

## STF acerta ao reconhecer a injúria racial como crime de racismo<sup>1</sup>

Por Paulo Iotti<sup>2</sup>

No dia 28 de outubro de 2021, o Supremo Tribunal Federal finalizou histórico julgamento no HC 154.248/DF, no qual, por 8x1,<sup>3</sup> afirmou que o crime tradicionalmente chamado de “injúria racial”, previsto no art. 140, §3º, do Código Penal, deve ser interpretado como crime de racismo.

A decisão está absolutamente acertada e corresponde, inclusive, à chamada *vontade do Legislativo*, quando da aprovação da Lei 9.459/97, que criou referido dispositivo e tipo legal no Código Penal. Sobre o tema, é preciso que se entenda que **uma suposta “diferença ontológica” entre racismo**, enquanto ofensa a uma coletividade racial, e **injúria racial**, enquanto uma “ofensa a um indivíduo em sua honra subjetiva por elemento racial”, supostamente “não-racista”, **não foi criada pela lei. Foi inventada pela jurisprudência, de forma manifestamente ilegal, antes da existência do tipo penal de “injúria racial”**. Isso porque, quando existia apenas a Lei 7.716/89 (a Lei Antirracismo), **a jurisprudência se recusava** a aplicar o crime de *praticar o preconceito por raça*, do art. 20 da Lei 7.716/89, para punir a ofensa ao indivíduo em sua honra por elemento racial, enquanto conduta de *praticar o preconceito por raça*, que corresponde a um dos núcleos do referido tipo penal, consoante sempre defendido pelo Movimento Negro, consoante se denota da doutrina de Hedio Silva Junior.<sup>4</sup> Ou se desclassificava a conduta para o crime de injúria simples, cuja pena *ínfima* não se coaduna ao veemente repúdio constitucional a todas as formas de racismo, ora de maneira ainda mais *lesa-humanidade*, se falava que era fato atípico.

Foi neste contexto histórico (nesta *occasio legis*) que o então Deputado Federal, hoje Senador, Paulo Paim (PT/RS), ligado ao Movimento Negro, apresentou o Projeto de Lei 1.240/95, que se transformou na Lei 9.459/97, que criou o chamado crime de “injúria racial” no Código Penal. Cabe uma análise atenta do verdadeiro *diálogo institucional* da **Justificativa** do PL: afirmou-se que o Legislativo estava *atualizando* a Lei Antirracismo, para melhor cumprir o *repúdio constitucional a todas as formas de racismo*, com expressa referência ao art. 5º, inc. XLII, da CF/88, inclusive para punir criminalmente a ofensa à honra, à dignidade e ao decoro do indivíduo ofendido por elemento racial, ou seja, por motivação racista. Ou seja, a *vontade do Legislativo* quis considerar a injúria racial como racismo, e não há razão desconsiderá-la aqui. Isso porque embora eu entenda que a interpretação da lei não deva se limitar a tal *vontade do Legislativo*, ante o princípio hermenêutico segundo o qual *a lei é mais sábia que o legislador*, concordo com a doutrina de José Emílio Medauar Ommati, segundo a qual deve-se fazer uma *fusão de horizontes* entre intérprete e vontade do Legislativo, no sentido da hermenêutica

---

<sup>1</sup> O presente artigo corresponde a uma ampliação dos fundamentos que apresentei ao STF em sustentação oral precisamente neste julgamento, representando como *amici curiae* o MNU – Movimento Negro Unificado, o IDAFRO – Instituto de Defesa das Religiões Afro-Brasileiras, as INDOMITAS Coletiva Feminista, a ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos, a ANTRA – Associação Nacional de Travestis e Transexuais e o GADvS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (embora falando apenas pelas entidades LGBTI+, já que as entidades do Movimento Negro foram representadas pela sustentação oral do Dr. Hedio Silva Jr. O texto representa apenas a minha fala, embora ampliada.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Especialista em Direito da Diversidade Sexual e de Gênero e em Direito Homoafetivo. Advogado e Professor Universitário. Diretor-Presidente do GADvS - Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero. Integrante da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OABSP. Sócio do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Famílias.

<sup>3</sup> Ausente, de forma justificada, o Ministro Gilmar Mendes, sendo que ainda não foi suprida a vaga deixada pela aposentadoria constitucionalmente compulsória do Ministro Marco Aurélio.

<sup>4</sup> JUNIOR, Hedio Silva. **Direito de Igualdade Racial. Aspectos Constitucionais, Civis e Penais**, Juarez de Oliveira, 2001.

filosófica gadameriana,<sup>5</sup> para, assim, valorizar-se o *conceito* que o Legislativo quis proteger, sem ficar o Judiciário ficar engessado na *concepção* que o Legislativo teve daquele conceito. Entendo que isso se justifica porque a vontade do Legislativo não pode ser considerada um *nada* a ser pura e simplesmente desconsiderado quando convém, podendo ser desconsiderada apenas quando for inconstitucional ou inconveniente, ou seja, quando violar as regras ou princípios constitucionais ou de tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país. A tradicional crítica de que não seria possível saber o que o Legislativo pretendeu por cada parlamentar votar por uma razão subjetiva deve ser superada contemporaneamente porque os *Relatórios de Comissões Parlamentares* em interpretação sistemática com a Justificativa do Projeto de Lei devem ser entendidos como correspondendo a tal *vontade legislativa*, porque são estes Relatórios que são votados e aprovados. E quando não contrariam o teor da Justificativa inicial, devem ser entendidos como ratificando-a, com os elementos aditivos que trazem. Logo, equivocada a premissa do Parecer contrário da Procuradoria-Geral da República sobre o tema, ao entender que tal vontade do Legislativo implicaria em suposta “interpretação da Constituição em conformidade com a lei” (sic), pois não se trata disso, mas de reconhecer o Legislativo como um intérprete legítimo da Constituição, cujas interpretações devam ser consideradas válidas quando não contrariem a ordem constitucional vigente.

**Ocorre que, aparentemente, doutrina e jurisprudência ou desconhecem o contexto histórico<sup>6</sup> e a Justificativa do PL 1.245/95, criador da Lei 9.459/97, ou pura e simplesmente desconsideram isso por razões puramente arbitrárias.** O reconhecimento do Legislativo como intérprete *legítimo* da Constituição, a cujas interpretações devem ser subsumidas ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis (no mínimo, por analogia). Inclusive, o Senador Paulo Paim (PT/RS) propôs em 2020 o Projeto de Lei 4.373/2020, para retirar o crime de “injúria racial” do §3º do art. 140 do Código Penal deste diploma normativo e colocá-lo formalmente na Lei 7.716/89. Evidentemente, isso não é necessário à luz de uma *interpretação conforme a Constituição* sobre o tema, como prova a decisão do STF no HC 154.248/RS, tratando-se de uma estratégica tentativa *formal* de superar o entendimento jurisprudencial predominante até 2015 (*cf. infra*), que descabidamente considerava a *injúria racista* uma espécie de “injúria racial não-racista” (algo, como se vê, inexplicável, puramente arbitrário, logo, inconstitucional). Afinal, é materialmente *indefensável* essa suposta “diferença ontológica” entre “racismo” e “injúria racial” nos crimes praticados pelo discurso, tanto que o Senador Paim, na Justificativa do citado PL 4.373/2020, se refere à chamada “injúria racial”

