



CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO E A EQUIPARAÇÃO REALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO À IMPRESCRITIBILIDADE DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL¹²

INTER-AMERICAN CONVENTION AGAINST RACISM AND THE EQUIPARATION PERFORMED BY THE SUPREME FEDERAL COURT REGARDING THE IMPLIEDNESS OF THE CRIME OF RACIAL INJURY

Eneida Orbage De Britto Taquary¹

Catharina Orbage De Britto Taquary Berino²

RESUMO: Analisar a adoção da Convenção Interamericana Contra o Racismo e a imprescritibilidade do crime de injúria racial decorrente de decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 154.248. A problemática analisa os argumentos que foram utilizados no julgamento e se eles caracterizam interpretação *in malam partem* quando consideram o crime de injúria racial imprescritível. O método utilizado foi a revisão

1 **Eneida Orbage de Britto Taquary** é Advogada associada do Escritório de Advocacia Borges Taquary. Delegada de Polícia Aposentada da Polícia Civil do Distrito Federal. Professora Doutora da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Brasília-Distrito Federal. Doutora em Direito e Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Especialista em Segurança Pública, Metodologia do Ensino Superior, Docência do Ensino Superior, Gestão e Tutoria EAD e Tribunais Superiores. Tem licenciatura em História. Professora de Direito, com ênfase em Metodologia da Pesquisa, Estudo da História do Direito, Direito Penal e Processual Penal, Legislação Penal e Processual Penal Especial; Direito Internacional e Direitos Humanos e Humanitário. Autora dos livros: Crimes Contra os Costumes; Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional nº 45/2004; Temas de Direito Penal e Direito Processual Penal; Proteção Internacional da Pessoa Humana: sistemas normativos de proteção; Mestre Thompson e outros mestres: edição em homenagem a Paulo Thompson Flores; Vida de Delegada I, Vida de Delegada II, Vida de Delegada III-Assédio. É integrante dos Grupos de Pesquisa Inovação e as Novas Tecnologias Aplicadas ao Âmbito do Direito e Gestão de Conflitos do Grupo de Pesquisa Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional Universidade de Fortaleza – CE Brasil.

2 **Catharina Orbage de Britto Taquary Berino** é Advogada, Sócia do Escritório de Advocacia Borges Taquary, Professora Universitária (PhD em Direito), Escritora e Pesquisadora. É Pós-Doutora e Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB. É Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo CEUB e pela Universidad del Litoral de Santa Fe – Argentina. É especialista em Psicologia Jurídica, Conciliação e Mediação de Conflitos, Direito Constitucional, Direito da Família e Docência do Ensino Superior, Gestão e Tutoria EAD. É bacharel em Direito pelo CEUB. Tem licenciatura em História. É autora de vários livros e artigos científicos publicados. É Diretora do Centro de Pesquisa e Vice-Presidente da Comissão Nacional de Mediação da Associação Brasileira de Advogados – ABA. É Membro da Comissão de Mediação, Comissão de Arbitragem e Comissão da Mulher Advogada da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional OAB/DF. É integrante dos Grupos de Pesquisa Inovação e as Novas Tecnologias Aplicadas ao Âmbito do Direito e Gestão de Conflitos do Grupo de Pesquisa Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional Universidade de Fortaleza – CE Brasil.



bibliográfica e análise jurisprudencial. As hipóteses se referem à extensão legislativa contrária a lei no Direito Penal Brasileiro ou a conformação da legislação infraconstitucional penal à Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção Interamericana Contra o Racismo. Injúria Racial. Imprescritibilidade. *Habeas Corpus* nº 154.248-DF. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: To analyze the adoption of the Inter-American Convention Against Racism and the imprescriptibility of the crime of racial slur resulting from a decision of the Federal Supreme Court, when judging Habeas Corpus nº 154.248. The problem analyzes the arguments that were not used and if they were not interpreted in part that characterize the crime of imprescriptible racial slur. The method used was a literature review and jurisprudential analysis. The hypotheses refer to the Federal establishment or the law in the Brazilian Criminal Law of 1988.

KEYWORDS: Inter-American Convention Against Racism. Racial Injury. Imprescriptibility. Habeas Corpus No. 154.248-DF. Federal Court of justice.

