariam a externalização do pensamento racista, contudo sem confinar os tipos penais tão somente à Lei nº 7.716, de 1989.

Não há nenhum impeditivo que, respeitado o princípio da legalidade e da intervenção mínima¹, outros tipos penais sejam criados mesmo não inclusos na Lei Antirracismo, a fim de coibir as diversas formas práticas que o racismo pode assumir.

A injúria racial é a forma mais recorrente e mais perniciosa que o pensamento racista tem se apegado, pois ao invés de ter o tratamento de autêntica conduta racista – o que indubitavelmente ela é – por parte do aparelho repressor jurídico-penal, os que perpetram esse tipo de delito recebem o tratamento

1 “O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes.” (BITENCOURT, 2017, p.56)

dispensado aos que cometem algum dos crimes contra honra (calúnia, difamação e injúria), ainda que de forma qualificada, o que parece ser insuficiente para a proteção do bem jurídico igualdade/dignidade da pessoa humana que a Constituição Federal de 1988 visa a proteger em seu art.5º,XLII

3.1- Bem jurídico e a leitura dominante do art.140,§3º,CP

A doutrina do bem jurídico, surgida no século XIX, teve um importante papel ao se debruçar sobre quais bens e valores a sociedade tinha como fundamentais para que sua existência fosse possível ao mesmo tempo também impondo limites ao próprio legislador penal.

Tornou-se verdadeiro critério para abalizar a escolha de bens fundamentais que, por sua importância fulcral para a paz social e uma convivência justa e pacífica entre seus membros, mereceriam a tutela por parte do direito penal.

A noção de bens num primordial sentido, para que depois sejam “pescados” para receberem especial proteção da legislação penal, é definida brevemente pelo renomado jurista Assis Toledo:

Os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de ‘valor’”, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, ‘valem’. Por isso são, em geral, apetecidos, procurados, disputados defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos e ataques ou sujeitos a determinadas lesões.
(TOLEDO, 2010, p. 15)

Mister frisar que há (ou ao menos deveria haver) uma correlação direta entre a importância do bem jurídico tutelado e a pena estabelecida em abstrato na hipótese de sua violação. Bitencourt, traçando uma síntese da genealogia do conceito de bem jurídico, leciona:

O conceito de bem jurídico somente aparece na história dogmática em princípios do século XIX. Diante da concepção dos iluministas, que definiam o fato punível como lesão de direitos subjetivos, Feuerbach sentiu a necessidade de demonstrar que em todo preceito penal existe um direito subjetivo, do particular ou do Estado, como objeto de proteção. Binding, por sua vez, apresentou a primeira depuração do conceito de bem jurídico, concebendo-o como estado valorado pelo legislador. Von Liszt, concluindo o trabalho iniciado por Binding, transportou o centro de gravidade do conceito de bem jurídico do Direito subjetivo para o “interesse juridicamente protegido”, com uma diferença: enquanto Binding ocupou-se, superficialmente, do bem jurídico, Von Liszt viu nele um conceito central da

estrutura do delito. Como afirmou Mezger, “existem numerosos delitos nos quais não é possível demonstrar a lesão de um direito subjetivo e, no entanto, se lesiona ou se põe em perigo um bem jurídico” (BITENCOURT, 2017,p. 45)

Em síntese, Binding crê que os bens jurídicos são de criação livre do legislador (jusnaturalismo positivista); o bem jurídico passa a existir junto com a norma que o institui. Ao passo que Von Lizst entende bem jurídico como “interesse juridicamente protegido”. Esse interesse que se torna vital para o homem não é criado pelo legislador e alçado à categoria de bem jurídico, mas sim criado pela vida e posteriormente merecendo a proteção do direito, em outras palavras ele pré-existe à norma, somente sendo reconhecido por ela.