---

<sup>5</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**, 7ª Ed., RJ: Lumen Juris, 2018, p. 92-94. No original: “A tese de que a essência da tradição é caracterizada por sua dimensão linguística (sua ‘linguisticidade’) tem, para Gadamer, consequências hermenêuticas. [...] Tradição quer dizer entrega, transmissão. Algo nos é transmitido, é dito a nós no mito, nos costumes, nos textos, portanto, sobretudo na forma da tradição escrita, cujos sinais são destinados a qualquer um que tenha capacidade de compreender. [...] Essa relação do intérprete com o texto é circular, semelhante a um jogo, em que de um lado temos o texto e todo o sentido que a tradição nos legou desse texto, e de outro, temos o(s) leitor(es), com seus preconceitos, suas histórias de vida, a testar essa tradição a partir de sua vivência. [...] É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato legislador. Não obstante, *não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei.* Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei”.

<sup>6</sup> Em suma, o contexto histórico de invenção sem base legal da diferença entre ofensas a coletividades raciais como *racismo* e ofensas a indivíduos em suas honras subjetivas por elemento racial como mera *injúria não-racista*, que, assim, não foi criada pela lei.

como “o racismo pela injúria”.<sup>7</sup> Ou será que quem discorda hoje das decisões do STF e do STJ sobre o tema por dizer que a injúria racial não está prevista na Lei 7.716/89 (cf. infra) irá dizer que *o mesmo tipo penal* quando for transportado para a Lei 7.716/89 irá mudar sua natureza jurídica pelo simples fato de estar *com idêntica redação* na citada lei?! Com todo o respeito, teratológica a negação da natureza jurídica racista da injúria racial à luz de uma fundamentação substantiva/material sobre o tema (cf. infra).

A decisão mais recente do STJ nesse sentido foi de 2020, cuja ementa cita todos os precedentes anteriores sobre o tema e merece, assim, citação:

*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INJÚRIA RACIAL. ART. 140, §3º, DO CP. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 107, IV, 109, V, E 117, I, TODOS DO CP. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. 1. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, com o advento da Lei n. 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão (AgRg no AREsp n. 686.965/DF, Ministro Ericson Maranhão (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 31/8/2015) - (AgRg no AREsp n. 734.236/DF, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 8/3/2018). 2. Agravo regimental improvido. (STJ, **AgRg no REsp 1.849.696/SP**, Sexta Turma, Relator: Ministro Sebastião Reis Junior, DJe de 23.06.2020. Grifos nossos)*

Entra-se agora no *fundamento material/substantivo* que legitima a decisão do STF no HC 154.248/RS. Como se pode *seriamente* dizer que uma “ofensa à honra subjetiva de indivíduo por elemento racial”, por *motivação racista*, não seria racismo, não seria um crime de “praticar o preconceito por raça”?! Ninguém na doutrina que defende isso explica a razão que tornaria essa chocante afirmação racional (pois hoje é apenas racionalizada por afirmações tão vagas quanto peremptórias). O voto vencido do Min. Nunes Marques citou vários doutrinadores de Direito Penal que defendem a citada “diferença ontológica” entre racismo e injúria racial, mas nenhum deles se digna a responder essa singela pergunta, que é a questão mais óbvia e indispensável que precisaria ser respondida, pois de nada adianta alegar que ofender a honra do indivíduo por elemento racial “não é suficiente” (sic) para que a conduta configura forma de racismo, pela pessoa ser ofendida em sua honra individual precisamente pelo seu pertencimento ao grupo racial minoritário e, assim, a intolerância, segregação e violação da dignidade humana do grupo em geral (cf. infra).

O chocante entendimento que “diferencia ontologicamente” racismo de injúria racial era predominante até 2015 porque foi neste ano que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a injúria racial como crime de racismo, no julgamento do AREsp 686.965/DF (DJe de 31.08.2015).<sup>8</sup> O fez a partir do conceito constitucional de *racismo social* afirmado pelo STF

---

<sup>7</sup> Desenvolvendo tais teses em defesa do primeiro precedente do STJ sobre o tema: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Decisão do STJ que considera injúria racial imprescritível é correta**. Consultor Jurídico, 24.01.2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-24/decisao-stj-considera-injuria-racial-imprescritivel-correta>>. Acesso: 03.11.2021.

<sup>8</sup> Eis trechos fundamentais da fundamentação: “a questão da imprescritibilidade do delito de injúria racial foi reconhecida ao entendimento de que esse 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”, forte na lição de Celso Lafer, para quem “A base do crime da prática do racismo são os preconceitos e sua propagação, que discriminam grupos e pessoas [...] Promove a desigualdade, a intolerância em relação ao 'outro', e pode levar à segregação”. [...] O art. 5º, XLII, da Constituição Federal preceitua que a ‘prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei’. O racismo é uma forma de pensamento que teoriza a respeito da existência de seres humanos divididos em ‘raças’, em face de suas características somáticas, bem como conforme sua ascendência comum. A partir dessa separação, apregoa a superioridade de

no HC 82.424/RS, segundo o qual *racismo é a conduta de inferiorização de um grupo social relativamente a outro*, bem como a luz da doutrina de Guilherme Nucci, segundo a qual com a Lei 9.459/97, aumentou-se o rol de crimes raciais no Brasil. Nesse sentido, para o STF, racismo é a inferiorização de grupo social relativamente a outro (HC 82.424/RS), num sistema de relações de poder, em que grupo dominante oprime grupo dominado, desumanizando-o (ADO 26 e MI 4733). Como se vê, o reconhecimento da injúria racial como forma de racismo configura mais um capítulo do *romance em cadeia* de nossa *história institucional jurisprudencial*, desenvolvendo-a com coerência a precedentes anteriores e integridade, esta última relativa ao repúdio constitucional a todas as formas de racismo (art. 5º, XLII), no que evidentemente se enquadra o *racismo pelo discurso contra a honra individual* das pessoas em razão de seu pertencimento a grupo racial minoritário (cf. infra).

Nesse sentido, o próprio Guilherme Nucci, defendendo referida decisão do STJ e ressaltando que ela não fez nenhuma “interpretação extensiva” (sic),<sup>9</sup> disse que só chama de “injúria [não-racista]” a ofensa ao indivíduo por elemento racial, quem nunca sofreu racismo.<sup>10</sup> Houve juristas que criticaram tal artigo de Nucci e a primeira decisão do STJ, afirmando a decisão estaria errada pelo STJ não poder “legislar” (sic),<sup>11</sup> mas obviamente não é disso que se trata. A crítica do renomado criminalista é sutil e demanda algum estudo sobre o tema do racismo: o que Nucci quis dizer é que considerar a injúria racial como “injúria não-racista”, e que *prescreve*, só pode ser dito por quem nunca foi vítima de racismo e nunca foi vítima de ofensas racistas, porque toda vítima de injúria racial considera-se vítima de racismo, por saber que o racismo se manifesta também desta forma. E quando se defende que a Lei 7.716/89 não é

---

*uns sobre outros, em atitude autenticamente preconceituosa e discriminatória. Vários estragos o racismo já causou à humanidade em diversos lugares, muitas vezes impulsionando ao extermínio de milhares de seres humanos, a pretexto de serem seres inferiores, motivo pelo qual não mereceriam viver. Da mesma forma que a Lei 7.716/89 estabelece várias figuras típicas de crime resultantes de preconceitos de raça de cor, não quer dizer, em nossa visão, que promova um rol exaustivo. Por isso, com o advento da Lei 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão”* (STJ, AREsp 686.965/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Ericson Marinho, DJe 31.08.2015).