1 INTRODUÇÃO

O tema escolhido se refere a extensão, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC – Habeas Corpus nº 154.248, da imprescritibilidade do crime do racismo ao crime de injúria racial, regra que não está prevista para o crime de injúria racial, mas apenas para o crime de racismo. A regra da imprescritibilidade para o crime de racismo é constitucional, não ocorrendo o mesmo com o crime de injúria racial, o que o remeteria a observância da regra da prescrição para todos os crimes, consoante a lei penal.

Todavia, deve ser ressaltado que o Brasil adotou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, que foi incorporada legislativamente pelo Decreto nº 65.810 de 8 de dezembro de 1969, e mais recentemente, foi adotada como Emenda Constitucional a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, porque foi aprovada e incorporada pelo Poder Legislativo, na forma do art. 5, § 3º da Constituição Federal de 1988.

O crime de racismo, tipificado no Brasil, desde 05 de janeiro de 1989, descrito como a conduta que tenha por objeto a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e o crime de injúria racial está previsto entre os Crimes Contra a Honra,



caracterizando-se quando existe um ato que ofende os atributos da pessoa humana, baseando-se na raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica.

O trabalho tem sua importância marcada pela discussão acerca da impropriedade de se estender a imprescritibilidade ao crime de injúria racial, decorrente de decisão do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 154.248. A extensão somente poderia se dar por intermédio de lei de iniciativa da União e submetida ao Congresso Nacional, o que motiva a polêmica. Por outro lado, a incorporação legislativa da Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância agregou-se ao rol dos direitos fundamentais e, portanto, passou a disciplinar o racismo direto, indireto ou transversal, a discriminação e a intolerância, alcançando os crimes praticados em razão da raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica.

A discussão do tema do trabalho tem relevância ainda quando se discute o instituto da prescrição como direito fundamental do réu, de não se ver indiciado, processado ou de cumprir a pena por inércia do Estado, que não cumpriu os prazos para processar o indivíduo que praticou infração penal.

O direito à prescrição é um direito fundamental e direito humano reconhecido em todos os Estados Democráticos de Direito e nos sistemas global e regionais de direitos humanos, sendo consagrado expressamente também nos Tribunais Internacionais e no Tribunal Penal Internacional, reconhecido pelo Brasil e consagrado na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, § 4º, que dispõe: “[...] o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão [...]”, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Tem como objetivo geral conhecer a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância; o conceito de discriminação direta, indireta e múltipla ou agravada, bem como analisar os fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº 154.248, relatado pelo Ministro Edson Fachin, ao estender ao crime de injúria racial a imprescritibilidade que atingia apenas o crime de racismo, em decorrência de preceito constitucional. Os objetivos específicos são: conhecer as elementares do crime de racismo e injúria racial; conhecer as diferenças dos crimes; como ocorre a prescrição da ação nos crimes de ação penal pública, e por fim conhecer os fundamentos do Habeas Corpus nº 154.248, relatado pelo Ministro Edson Fachin.



A problemática se restringe à análise dos argumentos que foram utilizados no julgamento do Habeas Corpus nº 154.248 e se eles caracterizam interpretação *in malam partem* quando consideram o crime de injúria racial imprescritível, sem previsão legal.

O método da revisão bibliográfica é adotado para conhecer a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância; analisar o crime de racismo e injúria racial e ao depois o método de análise jurisprudencial, tendo como objeto o HC- Habeas Corpus nº 154.248, para examinar os seus fundamentos e a motivação para estender à injúria racial a imprescritibilidade, violando o direito à prescrição.