Bitencourt conclui acerca do bem jurídico que:

defendemos que a exegese do Direito Penal está estritamente vinculada à dedução racional daqueles bens essenciais para a coexistência livre e pacífica em sociedade. O que significa, em última instância, que a noção de bem jurídico-penal é fruto do consenso democrático em um Estado de Direito. A proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal liberal, oferece, portanto, um critério material extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, “será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum” (BITENCOURT, 2017, p.48)

De volta a análise da injúria racial, agora em cotejo com o conceito de bem jurídico, no sentido de valor/interesse jurídico-socialmente relevante, tem-se que um dos bens jurídicos tutelados por esse tipo penal é a honra subjetiva do sujeito, isso fora de dúvida. Porém não só, como a doutrina e a jurisprudência tradicionalmente vem defendendo. A um só tempo também o tipo tutela a dignidade da pessoa humana e a igualdade. Esses bens jurídicos são valores de interesse social, ou seja, supraindividuais. O cometimento da conduta prevista no art.140, §3º, CP fere bens jurídicos supraindividuais, cuja preservação interessa à toda coletividade e ao próprio Estado, porquanto os valores por ele protegido transcende o interesse e o bem jurídico da vítima da injúria racial.

Justamente por haver essa pluralidade de bens jurídicos protegidos pelo tipo penal do art.140, §3º,CP, qual seja honra subjetiva, dignidade da pessoa humana e igualdade, é que aqui se defende que o crime seja de ação penal pública condicionada à representação, pois os dois últimos bens jurídicos citados são tutelados sob o interesse da coletividade e do Estado, e não de ação penal privada como é a configuração atual.

Outra posição dissonante que merece críticas é o fato de doutrina e jurisprudência simplesmente fazerem vista grossa para a prática racista quando ela ocorre contra um indivíduo específico, a leitura predominante do art.140,§3º,CP, como se o fato de se praticar a conduta odiosa da discriminação racial contra uma pessoa não merecesse a reprimenda jurídico penal adequada. Isso sem olvidar nas consequências e na mensagem que se passa à sociedade quando não se pune tal prática como sendo uma categoria de crime racial. Nesse sentido, para fechar o presente capítulo, cita-se decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

DISCRIMINAÇÃO RACIAL. PALAVRAS OFENSIVAS À RAÇA. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA INJÚRIA RACIAL. ART. 140, § 3º, DO CP. NÃO APRESENTAÇÃO DE QUEIXA. PUNIBILIDADE EXTINTA. SENTENÇA MANTIDA. - Para a configuração do crime de discriminação racial, toda uma coletividade deve ser atacada, não apenas a honra subjetiva de determinada pessoa. No caso dos autos o agente não pretendia atacar uma coletividade, mas apenas atentar contra a honra da vítima, de forma individualizada, situação que atrai a aplicação do art. 140, § 3º, do CP. - Sendo o delito de injúria crime de ação penal privada, deveria a vítima ter apresentado queixa no prazo estabelecido em lei. Não o fazendo, deve ser extinta a punibilidade pela decadência. (grifo nosso)
 (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0479.04.070957-4/001 - COMARCA DE PASSOS - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): CARLOS ALBERTO VIETRO BARBOSA - RELATOR: EXMO. SR. DES. DOORGAL ANDRADA ACÓRDÃO
 Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.
 Belo Horizonte, 04 de novembro de 2009)

Nota-se na presente decisão que além de haver a desqualificação de discriminação racial (Lei Caó) para a injúria racial (o que essencialmente é quase a regra absoluta – isso porque se excetua os casos de simples absolvição), há menção a caquética divisão entre a ofensa racial dirigida contra a coletividade e contra um sujeito individualmente considerado, como se esse não fosse passível de ser discriminado racialmente pelo simples fato de que a conduta racista se dirige somente contra ele. Não se vislumbra no julgado nenhuma menção à ofensa a dignidade da pessoa humana da vítima ou igualdade. E no fim a criticada decadência pelo crime ser de ação penal privada feita alhures.