<sup>9</sup> Para equivocada crítica à decisão: STRECK, Lenio Luiz. **STJ faz interpretação extensiva em Direito Penal contra o réu**. Consultor Jurídico, 22.10.2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-22/senso-incomum-stj-faz-interpretacao-extensiva-direito-penal-reu>>. Acesso: 03.11.2021. Equivocada a crítica porque quando se disse que o rol da Lei 7.716/89 não é taxativo, mas exemplificativo, não se disse que crimes possibilitariam “interpretação extensiva” como aparentemente entendeu equivocadamente o ilustre e renomado autor, mas que os crimes “por raça” tipificados em outras leis também são crimes de racismo.

<sup>10</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Só quem nunca sofreu racismo na vida que pensa que isso é mera injúria**. Consultor Jurídico, 27.10.2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-27/guilherme-nucci-quem-nunca-sofreu-racismo-acha-isso-injuria>>. Acesso: 03.11.2021.

<sup>11</sup> GOMES, Jefferson de Carvalho. JÚNIOR, Alberto Sampaio. **Não cabe ao juiz “legislar” e comparar injúria racial ao racismo**. Consultor Jurídico, 10.11.2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-10/nao-cabe-juiz-legislar-comparar-injuria-racial-racismo>>. Acesso: 03.11.2021. Veja-se que os autores também defendem suposta “diferença ontológica” entre injúria racial e racismo, mas não se dignam a explicar como se pode *seriamente* dizer que ofender indivíduo em sua honra subjetiva por motivação racial/racista não seria violação de sua dignidade humana, em ataque que acaba “fomentando a desigualdade e a intolerância” entre distintos grupos raciais (aspas dos autores, sobre o conceito de racismo), enquanto pessoa que foi ofendida apenas por seu pertencimento ao grupo racial minoritário. Logo, também eles tomam como supostamente “dado” aquilo que foi construído por jurisprudência reacionária antes do advento do crime que se convencionou chamar de “injúria racial”, donde também não infirmam a interpretação histórica e teleológica da criação do art. 140, §3º, do CP como um crime de *racismo pela injúria* (cf. supra, no corpo do texto). Logo, indefensável a tese do senso comum teórico que diferencia ontologicamente racismo de injúria racial, donde equivocada a afirmação peremptória em contrário dos autores, que não enfrentam os fundamentos aqui apresentados, pois afirmar que o crime de injúria racial protege a “honra” do indivíduo enquanto o racismo protege a “dignidade humana” contra segregações diversas não lhes socorre, já que a honra do indivíduo é atacada pela forma da “injúria racial” precisamente pela ideologia segregacionista violadora da dignidade humana de todas as pessoas que integram o grupo racial minoritário respectivo, pois do contrário a ofensa não teria se dado invocando precisamente a identidade racial respectiva.

taxativa, mas exemplificativa, não se quer dizer que caberia “interpretação extensiva” de tipos penais como parte da crítica aparentemente “entendeu” de forma totalmente equivocada, sem compreender o contexto em que isso foi dito, mas apenas (se quis dizer) que os crimes “por raça” tipificados em outras leis também são crimes de racismo.

**Ora, que sentido lógico-jurídico faz os crimes “por raça” enquanto conceito valorativo/elemento normativo do tipo ou “por” critérios raciais mais específicos (como cor e etnia) sejam crimes de racismo quando positivados na Lei 7.716/89, mas por mágica hermenêutica “deixem de sê-lo” apenas por estarem em outras leis?** Entramos aqui no tema da interpretação lógica, aliada à interpretação sistemático-teleológica supra explicitada. A hermenêutica penal *sempre* deverá respeitar o *limite do teor literal* como limite da interpretação penal criminalizadora,<sup>12</sup> mas os crimes “por raça” devem ser considerados como crimes de racismo independente de em quais leis se encontrem – como a Lei de Tortura – art. 1º, I, “c”, a antiga Lei de Segurança Nacional agora revogada – art. 22, II, e a atual Lei de Defesa do Estado Democrático de Direito que revogou a citada LSN e criou, entre outros, o art. 359-P do Código Penal. Aliás, será que esta crítica que se pauta no simples fato de o crime de injúria racial estar no Código Penal e não na Lei 7.716/89 falará que este novo art. 359-P do CP trariam um outro “crime racial não-racista”?! Com todo o respeito, só puro ato de vontade solipsista pode entender que crimes raciais só teriam natureza jurídica (material/substantiva) de racismo por seu pertencimento a uma lei específica e só em leis que dizem em sua ementa que “define[m] os crimes por raça ou cor” (sic), como faz a Lei 7.716/89.

Lembre-se que o crime de “injúria racial” do art. 140, §3º, do Código Penal tem a mesma pena dos crimes de racismo em geral previstos na Lei 7.716/89, especialmente seu artigo 20, a saber, um a três anos, o que refuta a crítica segundo a qual “o legislador diferenciou” (sic) os crimes de racismo e de injúria racial – afirmação esta que aparentemente desconhece (ou desconsidera) a interpretação histórica e teleológica da *occasio legis* que fez surgir o crime que se convencionou chamar de “injúria racial”, numa autêntica interpretação legislativa superadora da jurisprudência reacionária anterior que desclassificava *sem base legal* a ofensa a indivíduo em sua honra subjetiva por elemento racial para “injúria simples” ou, pior, para “fato atípico” (sic, cf. supra). Afinal, o núcleo do tipo do art. 20 da Lei 7.716/89, sobre *praticar o preconceito por raça*, é amplo o bastante em sua literalidade para abarcar a ofensa a indivíduo em sua honra por elemento racial, o que era negado pela jurisprudência de forma manifestamente ilegal.<sup>13</sup> O “crime especial” do art. 140, §3º, do CP veio para considerar como crime de *racismo pela injúria contra indivíduos* aquilo que a jurisprudência de forma teratológica negava-se a subsumir no crime de praticar o preconceito por raça da Lei 7.716/89, como se denota da Justificativa do PL 1.240/95, gerador da Lei 9.459/97 e criador do referido tipo penal. De sorte que incontestável o cabimento da *interpretação conforme a Constituição* de dito tipo penal à luz do repúdio constitucional a todas as formas de racismo (art. 5º, XLII) e do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de proteção insuficiente, ante o entendimento em

---

<sup>12</sup> Sobre ser este o limite da interpretação penal criminalizadora, v.g.: ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General – Fundamentos – La Estructura de la Teoría General del Delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* Madrid: Civitas, 1997, tomo I, p. 169. No mesmo sentido: KLATT, Matthias. **El Límite del Tenor Literal**. In: MONTIEL, Juan Pablo. *La Crisis del Principio de Legalidad en el Nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?* SP: Marcial Pons, 2012, p. 225 e 227: a “*función principal de los límites semánticos – la delimitación de interpretación y perfeccionamiento del Derecho – no es un juego de abalorios jurídico, sino la base irrenunciable de la labor jurídica. Esto es particularmente válido para el Derecho penal: aquí se prohíbe al juez la superación de los límites semánticos por la proscripción constitucional de la analogía según el art. 103, II GG*” [art. 5º, XXXIX, da CR/88].