Os resultados esperados se referem à extensão legislativa contrária a lei para entender também imprescritível o crime de injúria racial, como é o crime de racismo, com indicativo de violação do princípio da reserva legal, no direito penal brasileiro ou a conformação da legislação infraconstitucional penal à Constituição Federal de 1988 e a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

2 A CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO, A DISCRIMINAÇÃO RACIAL E FORMAS CORRELATAS DE INTOLERÂNCIA

Aprovada em 5 de junho de 2013, na Guatemala, a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, foi ratificada pelo Estado Brasileiro, por meio do Decreto Legislativo nº 1, de 18 de fevereiro de 2021, na forma do § 3º, art. 5º, da Constituição Federal, ingressando no sistema normativo brasileiro com estatura de Emenda Constitucional. (BRASIL. DECRETO LEGISLATIVO 1. 2021)

A referenciada Convenção conceitua o racismo, a discriminação e a intolerância, baseados na raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica. A discriminação racial “ é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada” visando “ anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes”. (BRASIL. DECRETO LEGISLATIVO 1. 2021)



A discriminação pode ser indireta ou múltipla ou agravada. A primeira “ é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico” baseados na raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica, ressalvados os casos de justificativas razoáveis e legítimas a luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Já a discriminação múltipla ou agravada “ é qualquer preferência, distinção, exclusão ou restrição baseada, de modo concomitante, na raça , cor, ascendência ou origem nacional ou étnica, ou outro critério reconhecido em tratados internacionais, com o fim de, na vida pública ou privada, “ anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes”. (BRASIL. DECRETO LEGISLATIVO 1. 2021)

O racismo e a intolerância também são conceitos definidos na convenção supracitada. Enquanto o racismo é concebido como “ teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial”, a intolerância se caracteriza por um comportamento ou conjunto de comportamentos ou manifestações que “denotam desrespeito, rejeição ou desprezo à dignidade, características, convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias” ou ainda como comportamentos de “marginalização e a exclusão de grupos em condições de vulnerabilidade da participação em qualquer esfera da vida pública ou privada ou como violência contra esses grupos”. (BRASIL. DECRETO LEGISLATIVO 1. 2021)

A partir das definições de racismo, discriminação e intolerância decorrentes e baseadas na raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica adotadas pelo Estado Brasileiro como Emenda Constitucional e tendo em vista sua obrigação de adotar legislação que defina as referenciadas condutas, aplicável a todas as pessoas físicas e jurídicas, incluindo autoridades públicas, e ainda revogar ou reformar a legislação contrárias à Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, ou anacrônicas, tornou-se necessário rever a legislação penal prevista no Código Penal e na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que definem condutas incriminadoras que não se amoldam, na



contemporaneidade, ao previsto na Constituição Federal de 1988. (BRASIL. DECRETO LEGISLATIVO 1. 2021)

A legislação penal referente ao crime de injúria racial, data de 2003, e a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, são ultrapassadas e anteriores à Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, não estando em consonância com o referenciado documento internacional, e tão pouco com o texto constitucional que passou a conter as formas de racismo, discriminação e intolerância. (BRASIL. CÓDIGO PENAL. 2022)

Ademais, a legislação brasileira necessita tratar com o mesmo rigor o racismo, a discriminação e a intolerância, como condutas violadoras do “ direito ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção, em condições de igualdade, tanto no plano individual como no coletivo, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados na legislação interna e nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes”.

A legislação penal ainda faz distinção de crimes de racismo e de crimes que têm como finalidade atentar contra os direitos da pessoa, baseados em critérios ou praticas referentes à raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica, como se essas práticas não fossem intolerância, discriminação ou racismo, como ocorre com o crime de injúria ou na pratica da redução à condição análoga a de escravo.

A legislação nacional necessita de modificação para incluir a intolerância como crime, definindo-o, nos termos da Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância

3 CRIME DE RACISMO E INJÚRIA RACIAL: TRATAMENTO CONSTITUCIONAL E DA LEI PENAL

O repúdio ao terrorismo e ao racismo foi previsto no art. 4º, da Constituição Federal de 1988, como princípio regente das relações internacionais brasileiras, ao lado da independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não-intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos;



cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; concessão de asilo político. (BRASIL. CF.1988)

Também a regra da inafiançabilidade e imprescritibilidade decorrem da norma de eficácia limitada, prevista no art. 5º, inciso XLII, que estabelece: “[...] - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei [...]” (BRASIL. CF. 1988) que foi completada pela definição dos crimes resultantes de preconceito de raça e cor, prevista na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. (BRASIL LEI nº 7.716. 1989)

O crime de racismo, por vontade do legislador constitucional, manteve a regra de que a tipificação caberia ao legislador infraconstitucional, que o fez por meio da legislação especial, a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que se impõem às previsões do Código Penal e de outras legislações, porque trata especialmente dos crimes de discriminação, afastando a legislação geral, quando há conflito de leis penais. A legislação especial, a Lei de racismo, afasta a legislação geral, prevista no Código Penal. (BRASIL LEI nº 7.716. 1989).

