

NEGRO DE ALMA BRANCA? A GUINADA HERMENÊUTICA ACERCA DA INJÚRIA RACIAL NO STJ E STF

BLACK WITH WHITE SOUL? THE NEW HERMENEUTICAL STANDARDS ABOUT RACIAL INJURY IN STJ AND STF

Recebido: 14/02/2021

Aceito: 30/11/2021

Paulo Fernando Soares Pereirai

Pós-Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RIO.

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB).

Procurador Federal na Advocacia Geral da União (AGU).

E-mail: paulofsp1983@gmail.com.

 <https://orcid.org/0000-0001-6802-9035>

Thiago Gomes Viana

Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela UnB.

Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

Professor da graduação e pós-graduação da UNDB – Centro Universitário, Centro Universitário Estácio e da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão (MPMA).

E-mail: thiagogviana88@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-3760-1657>

Jorge Alberto Mendes Serejo

Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

Professor dos cursos de graduação em Direito da UNDB – Centro Universitário e do Instituto de Ensino Superior Franciscano (IESF).

Advogado.

E-mail: j_serejo@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-0355-4346>

RESUMO

A legislação penal antirracista pátria nasceu como resposta às reivindicações do Movimento Negro brasileiro, no entanto, desde a pioneira Lei Afonso Arinos, até hoje, são várias as críticas do movimento e da academia quanto à sua efetividade. Relativamente ao crime de injúria racial, questiona-se se e em que medida a doutrina e jurisprudência têm realizado uma leitura constitucionalmente adequada do inciso XLII, do art. 5º, da Constituição Federal. Adotando-se metodologicamente o método dedutivo e a análise documental, objetiva-se explorar as controvérsias acerca do crime de injúria racial a partir do Caso Heraldo Pereira x Paulo Henrique Amorim no STJ e STF, onde se decidiu pela imprescritibilidade do delito. Para tanto, inicialmente, aborda-se a categoria do racismo, suas concepções e principais aspectos. Posteriormente, analisa-se a transformação, evolução da legislação antirracista no Brasil e sua instrumentalização nas disputas do campo jurídico. Por fim, aborda-se a guinada hermenêutica no STJ e STF quanto ao referido crime a partir do caso em análise e suas implicações penais materiais e processuais. Conclui-se ser acertada a tese acolhida pelo STJ e STF no caso, concretizando uma adequada leitura constitucional do conceito de racismo (Caso Ellwanger) e sintonizada com os dados empíricos, de modo a enfrentar a que se mostra a mais comum manifestação racista.

Palavras-chave: Racismo; Injúria; Nomeação; Judiciário; Branquitude.

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.



This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

ABSTRACT

Brazilian's anti-racist criminal legislation was born in response to the demands of the Brazilian Black Movement; however, since the pioneering Afonso Arinos law, until today, there have been several criticisms from the movement and the Academy about its effectiveness. Regarding the crime of racial insult, it is questioned whether and how the legal doctrine and jurisprudence have carried out a constitutionally adequate reading of art. 5º, XLII, of the Federal Constitution. Adopting the deductive method and documentary analysis, the present article intends to explore the controversies about the crime of racial insult based on the case *Heraldo Pereira versus Paulo Henrique Amorim* at STJ and STF, where the decision made was for its imprescriptibility. Therefore, the category of racism, its conceptions and main aspects are approached. Subsequently, analyses the transformation of anti-racist legislation in Brazil and its instrumentalization in wranglings in the legal field. Finally, the hermeneutic shift at STJ and STF regarding the crime in question and its material and procedural criminal implications are addressed. It concludes that the thesis accepted by the STJ and STF in the case was correct, carrying out an adequate constitutional reading of the concept of racism (*Ellwanger Case*) and in tune with the empirical data, in order to face the most common racist manifestation.

Keywords: Whiteness; Racial insult; Judiciary; Nomination; Racism.

1. Introdução

O debate sobre a igualdade racial tem cada vez mais ocupado espaço nas discussões públicas, especialmente após o surgimento da internet e suas potencialidades comunicativas que permitem o contato e articulação de pessoas de distintos lugares de um mesmo país e até mesmo fora das fronteiras nacionais.

Essa preocupação se espelha na aprovação de diversos diplomas internacionais específicos sobre a temática desde ao menos 1958. Em 23 de dezembro de 2013, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou o Programa de Atividades para a Implementação da Década Internacional de Afrodescendentes (2015-2024), estruturado nos eixos reconhecimento, desenvolvimento e justiça, tendo como principais objetivos a promoção do respeito, proteção e cumprimento de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas afrodescendentes, bem como um maior conhecimento e respeito pelo patrimônio diversificado, a cultura e a contribuição de afrodescendentes para o desenvolvimento das sociedades e, ainda, adotar e reforçar os ordenamentos jurídicos nacionais, regionais e internacionais, de modo a fazer cumprir a Declaração e Programa de Ação de Durban e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

No Brasil, a temática racial saiu da condição de “estados de coisas”¹ e se transformou em um problema político apenas em 1950 e, ainda assim, motivada notadamente pelo caso da famosa bailarina Katherine Dunham, que teve a hospedagem negada em um hotel na cidade de São Paulo, onde viera se apresentar. O fato teve uma forte repercussão negativa nacional e internacionalmente e poucos meses depois foi aprovada a Lei nº 1.390/51 (Lei Afonso Arinos). Após as articulações no processo constituinte, a previsão na Carta Magna do racismo como crime imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão foi celebrada como uma vitória pelo Movimento Negro. Cerca de um ano depois, a Lei Afonso Arinos foi posteriormente revogada pela vigente Lei nº 7.716/1989 (Lei Caó). Esta e todas as leis que alteraram a redação desta, além de outras, a exemplo do Estatuto da Igualdade Racial, comprovam não apenas uma preocupação do Movimento Negro como também do Estado, em, ao menos na seara legal, prever mecanismos de enfrentamento ao racismo.

Dentre as leis que alteraram a Lei Caó, a Lei nº 9.459/1997 surgiu como reação à famigerada prática jurisprudencial em não enquadrar na Lei Caó as ofensas de cunho racista e classificar tais discursos como injúria simples. Assim, criada a figura da injúria racial no Código Penal (CP), a jurisprudência eivada de racismo estrutural passou a entender que o mandado constitucional de criminalização se circunscreveria apenas às condutas previstas na Lei Caó, não à injúria racial porque esta não seria manifestação de racismo.

O presente artigo tem como objetivo trabalhar a mudança paradigmática quanto ao delito de injúria racial operada no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF), notadamente motivada pelo Caso Heraldo Pereira versus Paulo Henrique Amorim, reconhecendo-se, à revelia do que até então se decidia nos tribunais e no que pensava o senso comum teórico dos juristas, a imprescritibilidade e inafiançabilidade de tal delito.

Para tanto, na primeira parte, analisa-se, de maneira geral, o fenômeno do racismo e sua complexidade e constante mutabilidade, a fim de demonstrar que a injúria racial e o crime de racismo, em verdade, fazem parte do mesmo fenômeno que a Constituição Federal procurou combater.

Na segunda parte, debater-se-á a historicização da criminalização do racismo na legislação brasileira ao longo dos processos de disputas sobre a questão racial no

1 Entende-se por “estado de coisas” a “situação que se arrasta durante um tempo razoavelmente longo, incomodando grupos de pessoas e gerando insatisfações sem, entretanto, chegar a mobilizar as autoridades governamentais. Trata-se de uma situação que incomoda, prejudica, gera insatisfação para muitos indivíduos, mas não chega a constituir um item da agenda governamental, [...] não se encontra entre as prioridades dos tomadores de decisão”. (RUA, Maria das Graças. Políticas públicas. 3. ed. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2014, p. 66).

seio da sociedade desde o início do século XX. Para tal, discorreremos sobre como os significantes “preconceito de cor” e “discriminação racial” foram construídos no debate político, fruto das articulações do movimento negro, e como essas categorias ingressam no ordenamento jurídico para, de maneira inadvertida, serem manipuladas posteriormente pelos agentes do “campo”, na doutrina e na jurisprudência, para a caracterização do racismo como “injúria racial”. Por fim, evidencia-se como a jurisprudência vem sinalizando interpretação diversa e como novas articulações do Movimento Negro, visando combater a impunidade e o racismo institucional, vem discutindo a categoria legal “racismo praticado mediante injúria”.

No terceiro e último tópico, inicialmente será abordada a categoria do reconhecimento desde a filosofia moral contemporânea para compreender os efeitos da injúria (ofensa) relativamente à autoestima e dignidade da pessoa humana. Em seguida, explora-se o entendimento da doutrina e jurisprudência acerca da figura da injúria racial relativamente ao mandado de criminalização do inciso XLI da Carta Magna. A partir dessas premissas, analisa-se criticamente suas falhas jurídico-hermenêuticas e dogmáticas em franca violação ao texto constitucional, bem como com à própria política criminal pautada em dados empíricos, a reconhecer a injúria racial como provavelmente a forma mais comum de prática do racismo no Brasil, reconhecendo-a como abarcada pelo mandado constitucional de criminalização do racismo a partir do Caso Heraldo Pereira vs. Paulo Henrique Amorim no âmbito do STF e STJ. Conclui-se, afinal que essa se mostra a leitura constitucionalmente adequada do conceito ontológico-constitucional do racismo.

2 . Racismo, diversas concepções, um só objetivo: exclusão

Por que as instituições do sistema de justiça brasileiras possuem tanta dificuldade em lidar com o racismo e com suas variantes que ultrapassem as tradicionais discussões contidas nos manuais de direito penal em torno do crime de racismo individual?

Um primeiro pressuposto decorre do assunto privilégio/tabu, ou seja, discutir a questão pressupõe tratar de assuntos que tocam na própria formação dos privilégios das elites que comandam o sistema judicial brasileiro, homogeneamente brancas ou embranquecidas/branqueadas. Esse privilégio também se constitui um tabu, pois a sua discussão põe em xeque os pactos narcísicos que o sustentam.

Um segundo pressuposto decorre do próprio desconhecimento a respeito do racismo, já que o direito brasileiro, até pouco tempo, quase não debatia sobre a temática. Além da visão restrita dada pelos manuais de direito penal e pelos precedentes judiciais,

o racismo é fenômeno que ultrapassa o direito, tendo implicações econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas etc.

Michel Wieviorka², nesse sentido, alerta que o racismo é, sem dúvida, anterior a seu próprio conceito, ou pelo menos à sua denominação/nomeação, isto é, trata-se de fato social que ultrapassa os meros enunciados legislativos declaradores da igualdade formal de direitos ou fim da escravidão. Portanto, trata-se de um fenômeno complexo e que se complexifica na medida em que as ditas sociedades complexas, em seus sistemas sociais, vão interseccionando as suas diversas problemáticas.

O direito e seus atores, os juristas, por outro lado, em regra, estão enclausurados a modelos hermenêuticos os quais costumam ignorar tal complexificação, seja porque o assunto é tabu, como foi e é o caso do racismo brasileiro, sedimentado a partir do mito da democracia racial e da miscigenação, seja porque o assunto é um tanto “perigoso”. Afirma-se que uma discussão séria em torno do racismo sempre foi um assunto “perigoso” nos debates jurídicos, pois boa parte dos debates constitucionais, bem como aqueles relativos aos direitos civis esteve atrelado a pressupostos liberais de uma suposta consensualidade e ausência de conflito na gênese da Nação. Corroborando tal argumento Nelson Maldonado-Torres³ assevera que,

A alusão à paz, como estado de harmonia dentro de uma ordem estabelecida, há sido durante muito tempo uma ferramenta indispensável no arsenal do colonialismo e do racismo. Na modernidade/colonialidade, esta paz se sobrepõe a uma guerra cruel: gente assassinada, corpos em pedaços, violados e mutilados, povos subjugados, antepassados ofendidos, terras espoliadas, rios de água turbulenta e sangrenta.

As discussões relativas ao racismo evidenciam que a gênese da Nação está marcada pelo conflito e pela violência direcionada principalmente contra os povos indígenas e população negra. O direito, como se percebe, silenciou e condescendeu com os pactos de silêncio em torno do racismo, os quais começaram a criar fissuras em suas estruturas em tempos mais recentes. Nesse sentido, Nelson Maldonado-Torres⁴ questiona:

2 El racismo: una introducción. Barcelona: Gedisa, 2009, p. 21.

3 MALDONADO-TORRES, Nelson. Notas sobre la colonialidad de la paz. In: La construcción del “mundo del Tú”. Moca (Puerto Rico): Ediciones Guamo, 2020, p. 11.