<sup>13</sup> Nesse sentido: JUNIOR, Hedio Silva. **Direito de Igualdade Racial. Aspectos Constitucionais, Cíveis e Penais**, Juarez de Oliveira, 2001.

contrário ter historicamente, como fato objetivo, gerado a impunidade dos crimes de racismo praticados por intermédio da injúria (cf. infra).

Em suma, as críticas à decisão improcedem, porque na chamada *injúria racial* a pessoa é individualmente ofendida por motivação racial precisamente por força da *ideologia segregacionista* que lhe considera “inferior” precisamente pelo seu pertencimento a grupo racial minoritário. Em outras palavras, a pessoa é individualmente é ofendida *por causa da* ideologia racista, precisamente pela negação da dignidade humana de *todo* o grupo racial minoritário do qual faz parte, porque é ofendida pelo seu *pertencimento* a grupo racial minoritário inferiorizado por ideologia segregacionista. Logo, indefensável a tese do *sensu comuni teóricu* da comunidade jurídico-penal que diferencia ontologicamente racismo de injúria racial, pois afirmar que o crime de injúria racial protege a “honra” do indivíduo enquanto o racismo protege a “dignidade humana” contra segregações e intolerâncias diversas não socorre a crítica, já que a honra do indivíduo é atacada pela forma da “injúria racial” precisamente pela ideologia segregacionista violadora da dignidade humana de todas as pessoas que integram o grupo racial minoritário respectivo, pois do contrário a ofensa não teria se dado invocando precisamente a identidade racial respectiva.<sup>14</sup> Indefensável, assim, a limitação generalizada do *sensu comuni teóricu* da comunidade jurídico-penal de que o discurso racista seria somente o discurso contra coletividades raciais, pela manifesta arbitrariedade disso que gera, para piorar, a ineficácia do repúdio constitucional a todas as formas de *racismo também pelo discurso* (art. 5º, XLII, cf. infra).

Cabe notar, ainda, a ratificação do voto do Relator do HC 154.248/DF, Ministro Edson Fachin, sobre o descabimento dessa diferenciação “ontológica” entre racismo e injúria racial como fundamento determinante de seu voto, o que me deixa particularmente feliz, pois enfoquei fortemente a crítica a isto tanto no *amici curiae* quanto na sustentação oral que apresentei no citado processo. Nesse sentido, bem afirmou o Ministro Fachin:

Mostra-se insubsistente, desse modo, a alegação de que há uma distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei 7.716/1989 e aquela constante do art. 140, § 3º, do CP. Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que sócio-politicamente constitui raça (não genético ou biologicamente), para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido. Sendo assim, excluir o crime de injúria racial do âmbito do mandado constitucional de criminalização por meras considerações 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.<sup>15</sup>

Com efeito, o Professor Adilson Moreira, certamente nossa *maior autoridade de Direito Antidiscriminatório*,<sup>16</sup> bem afirma que não há motivo para a diferenciação criminal entre a

---

<sup>14</sup> Logo, referidas decisões do STJ e do STF não configuram “ativismo judicial” no sentido pejorativo, de decisões inconstitucionais, sendo que a crítica a elas é que configura *ativismo doutrinário conservador*, que não se coaduna com a correta aplicação da hermenêutica penal e da dogmática penal no caso – obviamente que podem haver interpretações distintas, mas quem acusa tais decisões de *ativismo judicial* não pode se invocar uma pretensa “neutralidade/objetividade” (sic) enquanto “ideológicos(as)” seriam apenas os(as) outros(as) (sic). Fundamentos técnicos, dogmáticos e hermenêuticos, existem para a defesa da tese, como este artigo prova à saciedade.

<sup>15</sup> Íntegra do voto disponibilizada em: RODAS, Sérgio. **STF equipara injúria racial a crime de racismo, considerando-a imprescritível**. Consultor Jurídico, 28.10.2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-28/stf-equipara-injuria-racial-racismo-considerando-imprescritivel>>. Acesso: 03.11.2021.

<sup>16</sup> Por todas as ricas e densas obras deste eminente autor, que inclusive tem a *bondade filosófica* com leitoras e leitores de explicar conceitos densos de maneira muito didática e agradável, sem nenhuma perda da profundidade do conteúdo: MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**, SP: ContraCorrente, 2021;

ofensa à coletividade racial e a ofensa a indivíduo por elemento racial como crimes supostamente “distintos”, porque a pessoa sofre o crime de injúria racial em razão do seu pertencimento a um grupo racial minoritário. Em outras palavras, aquele(a) que ofende outrem na forma que se convencionou chamar de *injúria racial* ataca a honra *pessoal* da pessoa (vítima) em questão porque a *identidade pessoal* tem também uma *dimensão coletiva*, como também explicou o Professor Adilson Moreira.<sup>17</sup> Aliás, foi essa a posição da Ministra Cármen Lúcia: “[a Ministra] Cármen Lúcia opinou [no sentido de] que, mesmo no caso de injúria racial, a vítima não é apenas a pessoa ofendida, mas toda a humanidade”. Ao passo que Ministro Alexandre de Moraes: “Somente assim poderemos atenuar esse sentimento de inferiorização que as pessoas racistas querem impor às suas vítimas”, o qual também aduziu que “Referir-se a alguém como expressões preconceituosas, como 'negrinha nojenta, ignorante e atrevida' [ofensas do caso concreto à vítima, uma mulher negra], foi uma manifestação ilícita e preconceituosa em razão da condição de negra da vítima. Então houve um ato de racismo”.<sup>18</sup>

Na petição de *amici curiae* que elaborei e coassinei no citado HC 154.248/DF<sup>19</sup> e que foi a base da ADI 6987, que movi pelo Cidadania no mesmo sentido (coassinada pela Professora Soraia da Rosa Mendes), destaca-se **estudo das Professoras Marta Machado, Márcia Lima e Natália Neris**,<sup>20</sup> analisando mais de duzentos acórdãos sobre racismo negrofóbico da região Sul do país, no qual constataram, como *fato objetivo*, que o *discurso racista* se dá *principalmente* na forma da chamada “injúria racial”. Então, **não reconhecer a “ofensa ao indivíduo em sua honra por motivação racial” como racismo significa retirar a maior parte da eficácia do repúdio constitucional aos crimes de discursos racistas**. A Lei Antirracismo tem outros crimes, como não atender em relações de consumo, não-contratar, não promover, discriminar em geral etc em outros tipos penais, mas nos chamados “crimes de opinião”, de discursos criminosos, defender que injúria racial “não seria” forma de racismo significa menoscabar e retirar a maior parte do repúdio constitucional ao racismo discursivo.