O crime de racismo se perfaz quando há conduta que resulta em discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Essa discriminação e preconceito podem se constituir em impedir ou obstar alguém devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos; obstar a promoção funcional; negar ou obstar emprego em empresa privada, ou ainda impedir a ascensão funcional ou impedir ou obstar o acesso a estabelecimento comercial, estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau, hospedagem ou estabelecimento similar; estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público; salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades; entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos; transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido; ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas e o casamento ou convivência familiar e social. (BRASIL LEI nº 7.716. 1989)

O crime de racismo também poderá ser realizado na forma de “[...] praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou



propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo [...]”.
(BRASIL LEI nº 7.716. 1989)

O referido crime tem como objetividade jurídica a proteção dos grupos referentes à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, e mais recentemente dos grupos LGBTQIA+, por decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733 que equiparou ao crime de racismo todos os atos de discriminação em razão da orientação sexual. (STF. ADO. 2019)

A discriminação deve atingir uma ou mais pessoas, enquanto pertencentes a um grupo, mas sempre em razão da orientação sexual, da raça, da cor, da etnia, da religião ou da procedência nacional, o que diferencia o crime de racismo do crime de injúria racial, que tem por vítima uma pessoa certa e determinada.

No crime de racismo deve ficar comprovado o dolo de impedir ou obstar a pessoa de realizar qualquer de seus direitos em face da orientação sexual, da raça, da cor, da etnia, da religião ou da procedência nacional, com *animus* de segregação. A discriminação e o preconceito devem ser objetivos do autor para levar a segregação da vítima ou sua limitação em relação ao trabalho, a locomoção, ao acesso a serviços, produtos e bens; educação; integração social, familiar e religiosa.

O termo racismo é compreendido de forma ampla, na interpretação do Supremo Tribunal Federal, como exposto no julgamento do Habeas Corpus 82.424-2/RS e consoante o art. 5º, inciso LXII, da Constituição Federal. Não se limita à discriminação de raça, porque “a divisão dos seres humanos decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie.” (BRASIL.STF. 2003).

Almeida (2018) admite que o racismo “encontra-se institucionalizado no imaginário nacional brasileiro, porque os estudos a respeito da desigualdade racial foram utilizados para justificar a inferioridade negra, não fazendo críticas sobre a condição do negro na sociedade”.

Na mesma linha, Batista (2018) afirma que o negro somente começou a evoluir a partir do momento em que houve a miscigenação com o branco ou o contato com ele. O padrão do homem branco europeu era imposição e não havia lugar para outras etnias ou raças. Impregnou-se esse conceito na estrutura social.



A partir dos fundamentos acima, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.424-2/RS, firmou o entendimento de que o racismo deve ser compreendido como uma ação discriminatória contra qualquer grupo de pessoas que possuam identidade entre si, independentemente de vinculação apenas à raça, cor ou etnia, em razão da intolerância à diversidade, e que ocasionem a segregação (BRASIL. STF. 2003).

No julgamento do Habeas Corpus 82.424-2/RS foi utilizado como fundamento a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

O crime de racismo está tipificado em lei especial, enquanto o crime de injúria racial está previsto no Código Penal, no Crimes Contra a Honra. A Lei especial que prevê o crime de racismo não se confunde com a previsão legislativa do Código Penal, em face do princípio da especialidade, que enuncia a derrogação da lei geral pela lei especial. Essa classificação em lei especial e geral é importante, porque as normas penais incriminadoras ou não-incriminadoras não previstas na lei do racismo darão ensejo a aplicação da lei geral previstas no Código Penal.

A análise acima, acerca do princípio da especialidade, é fundamental para a discussão do tema porque a prescrição é regra geral prevista no Código Penal e não foi tratada na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, mas no texto constitucional, no art. 5º, inciso XLII. Desta forma a limitação do legislador infraconstitucional quando elaborou a lei de racismo, para tratar da prescrição veio da própria Constituição Federal de 1988, ao prever o crime como imprescritível.