Hodiernamente a maior implicação prática que o não enquadramento da injúria racial como espécie de crime racista tem é sem dúvida a operação da chamada prescrição intercorrente (pois trata-se de crime de pena relativamente

baixa, 1 a 3 anos de reclusão), pois a morosidade do julgamento dos recursos interpostos pelos réus levam vários anos para serem apreciados, o que significa ao fim e ao cabo impunidade para os praticantes desse delito pela declaração da prescrição.

4- O NOVO SENTIDO DADO AO TERMO “RACISMO NO CASO ELLWANGER

Em setembro de 2003, em sede do HC 82424, o Supremo Tribunal Federal realizou paradigmático julgamento no que ficou conhecido como “caso Ellwanger”

Siegfried Ellwanger Castan, nascido no Rio Grande do Sul, notabilizou-se por suas publicações de cunho fortemente antissemita. Na ocasião criou-se uma celeuma em torno do caso, pois os judeus não se enquadrariam na Lei nº 7.716/1989, por não constituírem uma raça, mas sim um grupo religioso. Tal entendimento foi vertido à época no voto do eminente Ministro Moreira Alves, segundo o qual os judeus não poderiam, como dito alhures sofrerem o crime de racismo por simplesmente não constituírem uma raça

[...]

4. Considerando, assim, em interpretação estrita, o crime de racismo, a que se refere o art. 5º, XLII, da Constituição como delito de discriminação ou preconceito racial, há de se enfrentar a questão que, então, se põe, e é de se saber se os judeus são, ou não, uma raça

E, a esse respeito, impõe-se a resposta negativa, com base, inclusive, em respeitáveis autores judeus que tratam dessa questão.

(HC 82424 – Supremo Tribunal Federal – Ministro Relator Moreira Alves. 17/09/2003)

No entanto em voto histórico proferido no bojo do HC em tela o Ministro Gilmar Mendes deu verdadeiro resignificação constitucional ao conceito de racismo.

Entendeu o eminente Ministro que racismo não mais deveria ser entendido, como foi no passo, antes do advento do mapeamento genético do ser humano (Projeto Genoma) pelo viés científico.

Ao revés, a ciência rechaçou qualquer possibilidade de se falar em “raças humanas. O projeto conclui que só há uma raça humana (*homo sapiens sapiens*), e não raças (no plural).

Todavia o fenômeno do racismo é fato inegável. Ocorre que entendeu o Supremo Tribunal Federal, com farto embasamento histórico sociológico, que o racismo deve ser entendido como uma perniciosa forma de construção social que

teoriza sobre a existência de grupos humanos superiores e inferiores, no mais das vezes com base em caracteres físicos, religião e procedência nacional. A seguir cita-se um pequeno trecho do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes que, sem sombra de dúvida, por sua clareza e brilhantismo, merece leitura integral:

[...] o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial "raça". Cuida-se aqui de um conceito pseudo-científico notoriamente superado. Não estão superadas, porém, as manifestações racistas aqui entendidas como aquelas manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc) [...] Assim não vejo como se atribuir ao texto constitucional significado diverso, isto é, que o conceito jurídico de racismo não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o antissemitismo. (grifo nosso)
 (HC 82424 – Supremo Tribunal Federal – Ministro Gilmar Ferreira Mendes, grifos nosso)

Logo, como exposto, os judeus foram - e ainda são - entendidos sócio-historicamente como pertencentes a uma raça, sendo alvos das mais diversas formas de discriminação ao longo dos séculos, cuja lembrança mais recente foi o abjeto holocausto de seu povo, promovido pela Alemanha nazista, numa das páginas mais tenebrosas da história jamais vista.

Na linha da verdadeira revolução que o voto do Ministro causou, fica claro que os negros não constituem uma raça no sentido científico – uma afirmação nesse sentido é simplesmente totalmente incorreta – mas sim socialmente entendidos como uma raça e sofrem no Brasil de herança cultural ainda fortemente escravagista, toda a sorte de discriminações e preconceitos.