4 MALDONADO-TORRES, op. cit., p. 10.

A lei e a ordem são tanto materiais como simbólicos e epistêmicos. Portanto, também, é necessário perguntar: o que pode significar a ordem, a decência e a razão quando as instituições que se encarregam de cultivar o conhecimento e a criatividade artística tendem a satisfazer-se com medidas de diversidade e inclusão que muitas vezes promovem a tolerância ao colonialismo de assentamento e a segregação racial, social, econômica e epistêmica? Toda medida que busca proteger, em lugar de questionar, as disciplinas e métodos existentes que não logram evidenciar a gravidade da violência estrutural no mundo moderno jogam um papel importante para a manutenção da ordem material, simbólica e epistêmica da colonialidade.

A colonialidade da lei e da ordem se fazem evidentes quando a “lei e a ordem” (nada mais simbólico, no Brasil, do que “ordem e progresso”, como quem diz, havendo ordem, o progresso será automático), servem para traduzir o roubo sistemático nos direitos de propriedade, e quando, ainda, uma larga história de homicídios e epistemicídios permanecem ocultos sob uma retórica de avanço civilizatório e acadêmico; a colonialidade da lei e da ordem se estabelecem de forma consolidada quando se operam mediante as instituições do Estado, desde as delegacias de polícia, os tribunais, as prisões, a escola e as universidades⁵.

Isso evidencia o quanto as instituições do sistema de justiça contribuíram, contribuem e poderão contribuir para perpetuar a manutenção do racismo, já que estão imbuídas na lógica do racismo institucional, retroalimentando o racismo estrutural e outras formas de opressão, como as violências de gênero, classe, o capacitismo etc. Nesse contexto, faz-se necessário que seja evidenciado o que se considera como racismo, para se ter uma noção das limitações do próprio campo jurídico quando se trata da questão, já que a própria nomeação da categoria jurídica do racismo não é bem definida no Brasil.

Posto isso, um dos desafios para o Direito das Relações Raciais, atualmente, é fazer com que as discussões e a legislação sobre o racismo sejam capazes de ter um alcance que vá além do racismo individual, em seus aspectos cíveis e criminais, levando-se para o campo do Direito Constitucional o debate e a produção de legislação que seja capaz de dar tratamento condizente com a complexidade do fenômeno do racismo, proporcionando uma disciplina jurídica ao racismo institucional⁶, cultural, ambiental, epistêmico ou a quaisquer novas formas discriminatórias, à medida que tal fenômeno vá

5 MALDONADO-TORRES, op. cit., p. 11.

6 O Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.888/2010) é o marco jurídico mais importante a respeito do enfrentamento ao racismo institucional no Brasil e dá diversas diretrizes para se combater as diversas formas de racismo (PEREIRA, 2019). Recentemente, a Câmara dos Deputados, em 17 de dezembro de 2020, instituiu Comissão de Juristas Negros(as) objetivando propor medidas para o combate ao racismo.

se apresentando, dissimulando e renovando⁷.

Assim, para se combater o racismo, então, é preciso desmitificar os seus mitos, como o da democracia racial ou da miscigenação, e, conseqüentemente, compreendê-lo. O racismo não é natural, nem universal ou metahistórico, mas um produto, criação da cultura e do pensamento humano, uma forma de conduta e por ela um fenômeno totalmente histórico, significando sobretudo que o racismo é suscetível de mudança e de fato há mudado uma vez ou outra no curso da história⁸.

Stokely Carmichael e Charles V. Hamilton⁹ argumentavam que, apesar de sua complexidade e variedade de formas, o racismo pode ser visto como a predileção de decisões e de políticas sobre considerações de raça com o propósito de subordinar um grupo racial e manter o domínio sobre o dito grupo. Nesse contexto, o racismo tem um pressuposto básico de não reconhecimento e de exclusão.

Os mesmos autores¹⁰ complementavam alertando que o racismo não seria uma mera exclusão baseada na raça, mas, sim, a exclusão com o propósito de subjugar ou manter a subjugação, o que não diferiu muito do Brasil e demais países da América Latina que vivenciaram a experiência do Atlântico Negro.

Ainda no sentido de exclusão e inferiorização, Michel Wieviorka¹¹ diz que o racismo consiste em caracterizar um conjunto humano mediante atributos naturais, associados, por sua vez, a características intelectuais e morais aplicáveis a cada indivíduo relacionado com este conjunto e, a partir disso, adotar práticas de inferiorização e exclusão.

Michel Wieviorka¹² classifica ainda o racismo em níveis, de modo que a violência se apresenta como o critério fundamental para analisar o seu estrato¹³. O elemento violência, aqui, é bastante interessante para fins de compreensão.

7 PEREIRA, Paulo F. S. Patrimonialização quilombola: é possível tratar de quilombo sem se falar de racismo? In: IX Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís: EDUFMA, 2019. v. 1. p. 1-12.

8 GEULEN, Christian. Breve historia del racismo. Madrid: Alianza Editorial, 2010, p. 8.

9 Poder negro: la política de liberación en Estados Unidos. Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 1967, p. 9-10.

10 CARMICHAEL; HAMILTON, op. cit., p. 53.

11 Op. cit., p. 13.

12 Op. cit.

13 D'APPOLLONIA, Ariane C. Los racismos cotidianos. Barcelona: Bellaterra, 1998; PEREIRA, op. cit., 2019.

Quadro I – Níveis de racismo para Michel Wieviorka (2009)

Nível	Característica 1	Característica 2
Infrarracismo	Ele se mostra débil. Não se apresenta de forma estruturante. Suas diversas expressões não têm unidade aparente	As manifestações e os seus rumores não têm alcance prático, estando a violência difusa e localizada
Racismo disperso	O fenômeno está visivelmente constituído e é mais tangível e afirmado	As estatísticas podem dar testemunho da vivacidade das opiniões e das injúrias racistas
Racismo institucional ou político	Penetra a vida das instituições, que contribuem mais ou menos ativamente para a discriminação e a segregação, explícita ou implicitamente	
Racismo total	Penetraria toda a sociedade e, sobretudo, estaria acima do Estado, que se organizaria em função de uma doutrina racista	Ativando programas que inspiram a mesma, mobilizando eventualmente as forças vivas do país e, por fim, servindo, dessa forma, às suas orientações, como o apartheid

Entretanto, as classificações acima não deixam muito evidente a diferença entre o racismo estrutural e o racismo institucional, o que faz com que muitos confundam os conceitos. Considera-se o racismo estrutural como uma das grandes formas de opressão e exclusão das sociedades que vivenciaram o processo de colonização, sendo ele uma das grandes estruturas, ao lado das questões de classe e gênero, que sustentam o sistema brancocêntrico patriarcal de privilégios.

Para justificar o sistema econômico capitaneado pela Europa principalmente, o racismo foi essencial, ou seja, trata-se de elemento chave para se compreender diversas questões de desigualdade presentes em sociedades como a brasileira. Sobre isso, Aníbal Quijano¹⁴ enfatiza que,

A ideia de raça, em seu sentido moderno, não tem história conhecida antes da América. Talvez se tenha originado como referência às diferenças fenotípicas entre conquistadores e conquistados, mas o que importa é que desde muito cedo foi construída como referência a supostas estruturas biológicas diferenciais entre esses grupos.

A formação de relações sociais fundadas nessa ideia produziu na América identidades sociais historicamente novas: índios, negros e mestiços, e redefiniu outras. Assim, termos como espanhol e português, e mais tarde europeu, que até então indicavam apenas procedência geográfica ou país de origem, desde então adquiriram também, em relação às novas identidades, uma conotação racial. E na medida em que as relações sociais que se estavam configurando eram relações de dominação, tais identidades foram associadas às hierarquias, lugares e papéis sociais correspondentes, com constitutivas delas, e, conseqüentemente, ao padrão de dominação que se impunha. Em outras palavras, raça e identidade

racial foram estabelecidas como instrumentos de classificação social básica da população.

Eis uma breve genealogia do racismo¹⁵, em nível das Américas. No Brasil, por sua vez, conquanto seja combatido pela legislação, atualmente, persistem formas ocultas de racismo que são acobertadas pelo próprio Direito. Isso ocorre porque o Direito costuma combater as formas mais explícitas e deixa outras formas sob o manto da normalidade, sem que se faça a sua nomeação, mantendo o seu aspecto de naturalidade e inquestionabilidade¹⁶.

James Jones¹⁷ alerta que, como fenômeno complexo, o racismo pode se dar por variadas formas:

Quadro II - Formas de racismo para James Jones (1973)

Forma	Característica 1	Característica 2
Individualmente	Um sujeito considera que as pessoas negras, como um grupo, são inferiores aos brancos por causa de traços físicos	Acredita-se que os traços genotípicos ou fenotípicos são determinantes de comportamento social, assim como de qualidades morais ou intelectuais
Institucionalmente	Quando complexas relações inter-relacionais entre as instituições da sociedade fazem com que os efeitos em longo prazo da prática institucional sejam negativos	Pode se manifestar na economia, na educação e nos sistemas burocráticos ou de justiça
Culturalmente	Expressão individual e institucional da superioridade da herança cultural de uma raça em relação à outra	

O racismo brasileiro costumeiramente foi tratado como problemática de alguns poucos indivíduos, ou seja, como “algo raro entre nós” ou de que “não existe racismo entre nós”, como verbalizaram recentemente as mais altas autoridades da República em

15 Não deixam de ser interessantes as análises foucaultianas a respeito da genealogia do racismo, em que pese o foco eurocentrado, cf. FOUCAULT, Michel. Nascimento e transformações do racismo [Aula de 28 de janeiro de 1976]. In.: FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 55-71. Por outro lado, há críticas às ideias foucaultianas sobre o racismo, cf. GROSFOGUEL, Ramón. El concepto de “racismo” en Michel Foucault y Frantz Fanon: ¿ teorizar desde la zona del ser o desde la zona del no ser? Tabula Rasa: Revista de Humanidades, nº 16, p. 79-102, ene./jun. 2012.

16 PEREIRA, op. cit., 2019.

17 Racismo e preconceito. São Paulo: EDUSP, 1973, p. 5, 105 e 117.

seus negacionismos raciais. Essas falas negacionistas revelam a sofisticação do racismo brasileiro e o seu caráter de denegação. Some-se a isso que sempre tivemos grandes dificuldades inclusive de levar adiante os casos, processos criminais envolvendo a injúria racial ou o racismo, como demonstram os estudos clássicos sobre o tema¹⁸.

Dessa forma, a dificuldade tanto na criminalização do racismo e na condução dos processos judiciais que envolvem ele demonstram que, em geral, tais atos como aberrantes de indivíduos que não são representativos da tolerância racial mais geral da qual faz parte a cultura latino-americana de “inocência racial”¹⁹, incluídos os brasileiros em sua “cordialidade” ou “doçura”²⁰. Isso ocorre porque:

Não questionam as estruturas sociais estruturalmente racistas; tampouco, os contextos institucionais. Definem o racismo como um problema de ignorância, algo que está na mentalidade do indivíduo racista, ou como uma questão de preconceitos socioraciais que podem ser combatidos mediante campanhas massivas de educação cidadã e sanções pedagógicas²¹.

Essa linha de raciocínio, comum entre nós, inclusive entre os atores das instituições do sistema de justiça, perpetua o mito da inexistência do racismo institucional no Brasil, graças à ideia bastante difundida de que ele foi abolido com o fim da escravização e que os exemplos de racismo institucional são problemas dos “outros”. Os casos de segregação racial, nos Estados Unidos, e o apartheid, na África do Sul, são exemplos limitados a respeito do racismo institucional, por mais que sejam muito convenientes como pontos de referência para ocultar o racismo na América Latina²².

Esse pensamento reproduz-se, inclusive, junto ao Supremo Tribunal Federal – STF

18 Análises sobre como essas questões são lidadas pelo sistema penal podem ser encontradas em: BERTÚLIO, Dora L. de L. Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo. Dissertação (Mestrado em Direito), UFSC, 1989, 249 f; GUIMARÃES, Antonio S. A. O insulto racial: as ofensas verbais registradas em queixas de discriminação. Estudos Afro-Asiáticos, nº 38, p. 31-48, 2000. Estudos mais recentes sobre a criminalização do racismo podem ser encontrados em: PIRES, Thula. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Tese (Doutorado em Direito) PUC/Rio, 2013.