O crime de racismo tem penas variadas, mas não pode ser classificado como de menor potencial ofensivo, como o crime de injúria, pois as penas máximas dos crimes extrapolam os dois anos, conforme conceito legal extraído do art. 61 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Note-se que em algumas hipóteses criminosas, os crimes poderão admitir transação penal, porque a pena mínima é fixada em um ano, permitindo a aplicação do art. 89 da referenciada lei, que estabelece:

“Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena”. (BRASIL. Lei nº 9.099/1995)



Portanto, pode ser afirmado que o crime de racismo, em que pese o comando constitucional, ser classificado como crime imprescritível, no âmbito da legislação infraconstitucional, caberá a transação penal, o que inicialmente se afigura como contraditório, porque é um crime grave e não poderia, in tese, se admitir uma pena restritiva de direitos. Todavia, no sistema penal brasileiro a gravidade da pena é mensurada pela pena mínima e máxima fixadas pelo legislador quando cria a figura delitiva.

No caso do racismo apesar de a gravidade atribuída pelo legislador constitucional, ao prever a imprescritibilidade, a legislação infraconstitucional permitiu, em alguns casos de racismo, a transação penal que tem por consequência uma negociação com o Ministério Público e logo a aplicação de pena restritiva de direitos, ou alternativa, cuja a mais conhecida pela sociedade, é a prestação de cestas básicas.

O crime de racismo ainda pode ser praticado na forma de induzimento ou incitação à discriminação, com fórmula prevista no art. 20 da Lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989, com pena de reclusão de um a três anos e multa. Todas as formas são dolosas. Não existe racismo culposos.

Em relação ao crime de injúria racial, a regra penal é prevista no Código Penal. Isto significa dizer que a regra do racismo com ela não se confunde. Diferentemente do crime de racismo, a injúria tem por objetividade jurídica a proteção da honra. A honra, para a doutrina, pode ser denominada objetiva ou subjetiva, atingindo uma pessoa certa e determinada.

A honra objetiva atinge a reputação, isto é a respeitabilidade da pessoa perante seus grupos sociais, laborais ou familiares ou outros a que fica exposta. Já a honra subjetiva atinge a dignidade e o decoro, o que significa dizer que os atributos da pessoa serão ofendidos, como atributos intelectuais, corporais, sentimentais e pessoais. A injúria atinge a honra subjetiva.

O crime de injúria é sempre doloso, pois o agente tem a vontade de ofender a vítima em relação a seus atributos. A injúria racial também somente pode ser praticada a título de dolo e o agente visa injuriar em razão da raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

A injúria está prevista na forma prevista no caput do art. 140 do Código Penal desde 1940, enquanto a injúria racial, modalidade do crime de injúria, foi inserida no Código Penal em 1997, como figura qualificada, porque a pena é aumentada em seu mínimo e máximo. Note-se ainda que a injúria é crime de menor potencial ofensivo, sujeitando o autor à Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e logo aos institutos da composição e sucessivamente à transação



penal, cuja pena será obrigatoriamente alternativa ou restritiva de direitos, em caso de cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos.

A injúria racial, que é uma hipótese de qualificação da injúria, desclassifica o crime de menor potencial ofensivo, pois a pena passa a ser de reclusão de um a três anos, excedendo o limite máximo de dois anos, critério exigido pelo legislador para o crime ser classificado como tal, no âmbito da Lei nº 9.099/1995, nos termos do seu art. 61. Todavia, deve ser ressaltado que caberá na injúria racial a transação penal, porque a pena mínima é de um ano, consoante o art. 89 da lei mencionada, já citado acima.

4 A IMPRESCRITIBILIDADE DO CRIME DE RACISMO E A EQUIPARAÇÃO AO CRIME DE INJÚRIA RACIAL REALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O crime de racismo é inafiançabilidade e imprescritibilidade conforme previsão constitucional contida no art. 5º, inciso XLII, que estabelece: “[...] - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei [...]”.