As citadas Professoras citam a grande Sueli Carneiro, na crítica à desclassificação de ofensas racistas a indivíduos a meras injúrias e difamações não-racistas, por isso menoscabar o repúdio ao racismo. *Constatarem*, ainda, que a *jurisprudência*, além de exigir *dolo direto* (do que discordo, conforme precedente do STJ que admite o *dolo eventual* para caracterização do crime

---

MOREIRA, Adilson José. **Pensando como um Negro. Ensaio de Hermenêutica Jurídica**, SP: ContraCorrente, 2020; MOREIRA, Adilson José. **Racismo Recreativo**, SP: Pólen, 2020.

<sup>17</sup> MOREIRA, Adilson José. **Racismo Recreativo**, SP: Pólen, 2020, P. 122/132: “Por esse motivo, ela [a injúria racial] é classificada como injúria preconceituosa, por fazer menção a características individuais que têm o potencial de promover a fragmentação social por meio da estigmatização de membros de certos grupos. Tendo em vista o fato de que o racismo causa a marginalização, o legislador reconhece a natureza especialmente perniciosa dessa prática. Esse novo tipo de injúria surgiu porque vários crimes de racismo eram classificados como crimes de injúria, uma estratégia utilizada por operadores do direito para minimizar a gravidade da situação racial em nosso país. A introdução da injúria racial atende o interesse de minorias raciais em expandir a efetividade da legislação antidiscriminatória em nosso país, o que, obviamente, depende também da forma como o Judiciário interpreta e aplica essa norma jurídica” (*Ibidem*, p. 124).

<sup>18</sup> *Apud* RODAS, Sérgio. **STF equipara injúria racial a crime de racismo, considerando-a imprescritível**. Consultor Jurídico, 28.10.2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-28/stf-equipara-injuria-racial-racismo-considerando-imprescritivel>>. Acesso: 03.11.2021.

<sup>19</sup> Petição ratificada pelos advogados Hedio Silva Junior (OAB/SP 146.736), que também fez sustentação oral no citado julgamento, Djefferson Amadeus de Souza Ferreira (OAB/RJ 175.278) e Marcelo Dias (OAB/RJ 111.525), o segundo representante do IDAFRO – Instituto de Defesa das Religiões Afro-Brasileiras e os dois últimos do MNU – Movimento Negro Unificado – Organização de Luta e Libertação do Povo Negro.

<sup>20</sup> MACHADO, Marta Rodriguez Assis. LIMA, Márcia. NERIS, Natália. **Racismo e Insulto Racial na sociedade brasileira: Dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do direito**. Scielo, Novos Estudos CEBRAP, vol. 35, n.º 3, São Paulo, Nov. 2016. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002016000300011](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002016000300011)>. Acesso: 13.07.2020.

de racismo, algo necessário para se *combater a impunidade* no tema, cf. infra), ou seja, além de exigir “intenção propriamente dita” de ofender, exige ainda uma outra intenção, *que ninguém sabe o que é e como se prova, porque a jurisprudência não explica, apenas afirma que faltaria uma “intenção de discriminação” quando deixa de considerar até como “injúria racial não-racista” (sic)* ofensas chulas que vinculam característica de pessoa de grupo racial minoritário a uma característica negativa. Peço desculpas pelas expressões a seguir, mas correspondem a  *fatos reais* assim reconhecidos pelos *quadros fáticos* dos acórdãos estudados pelas citadas Professoras: expressões como “*preto de merda*” e “*preta fedida*” (sic) foram caracterizadas como “injúria simples” por Tribunais, nem “injúria racial considerada não-racista e que prescreve” (sic) pelo Judiciário, *o que é simplesmente teratológico*.

Fica uma provocação, feita também em minha sustentação oral perante o STF: considerando que a homotransfobia foi *corretamente* reconhecida como crime de racismo pelo STF (sem legislar nem fazer analogia),<sup>21</sup> então se este autor, um homem gay, for chamado de “*viado de merda*” (sic), um xingamento nefastamente comum, críticos(as) do reconhecimento da chamada “injúria racial” como forma de racismo irão defender que não seria *homofobia*, enquanto crime de racismo homofóbico, mas “injúria simples” não-racista? Ora, consoante a célebre máxima de Carlos Maximiliano, o Direito tem que ser interpretado de forma inteligente a fim de que a lei não resulte em absurdo,<sup>22</sup> e essa exegese tradicional é teratológica em níveis transcendentais.

Como se vê, e sempre com o máximo respeito, não tem nenhum cabimento a crítica de que a decisão do STF no HC 154.248/DF teria “violado” o “princípio de secularização do Direito”, por supostamente se basear numa (parafrazeando) “correção do Direito pela Moral”, para “moralizar o Direito” (sic).<sup>23</sup> Referida crítica não enfrenta *nenhum* dos fundamentos

---

<sup>21</sup> Para obra coletiva com 23 (vinte e três) autores(as) e 9 prefácios defendendo a decisão do STF: IOTTI, Paulo (org.). **O STF e a Hermenêutica Penal que gerou o reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo (sem legislar nem fazer analogia)**, Bauru: Spessoto, 2022. Para obra individual deste autor, explicando os fundamentos das ações (mesmo os rejeitados), os fundamentos de cada voto, as *ratione decidendi* do STF como um todo e respondendo a críticas: IOTTI, Paulo. **O STF, a Homotransfobia e seu Reconhecimento como Crime de Racismo. Análise e defesa da decisão da ADO 26 e do MI 4733**, 2ª Ed., Bauru: Spessoto, 2022 – no prelo). Para breves artigos *online* deste autor explicando a correção técnico-jurídica dogmática e hermenêutica do STF: IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **STF não legislou nem fez analogia ao reconhecer homofobia como racismo**. Consultor Jurídico, 19.08.2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>>; IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Racismo homotransfóbico e a população LGBTI como grupo racializado**. JOTA, 24.05.2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-homotransfobico-e-a-populacao-lgbti-como-um-grupo-racializado-28052019>>. Para artigos online de outros autores defendendo a decisão: CATTONI, Marcelo Cattoni Andrade de. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo de Moraes. BACHA E SILVA, Diogo. **Sobre a Criminalização da Homofobia e da Transfobia. Uma Crítica da Crítica**. Emporio do Direito, 13.06.2019. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/sobre-a-criminalizacao-da-homofobia-e-transfobia-uma-critica-da-critica>>; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo de Moraes. BACHA E SILVA, Diogo. **Necessidade de Criminalizar a Homofobia no Brasil: Porvir Democrático e Inclusão das Minorias**. Acessos: 03.11.2021.