19 Para uma síntese do conceito de racismo no contexto latino, cf. BONILLA-SILVA, Eduardo. Qué es el racismo? Hacia una interpretación estructural. In: MOSQUERA ROSERO-LABBÉ, Claudia et al. Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras. Bogotá: UNAL, 2010, p. 649-698.

20 HERNÁNDEZ, Tanya K. La subordinación racial en Latinoamérica: el papel del Estado, el derecho consuetudinario y la nueva respuesta de los derechos civiles. Bogotá: Siglo del Hombre, 2013, p. 22-23; PEREIRA, op. cit., 2019.

21 MOSQUERA ROSERO-LABBÉ, C. Introducción: la persistencia de los efectos de la “raza”, de los racismos y de la discriminación racial: obstáculos para la ciudadanía de personas y pueblos negros. In: Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras. Bogotá: Universidad Nacional, 2010, p. 23.

22 HERNÁNDEZ, op. cit., p. 25.

que timidamente vem avançando nas discussões em relação ao racismo, dada a grande incompreensão e pacto de silenciamento jurídico racial do direito brasileiro em relação à temática, consubstanciado em três marcos jurídicos fundamentais: 1888, abolição, 1889, Proclamação da República e, 1891, primeira Constituição republicana²³. Um de seus ministros disse que “na República Brasileira, nunca houve formas de segregação racial legitimadas pelo próprio Estado”. Sua visão privilegiada e “iluminada” externa que algo na “República” não está bem, pois está-se desconsiderando a produção acadêmica sobre a existência do racismo institucional no Brasil²⁴. Veja-se trecho do voto na ADPF-186:

[...] Nos Estados Unidos, por exemplo, existiu um sistema institucionalizado de discriminação racial estimulado pela sociedade e pelo próprio Estado, por seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em seus diferentes níveis. A segregação entre negros e brancos foi amplamente implementada pelo denominado sistema Jim Crow e legitimada durante várias décadas pela doutrina do “separados mas iguais (separate but equal), criada pela famosa decisão da Suprema Corte no caso Plessy vs. Ferguson (163 U.S 537 1896). Com base nesse sistema legal segregacionista, os negros foram proibidos de frequentar as mesmas escolas que os brancos, comer nos mesmos restaurantes e lanchonetes, morar em determinados bairros, serem proprietários ou locatários de imóveis pertencentes a brancos, utilizar os mesmos transportes públicos, teatros, banheiros etc., casar com brancos, votar e serem votados e, enfim, de serem cidadãos dos Estados Unidos da América. Foi nesse específico contexto de cruel discriminação contra os negros que surgiram as ações afirmativas como uma espécie de mecanismo emergencial de inclusão e integração social dos grupos minoritários e de solução para os conflitos sociais que se alastravam por todo o país na década de 60. Assim, não se pode deixar de considerar que o preconceito racial existente no Brasil nunca chegou a se transformar numa espécie de ódio racial coletivo, tampouco ensejou o surgimento de organizações contrárias aos negros, como a Ku Klux Klan e os Conselhos de Cidadãos Brancos, tal como ocorrido nos Estados Unidos. Na República Brasileira, nunca houve formas de segregação racial legitimadas pelo próprio Estado. (fl. 181). [Grifou-se]

Apesar de bem intencionado, o voto não deixa de demonstrar como a branquitude/ branquidade judiciária tenta definir o que foi ou não segregação racial no Brasil ou o que se adequa ao conceito de racismo e suas variantes. Isso, por mais bem intencionado que seja, é um exercício de poder²⁵ e definição de saber jurídico, ou seja, de disputa pela

23 PEREIRA, Paulo Fernando Soares. Os Quilombos e a Nação: inclusão constitucional, políticas públicas e antirracismo patrimonial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

24 A América Latina costuma negar o racismo institucional, cf. HERNÁNDEZ, Tanya K. La subordinación racial en Latinoamérica: el papel del Estado, el derecho consuetudinario y la nueva respuesta de los derechos civiles. Bogotá: Siglo del Hombre, 2013, p. 73-105, com os argumentos que tratam do direito consuetudinario de segregação racial patrocinado pelo Estado brasileiro.

25 Lo que lo poscolonial le hace al derecho. In: Raza, cultura, identidades: un enfoque feminista y poscolonial. Traducción de Julieta Lenarduzzi. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2016, p. 40.

narrativa epistemológica, no campo do direito, do racismo.

Não em vão, de acordo com Abdias do Nascimento²⁶, o Brasil gastou grande esforço tentando criar a ficção histórica segundo a qual o país representaria o paraíso da harmonia racial sobre a terra, cujo modelo deveria ser copiado pelas demais nações. Para que o Brasil pudesse se igualar às nações “civilizadas”, por consequência, uma das estratégias foi a importação das matrizes jurídicas liberais²⁷, bastante difundidas entre as instituições jurídicas²⁸.

O racismo, por sua vez, aperfeiçoa-se na medida em que as sociedades ditas complexas aumentam suas complexificações. Assim, tudo permite supor que a história do racismo não chegou de modo algum ao seu final e alguns fenômenos apontam inclusive que estamos no umbral de uma época em que parece, pelo menos, possível um autêntico renascimento do racismo²⁹, sendo dever das instituições do sistema de justiça atentar para a questão, posicionando-se de forma a combater essa anomaliação dos pactos democráticos.

3. Lutas sociais e disputas no campo jurídico: transformações da legislação antirracista no Brasil

A disputa de narrativas que envolvem, de um lado, a pertinência do racismo como prática entranhada na sociabilidade brasileira e, do outro, a afirmação ressentida da tese da democracia racial (portanto, de negação do racismo) encontra um ponto de inflexão nas últimas décadas do século XX. No conjunto das lutas que levaram ao enfraquecimento da ditadura civil-militar, figuram os chamados novos movimentos sociais³⁰, cujos protestos deslizaram do campo político das manifestações de rua para a institucionalidade da agenda constituinte de 1987/1988, visando demarcar proposições normativas que pudessem levar adiante a mudanças estruturais não apenas da sociedade, mas também

26 NASCIMENTO, Abdias do. Quilombismo: um conceito científico emergente do processo histórico-cultural das massas afro-brasileiras. In: O quilombismo. Petrópolis: Vozes, 1980, p. 25.

27 A importação de ideais liberais foi uma constante na América Latina, cf. CRUZ GONZÁLEZ, Miguel Antonio. Con libertad pero sin ciudadanía. Igualdad formal y subjetivación del “negro” en las postrimerías de la esclavitud. In: MOSQUERA ROSERO-LABBÉ, Claudia et al. Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras. Bogotá: UNAL, 2010, p. 489-522; WADE, Peter. Liberalismo, raza y ciudadanía en Latinoamérica. In: MOSQUERA ROSERO-LABBÉ, Claudia et al. Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras. Bogotá: UNAL, 2010, p. 467-486.

28 PEREIRA, op. cit., 2019.

29 GEULEN, op. cit., p. 11.

30 Novos movimentos sociais cfe HOBWSBAWM, Eric. Era dos Extremos. O breve século XX. 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995; GOHN, Maria da Glória. Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo: Ed. Loyola, 1997; WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo Ed. Alfa Ômega, 2001; GONÇALVES, Cláudia Maria da C. Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.

dos agentes do “campo jurídico” em suas disputas pelo monopólio de dizer o direito³¹ diante de questões raciais judicializadas.

Esse “protesto negro”³² porém, não foi uma exclusividade do final do século XX. Vários movimentos pós-abolição, ainda que sob uma perspectiva integracionista³³, foram criados no sentido de se insurgir contra uma espécie de “espoliação racial” que a ordem econômica, política e social estabelecida criava para impedir a chamada “população de cor” de conquistar oportunidades e garantias sociais legalmente consagradas no ordenamento vigente.

A emergência do Estado Novo e políticas nacional-populistas na primeira metade do século puseram fim a tais investimentos³⁴, que não chegaram a ter simpatia de outros estratos, inclusive dos partidos de esquerda da época, os quais mais se ligavam às questões de classe. Depois, experiências como o Teatro Experimental do Negro (TEN), e o nascimento de uma geração que assume cerca de trinta anos depois a responsabilidade de radicalizar e liderar o movimento negro na defesa de uma “verdadeira democracia racial”, mudam os rumos do protesto negro.

Na década de 1970, no contexto da eclosão dos novos movimentos que lutaram pela democratização política, as organizações sociais negras brasileiras - impelidas pelos ventos de movimentos negros norte-americanos, e pelos processos de libertação das antigas colônias africanas -, passaram a intensificar no debate público a centralidade do debate racial, sendo a maior expressão o Movimento Negro Unificado Contra a Discriminação Racial (MNUCDR), depois MNU³⁵.

Na nova dinâmica política engendrada a partir daí, o movimento negro dialogou, se aliou, e concorreu com diversas tendências políticas e sociais, muitas delas incorporando a pauta negra em suas plataformas, como os novos partidos de esquerda que estavam sendo fundados e que posteriormente abrigariam importantes quadros negros nas eleições pluripartidárias e no debate constituinte³⁶; porém, a defesa da autonomia frente às demais organizações da sociedade civil levou o protesto a radicalizar e “buscar um novo significado à ideia de Brasil, e assim é a própria história do país que torna objeto de litígio”³⁷.

31 BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

32 Protesto negro assume aqui no texto o significado analítico proposto por Florestan Fernandes. Cf. FERNANDES, Florestan. Significado do protesto negro. São Paulo: Cortez, 1989.

33 FERNANDES, Florestan. O negro no mundo dos brancos. São Paulo: Ed. Global, 2007, p. 11-44.

34 SALES JUNIOR, Ronaldo. Democracia racial: o não-dito racista. Tempo social, 2006, vol.18, n.2, p. 229-258.

35 MOURA, op. cit., p. 71-73.

36 SANTOS, Natalia Neres. A voz e a palavra do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988): um estudo das demandas por direitos. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015, p. 56-58.

37 RIOS, Flávia. O protesto negro no Brasil contemporâneo (1978-2010). In: Revista Lua Nova, nº 85, São Paulo, 2012, p. 44.

Àquela altura, o Estado e amplos setores da sociedade - sob a falsa noção de democracia racial fruto da miscigenação e da suposta harmonia interétnica que fora inoculada no imaginário social desde a década de 1930 - eram refratários ao reconhecimento da discriminação racial como a realidade concreta que afligia a maioria da sociedade e que retirava especialmente da população negra horizontes e possibilidades de integração.

Assim, com o reflorescimento do movimento negro nos anos 1970, a discriminação racial passou a ser a “categoria central na nova gramática política desse movimento”³⁸. Em momentos anteriores de mobilização, o eixo discurso era apoiado na noção de “preconceito de cor”, categoria problematizada por Florestan Fernandes, pois não distingue o “preconceito propriamente dito da ‘discriminação’, ficando ambos estão fundidos numa mesma representação conceitual”³⁹.

Na ausência de uma forma oficial de racismo (como as leis de Jim Crow nos Estados Unidos ou apartheid na África do Sul), o Brasil sustentou a imagem de um paraíso racial⁴⁰, embora tenha sido último a abolir a escravidão nas Américas. Florestan Fernandes sustenta a existência de uma forma particular de racismo, expressada na tendência dos brasileiros de considerarem o ‘preconceito de cor’ como algo ultrajante para quem sofre e degradante para quem o pratica, polarização que “parece ser uma consequência do ethos católico”. Ou seja: “uma confusa combinação de atitudes e verbalizações ideais que nada têm a ver com as disposições efetivas de atuação social”⁴¹, algo como um preconceito de ter não preconceito, um racismo que se esconde “por detrás de uma suposta garantia da universalidade das leis, e lança para o terreno privado o jogo da discriminação”⁴².

Localizado no foro íntimo, a salvo de controle social, nasce algo como um “racismo sem raça” ou sem “racista”⁴³, cuja afirmação se dá pela sua negação, pelo não- dito; já o ‘preconceito de cor’ passou a ser condenado sem reservas, como se constituísse um mal em si mesmo. “Não obstante, a discriminação presente na sociedade mantinha-se intocada, desde que preservado um certo decoro e que suas manifestações continuassem ao menos dissimulada”⁴⁴; o racismo aparece, então como “um estilo de vida”⁴⁵.