A fiança, segundo Lopes Junior (2020), “[...] é uma contracautela, uma garantia patrimonial, caução real, prestada pelo imputado e que se destina, inicialmente, ao pagamento das despesas processuais, multa e indenização, em caso de condenação, mas, também, como fator inibidor da fuga [...]”. Poderá ser prestada, nos termos da lei, art. 334 do CPP, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

O instituto visa possibilitar ao indiciado ou acusado que responda pelo crime em liberdade, mas com uma garantia prestada, que pode ser em depósito em dinheiro ou por meio de objetos, como pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar, (Art. 330 do CPP), possuindo a natureza jurídica de medida cautelar diversa, na forma do art. 319, do Código de Processo Penal, ou como condição para a concessão da liberdade provisória, na forma do art. 320 do Código de Processo Penal.

A fiança, que pode atingir valores elevados, pode caracterizar-se como “um elemento inibidor, desestimulante, da fuga do imputado, garantindo, assim, a eficácia da aplicação da lei penal em caso de condenação. Guarda, por isso, uma relação de proporcionalidade em relação à gravidade do crime e também em relação às possibilidades econômicas do imputado.” (2020)



A inafiançabilidade do crime de racismo, além de prevista no art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988, também está estabelecida no Código de Processo Penal, art. 323, ao prever as hipóteses de não cabimento, quando dispõe: “não será concedida fiança: I – nos crimes de racismo; II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (BRASIL. 2021).

Também não será concedida fiança: “I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; II – em caso de prisão civil ou militar; IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)”. (BRASIL. 2021)

Observe-se, todavia, que é cabível a fiança no crime de injúria racial, com base no art. 321 do Código de Processo Penal, que estabelece: “[...] ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código”. Também é ratificado o arbitramento de fiança no caso do art. 322 e do seu parágrafo único, que dispõe: “a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas”. (BRASIL. 2021).

Logo, a inafiançabilidade somente atinge o crime de racismo e não a injúria racial, o que denota a vontade legislativa em tratar os crimes de forma diferenciada e com bens jurídicos distintos, posto que caracterizada a menor lesividade da injúria racial e a maior lesividade do crime de racismo.

Em relação à prescrição dos crimes, que é um instituto que atinge a ação penal, por inércia do Estado em promover a persecução penal, durante um determinado lapso de tempo, a questão passou a ser controvertida até o julgamento no dia 26/11/2020, do *Habeas Corpus* 154.248 que discutiu a incidência ou não da hipótese constitucional da imprescritibilidade para o crime de injúria racial (ou injúria discriminatória). (BRASIL. STF. 2020)



Antes, é necessário discutir o conteúdo do instituto da prescrição, que tem a natureza jurídica de direito fundamental, verdadeiro direito humano, consagrado em todos os países democráticos, tribunais internacionais e tribunais de proteção de direitos humanos.

A prescrição é causa extintiva de punibilidade. “[...] É o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em razão de específicos obstáculos previstos em lei.” (NUCCI. 2014). Os casos de extinção da punibilidade estão previstos no art. 107 do Código Penal, sendo exemplificativo, porque existem outras previsões na Parte Especial da referida legislação e também em leis penais especiais.

Há duas maneiras de se computar a prescrição: a) pela pena em abstrato (*in abstracto*); b) pela pena em concreto (*in concreto*). A prescrição pela pena em abstrato é regulada pelo máximo da pena previsto pelo legislador, porque ainda não houve condenação, conforme art. 109, do Código Penal. A prescrição pela pena em concreto é regulada pela pena aplicada pelo juiz na condenação com trânsito em julgado, não cabendo recurso para a acusação, pois nesse caso a pena é concreta e passa a servir de base de cálculo para a prescrição, conforme art. 110, do Código Penal e o disposto na Súmula 146 do STF: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”. (BRASIL. STF.1963)

Regula-se pelo disposto no art. 109 do Código Penal, nos seguintes patamares: a) em 20 anos, se o máximo da pena for superior a 12; b) em 16 anos, se o máximo da pena for superior a 8 e não exceder 12; c) em 12 anos, se o máximo da pena for superior a 4 e não exceder 8; d) em 8 anos, se o máximo da pena for superior a 2 e não exceder 4; e) em 4 anos, se o máximo da pena for igual ou superior a 1 e não exceder 2; f) em 3 anos, se o máximo da pena for inferior a 1 ano. Os prazos previstos nesse artigo servem ao cálculo da prescrição da pretensão punitiva e da executória, isto é, da pena em abstrato e em concreto, respectivamente. (BRASIL. CÓDIGO PENAL)