<sup>22</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 19ª Ed., RJ: Forense, 2007, p. 135: “179 – Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que tome aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo”. E entender a chamada “injúria racial” como uma “injúria não-racista por elemento racial, que prescreve” (sic), gera a inconstitucionalidade, por violação ao princípio da proporcionalidade enquanto proibição de proteção insuficiente (cf. em seguida a esta nota, no corpo do texto), além de sua inconveniência e quase inutilidade no enfrentamento penal das condutas pautadas por discursos racistas contra indivíduos.

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Imprescritibilidade de injúria racial: a moral deve corrigir o Direito?** Consultor Jurídico, 03.11.2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-03/lenio-streck-imprescritibilidade-injuria-racial>>. Acesso: 03.11.2021.



hermenêuticos sobre a natureza jurídica *racista* da injúria racial, apenas insistindo que “o legislador” teria diferenciado a injúria racial do racismo (sic), o que já foi refutado e desmitificado acima. Como já demonstrado, referida posição desconsidera a *occasio legis* e, assim, a interpretação histórica e teleológica do próprio crime de injúria racial, à luz da Justificativa do PL 1240/95, que gerou a Lei 9.459/97 e criou o tipo penal que se denominou chamar de “injúria racial” no art. 140, §3º, do CP (cf. supra). Racismo não é “mais abrangente” do que a “injúria racial” por vontade do Legislativo, mas por vontade de jurisprudência anterior à criação do tipo penal do art. 140, §3º, do CP e que continuou interpretando o tema desta forma em flagrante desconsideração da interpretação histórico-teleológica deste. A nova crítica, ainda, também insiste que teria havido uma “extensão” (logo, interpretação “extensiva”) do rol de crimes inafiançáveis, por sua descabida (e acima já refutada) diferenciação ontológica das condutas de ofender coletividades raciais inteiras e ofender a honra subjetiva de indivíduos por motivação racial, quando o que houve foi interpretação conforme a Constituição e interpretação *literal* do crime que se convencionou chamar de “injúria racial”, para afirmar que tem natureza jurídica de conduta racista. Logo, equivocada a crítica de que o Judiciário teria “legislado” neste caso, já que se tratou de mera interpretação conforme a Constituição do crime que se convencionou chamar de “injúria racial” à luz do art. 5º, XLII, da CF/88, para considera-lo constitucional desde que interpretado como espécie de racismo – e, por isso, imprescritível, à luz da imposição constitucional penal neste sentido.

Ademais, o **princípio da proporcionalidade enquanto proibição de proteção insuficiente** demanda a ofensa a indivíduo por elemento racial ser considerada racismo, em prol de uma proteção eficiente dos direitos humanos pelo Direito Penal. Obviamente, mediante uma teoria do bem jurídico-penal *constitucional*, que considera os crimes constitucionais apenas quando se traduzam uma teoria do Direito Penal Mínimo focada apenas na defesa dos direitos fundamentais (constitucionais) e humanos (previstos em tratados internacionais), que limita adequadamente o Direito Penal.<sup>24</sup> Advogadas e advogados do Movimento Negro consultadas e consultados por este autor<sup>25</sup> disseram que praticamente “*não há condenações de racismo no*

---

<sup>24</sup> Na defesa desta tese, com base em Ferrajoli: MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista. Novos Paradigmas**, SP: Saraiva, 2014, p. 181-184, 187 e 191: “O *garantismo*, segundo Ferrajoli (2006), está baseado na *tutela dos valores ou direitos fundamentais* cuja satisfação, mesmo que contramajoritária, é o fim justificante do direito penal. Que fim, ou fins? Um, a imunidade dos/as cidadãos(ãs) contra a arbitrariedade das proibições e das punições. Dois, a *defesa dos fracos* mediante regras do jogo iguais para todos. Três, a dignidade da pessoa do imputado e, portanto, a garantia da sua liberdade através do respeito pela sua verdade. [...] O modelo teórico minimalista se caracteriza, portanto, por dez restrições ao arbítrio legislativo, ou ao erro judicial. Conforme este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que um fato (1), previsto legalmente como crime (2), tenha sido cometido, sem que seja necessária a proibição e punição (3), sem que este tenha gerado efeitos danosos a terceiros (4), caracterizado pela exterioridade e materialidade da ação criminosa (5), pela imputabilidade e culpabilidade do autor (6) e, além disso, tenha sido empiricamente comprovado (7) mediante uma acusação deduzida perante um juiz imparcial (8), em um processo público e contraditório em face da defesa (9) e através de procedimentos legalmente preestabelecidos. [...] O direito penal mínimo, por outro lado, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades cidadãs frente ao poder punitivo, mas um ideal de racionalidade e certeza. [...] Sob este prisma, são direitos fundamentais os postos na Constituição assim como os decorrentes dos tratados e convenções internacionais [...] Todos os direitos fundamentais são (e se justificam enquanto tais), como ensina Ferrajoli, leis dos mais fracos em alternativa às leis dos mais fortes que vigorariam na sua ausência. [...] Como diz Ferrajoli (2011<sup>a</sup>, p. 107), é exatamente porque os direitos fundamentais são sempre leis dos mais fracos contra a lei dos mais fortes, que esses têm validade como direitos do indivíduo para proteger as pessoas também – e acima de tudo, contra as suas culturas, e até mesmo contra suas famílias: a mulher contra o pai e marido, o menor contra os pais e, em geral, os oprimidos contra suas culturas opressivas”.

<sup>25</sup> A Dra. **Maria Sylvia Aparecida de Oliveira**, Presidenta do GELEDÉS – Instituto da Mulher Negra, bem como da Comissão de Igualdade Racial da OAB/SP e Conselheira Seccional da OAB de São Paulo (gestão 2019-2021), e as maravilhosas Vice-Presidentas da Comissão (no mesmo mandato), Dras. Lazara Carvalho e Thayná Yaredi, disseram-me que *concordam que a injúria racial é racismo* e que essa é uma das *lutas históricas do GELEDÉS e do Movimento Negro*. A Professora **Soraia da Rosa Mendes**, grande autoridade de *Criminologia Feminista* e de

*Brasil, só esses casos do STJ*”. Isso porque praticamente *nada* foi até hoje considerado desde Delegacias ou Ministérios Públicos até pelo Judiciário (que sempre desclassificou denúncias do tipo de *racismo* do art. 20 da Lei 7.716/89 para *injúria racial* do art. 140, §3º, do CP), de sorte que sempre foi generalizada a decretação da prescrição dos processos penais sobre racismo (chamado de “injúria racial”) Então, para podermos superar essa prática de *impunidade*, é preciso que, *no mínimo*, a injúria racial não prescreva, por ser forma de racismo, e a *Corte Interamericana de Direitos Humanos* ordena aos Estados criminalizarem condutas para *combater a impunidade*, em razão do dever convencional de *investigar e punir* violações de direitos humanos (art. 1.1 da CADH), em razão do notório sofrimento subjetivo que a impunidade traz às vítimas e/ou suas famílias, à luz dos princípios do *devido processo legal substantivo e justo* (art. 8, item 5, da CADH), em razão de o processo penal dever buscar a *efetividade da justiça*.<sup>26</sup>

---

*Direito Processual Penal Antidiscriminatório*, jurista e mulher negra também com profundo lugar de fala sobre o tema, também ratifica as teses aqui defendidas, tanto da injúria racial como racismo, quanto da homotransfobia configurar tanto racismo quanto injúria racial, em prol de uma **proteção eficiente dos direitos humanos pelo Direito Penal**. Teoria do bem jurídico-penal *constitucional*, que limita adequadamente o Direito Penal.