A discussão sobre os contextos em que tais categorias aparecem ao longo do século passado no debate público interessam ao presente trabalho à medida que

38 RIOS, op. cit., p. 44.

39 FERNANDES, Florestan. A integração do negro na sociedade de classes: no limiar de uma nova era. São Paulo: Globo, 2008, p. 44.

40 SCHWARCZ, Lília Moritz. Nem preto nem branco muito pelo contrário: cor e raça na sociabilidade brasileira. São Paulo: Claro Enigma, 2012, p. 58-59.

41 FERNANDES, op. cit., 2007, p. 43.

42 SCHWARCZ, op. cit. p. 67.

43 SALES JR., op. cit., 2006.

44 SCHWARCZ, op. cit. p. 70.

45 SCHWARCZ, op. cit. p. 70.

possibilitam entender de que maneira elas são apropriadas pelo campo jurídico, já que preconceito e discriminação passaram a ser categorias legais utilizadas pela linguagem jurídica “legítima”.

É com esta visão que nasce a Lei nº 1.390 de 1951, a primeira lei que tipifica como contravenção penal o “preconceito de raça e de cor” no Brasil. Também conhecida como “Lei Afonso Arinos”, o diploma veda a recusa, por parte de estabelecimento comercial ou de ensino de qualquer natureza, de hospedar, servir, atender ou receber cliente, comprador ou aluno, por preconceito de raça ou de cor⁴⁶.

Dora Bertúlio considera a lei “absolutamente elitista, na medida em que se refere a atos discriminatórios e preconceituosos ocorridos em locais públicos [...]. Isto elimina de pronto as questões do trabalho, por exemplo”⁴⁷. Também recorda que autor do projeto de lei manteve ao longo da sua carreira posições refratárias em relação à discriminação racial; inclusive, na condição de Senador, anos depois, considerava inoportuna e inconveniente a emenda que transformaria o racismo em crime inafiançável na Assembleia Nacional Constituinte⁴⁸

A questão ganha novos contornos anos depois como tratado, pois a denúncia do racismo vai ganhando força na agenda pública e na narrativa da militância ressurgida com o MNU, diferenciando-se da noção de “preconceito de cor”. A pauta passa a ser empoderadora e com ela a assunção da identidade racial.

Essas discussões entraram posterior e necessariamente no debate de refundação do Estado Brasileiro com a Assembleia Nacional Constituinte e, além deles, parlamentares negros eleitos pelo movimento trataram já naquela ocasião de outras temáticas emergentes, como cotas raciais, ensino de História da África, acesso à justiça, discriminação da mulher negra, acesso à terra, trabalho doméstico, violência policial, encarceramento e outras questões que serão retomadas duas décadas depois em sede de legislação infraconstitucional. A criminalização do racismo não era a pauta exclusiva.

Foi a efervescência do protesto negro dessa época, com a eleição de parlamentares negros egressos do movimento, que o enfrentamento à discriminação racial foi elevado ao status constitucional (art. 3º, IV, art. 4º VII e art. 5º, XLII) e o texto pode prever a diretriz de valorização da cultura popular, indígena e afro-brasileira (art. 215, §1º), além da titulação de territórios quilombolas (art. 68 do ADCT).

Estudando os documentos do processo constituinte, Natalia Neres informa que “um dos principais documentos elaborados pelo Movimento Negro – as Resoluções

46 BRASIL. Lei n. 1.390, de 3 de julho de 1951.

Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República.

47 BERTÚLIO, Dora L. de L. Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo. Dissertação (Mestrado em Direito), UFSC, 1989, p. 61.

48

da Convenção Nacional o Negro e a Constituinte – falava-se em criminalização do preconceito de raça”⁴⁹. Afirma também que no anteprojeto da Subcomissão temática, “estabeleceu-se a criminalização da discriminação de modo geral e da discriminação na mídia”⁵⁰; contudo, o relator justificou que deixou-se de acolher a criminalização do preconceito, na visão dele, “impossível de ser feita, dada a característica pessoal dessa atitude, compensada pela discriminação – face visível do preconceito – que pode e deve ser punida (...)”⁵¹.

A disputa sobre o texto vai se acirrando, o movimento negro se manifesta por meio de moções dirigidas, e seu representante, Carlos Alberto Oliveira (“Caó”), propõe – já em outra fase do processo – a especificação do raciais como crime inafiançável e imprescritível. Com a promulgação do texto originário e ilimitado, o combate à discriminação racial passa a constar do programa constitucional como princípio e como regra; devendo o mandamento de criminalização apenas ser detalhado, vale dizer, seus os elementos penais especificados, em homenagem ao princípio da legalidade penal.

Era tanta a urgência, que mesmo antes da promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988, Caó propôs o Projeto de lei n. 668, de 12 de maio de 1988, instituindo os crimes raciais. Depois o parlamentar teve que emendar a proposta para incluir a imprescritibilidade do tipo (na redação original previa a prescrição quinquenal), justificando que a futura Constituição a ser promulgada já havia definido o crime de racismo como imprescritível⁵².

Não é objetivo do presente artigo discutir as tipologias previstas na Lei n. 7.716/89, de que ora se fala – a principal lei antirracista do Brasil – mas do seu texto, e principalmente da historicização de que tratou até aqui, extrair a *mens legis* e a *mens legislatoris*⁵³, que não mais admitem em nossa quadra histórica a capitulação do crime de racismo que não seja a que pretendeu o legislador constituinte; como veremos, a noção de “injúria racial” foi manipulada nos deslizamentos semânticos do campo jurídico sobre a questão racial, o que não serve a outra coisa senão para confundir e acomodar ambigualmente dos ajustamentos raciais no Brasil.

Lilia Moritz Schwarcz sustenta que a Lei n. 7.716/89, em sua redação original, ao criminalizar preconceito (não fala em discriminação) de raça ou de cor (e não raça e cor), faz com que raça apareça como sinônimo de cor, “numa comprovação de que, aqui, os termos são homólogos e intercambiáveis”. Não seria o caso de alternar o critério, mas

49 SANTOS, Natalia Neres. A voz e a palavra do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988): um estudo das demandas por direitos. Dissertação (Mestrado em Direito), FGV, 2015, p. 155.

50 SANTOS, op. cit., p. 155.

51 SANTOS, op. cit., p. 155.

52 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 668, de 1988. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1988, p. 2. Autoria: Carlos Alberto Caó.

53 *Mens legis*: Espírito da lei/*Mens legislatoris*: A intenção do legislador. Cfe. SANTOS, Washington dos. Dicionário jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 302.

antes afirmá-lo porque embora biologicamente só haja uma raça em qualquer lugar do mundo, raça permanece entre nós como um terrível legado histórico, marcador social da diferença, já que “raça é, pois, uma categoria classificatória que deve ser compreendida como uma construção local, histórica e cultural”⁵⁴, que pertence à ordem das representações sociais e reprodução das hierarquias ínsitas à modernidade capitalista de que fala Aníbal Quijano⁵⁵.

Em locais como hotel, bares, restaurantes, ônibus etc., a discriminação é amplamente condenável, mas quando ocorre em ambientes reservados não há referências legais (por exemplo, como há na Lei Maria da Penha), o que faz com que os brasileiros não sejam vistos e nem vejam a si como racistas, além de gerar implicações de ordem processual diversas das que certamente pensaram seus idealizadores, apesar de ser o texto bem intencionado e merecedor de defesa.

Visando conferir maior densidade normativa ao diploma e combater a impunidade ao longo dos anos, em 1990, com a Lei n. 8.081⁵⁶, aparece no art. 20 da Lei 7.716 a discriminação ou preconceito pelo uso dos meios de comunicação. Já a Lei n. 9.459/97, fruto do Projeto de lei n. 1240/95 do então deputado Paulo Paim – liderança histórica do movimento negro das décadas anteriores –, especificou mais diretamente as condutas odiosas previstas no art. 20 da Lei Caó, prevendo a seguinte redação: “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”⁵⁷.

Mais uma vez, entretanto, a alteração também não deu conta de combater as questões enraizadas na sociedade, e serviu de álibi para que filigranas processuais pudessem manter baixa a densidade da norma.

Para Flávio Rios⁵⁸ o art. 20 da Lei n. 7.716 marcou uma definição geral do crime (praticar, induzir ou incitar), ao contrário dos artigos anteriores que definem formas particulares de crimes resultantes de discriminação ou preconceito (impedir, obstar ou recusar). Mesmo assim, é vago e impreciso por não definir o que seria “praticar discriminação” ou “praticar preconceito” permanecendo dependente da fórmula dos artigos 3 a 14.

Avançando na discussão formal, e visando ingressar em domínio sobre o qual a

54 SCHWARCZ, op. cit., p. 79

55 QUIJANO, op. cit.

56 BRASIL. Lei n. 8.081, de 21 de setembro de 1990. Estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza. Brasília, DF: Presidência da República.

57 BRASIL. Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Presidência da República.

58 SALES JR. Raça e justiça: o mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça. Tese (Doutorado em Sociologia), UFPE, 2006, p. 233.

Lei Caó aparentemente não havia ingressado, a mesma Lei n. 9.459/97 alterou o Código Penal Brasileiro (1940) para incluir o §3º ao art. 140 (crime contra a honra/prescritível/afiançável/ação penal condicionada)⁵⁹, estabelecendo a chamada injúria racial, com pena de reclusão, uma vez que “desde 1989, a polícia classificava a maior parte das alegações de discriminação como injúria”⁶⁰.

Ocorre que a medida que separa o antídoto do veneno é muito tênue e mais uma vez a saga legiferante do enfrentamento ao racismo no Brasil encontrou um obstáculo de ordem epistemológica, que faz da categoria “injúria racial” um espectro que acabou historicizando possibilidades processuais espúrias, justificadas por posições doutrinárias e jurisprudenciais que chegam a ser constrangedoras e são em verdade reações dos agentes do campo jurídico às lutas sociais dos anos 1970-80.

Alguns exemplos de como parte da “doutrina” diariamente aplicada e reconhecida nas universidades e nos Tribunais vêm sustentando o seu “senso comum douto” sobre os tipos penais:

O crime de injúria preconceituosa pune o agente que na prática do delito usa elementos ligados a raça, cor, etnia, etc. A finalidade do agente, com a utilização desses meios, é atingir a honra subjetiva da vítima, bem juridicamente protegido pelo delito em questão. Ao contrário, por intermédio da legislação que definiu os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, são proibidos comportamentos discriminatórios, em regra mais graves do que a simples agressão à honra subjetiva da vítima, mas que, por outro lado, também não deixam de humilhá-la, a exemplo do que acontece quando alguém recusa, nega ou impede a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau [...] ⁶¹ (grifo nosso)

A presente qualificadora refere-se à injúria preconceituosa, não se confundindo com o delito de racismo previsto na Lei 7.716/89. Neste, pressupõe-se sempre uma espécie de segregação (marginalizar, pôr à margem de uma sociedade) em função da raça ou da cor. No caso do § 3º do art. 140, o crime é praticado através de xingamentos envolvendo a raça, cor, etnia, religião ou origem da vítima. A diferença tem relevância e repercussão prática. (grifo nosso)⁶²

Tais banalizações não expressam outra coisa senão a manipulação indevida dos propósitos da lei para a garantia das regras do campo diante desse tema ‘perigoso’, afinal as lutas antirracistas ao longo da história do Brasil “profanaram” toda uma tradição

59 Até a Lei 12.033/2009, a injúria qualificada era processada por meio de ação penal privada.

60 SALES JR, op. cit. p. 234.

61 GRECO, Rogério. Curso de direito penal: introdução à teoria geral da parte especial – crimes contra a pessoa. Niterói: Impetus, 2009, p. 467, grifei.

62 . CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361). Salvador: Juspodium, 2018, p. 198, grifei.

profissional fortemente integrada de instâncias hierárquicas que resolvem os conflitos de interpretação a partir de efeitos de homologias⁶³, para inscrever a dominação simbólica e legítima das vozes autorizadas. Em outras palavras, “a mácula da neutralidade, mascarada nas armadilhas doutrinárias e jurisprudenciais que garantem a inefetividade das normas penais contra discriminação”⁶⁴, servindo para manter as acomodações raciais.