Os prazos acima, a princípio, se aplicam a todos os crimes, com exceção dos previstos na Constituição Federal, como é o caso do racismo e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, previstos no art. 5^a, incisos XLII e XLIV. (BRASIL. 2021)

Como explicitado acima, a prescrição tem a natureza jurídica de direito fundamental do acusado e ainda de causa extintiva da punibilidade, diante da inércia do Estado. O indivíduo não pode ficar a esperar o Estado resolver apurar a sua conduta ilícita e puni-lo, se for o caso. Deve fazê-lo em obediência a prazos, garantindo o devido processo legal e penal, princípio



universal para que haja punição de alguém. No caso do racismo, o prazo é desconsiderado porque previsto em lei constitucional a imprescritibilidade, mas no caso da injúria racial nenhum óbice havia em relação à prescrição, que segundo o art. 109, do Código Penal, ocorre em oito anos, pois o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 154.248, entendeu que ao crime de injúria racial, por equiparação ao crime de racismo, deveria ser aplicada a regra da imprescritibilidade. (BRASIL. STF. 2020)

O relator do *Habeas Corpus* nº 154.248 foi o Ministro Edson Fachin, que entendeu pela imprescritibilidade do crime de injúria racial porque além de espécie da categoria racismo, “[...] a prática do crime de injúria racial traz em seu bojo o emprego de elementos associados ao que se define como raça, cor, etnia, religião ou origem para se ofender ou insultar alguém”. O relator asseverou ainda que a violação a “determinadas diferenças se presta ao ataque à honra ou à imagem alheia, à violação de direitos que, situados, em uma perspectiva civilista, no âmbito dos direitos da personalidade, decorrem diretamente do valor fundante de toda a ordem constitucional: a dignidade da pessoa humana”. (BRASIL. STF. 2020)

Também utilizou como fundamento para considerar a imprescritibilidade do crime de injúria racial, que a “atribuição de valor negativo ao indivíduo, em razão de sua raça, cria as condições ideológicas e culturais para a instituição e manutenção da subordinação, tão necessária para o bloqueio de acessos que edificam o racismo estrutural”. Essa conduta ratifica e mantém “o fardo desse manifesto atraso civilizatório e tornam ainda mais difícil a já hercúlea tarefa de cicatrizar as feridas abertas pela escravidão para que se construa um país de fato à altura do projeto constitucional nesse aspecto”. (BRASIL. STF. 2020)

Não há distinção “ontológica entre as condutas previstas na Lei 7.716/1989 e aquela constante do art. 140, § 3º, do CP.” (BRASIL. STF. 2020). No caso dos crimes mencionados a discriminação é baseada no conceito de raça, constituído sob o aspecto sócio-político, e não sob o aspecto genético ou biológico. Portanto, para Fachin não se poderia excluir a injúria racial do âmbito do mandado constitucional, o art. 5º, inciso XLII, da CF de 1988, em face de considerações meramente formalistas “desprovidas de substância, por uma leitura geográfica apartada da busca da compreensão do sentido e do alcance do mandado constitucional de criminalização é restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe vigência”. (BRASIL. STF. 2020)



Outro fundamento utilizado no julgamento se refere a adoção pelo Brasil da Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, adotada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022, que diferencia discriminação racial direta, indireta e múltipla, além do conceito de intolerância e racismo. Para a referida Convenção, como visto acima, o racismo “consiste em qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial”. (BRASIL, 2022)

Desta forma, a imprescritibilidade da injúria racial se coaduna com a vontade do legislador constitucional, ao prever o racismo como crime imprescritível no art. 5º, inciso XLII, e em harmonia com os preceitos constitucionais, em especial um dos importantes fundamentos do Estado Democrático Brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana e a adoção, com a incorporação legislativa, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, que tem estatuto normativo de emenda constitucional.

Não se pode interpretar a extensão realizada pelo Supremo Tribunal Federal como analogia em *malam partem* no crime de injúria racial, como sendo a que prejudica o condenado porque se faz uma equiparação, não prevista na lei penal, de um tipo penal ou de uma circunstância, em desfavor do condenado.