<sup>26</sup> Para bela explicação da farta jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema, embora em tom crítico a isso, vide: LIMA, Raquel da Cruz. **O Direito Penal dos Direitos Humanos. Paradoxos do Discurso Punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, Belo Horizonte: Ed. CEI, 2018, p. 69-70, 72-98 e 105 e 155. Em síntese, Raquel Lima demonstra que a jurisprudência da Corte Interamericana sempre entendeu que os direitos humanos de acesso à justiça, ao devido processo legal, ao processo justo e efetivo exigem que os Estados utilizem o Direito Penal para proteger os direitos humanos das vítimas de suas violações. Cita que a *erradicação da impunidade* é um dever convencional imposto aos Estados como decorrência lógica da concretização dos direitos humanos, enquanto dever de garantia de efetiva proteção dos direitos humanos violador, que exige que os Estados investiguem e punam seus violadores, inclusive pelo Direito Penal, já que as demandas apresentadas se deram em razão da inefetividade de processos criminais nos Estados. Afirma (a Corte) que a *perpetuação da impunidade* gera inconveniência e, portanto, responsabilidade internacional do Estado. Trata-se de um diagnóstico de fato objetivo, a saber, que a jurisprudência da Corte Interamericana tem, *de fato*, essa posição em sua jurisprudência pacífica, o que se percebe pelo incômodo da autora com isso (que se cita por honestidade intelectual), que finaliza sua obra que as estratégias de litigância na Corte, de “articulação e demanda de grupos minoritários por meio do dever de investigar e punir” geraria um “*novo paradoxo: o desenvolvimento de novos direitos depende da articulação entre punição e direitos humanos, ou seja, de uma das mais severas restrições a direitos de outros indivíduos que é autorizada*” (sic), concordando com Helena Singer quando tem “criticado que a luta pelos direitos humanos venha se restringindo ao tema da penalização que é, fundamentalmente, conservador, posto que seu objetivo é a manutenção da ordem” (sic), tendo em vista que “Os direitos humanos, por outro lado, deveriam ter um espírito emancipatório de transformação social” e entender que haveria suposta “incompatibilidade teórica entre Direito Penal e direitos humanos”, por temer que isso poderia “instrumentalizar a restrição de direitos de outras pessoas em nome de objetivos indiretos que podem, ou não, ser alcançados, embora reconheça que, “independentemente das críticas de Pires e Singer, a jurisprudência da Corte Interamericana tem sido uma jurisprudência extremamente baseada na justiça criminal”, afirmando que a Corte olha “menos para as pessoas que já estão presas e mais para todas aquelas que, por alguma falha, ainda não estão [...] (*Ibidem*, p. 158-161). **A autora, contudo, não enfrenta os citados fundamentos da Corte, sobre os males sociais e as violações dos direitos das vítimas pela perpetuação da impunidade, além de não trazer nenhuma fundamentação dogmática que afaste a existência do dever de investigar e punir quem viola os direitos humanos como algo necessário à proteção efetiva dos direitos por garantias deles assecuratórias, ainda que se entenda o Direito Penal como *ultima ratio* (como deve ser)**. Isso porque, se violados direitos humanos, não resta alternativa que não a punição de quem os violou, ao passo que nunca se defendeu que a punição penal seria *o único meio* de defesa dos direitos humanos, donde não há nenhum “paradoxo” nem “conservadorismo” no seu uso, pois é perfeitamente conciliável com outras estratégias emancipatórias. Ao passo que também *faz parte da emancipação social* a erradicação da impunidade de pessoas que oprimem grupos vulneráveis, violando seus direitos humanos, sendo que são as próprias vítimas e Movimentos Sociais que demandam proteção penal à Corte Interamericana pelas denúncias que fazem à Comissão, de sorte que beira o autoritarismo se mostrar contra a própria vítima ou o movimento social historicamente vítima de opressões clame pela proteção penal de seus direitos humanos. Nada disso é enfrentado pela autora, mesmo tendo visto essa compreensão inerente aos precedentes da Corte Interamericana que muito bem descreveu (merecendo elogios pela *imparcialidade* que teve por descrever fielmente algo que discorda, algo infelizmente em falta no mundo). Ademais, a autora repete um discurso equivocado de “restrição de liberdade” pela criminalização, na medida em que ninguém tem o “direito”

Aliás, há decisões que desclassificaram *de ofício* denúncias por crime de “racismo” para “injúria racial” de *também de ofício* decretaram a prescrição.<sup>27</sup> Veja-se o *cúmulo da má-vontade estrutural do Judiciário* em tais decisões, porque se a ação penal foi proposta por crime de racismo, ela o foi enquanto ação penal pública *incondicionada*, donde nem era juridicamente possível *exigir a representação* da vítima. Um *mínimo* de razoabilidade demandaria intimar a vítima a partir da decisão de desclassificação para, a partir dela, contar-se o prazo decadencial da representação.

Por outro lado, se a conduta que se convencionou chamar de “injúria racial” configura espécie de racismo e é, por isso, *imprescritível*, entendo que também é inconstitucional ou não-recepcionado o prazo legal de *decadência*, que é infraconstitucional. Isso porque, apesar da notória diferença civilista entre prescrição e decadência que obviamente aqui não se nega, parece evidente que quando a Constituição afirmou a *imprescritibilidade* dos crimes de racismo, quis impedir que o mero transcurso de prazo impeça a investigação e punição de condutas racistas devidamente provadas enquanto tais, após o devido processo legal formal e substantivo e respeitadas as garantias penais e processuais penais do *garantismo penal*.<sup>28</sup> Mas, se vier a prevalecer o entendimento de que, pela diferença de institutos, não se poderia afirmar que a *imprescritibilidade constitucional* ao crime de racismo demandaria a proibição de imposição legal de prazos de *decadência*, então entendo que *no mínimo*, uma vez feita a representação, o crime de *racismo contra indivíduos*, na forma que se convencionou chamar de “injúria racial”, seja *imprescritível* a partir daí.

Dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a injúria racial como forma de racismo não “legislou”, não fez “analogia *in malam partem*” nem desrespeitou o princípio da legalidade penal estrita de qualquer forma. Com todo o respeito, **não faz o menor sentido a crítica de que somente tipos penais previstos na Lei 7.716/89 poderiam ser classificados como crimes de “racismo”**. Explico com o seguinte raciocínio: abstraia-se por um momento que os crimes de racismo são crimes praticados por “raça, cor, etnia, religião ou

---

de violar direitos humanos de outrem apenas porque essa violação não é criminalizada. A criminalização apenas (e certamente) *umenta a punição* devida tanto na forma (penal) quanto conteúdo (reclusão/detenção ou penas alternativas outras) à violação de direitos humanos, mas não se pode *seriamente* dizer que, antes disso, havia um pseudo “direito” de violar os direitos humanos, já que o direito fundamental e humano à liberdade significa a prerrogativa de se fazer o que se quiser, *desde que não se prejudiquem terceiros*, e a violação de direitos humanos é, à toda evidência, uma violação de tais direitos.