Assim, o racismo institucional vai se naturalizando no sistema de justiça utilizando os próprios mecanismos criados para combater a discriminação racial. O que significa, na prática, a diferença entre violação da honra objetiva (geral/coletiva) e da honra subjetiva (pessoal/individual), se ambas dizem respeito à identidade racial da vítima?

Estudo realizado por Thula Pires sobre a tramitação de processos movidos com base na Lei 7.716/1989 no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entre os anos de 1989 e 2011, concluiu que em cerca de 60% dos acórdãos que foram analisados, os magistrados tipificaram o ilícito de motivação racial cometido como injúria qualificada, contida no artigo 140, §3º do Código Penal e que nos cinco processos em que a lei 7.716/1989 foi aplicada não houve condenação⁶⁵.

Não havendo razão para a diluição do enquadramento do racismo no âmbito da pessoalidade das relações, na intimidade, na violação da honra, mantém-se a lei mais severa como emblema ou símbolo de compensação, mas retirando dela possibilidades concretas. A desclassificação do crime de racismo, nos casos em que são encaminhados, não se sustenta senão por um artifício não-dito que nega existência da discriminação com base no marcador social da diferença “raça” e que resvala na forma como as instituições lidam com as denúncias de racismo.

Ao longo das transformações da lei, se ainda havia alguma dúvida sobre o que juridicamente vem a ser discriminação racial, em 2010, é editado o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288), também fruto das articulações históricas do movimento negro. Criado para a garantir “o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” a lei define expressamente “discriminação racial ou étnico-racial”⁶⁶.

Aprofundando o debate, e na perspectiva de corrigir as interpretações que passou a ter o racismo no campo jurídico depois do advento da figura da injúria racial,

63 Em Bourdieu, “a possibilidade de dizer a mesma coisa ou falar a mesma linguagem”. Cf BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, p. 205-250.

64 PIRES, Thula. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. 2013. Tese (Doutorado em Direito), PUC/Rio, 2013, p. 274.

65 Op. cit. p. 275-276.

66 Art. 1º [...] Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se: I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada (grifei). Ver BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.

o Senador Paulo Paim apresentou o Projeto de lei 4.373/20 para retirar os elementos “raça”, “cor”, “etnia”, ou “origem” do art. 140 do Código Penal e incluir a injúria motivada por esses marcadores na Lei 7.716/89, considerando ao fim a injúria racial efetivamente como crime de racismo nos seguintes termos: “Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional”, com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa⁶⁷.

A justificativa apresentada pelo Senador assinala o que se falou no presente artigo, isto é, que as disputas por categorias jurídicas expressam lutas históricas do protesto negro pela igualdade racial (no próprio projeto consta essa explicação), mas também reforça a necessidade de enfrentar o racismo institucional que se dá sub-repticiamente na interpretação dos dispositivos legais:

Tal opção do legislador acabou por gerar um descompasso: ao não ser previsto na Lei de Crimes Raciais, surge a dúvida de que a injúria racial de que trata o §3º do art. 140 do Código Penal, ainda que punida com pena equivalente a de outros tipos definidos como racismo, não estaria plenamente equiparada aos delitos definidos naquela Lei, e que, por definição constitucional, são imprescritíveis, e inafiançáveis. Por essa razão, o racismo praticado mediante injúria, pode ser desclassificado e beneficiado com a fiança e com a prescrição, e até mesmo a suspensão condicional da pena. Diferenciar o que é injúria racial, e o que é “praticar [...] a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, se mostra, muitas vezes, impossível, e a diferenciação vem em benefício do infrator, nulificando a natureza de delito de extrema gravidade, e que deve ser objeto da reprovação máxima. Tampouco justificase a diferenciação doutrinária de que o racismo requer, para sua configuração, a ofensa a uma coletividade ou grupo, e não apenas ao indivíduo. Com base nessa diferenciação de caráter formal e artificiosa, fica amparada a conduta antissocial de quem, perpetuando as práticas racistas, por meio de palavras e ofensas, legitima o próprio racismo institucional. A presente proposição, assim, visa superar essa grave falha da nossa legislação e incorporar ao Direito Penal o que a jurisprudência do STF e de tribunais e juízes em todo Brasil já vem consolidando: a injúria racial é crime de racismo, e como tal deve ser tratada, em todos os seus aspectos processuais e penais. Todavia, diferencia-se nossa proposta, precisamente, por incorporar o tipo penal injúria racial à Lei de Crimes Raciais, com todas as suas consequências, como requer e determina a Carta Magna, superando-se, em definitivo, ambiguidades no trato desse delito⁶⁸. (grifo nosso)

67 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 4.373, de 27 de agosto de 2020. Altera o § 3º art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e insere o art. 2º-A à Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, tipificando como crime de racismo a injúria racial. Grifei.

68 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 4.373, de 27 de agosto de 2020. Altera o § 3º art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e insere o art. 2º-A à Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, tipificando como crime de racismo a injúria racial.

Resta lembrar, na esteira do que disse o Senador, que tanto o Supremo Tribunal Federal (HC 154248/DF) e o Superior Tribunal de Justiça (AREsp 686.965/DF) têm sinalizado a imprescritibilidade e a inafiançabilidade da injúria racial do Código Penal, como será visto adiante.

À medida que a interpretação opera novas historicizações da norma, “adaptando as fontes a circunstâncias novas, descobrindo nelas possibilidades inéditas”, vai “deixando de lado o que é ultrapassado ou caduco”⁶⁹. Importante, nesse ponto, salientar também que o reconhecimento da homofobia e transfobia como racismo (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e Mandado de Injunção n. 4733) representou um importante giro que nos leva a crer, ainda timidamente, que as recentes interpretações da Lei 7.716/89 possuem potencialidade para superar os não-ditos da desclassificação do racismo, e seguir os propósitos históricos para os quais a lei foi concebida décadas atrás pelo movimento negro.

4. Caso Heraldo Pereira x Paulo Henrique Amorim: a virada hermenêutica em relação à injúria racial

Antes de explorar especificamente as controvérsias acerca da injúria racial, necessário tecer algumas linhas sobre a injúria, a ofensa em si.

Enquanto um ser vivente que se socializa muito cedo, o ser humano nas interações sociais, sejam elas enquanto indivíduo ou como parte de uma coletividade, necessitam do reconhecimento.

Na filosofia moral contemporânea, a categoria do reconhecimento/redistribuição ocupa um lugar central. Ora, se a “luta por direitos ao reconhecimento é uma luta por distribuição e distribuição de um bem que só existe de forma social e que só se produz socialmente: o respeito” (LOPES, 2010, p. 960-961, grifo do autor), o ser humano nas interações sociais busca ser visto como merecedor de igual respeito e consideração.

Nancy Fraser inicialmente defendeu um modelo bidimensional de justiça (de um lado a política de reconhecimento de indivíduos e grupos marcados pela estigmatização social e simbólica; de outro, a questão redistributiva pensada de modo a concretizar uma justa e melhor distribuição de bens e recursos materiais), mas refinou sua teoria e chegou à concepção de justiça tridimensional (redistribuição, reconhecimento e representação):

69 BOURDIEU, op. cit., p. 223.

[...] [a] justiça requer estruturas que permitam a todos participar como iguais na vida social. Uma visão de justiça em termos de paridade participativa representa o desmantelamento de obstáculos institucionalizados que impedem que certas pessoas participem no mesmo nível com outros, como parceiros plenos, em ações sociais. Conforme sugerido nas discussões acima, tais obstáculos podem se apresentar de três formas distintas. Na primeira, as pessoas podem ser impedidas de participar efetivamente por estruturas econômicas que lhes rejeitam os meios necessários para interagir com outros como iguais; nesse caso, sofrem de injustiça distributiva ou má-distribuição. Na segunda, as pessoas podem ser impedidas de interagir em termos de paridade por meio de hierarquias institucionalizadas de valor cultural que lhes nega a posição necessária; nesse caso, eles sofrem de desigualdade em termos de status ou mal-reconhecimento. Na terceira, pessoas podem ser impedidas de praticar uma participação plena por regras estabelecidas, negando-lhes a igualdade em deliberações públicas e na tomada de decisões democráticas; nesse caso, eles sofrem de injustiça política ou má-representação⁷⁰.

Ora, se a ofensa tem por finalidade justamente inferiorizar o outro, conclui-se que a injúria racial afete diretamente a autoestima pessoal. Nesse sentido, a pesquisa de Marta Rodriguez de Assis Machado, Márcia Lima e Natália Neris (2016, p. 16) aponta que o termo “macaco” é a ofensa mais presente nos duzentos processos criminais analisados em segunda instância, seguido de outras expressões como “negro(a) sujo(a)”, “negro(a) fedido(a)” ou “porco(a)”, “negro(a) vagabundo(a)” (ou “preguiçoso(a)”), “negro(a) safado(a)”⁷¹

Desse modo, servem as reflexões de Didier Eribon a respeito da temática LGBTI+:

No começo, há a injúria. Aquela que todo gay pode ouvir num momento ou outro da vida, e que é o sinal de sua vulnerabilidade psicológica e social. “Viado nojento” (“sapata nojenta”) não são simples palavras lançadas em passant. São agressões verbais que marcam a consciência. São traumatismos sentidos de modo mais ou menos violento no instante, mas que se inscrevem na memória e no corpo (pois a timidez, o constrangimento, a vergonha são atitudes corporais produzidas pela hostilidade do mundo exterior). E uma das consequências da injúria é moldar a relação com os outros e com o mundo. E, por conseguinte, moldar a personalidade, a subjetividade, o próprio ser de um indivíduo. [...] A injúria me faz saber que sou alguém que não é como os outros, que não está na norma.

70 FRASER, 2013, p. 752, grifo do autor.

71 Além de serem chamadas de “cadela”, as mulheres negras quanto à sua sexualidade são taxadas como “biscates” ou “piranhas”; relativamente à questão estética, tem-se ofensas como “nega do cabelo duro”, “nega do cabelo encaracolado”, “negra cabeluda”; há também referências como “serviço de preto” e “negro ladrão”, “drogado(a)”; e, ainda, a menção apenas à raça ou cor da pessoa ofendida, evocando um sentido pejorativo, vale dizer, “seu preto”, “só podia ser preto”, “negrinha”. As autoras concluem que essas expressões animalizam as pessoas negras e relacionam a padrões negativos de higiene, ética e sexualidade e cuja função social é demarcar o ofendido na esfera da subalternidade, do desrespeito, da indignidade e da animalidade. (MACHADO, LIMA; NERIS, 2016, p. 16; GUIMARÃES, 2000). Recorde-se que na propaganda nazista, judeus eram retratados como “ratos” justamente para designar que eram animais que transmitem doenças, são vorazes, destrutivos.

[...] o insulto é um veredito. É uma sentença quase definitiva, uma condenação perpétua, e com a qual vai ser preciso viver. Um gay aprende a sua diferença sob o choque da injúria e seus efeitos, dos quais o principal é seguramente a conscientização dessa dissimetria fundamental instaurada pelo ato de linguagem: descubro que sou alguém de quem se pode dizer isto ou aquilo, alguém a quem se pode dizer isto ou aquilo, alguém que é objeto dos olhares, dos discursos e que é estigmatizado por esses olhares e esses discursos. A “nomeação” produz uma conscientização de si mesmo como um “outro” que os outros transformam em “objeto”. [...] Aquele que lança a injúria me faz saber que tem domínio sobre mim, que estou em poder dele. E esse poder é primeiramente o de me ferir. De marcar minha consciência com essa ferida ao inscrever a vergonha no mais fundo da minha mente. Essa consciência ferida, envergonhada de si mesma, torna-se um elemento constitutivo da minha personalidade.⁷²

O racismo, enquanto fenômeno social que desde cedo afeta de forma negativa a vida de pessoas negras, nas oportunidades sociais e subjetivamente, também se expressa por meio das diuturnas ofensas de cunho racista, noutros termos, da injúria racial, que, ao que tudo indica, é a forma mais comum de manifestação do racismo.