Portanto a partir do novo paradigma estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 82424, todo ato discriminatório e segregacionista, perpetrado tendo como premissa a existência de uma superioridade inata (racial) sobre outrem é uma forma de se praticar o racismo. A injúria racial, por conseguinte, nada mais é do que mais uma forma de se concretizar o pensamento racista, ao lado dos já também existentes tipos penais da Lei nº 7.716/1989, pois a intenção do agente lhe ofender a honra subjetiva com base no pensamento de que lhe é racialmente superior, o que atinge também, como já dito, os bens jurídicos dignidade da pessoa humana e igualdade.

5- AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 686.965 – DF – OU O CASO HERALDO PEREIRA

Em setembro de 2009 o jornalista e blogueiro Paulo Henrique Amorim publicou verdadeiro comentário de índole racista, dizendo que o jornalista da Globo era um “negro de alma branca” (sic).

Inicialmente o delito foi capitulado no art.20, Lei nº 7.716/1989 (discriminação racial) . Posteriormente desclassificado para injúria racial (o padrão na jurisprudência pátria), o caso chegou ao STJ.

O juiz sentenciante da 5ª Vara Criminal de Brasília-DF analisando de forma percuciente os elementos de prova dos autos concluiu que a conduta praticada pelo réu, ora segundo recorrente, consistente na publicação de nota em seu blog na rede mundial de computadores contendo a expressão "negro de alma branca", não se amolda ao tipo penal previsto no art. 20, § 2º, da Lei 7.716/89, mas sim, ao tipo penal do art. 140, § 3º do Código Penal. Ressaltou o julgador que o fato descrito na denúncia não teve o condão de atingir toda a coletividade negra, mas a de ofender a dignidade da vítima.

(AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 686.965 - DF (2015/0082290-3)

Todavia no que tange a prescrição – que teria se operado caso o delito fosse tido como injúria racial – Paulo Henrique Amorim não logrou êxito em seu pedido.

No que diz respeito à prescrição, outra será a sorte do recorrente. A Lei n. 7.716/89 define como criminoso a conduta de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. A prática de racismo, portanto, constitui crime previsto em lei e sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

O mesmo tratamento, tenho para mim, deve ser dado ao delito de injúria racial. Este crime, por também traduzir preconceito de cor, atitude que conspira no sentido da segregação, veio a somar-se àqueles outros, definidos na Lei 7.716/89, cujo rol não é taxativo. Vêm, a propósito, as palavras de CELSO LAFER, quando diz que "A base do crime da prática do racismo são os preconceitos e sua propagação, que discriminam grupos e pessoas, a elas atribuindo as características de uma 'raça' inferior em função de sua aparência ou origem. O racismo está na cabeça das pessoas. Justificou a escravidão e o colonialismo. Promove a desigualdade, a intolerância em relação ao 'outro', e pode levar à segregação (como foi o caso do apartheid na África do Sul) e ao genocídio (como foi o holocausto conduzido pelos nazistas)" (Racismo -- O STF e o caso Ellwanger, pg. A2). Esta conduta é que a Lei Maior pretendeu obstar, vedando a seus agentes a prescrição, entre outros benefícios.[...] É caso, a meu aviso, de afastar-se a prescrição.

O magistrado, seguindo o magistério de Nucci e alinhado com a definição constitucional dada ao conceito de racismo pelo STF no HC 82424 entendeu por

manter a condenação na prática de injúria racial, porém afastou a prescrição por entender ser o art.140,§3º,CP mais uma conduta típica a se somar ao rol não exaustivo da Lei nº7.716/1989, o que nesse singelo artigo vem se tentando demonstrar de forma aguerrida.

6- CONCLUSÃO

O Brasil vive desde a abolição da escravatura em 1988 um gigantesco problema com relação à efetiva inserção do negro na sociedade. Seja no sentido econômico, educacional e social. A cidadania plena lhes foi negada - e ainda o é – de forma a perpetuar toda a sorte de desigualdades e exclusões e preconceitos.