<sup>27</sup> V.g., STJ, RHC 18.620/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 28.10.2008. Como se vê pela data, é precedente *anterior* à mudança de jurisprudência do STJ sobre o tema, iniciada em 2015, donde referido precedente e todos no mesmo sentido devem ser considerados *superados* (“overruled”).

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**, Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 3ª Ed., SP: RT, 2010, p. 230-235, 362-367, 785-786, 789-791 e 794. Em suma, “*o garantismo opera como uma doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda de legitimação interna do direito penal*” enquanto um “*parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva*”, criado para “*minimizar a violência e maximizar a liberdade*”, razão pela qual o garantismo penal visa garantir “*a imunidade do cidadão a proibições e punições arbitrárias*”. De sorte que as garantias penais e processuais penais referem-se a “*vedações legais de punir, de prender, de perseguir, de censurar ou, de outro modo, sancionar*, sem que *concorram as condições estabelecidas pela lei para tutela dos cidadãos contra os arbitrios*”, para se decidir “*quando punir*” criminalmente, atribuindo-se a “*pena mínima necessária*”, no sentido de uma pena que “*deve ser ‘necessária’ e ‘a mínima dentre as possíveis’ em relação ao objetivo da prevenção de novos delitos*”, à luz de um “*princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por Beccaria e por Kant com a máxima de que cada homem, e por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um ‘meio’ ou ‘coisa’, senão sempre como ‘fim’ ou como ‘pessoa’*”, de sorte a não violar os princípios da proporcionalidade, da dignidade, da igualdade, da equidade e da certeza das penas, para que a pena se mostre *adequada* ao delito praticado, consoante, portanto, a doutrina iluminista.

procedência nacional”, *raça* como um *elemento normativo do tipo*, um conceito valorativo da lei penal que é mais amplo que os demais (algo sempre aceito como constitucional à luz do princípio da taxatividade desde que não seja tal conceito valorativo “intoleravelmente vago”),<sup>29</sup> analisemos os crimes por “cor” e “etnia”, pois ninguém duvidará que estas duas formas de discriminação são espécies de *racismo social* (contra pessoas negras e indígenas). Se os crimes contra indígenas (“por etnia”) forem retirados da Lei 7.716/89 e sua ementa não diga que se trata de crimes de racismo contra indígenas, mas apenas algo como “Dispõe sobre os crimes contra a população indígena”, então quem diz que a chamada injúria racial “não seria” forma de racismo “porque” está fora da Lei 7.716/89 e são disciplinados por lei que não diz expressamente estar tratando de formas de racismo passará a dizer que os crimes contra indígenas não seriam crimes de racismo?! Perceba-se o **absurdo transcendental dessa posição**, que adota um formalismo *exacerbado* inadmissível mesmo à luz do princípio da legalidade penal estrita, porque *leis formais do Parlamento* positivam crimes raciais fora da Lei 7.716/89, enquanto crimes “por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” ou crimes de “discriminação racial”. Afinal, **a chamada “injúria racial” foi positivada como um crime de injúria praticada “por raça”**, junto aos demais critérios racistas nela previstos para além deste conceito valorativo/elemento normativo do tipo penal não-intoleravelmente vago, à luz da teoria constitucional do bem jurídico-penal. Como se pode *seriamente* dizer que uma conduta *positivada* como crime *por raça* ou de discriminação ou motivação *racial* em geral em uma lei distinta da Lei 7.716/89 ou de qualquer outra não seria um *crime de racismo*, um *crime racial*? Com todo respeito, trata-se de argumentação puramente arbitrária, logo, violadora dos **princípios da razoabilidade e da isonomia** em seus notórios e consensuais conteúdos negativos, de vedação do arbítrio.

Portanto, dogmaticamente e hermenêuticamente correta a decisão do STF no HC 154.248/DF, que não “legislou” nem fez “analogia” de nenhuma forma. Não se “equiparou” a injúria racial ao racismo por não ter decidido por “analogia” nem ter “legislado” de nenhuma forma,<sup>30</sup> *reconheceu-se* a injúria racial como forma de racismo, em interpretação sistemática e teleológica do Direito como um todo, mediante *interpretação conforme a Constituição* do tipo penal do art. 140, §3º, do Código Penal com o art. 5º, XLII, relativo ao repúdio constitucional a todas as formas de racismo, ante a chamada injúria racial ser uma forma de *racismo pelo discurso*, que corresponde, assim, à resposta constitucionalmente adequada ao tema (cf. supra). Portanto, a decisão do STF é constitucional e convencional e contribui para que possamos superar essa impunidade *notória* do *racismo pelo discurso*, casos absurdos que o Professor Adilson Moreira bem explica no livro “*Racismo Recreativo*”, evitando a prescrição e possibilitando, assim, uma superação de entendimentos altamente restritivos do Judiciário sobre o que configura crime de racismo ou não mediante decisões de *mérito propriamente dito* (já que a prescrição decide o “mérito” apenas por ficção jurídica útil ao sistema). Perfeita, assim, a resposta enfática do STF, a qual, *hermenêuticamente, de forma técnico-jurídica*, dentro do

---

<sup>29</sup> Para explicação de forte doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira, nesse sentido, analisando precisamente o termo “raça” como elemento “normativo” dos tipos penais (e não elemento “descritivo”), embora no contexto do reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo social enquanto discriminação “por raça” (raça social, cf. HC 82.424/RS) enquanto uma interpretação *literal* dos tipos penais respectivos: IOTTI, Paulo. **Hermenêutica Penal e o Reconhecimento da Homotransfobia como Crime de Racismo à luz do Princípio da Legalidade Penal Estrita**. In: IOTTI, Paulo (org.). O STF e a Hermenêutica Penal que gerou o reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo (sem legislar nem fazer analogia). Bauru: Spessoto, 2022, p. 75-147 (especialmente p. 102-125, itens 4 e 4.1, onde se analisa o tema a luz da taxatividade e do garantismo penal).

<sup>30</sup> O termo “equiparar” tem um sentido de “analogia” no Direito, donde equivocado seu uso para tratar das decisões do STF que reconheceram a homotransfobia (ADO 26/MI 4733) e a injúria racial (HC 154.248/DF) como espécies de racismo. Embora não pareça ser este o intuito de quem usa o termo “equiparação” nos dois casos citados, vale a advertência e o cuidado terminológico para evitar mal-entendidos.

*limite do teor literal* do crime que se convencionou chamar de “injúria racial” (art. 140, §3º, do CP), ao falar que a injúria é uma conduta praticada “por raça” de sua vítima, corresponde a forma de racismo e, por isso, é imprescritível (e, conseqüentemente, inafiançável, ante o disposto no art. 5º, XLII, da CF/88).