O fenômeno do preconceito e discriminação raciais compromete, afinal, a condição de cidadania racial, entendida esta tal como proposta por Adilson Moreira:

[...] a noção de cidadania racial tem como referência central uma noção de justiça racial que possui uma dimensão moral e uma dimensão política. A dimensão moral desse conceito baseia-se no pressuposto de que a consciência racial não é necessariamente um fator de desagregação, mas um requisito para a construção de uma sociedade igualitária. Esse objetivo não será alcançado sem a erradicação dos processos responsáveis pela reprodução de desigualdades de status cultural e de status material, o que requer a suspensão do princípio da neutralidade racial até que alcancemos uma justiça material entre negros e brancos⁷³.

Com efeito, se a Lei Caó cumpriu a função de prevenção geral negativa é algo que foge aos limites do trabalho abordar, o fato é que os episódios de racismo não são tão ostensivos como há trinta anos quando fora aprovada. Algumas pesquisas têm justamente apontado a mutação do racismo manifesto para uma forma menos ostensiva, o que tem levado pesquisadores a apontar a ocorrência cada vez mais comum do “racismo sutil”:

72 ERIBON, Didier. Reflexões sobre a questão gay. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008, p. 27-29.

73 MOREIRA, Adilson. Cidadania Racial. Quaestio Iuris. vol.10, n. 02, Rio de Janeiro, 2017. p. 1052-1089

Nota-se uma mudança na manifestação do racismo, mas a sua função continua a mesma, qual seja, a de organizar as relações de poder e justificar as desigualdades sociais. [...] O discurso social da tolerância, juntamente com várias ações no mundo inteiro, nessa direção, inibem (sic) a manifestação aberta do racismo. Porém, a conscientização das más consequências deste não é suficiente para acabar com ele. [...] Em uma sociedade abertamente não racista, a discriminação não costuma apresentar ambiguidades. No entanto, em uma sociedade democrática, as ideias racistas estão em conflito com as normas não racistas da democracia⁷⁴.

O passo seguinte consiste justamente em examinarmos os impactos da ofensa na psique do ofendido. Este aspecto é negligenciado, considerando que amplo estudo indica que as duzentas decisões analisadas reconheceram a ausência de dolo específico de cunho racista por parte do ofensor ou ausência de prova nesse sentido desconsiderando “ponderar os efeitos de tal proferimento para a vítima ou a dimensão performativa do insulto como mecanismo de manutenção das hierarquias raciais”⁷⁵.

Com efeito, estudos apontam uma conexão entre racismo e saúde física, demonstrada por uma “gama de possíveis efeitos, os quais podem resultar do estresse do racismo e, por sua vez, comprometer a saúde mental, culminando no ‘Dano por Estresse Traumático de Base Racial’⁷⁶.

Considerando essas premissas, desde logo já se pode apontar como bastante questionável a tese, amplamente aceita pelos penalistas, de que o sujeito passivo do delito de injúria não inclui crianças e adolescentes ou mesmo todas as pessoas com deficiência. Essa leitura não tem respaldo científico na literatura psicológica e médica.

Tratando agora mais especificamente do delito ora objeto de análise, de início lembre-se que a Constituição brasileira não é a única a conter em seu texto mandatos de criminalização, no entanto ela “adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo ‘catálogo’ de mandatos de criminalização expresso de que se tem notícia”⁷⁷.

Como exposto anteriormente, a corrente majoritária na doutrina e na jurisprudência é no sentido de que a figura delitiva da injúria racial não é alcançada pelo inc. XLI da Carta Magna.

Na doutrina, desde a alteração legislativa criando a figura da injúria racial, a voz solitária de Guilherme Nucci, tanto no seu “Código Penal comentado” como no “Manual

74 NUNES, Sylvia Silveira. Racismo Contra Negros: um estudo sobre o preconceito sutil. 227 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 27-28.

75 MACHADO, LIMA; NERIS, 2016, p. 25.

76 DAMASCENO, Marizete Gouveia; ZANELLO, Valeska M. Loyola. Saúde mental e racismo contra negros: produção bibliográfica brasileira dos últimos quinze anos. Psicologia: Ciência e Profissão. jul/set. 2018, v. 38, n.3, p. 452.

77 MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 63.1

de Direito Penal”, manifestava-se no sentido de que a injúria racial consiste, tal qual a Lei Caó, na concretização legislativa do inc. XLI da CF/88.

Como bem alertam Marta Rodriguez de Assis Machado, Márcia Lima e Natália Neris, a história da Lei Caó – e da legislação penal antirracista como um todo no país – é a “história de críticas e insatisfação generalizada com relação a sua aplicação”, apesar das sucessivas mudanças legislativas para aperfeiçoá-la e equacionar as dificuldades enfrentadas em sua aplicação⁷⁸.

As autoras sustentam acertadamente que, apesar dos esforços do Movimento Negro com a criação de serviços com atendimento jurídico, a exemplo do SOS Racismo do Geledés – Instituto da Mulher Negra e Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades (Ceert), o amplo levantamento bibliográfico na sociologia que realizaram mostra que desde o final da década de 90 (Antonio Sérgio Alfredo Guimarães, Carmen Silvia Fullin, Fabiano Dias Monteiro, Ronaldo Laurentino de Sales Júnior, Ivair Augusto Alves dos Santos) e no Direito (Christiano Jorge Santos, Luiz Marcelo Carvano, Celso Eduardo Santos de Melo e Adriana Alves dos Santos Cruz) de modo geral permitem concluir com as percepções e críticas do Movimento Negro: a “permanência do ideário da democracia racial, o racismo institucional ou o racismo institucionalizado no sistema de Justiça brasileiro”⁷⁹.

Ao longo dos anos, as reformas da legislação penal de enfrentamento ao racismo mostram o quadro geral de insatisfação: o projeto de lei (PL) 1661/1983, do então deputado federal Abdias Nascimento; em sua justificativa relatava a reclamação da comunidade afro-brasileira contra a Lei Afonso Arinos, considerada ineficaz, e a sua substituição por uma lei que “realmente puna”, já que até ali “não se conseguiu condenar um racista sequer”⁸⁰; após a promulgação da CF/88, o PL n.º 1.240/95, à época o deputado federal Paulo Paim, argumentava que a “reputação, o decoro, a honra, a dignidade das pessoas demandam consideração e respeito” e as práticas discriminatórias de cunho racial utilizam de estereótipos racistas como um “expediente jocoso, irônico, debochado e com acentuado componente de desprezo”, de modo que as condutas previstas na Lei Caó (herdadas da Lei Afonso Arinos) demandam, ante o crescimento da prática do racismo, a “atualização da lei nº 7.716” nos termos do projeto, proposto para punir as ofensas com referência à raça ou cor não mais tipificadas como “delitos de calúnia, injúria e difamação, e sim, crimes de racismo”⁸¹. Em 2020, o senador Paulo Paim apresentou o PL nº 4373, onde se sustenta que a previsão da injúria racial no CP e não Lei Caó fez surgir a:

78 MACHADO, LIMA; NERIS, 2016, p. 85.

79 MACHADO; SANTOS; FERREIRA, 2015, p. 66

80 MACHADO; SANTOS; FERREIRA, 2015, p. 63-64

81 PAIM, Paulo. Projeto de Lei 1240/1995. Altera o artigo primeiro e acrescenta artigos a Lei nº 7.716, de preconceitos de raça ou de cor.

[...] a dúvida de que a injúria racial de que trata o §3º do art. 140 do Código Penal, ainda que punida com pena equivalente a de outros tipos definidos como racismo, não estaria plenamente equiparada aos delitos definidos naquela Lei, e que, por definição constitucional, são imprescritíveis, e inafiançáveis. Por essa razão, o racismo praticado mediante injúria, pode ser desclassificado e beneficiado com a fiança e com a prescrição, e até mesmo a suspensão condicional da pena. Diferenciar o que é injúria racial, e o que é “praticar (...) a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, de mostra, muitas vezes, impossível, e a diferenciação vem em benefício do infrator, nulificando a natureza de delito de extrema gravidade, e que deve ser objeto da reprovação máxima. Para sanar tal falha, o Supremo Tribunal Federal, em 2018, em decisão da 1ª Turma, no julgamento de Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 983.531, do Distrito Federal, relator o Ministro Luis Roberto Barroso, adotou o entendimento de que o crime de Injúria por conotação racial (art. 140, § 3º do Código Penal), se equipara aos crimes previstos na Lei 7716/89 (Crimes de Racismo), e, assim, é **imprescritível e inafiançável**. Desse modo, buscou a Suprema Corte impedir a desclassificação do crime mais grave (injúria racial, que é racismo) para um crime supostamente menos grave. Tampouco justifica-se a diferenciação doutrinária de que o racismo requer, para sua configuração, a ofensa a uma coletividade ou grupo, e não apenas ao indivíduo. Com base nessa diferenciação de caráter formal e artificiosa, fica amparada a conduta antissocial de quem, perpetuando as práticas racistas, por meio de palavras e ofensas, legitima o próprio racismo institucional⁸²

Como se vê, cristalina a *voluntas legislatoris* no sentido de que a injúria racial é espécie do gênero crime de racismo, cabendo ao intérprete, inclusive em respeito ao conceito ontológico-constitucional de racismo estabelecido no caso Ellwanger, concretizar tal leitura na aplicação da lei penal.

Considerando os obstáculos no direito ao acesso à justiça, garantido de forma precária aos setores populacionais vulnerabilizados, ainda que com louváveis avanços após a criação da Defensoria Pública, até 2009, a ação penal do delito de injúria racial era de iniciativa privada, daí que, a título de exemplo, no estado de São Paulo, verificou-se que a Defensoria pública estadual prestava serviços de orientação jurídica e encaminhava o

82 PAIM, Paulo, 2020. O PL altera o § 3º, do art. 140, do CP, trazendo a seguinte redação: “Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”, mantendo-se a pena cominada, o que não se mostra salutar do ponto de vista técnico-legislativo porque ainda permanece aqui a categoria “religião”, que compõe o núcleo essencial do conceito ontológico de racismo e o próprio texto da Lei Caó, e o equívoco terminológico da expressão “portadora de deficiência” em vez de “pessoa com deficiência”, tal como estabelece o Estatuto da Pessoa com Deficiência. O projeto inclui o art. 2º-A do na Lei Caó, elencando as categorias raça, cor, etnia ou procedência nacional, com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa. Aqui, não só se exclui do âmbito de tutela penal a religião, protegida nos demais tipos penais e prevista pela disposição comum constante do art. 1º da Lei Antirracismo, sem qualquer base político-criminal, como também se resvala no aumento de pena para cinco anos, o que se mostra desproporcional. Por fim, vale lembrar que até o ano de 2009, a ação penal do delito de injúria racial era penal privada (art. 145, do CP), somente com a edição da Lei 12.033/2009 é que a ação passou a ser pública condicionada à representação do ofendido (art. 140, parágrafo único), a mais recomendável, assim peca o projeto por não trazer previsão relativa à natureza da ação penal nos moldes da prevista no CP, tendo em vista que na Lei Caó a ação é pública incondicionada.

caso para nomeação de advogado dativo para ajuizamento da ação penal⁸³.

O exposto até aqui delinea o estado da arte relativamente ao tratamento jurídico-processual no sistema de justiça e pela doutrina no tocante ao delito de injúria racial.

A mudança paradigmática veio se dar com o Caso Heraldo Pereira x Paulo Henrique Amorim, um autêntico *leading case* porque retrata a trajetória comum das ações criminais que têm por objeto a injúria racial, como apontado pelas pesquisas empíricas anteriormente exploradas.

Em 05 de setembro de 2009, o jornalista Paulo Henrique Amorim publicou em seu site “Conversa Afiada” o comentário: “Heraldo é negro de alma branca”. Meses depois, em 11 de março de 2010, no mesmo site mencionado o jornalista novamente se referiu ao colega de profissão em termos ofensivos: que ele se “agachava, se ajoelhava para o Ministro Gilmar Mendes e que esse seu comportamento serviçal deveria envergonhar Ali Kamel, inimigo das cotas para negros nas universidades”⁸⁴.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ajuizou ação penal contra Paulo Henrique Amorim capitulando-o como incurso no art. 20, § 2º, da Lei 7.716/1989, por duas vezes, e no art. 140, § 3º, c/c art. 141, inc. III, ambos do CP.