Todo esse cenário, aliado ao fato da escravidão multissecular do negro em terras tupiniquins, só fez aumentar o imaginário pré-abolição de que os negros compõem uma raça inferior, “que deve saber o seu lugar”. São tidos até hoje pelo imaginário racista como menos inteligentes, violentos, criminosos, indolentes, etc.

A legislação que visa à combater às práticas racistas que, como se viu ao longo do presente artigo, remonta à chamada “Lei Afonso Arinos”, criada nos anos 1950, porém nunca gozou de efetividade.

Com o advento da Constituição Cidadã de 1988 nasceu a esperança de que houvesse mudança substancial nesse estado de coisas, pois seu art. 5,XLII,CF diz expressamente que o racismo constitui crime imprescritível e inafiançável sujeito a pena de reclusão na forma da lei.

Tal pecha de imprescritibilidade e inafiançabilidade diz muito sobre o quão reprovável o legislador constituinte originário julgava o racismo, principalmente numa sociedade como a brasileira de chagas ainda abertas e pútridas com relação ao tema.

Mas mesmo com a sanção da Lei nº 7.716/1989 (Lei Caó), que veio a elencar algumas práticas racistas e suas respectivas penas, sua efetividade tem sido quase nula, pois quase todos os casos pretensamente de discriminação racial são desqualificados para injúria racial (ou injúria simples, antes da existência da qualificadora, em não poucos casos também havia declaração de atipicidade, sob a alegação de que o sujeito ativo apenas estava expressando uma opinião sobre a vítima). O que leva a consequência prática da declaração da prescrição intercorrente

e, assim à impunidade, ao não se entender a injúria racial como espécie de crime de racismo e portanto imprescritível.

Tentou-se então mais um esforço legislativo no sentido de combater o esvaziamento da Lei Antirracismo: A Lei nº 9459/1997, que inseriu a injúria racial no ordenamento. Porém ao invés dos tribunais pátrios fazerem uma leitura sistemática dessa nova forma reconhecida de se praticar o racismo dentro do ordenamento jurídico pátrio, o que acabou ocorrendo, ao revés, foi uma divisão estanque, aqui entendida como absolutamente artificial e equivocada, entre as condutas racistas da Lei Caó e a injúria racial, compreendida por esmagadora parte da doutrina e jurisprudência como somente um crime contra a honra, usando de elementos de cor, religião e procedência nacional para macular a honra subjetiva da vítima.

É sabido que como se disse no início do presente trabalho a seara penal não é nem pode ser o único meio de combate ao racismo e a prática de condutas racistas, que passam, necessariamente por questões de educação, conscientização e mudança na cultura. Porém não se pode deixar de lado o viés repressivo, ainda que esse não caminhe sozinho, e nesse sentido a interpretação dada ao art.140,§3º,CP, além de juridicamente errônea e assistemática, vem solapando no Brasil a efetividade ao combate das práticas racistas, mormente pelo seu meio mais corriqueiro, a famigerada injúria racial.

6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCON, João de Almeida Neto. Artigo. Dos vadios e dos capoeiras, 2012. Disponível em: <http://wp.clicrbs.com.br/opiniaozh/2012/11/20/artigos-online-dos-vadios-e-dos-capoeiras/>. Acesso em 02/11/2017

BRASIL. Decreto-Lei 3.688/1941 de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* 82424/RS. Relator: ALVES, Moreira. Publicado no DJ de 19/03/2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso: em 19/09/2017.

BRASIL. Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 23. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017.

CAMPOS, Walter. Direito, ideologia e política: o processo de elaboração da Lei Afonso Arinos. (UNESP – Assis). VI Congresso Internacional de História, 2013. (Disponível em: http://www.cih.uem.br/anais/2013/trabalhos/159_trabalho.pdf). Acesso em: 02/09/2017.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Onu, 1948.

Do Jornal, Senado. 1988: O reencontro do Brasil com a Liberdade. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/190656/encarteconstituicao.pdf?sequence=6>. Acesso em 06/09/2017

Nucci, Guilherme de Souza. Código penal comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