Também não caracteriza analogia em *malam partem* a imprescritibilidade do crime de injúria racial, porque o Brasil ao ratificar a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, e integrá-la ao sistema brasileiro, por meio do Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022, aceitou o conceito de discriminação racial indireta ou múltipla, e ainda a obrigação internacional de adotar a legislação que defina e proíba expressamente o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, aplicável a todas as autoridades públicas, e a todos os indivíduos ou pessoas físicas e jurídicas, tanto no setor público como no privado, especialmente nas áreas de emprego, participação em organizações profissionais, educação, capacitação, moradia, saúde, proteção social, exercício de atividade econômica e acesso a serviços públicos, entre outras, bem como revogar ou reformar toda legislação que constitua ou produza racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância.



Deve ser ressaltado, que a inércia do Poder Legislativo, em alterar a legislação penal para harmonizá-la com a CF de 1988 e com os instrumentos internacionais, como é o caso da Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, não pode ser óbice para a proteção da pessoa humana e de uma forçosa mudança cultural de prestígio a toda raça humana.

5 CONCLUSÃO

A equiparação da imprescritibilidade do crime de racismo ao crime e injúria racial, em razão do julgamento do *Habeas Corpus* nº 154.248, tendo como relator o Ministro Edson Fachin, vem harmonizar o sistema jurídico brasileiro de proteção à pessoa humana e sintonizar a Constituição Federal de 1988, com a legislação infraconstitucional penal e ratificando a estrutura normativa de emenda constitucional à Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

Ao entender o crime de injúria racial como crime imprescritível, o STF promove a aplicação de igualdade racial e expõe à sociedade a necessidade de aplicação de normas antirracistas e a necessidade de respeito e oportunidades de realização do projeto de vida de cada ser humano, sem qualquer distinção de raça, cor, nacionalidade, etnia, orientação sexual, deficiência ou idade.

Não se pode interpretar a extensão realizada pelo Supremo Tribunal Federal como analogia e *malam partem* no crime de injúria racial, porque o Brasil assumiu obrigações na esfera internacional ao ratificar a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, e integrá-la ao sistema brasileiro, por meio do Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Dentre essas obrigações está a adoção de legislação que defina e proíba expressamente o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, aplicável a todas as autoridades públicas, e a todos os indivíduos ou pessoas físicas e jurídicas, tanto no setor público como no privado.

O julgamento do julgamento do *Habeas Corpus* nº 154.248 ratifica a necessidade de alteração da legislação penal pelo Estado Brasileiro frente à Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, concretizando as normas constitucionais e suprimindo qualquer conflito, ainda que aparente, das leis penais e das



regras celebradas em seara internacional, do porte de convenções que disponham sobre Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. Pólen Produção Editorial LTDA, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/36867>>. Acesso em: 30 de jan. de 2022

ARRUDA, Daniel Péricles. **Dimensões subjetivas do racismo estrutural**. Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN), p. 493-520, 2021.

BAGGIO, Roberta Camineiro; RESADORI, Alice Hertzog; GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Raça e Biopolítica na América Latina: os limites do direito penal no enfrentamento ao racismo estrutural**. Revista Direito e Práxis, v. 10, p. 1834-1862, 2019.

BATISTA, Waleska Miguel. **A inferiorização dos negros a partir do racismo estrutural**. 2018.

BRASIL. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/disciraci.htm>. Acesso em: 22 de abril de 2022.

BRASIL. DECRETO nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. **Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 30 de março de 2022.

BRASIL. CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO. **A Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância**. Disponível em https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf. Acesso em: 30 de março de 2022.

BRASIL. DECRETO nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. **Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância**, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.932-de-10-de-janeiro-de-2022-373305203>>. Acesso em: 30 de jan. de 2022.

BRASIL. **Lei 7716, de 05 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-17-69.htm>. Acesso em: 30 de março de 2022.





BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MANDADO DE INJUNÇÃO 4733 – Distrito Federal.** Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476m> < Acesso em: 30 de jan. de 2022.

BRASIL. **CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 de jan. de 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.** Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 30 de jan. de 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 17. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual De Direito Penal.** 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014