Em suas declarações em juízo, Heraldo Pereira afirmou que as declarações contra ele lhe fizeram muito mal: “[...] negro de alma branca, eu não sirvo para nenhum dos lados, eu sou a vergonha dos negros porque eu não me comporto como negro, eu queria ser branco e eu sou a vergonha dos brancos porque eu jamais conseguirei ser branco”⁸⁵. O magistrado julgou improcedente a pretensão punitiva estatal nos seguintes termos: “a) em relação à primeira imputação, proceder à readequação típica para o delito previsto no art. 140, §3º, do Código Penal e declarar extinta a punibilidade em razão da decadência; e b) quanto à segunda imputação, absolver o réu diante da atipicidade da conduta”⁸⁶.

Em sede do julgamento do recurso pelo MP, a desembargadora Nilsoni de Freitas Custódio, relatora, argumentou que o jornalista Paulo Henrique Amorim ao proferir expressões acima apontadas “certamente não teve a intenção de atingir todas as pessoas negras, mas tão-somente de depreciar a vítima, salientando sua condição de negro”. Desse modo, afastou o art. 20 da Lei Caó e reconheceu a prática de injúria preconceituosa: pelas expressões referidas, o “réu manifestou sua opinião pessoal em relação à vítima (sic), desacompanhada de qualquer dado concreto, com a nítida intenção de ofender a honra”.

A 3ª turma criminal do TJ/DF, por maioria, acolheu o voto da relatora condenando o jornalista à pena de reclusão durante um ano e oito meses, substituída por medida

83 MACHADO; SANTOS; FERREIRA, op. cit., 2015, p. 70.

84 BRASÍLIA, 2013, p. 4.

85 BRASÍLIA, 2013, p. 18..

86 BRASÍLIA, 2013, p. 4.

restritiva de direito⁸⁷, todavia foi reconhecida a prescrição intercorrente por ter o jornalista 70 anos de idade quando da decisão (art. 115, do CP)⁸⁸. Em sede de embargos infringentes por parte do réu, manteve-se o entendimento pela prescrição, ficando vencido o desembargador João Batista Teixeira, para quem a prescrição não ocorreu por força do inc. XLII, do art. 5º, da CF/88, visto que a injúria racial é também inafiançável e imprescritível porque ela se “perfez por meio de instrumentos próprios do racismo. Onde está a mesma razão, aí deve estar a mesma decisão. Ora, se o fato que atinge a raça, a cor [...], é o mesmo, então a razão é a mesma”⁸⁹.

No STJ, no julgamento do AREsp nº 686.965/DF e AgRg no AREsp nº 734.236/DF, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por votação unânime, acompanhou o voto do relator ministro convocado Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), que foi absorvido na ementa do julgamento e, expressamente embasado nas lições de Guilherme Nucci, sustentou que a imprescritibilidade também atinge a “injúria racial [...] por também [esta] traduzir preconceito de cor, atitude que conspira no sentido da segregação, veio a somar-se àqueles outros, definidos na Lei n.7.716/89, cujo rol não é taxativo”⁹⁰.

O jornalista Paulo Henrique Amorim, irrisignado, recorreu ao STF, onde a Primeira Turma, no julgamento da HC 142.583 e no ARE 983.531, reafirmou o entendimento da 6ª Turma do STJ. Em agosto de 2017, seguindo voto do ministro Luís Roberto Barroso, asseverou: “A Lei n. 9.459/97, introduzindo o dispositivo da injúria racial, criou mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão”⁹¹.

Como se vê, o caso é emblemático porque evidencia o embate hermenêutico que assinala de um lado a tradicional postura do Judiciário e da doutrina penalista no sentido de que a injúria racial não é alcançada pelo mandado constitucional de criminalização do racismo, além da exigência mais forte de comprovação do dolo específico constante na intenção preconceituosa, daí os juízes “[...] não justificam por que as evidências demonstradas e a ofensa de cunho racial não demonstram o intuito racista. Parecem estar esperando um ato mais intenso de segregação, mas que de todo modo não fica

87 BRASÍLIA, 2013

88 LUCHETE, Felipe. Pena de blogueiro condenado por injúria é considerada prescrita. Consultor Jurídico, 13 maio 2014.

89 BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Decisão Colegiada EIR - 0041864-97.2010.807.0001. Embargante: Paulo Henrique do Santos Amorim. Embargado: Ministério Público. Relator: Desembargador Gilberto Pereira de Oliveira. Brasília, DF, 12 de maio de 2014. Brasília, p. 38-39.

90 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática ARESP nº 686.965 - DF (2015/0082290-3). Agravante: Paulo Henrique do Santos Amorim; Heraldo Pereira de Carvalho. Agravado: Ministério Público. Relator: Ministro Ericson Marinho (desembargador convocado do TJ/SP). Brasília, DF, 12 de maio de 2015.

91 POMPEU, Ana. Paulo Henrique Amorim é condenado por injúria racial contra Heraldo Pereira. Consultor Jurídico, 9 jun. 2018.

claro”⁹². De outro, o Movimento Negro e vozes minoritárias de especialistas que apontam nessa leitura a “permanência do ideário da democracia racial, o racismo institucional ou o racismo institucionalizado no sistema de Justiça brasileiro”⁹³, desconsiderando os dados empíricos a demonstrar que a injúria racial é a prática de racismo que mais chega ao sistema de justiça.

Se o conceito de racismo social estabelecido no julgamento do Caso Ellwanger se traduz como discriminação sistemática, relação assimétrica de poder entre grupo dominante e dominado, forçoso concluir que também aí se enquadra a injúria racial porque ela “[...] performa uma função nas relações raciais. Sua repetição cria o pano de fundo que legitima a permanente discriminação e subalternidade dos negros. [...] [ela tem] a força de recriar a realidade social de inferiorização dos negros [...]”⁹⁴.

É de se destacar o teratológico raciocínio do voto da relatora no TJDFT, para quem se impunha a absolvição quanto ao crime de racismo (art. 20, § 2º, Lei Caó) porque a “ausência do dolo de discriminar todo o grupo de pessoas é reforçada por documentos juntado aos autos que comprovam que o réu, durante sua vida profissional, publicou artigos contra o racismo”⁹⁵. Ora, a análise em si do crime dispensa análise de vida progressa do réu, afinal pune-se o fato, com todas as suas circunstâncias concretas, e não a pessoa, sob pena de adotar-se o Direito penal de autor.

O Movimento Negro, ao adotar a via punitiva como forma de enfrentamento, ignorou a própria seletividade e a dinâmica interna do sistema judicial, além do fato de que os casos de racismo enfrentam o racismo estrutural encarnado na Hermenêutica Jurídica da Branquitude:

[...] é o fenômeno pelo qual, em qualquer possibilidade de interpretação, quando a matéria refere-se a questões raciais, a interpretação, na enormidade das vezes, prejudicará o avanço do combate ao racismo. HJB é a base ideológica (consciente ou inconsciente, direta ou indireta) que afeta os operadores jurídicos *latu sensu*, isto é, doutrinadores, ministros, desembargadores, juizes, promotores, defensores públicos, advogados, delegados e servidores da Administração Pública. Ao analisarem e/ou produzirem algum regramento e/ou posicionamento⁹⁶.

92 MACHADO, Marta Rodriguez Assis. LIMA, Márcia. NERIS, Natália. Racismo e insulto racial na sociedade brasileira: dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do Direito. *Novos Estudos CEBRAP*, vol. 35, n. 3, São Paulo, nov. 2016, p. 20.

93 MACHADO; SANTOS; FERREIRA, op. cit., 2015, p. 66.

94 MACHADO; LIMA; NERIS, op. cit., 2016, p. 23.

95 BRASÍLIA, 2013, p. 16.

96 DIAS, Gleidson Renato Martins. A hermenêutica jurídica da branquitude a serviço das fraudes nas cotas raciais. *Justificando*, 21 fev. 2017.

Essencial, portanto, cumprir a recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Caso Simone André Diniz vs. Brasil para adotar medidas de educação dos juízes e funcionários do sistema de justiça, de modo a “[...] evitar ações que impliquem discriminação nas investigações, no processo ou na condenação civil ou penal das denúncias de discriminação racial e racismo”⁹⁷.

Importante registrar, ainda, que o tema está novamente sob análise do STF no HC 154.248/DF, que tramita na Segunda Turma. A paciente é uma mulher de 72 anos que foi condenada por crime de injúria qualificada pelo preconceito e, por meio do HC, questiona acórdão da 6ª Turma do STJ, que negou a extinção de punibilidade por reconhecer como imprescritível o delito mencionado. O relator, ministro Edson Fachin, votou afirmando que há “racismo no Brasil. É uma chaga infame que marca a interface entre o ontem e o amanhã”, mantendo-se ele por manifestações também discursivas que atribuem “valor negativo ao indivíduo, em razão de sua raça, [e com isso] 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”⁹⁸. O ministro Kássyo Nunes votou em sentido contrário, manejando os mesmos argumentos tradicionais de que a injúria racial não está abarcada pelo mandado constitucional de criminalização⁹⁹.

Há, por fim, que registrar que foi instituída em janeiro de 2021 pela Câmara dos Deputados uma comissão de juristas para revisar legislação sobre racismo e que conta com nomes de reconhecido preparo intelectual e técnico, além da dedicação à luta antirracista, sob a presidência do ministro Benedito Gonçalves, do STJ. A comissão tem a oportunidade ímpar de pensar a legislação antirracista considerando esses problemas apontados pelo movimento e pela Academia quanto à efetividade da legislação atual, especialmente a escolha político-criminal que privilegia a lei penal e negligencia a vítima, justamente quem mais sofre com as práticas do racismo, servindo aqui de inspiração a Lei Maria da Penha para acolhimento psicossocial delas¹⁰⁰.

97 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório nº 66/06 – Caso 12.001 – Simone André Diniz vs. Brasil, 21 out. 2006.

98 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 154.248. Voto. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 26 de novembro de 2020.

99 VALENTE, Fernanda. Empatado, julgamento sobre prescrição de injúria racial no STF é suspenso. Consultor Jurídico, 2 dez. 2020.

100 VIANA, Thiago G. A inefetividade da Lei Caó: uma tragédia anunciada?. In: CRUZ, André Gonzalez (Org.). Direito criminal contemporâneo. Brasília: Editora Kiron, 2012, p. 116 e ss.

5. Considerações Finais

O presente artigo teve como objetivo tecer provocações a respeito das controvérsias em torno do racismo as quais são objeto de julgamento, pelo STJ e STF, cuja principal problemática é definir se a injúria racial é imprescritível assim como o crime de racismo.

O jornalista Paulo Henrique Amorim em duas ocasiões referiu-se ao também jornalista Heraldo Pereira como alguém que “não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde”, era portanto um “negro de alma branca” e que ele se “agachava, se ajoelhava para o Ministro Gilmar Mendes e que esse seu comportamento serviçal deveria envergonhar Ali Kamel, inimigo das cotas para negros nas universidades.”

A discussão travada no caso levou a tratar do racismo de maneira geral, a fim de apresentá-lo como fenômeno complexo que possui várias faces, as quais estão em constante mutabilidade. O racismo e suas variantes não constituem fenômeno social estanque. Pelo contrário, trata-se de fenômeno altamente complexo e dinâmico, cabendo ao direito acompanhar, com seu poder de nomeação, a evolução dessa dinamicidade que fragiliza os pactos democráticos lançados pela Constituição Federal de 1988.

Às instituições do sistema de justiça, há que se cobrar um melhor aprofundamento em torno da questão racial no Brasil, a fim de que os mitos da democracia racial ou da miscigenação não continuem sendo formas de sustentar o “racismo à brasileira”, que nada mais é do que uma forma sofisticada de racismo por denegação.

Num segundo momento, explorou-se como os não ditos provocados por essa visão sobre o racismo interagem simbolicamente com as instituições do sistema justiça para recalcar as conquistas históricas do movimento negro, em especial o ganho civilizatório que foi, no conjunto da abertura democrática do país, firmar a posição do crime de racismo como crime inafiançável e imprescritível. Ao longo do século passado, o protesto negro foi responsável por criar condições para que a noção de preconceito de cor ganhasse densidade e passasse a ser encarada como discriminação racial. É inegável que a legislação antirracista é fruto dos encontros do movimento social na busca da igualdade racial.

Mesmo assim os agentes do campo jurídico – dentre eles também “doutrinadores”, sobretudo os especialistas renomados do direito penal –, têm sustentado posições refratárias que representam, ao fim e ao cabo, reações do campo jurídico nas perspectivas de manter as acomodações raciais no país intactas, e foi por meios dessas operações que o racismo passou a ser lido como injúria racial. Não subsistindo, porém, esta segmentação, duas saídas vêm ganhado força, quais seja, interpretação do crime de injúria como crime inafiançável e imprescritível, e a consideração do “racismo praticado mediante injúria” na Lei 7.716/1989.

Por fim, analisaram-se as decisões no Caso Heraldo Pereira vs. Paulo Henrique Amorim da primeira instância, passando pelo TJDFT, STJ até o STF. De um lado, a sentença de primeiro grau e os argumentos da defesa refletiram o discurso da hermenêutica jurídica da branquitude no sentido de que a cláusula de imprescritibilidade do inc. XLII, do art. 5º, da Constituição Federal, não se aplica à injúria racial, pois esta se distingue dos delitos da Lei Caó. De outro, as decisões do TJDFT, STJ e STF adotaram a tese minoritária defendida há muito por Guilherme Nucci e pelo Movimento Negro, além das justificativas de projetos de lei, de que a injúria racial, exatamente por expressar um juízo de valor negativo que circunscreve as pessoas negras e seus corpos, sua vivência na subalternidade material e simbólica, é também ela “prática de racismo” nos termos do texto constitucional.

O entendimento do STJ e do STF é mais um capítulo, para usar da metáfora dworkiniana, no romance da justiça racial brasileira para avançar no enfrentamento do racismo em uma de suas mais comuns manifestações de violência simbólica.

Referências

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, 1989, 249 f.

BENTOUHAMI-MOLINO, Hourya. Lo que lo poscolonial le hace al derecho. In: Raza, cultura, identidades: un enfoque feminista y poscolonial. Traducción de Julieta Lenarduzzi. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2016, p. 31-40.

BONILLA-SILVA, Eduardo. Qué es el racismo? Hacia una interpretación estrutural. Traducción de Sonia Hortúa Romero. In: MOSQUERA ROSERO-LABBÉ, Claudia; LAÓ-MONTES, Agustín; RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coords.). Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - UNAL, 2010, p. 649-698.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BRASIL. Lei n. 1.390, de 3 de julho de 1951.

Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de côr. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1390.htm. Acesso em: 09 fev. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 668, de 1988. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: DF: Câmara dos Deputados. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&file name=Dossie+-PL+668/1988. Acesso em: 09 fev. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.081, de 21 de setembro de 1990. Estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8081.htm. Acesso em: 09 fev. 2020

BRASIL. Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm#art1. Acesso em: 09 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 09 fev. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1240/1995. Altera o artigo primeiro e acrescenta artigos a Lei nº 7.716, de preconceitos de raça ou de cor. Autoria: Paulo Paim. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=189504>

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 668, de 1988. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&file name=Dossie+-PL+668/1988. Acesso em: 09 fev. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 4.373, de 27 de agosto de 2020. Altera o § 3º art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e insere o art. 2º-A à Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, tipificando como crime de racismo a injúria racial. Autoria: Paulo Paim. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8881927&ts=1600719567849&disposition=inline>. Acesso em: 09 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática ARES 686.965 - DF (2015/0082290-3). Agravante: Paulo Henrique do Santos Amorim; Heraldo Pereira de Carvalho. Agravado: Ministério Público. Relator: Ministro Ericson Marinho (desembargador convocado do TJ/SP). Brasília, DF, 12 de maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 154.248. Voto. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 26 de novembro de 2020. Brasília. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-hc-injuria-racial-imprescritivel.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2021.

BRASILIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão nº 689122.

Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Assistente de Acusação. Apelado Paulo Henrique dos Santos Amorim. Relator: Desembargadora Nilsoni de Freitas Custódio. Brasília, DF, 20 de junho de 2013. Brasília, 13 p.

CARMICHAEL, Stokely; HAMILTON, Charles V. Poder negro: la política de liberación en Estados Unidos. Ciudad de México: Siglo Veintiuno Editores, 1967.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Relatório nº 66/06 – Caso 12.001 – Simone André Diniz vs. Brasil, 21 out. 2006. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm>

CRUZ GONZÁLEZ, Miguel A. Con libertad pero sin ciudadanía. Igualdad formal y subjetivación del “negro” en las postrimerías de la esclavitud. In: MOSQUERA ROSERO-

LABBÉ, Claudia; LAÓ-MONTES, Agustín; RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coords.). Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - UNAL, 2010, p. 489-522.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361). Salvador: Juspodium, 2018.

DAMASCENO, Marizete Gouveia; ZANELLO, Valeska M. Loyola. Saúde mental e racismo contra negros: produção bibliográfica brasileira dos últimos quinze anos. Psicologia: Ciência e Profissão. jul/set. 2018, v. 38, n.3, 450-464. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pcp/v38n3/1982-3703-pcp-38-3-0450.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2021.

D'APPOLLONIA, Ariane Chebel. Los racismos cotidianos. Traducido por Juan Vivanco. Barcelona: Edicions Bellaterra, 1998.

DIAS, Gleidson Renato Martins. A hermenêutica jurídica da branquitude a serviço das fraudes nas cotas raciais. Justificando, 21 fev. 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/02/21/hermeneutica-juridica-da-branquitude-servico-das-fraudes-nas-cotas-raciais/>. Acesso em: 27 jan. 2021.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Decisão Colegiada EIR - 0041864-97.2010.807.0001. Embargante: Paulo Henrique dos Santos Amorim. Embargado: Ministério Público. Relator: Desembargador Gilberto Pereira de Oliveira. Brasília, DF, 12 de maio de 2014.

ERIBON, Didier. Reflexões sobre a questão gay. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008, p. 27-29.

FERNANDES, Florestan. O negro no mundo dos brancos. São Paulo: Ed. Global, 2007.

FERNANDES, Florestan. Significado do protesto negro. São Paulo: Cortez, 1989.

- FIGUEIREDO, Patrícia Vanzolini. Racismo: Lei nº 7.716, de 5-1-1989. p. 72. In: JUNQUEIRA, Octavio (org.). Legislação penal especial, v.2. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FRASER, Nancy. Justiça Anormal. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 108, p. 739-768, 22 nov. 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68001/70858>. Acesso em: 27 jan. 2021.
- FOUCAULT, Michel. Nascimento e transformações do racismo [Aula de 28 de janeiro de 1976]. In: FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 55-71.
- GEULEN, Christian. Breve historia del racismo. Traducción de Elena Bombín Izquierdo y Jesús de la Hera Martínez. Madrid: Alianza Editorial, 2010.
- GOHN, Maria da Glória. Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo: Ed. Loyola, 1997
- GONÇALVES, Claudia Maria da C. Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.
- GRECO, Rogério. Curso de direito penal: introdução à teoria geral da parte especial – crimes contra a pessoa. Niterói: Impetus, 2009.
- GROSFUGUEL, Ramón. El concepto de “racismo” en Michel Foucault y Frantz Fanon: ¿teorizar desde la zona del ser o desde la zona del no ser? Tabula Rasa: Revista de Humanidades, Bogotá (Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca), nº 16, p. 79-102, ene./jun. 2012.
- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. O insulto racial: as ofensas verbais registradas em queixas de discriminação. Estudos Afro-Asiáticos, Rio de Janeiro (UCAM), nº 38, p. 31-48, 2000. https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-546X2000000200002&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 27 jan. 2021.
- HERNÁNDEZ, Tanya Katerí. La subordinación racial en Latinoamérica: el papel del Estado, el derecho consuetudinario y la nueva respuesta de los derechos civiles. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2013.
- HOBWSBAWM, Eric. Era dos Extremos: o breve século XX. 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995
- JONES, James M. Racismo e preconceito. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: EDUSP, 1973.
- LUCHETE, Felipe. Pena de blogueiro condenado por injúria é considerada prescrita.

Consultor Jurídico, 13 maio 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-13/apesar-condenacao-pena-blogueiro-injuria-considerada-prescrita>. Acesso: 13 jan. 2021.

MACHADO, Marta Rodriguez Assis. LIMA, Márcia. NERIS, Natália. Racismo e Insulto Racial na sociedade brasileira: Dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do direito. *Novos Estudos CEBRAP*, vol. 35, n.º 3, São Paulo, nov. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/nec/v35n3/1980-5403-nec-35-03-11.pdf>. Acesso: 13 jan. 2021.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; FERREIRA, Carolina Cutrupi; SANTOS, Natália Neris da Silva. Legislação antirracista punitiva no Brasil: uma aproximação à aplicação do direito pelos tribunais de Justiça brasileiros. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 2, n. 1, pp. 60-92, 2015. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/54/54>. Acesso: 13 jan. 2021.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Notas sobre la colonialidad de la paz. In: CONTRERAS CAPÓ, Vanesa; MALDONADO-TORRES, Nelson. La construcción del “mundo del Tú”: notas sobre #BlackLivesMatter y la colonialidad de la paz. Moca (Puerto Rico): Ediciones Guamo, 2020, p. 10-14.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOSQUERA ROSERO-LABBÉ, Claudia. Introducción: la persistência de los efectos de la “raza”, de los racismos y de la discriminación racial: obstáculos para la ciudadanía de personas y pueblos negros. In: MOSQUERA ROSERO-LABBÉ, Claudia; LAÓ-MONTES, Agustín; RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coords.). *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - UNAL, 2010, p. 17-108.

MOURA, Clóvis. *Brasil: raízes do protesto negro*. São Paulo: Global, 1983.

NASCIMENTO, Abdias do. Quilombismo: um conceito científico emergente do processo histórico-cultural das massas afro-brasileiras. In: *O quilombismo: documentos de uma militância pan-africana*. Petrópolis: Vozes, 1980, p. 245-281.

NUNES, Sylvia Silveira. *Racismo Contra Negros: um estudo sobre o preconceito sutil*. 227 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 27-28. Disponível em:

https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47131/tde-27072010-082636/publico/nunes_do.pdf. Acesso: 13 jan. 2021.

PEREIRA, Paulo Fernando Soares. Patrimonialização quilombola: é possível tratar de quilombo sem se falar de racismo? In: *IX Jornada Internacional de Políticas Públicas. Civilização ou barbárie: o futuro da humanidade*. São Luís: EDUFMA, 2019. v. 1. p. 1-12.

PEREIRA, Paulo Fernando Soares. Os Quilombos e a Nação: inclusão constitucional, políticas públicas e antirracismo patrimonial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PIRES, Thula, Rafaela de Oliveira. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros. Brasília: Brado Negro, 2016.

PIRES, Thula. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. 2013. Tese (Doutorado em Sociologia) – Pontifícia Universidade Católica. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: http://bradonegro.com/content/arquivo/11122018_202109.pdf. Acesso em: 09 fev. 2021.

POMPEU, Ana. Paulo Henrique Amorim é condenado por injúria racial contra Heraldo Pereira. Consultor Jurídico, 9 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-16/paulo-henrique-amorim-condenado-injuria-heraldo-pereira>. Acesso em: 09 fev. 2021.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Edgardo Lander (org). Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 227-278.

RUA, Maria das Graças. Políticas públicas. 3. ed. rev. atual. Florianópolis:

Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2014.

SALES JR., Ronaldo. Democracia racial: o não-dito racista. Tempo Social, [S. l.], v. 18, n. 2, p. 229-258, 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12523/143300>. Acesso em: 9 fev. 2021.

SALES JR. Raça e justiça: o mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça. 2006. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

SANTOS, Washington dos. Dicionário jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VALENTE, Fernanda. Empatado, julgamento sobre prescrição de injúria racial no STF é suspenso. Consultor Jurídico, 2 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-02/stf-suspende-julgamento-prescricao-injuria-racial>. Acesso em: 09 fev. 2021.

VIANA, Thiago G. A inefetividade da Lei Caó: uma tragédia anunciada? In: CRUZ, André Gonzalez (Org.). Direito criminal contemporâneo. Brasília: Editora Kiron, 2012a. p. 109-132.

WADE, Peter. Liberalismo, raza y ciudadanía en Latinoamérica. In: MOSQUERA ROSERO-LABBÉ, Claudia; LAÓ-MONTES, Agustín; RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coords.). Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - UNAL, 2010, p. 467-486.

WIEVIORKA, Michel. El racismo: una introducción. Traducción de Antonia García Castro. Barcelona: Gedisa, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo Ed. Alfa Ômega, 2001.



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB**?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.