



EQUIPARAÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL AO RACISMO: UMA ANÁLISE DO HABEAS CORPUS Nº 154.248/DF NO STF

ARTIGO ORIGINAL

FIGLIUOLO, Leonardo¹, SANTOS, Jean Carlos Pimentel dos²

FIGLIUOLO, Leonardo. SANTOS, Jean Carlos Pimentel dos. **Equiparação do crime de injúria racial ao racismo: uma análise do habeas corpus nº 154.248/DF no STF**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 09, Ed. 03, Vol. 02, pp. 122-140. Março de 2024. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/ciencias-sociais/equiparacao-do-crime>, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/ciencias-sociais/equiparacao-do-crime

RESUMO

O presente artigo traz a análise do acórdão do Supremo Tribunal Federal que equiparou o crime de injúria racial ao crime de racismo tornando o inafiançável e imprescritível. O objetivo é analisar se a decisão do STF é compatível com o princípio da legalidade e da reserva legal e, desse modo, compatível com o Estado Democrático de Direito. A pesquisa, quanto à fonte, é bibliográfica e documental; a abordagem é qualitativa e quanto aos objetivos é descritiva e exploratória. Como resultado, constata-se que a decisão do STF fez uso do ativismo judicial ao fazer equiparação de injúria racial ao crime de racismo, inobservando os princípios da legalidade e da reserva legal, assim como a tripartição dos poderes e o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: Racismo, Injúria Racial, Reserva Legal, Supremo Tribunal Federal.

1. INTRODUÇÃO

O artigo situa-se no direito penal e consiste em pesquisa empírica com objetivo de identificar a fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para equiparação do crime de injúria racial previsto no artigo 140, parágrafo 3º do Código Penal brasileiro aos crimes de racismo previsto na Lei nº 7.716/1989 e verificar se as decisões proferidas guardam relação com os princípios da legalidade, da reserva legal e da proibição da analogia *in malam partem*.



No estudo, será examinado acórdão proferido em julgamento do habeas corpus nº 154.248/DF, que modificou o entendimento jurisprudencial em relação ao crime de injúria racial equiparando ao crime de racismo.

Discute-se no presente Habeas Corpus se a “injúria racial” é espécie do gênero crime de racismo e, como consequência, também se é imprescritível e inafiançável (art. 5º, XLII, da CF).

O princípio da reserva legal estabelece a exigência da existência de lei em sentido estrito para definição de crime e para as hipóteses de extinção de punibilidade tais como a prescrição, nesse sentido a decisão do STF feriu o princípio da reserva legal ?

Para responder essa pergunta foi selecionado acórdão do Habeas Corpus nº 154.248/DF em que seja possível identificar a fundamentação da decisão para verificar se a decisão proferida guarda relação com o princípio da legalidade e da reserva legal.

O racismo é um problema social há muito enfrentado e o estado brasileiro tem o dever de combater. Nesse sentido, o STF não deferiu pedido de Habeas Corpus a acusada de crime de racismo decidindo que o crime de injúria racial é considerado crime de racismo, portanto imprescritível.

O objetivo geral é verificar como o Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus nº 154.248/DF e se a decisão se coaduna com os princípios da legalidade e reserva legal. Objetivos específicos são analisar os crimes de racismo e de injúria racial, assim como analisar o ativismo judicial na decisão do STF.

Desse modo, o STF no julgamento de Habeas Corpus nº 154.248/DF não decidiu de acordo com os princípios da legalidade e da reserva legal ao equiparar os crimes de injúria racial aos crimes de racismo.

Para confirmar a hipótese, a pesquisa, quanto a fonte, é bibliográfica e documental do tipo pura, pois baseia-se em estudos de artigos de periódicos e livros de doutrina.



Assim como, a análise de dispositivos legais e acórdãos proferidos pelo STF acerca do tema. A abordagem é qualitativa e quanto aos objetivos é descritiva e exploratória.

O desenvolvimento do presente artigo está dividido em três partes: no primeiro tópico analisa as legislações de combate ao racismo no ordenamento jurídico brasileiro. No segundo tópico, analisa-se o crime de injúria racial e os crimes de racismo. Por fim, a análise do acórdão do Habeas Corpus nº 154.248/DF.

2. AS LEGISLAÇÕES DE COMBATE AO RACISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A abolição da escravatura ocorreu em 1888, mas ainda hoje persiste a prática de atos discriminatórios a população negra que continua à margem da sociedade recebendo tratamento diversos de outros grupos raciais.

Essa discriminação é uma das marcas deixadas na sociedade pela escravidão. A abolição da escravatura negra no Brasil não foi capaz de alterar as práticas discriminatórias, evidenciado pela falta de políticas de integração dos ex-escravos na sociedade tais como educação, emprego e moradia.

Desse modo, criou-se um mecanismo de exclusão e marginalidade dos negros sem mesmo que fossem instituídas leis discriminatórias como ocorreu no Estados Unidos as chamadas *Jim Crow Laws*[3] que eram lei estaduais sulistas que impunham a segregação racial dos negros. Essas leis institucionalizaram a doutrina conhecida como “separados, mas iguais” (*separate, but equal*), no qual foram consideradas constitucionais pela Suprema Corte (Estados Unidos, 1896).

No Brasil não houve leis desse tipo, pois o que prevalece é o racismo velado, revelado por outros tipos de condutas. Sendo assim, não é difícil constatar as práticas discriminatórias e preconceituosas sobretudo em xingamentos, ofensas verbais, estórias e contos jocosos.

É importante destacar que o tema objeto desse artigo está intrinsecamente ligado ao princípio da igualdade ou da isonomia previsto no *caput* do art. 5º no qual prescreve



que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O princípio da igualdade é a base das constituições modernas, dos direitos fundamentais e dos direitos humanos (Mello, 2003).

A lei, destaca Bandeira de Mello (2003), “não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”. Sendo assim, todas as pessoas têm direito a proteção da lei sem qualquer tipo de discriminação em relação a raça, cor, origem ou religião.

O princípio da igualdade protege grupos sociais que foram historicamente discriminados e busca também contribuir para a construção da noção de cidadania racial (Moreira, 2017).

A disseminação de estigmas raciais desfavoráveis prejudica a noção de igualdade entre os grupos sociais e apoia práticas que promovem a exclusão de um grupo dos benefícios que outros grupos podem obter (Moreira, 2017 p. 1074).

No ordenamento jurídico brasileiro há diversos diplomas legais nacionais e convenções internacionais, no qual o Brasil é signatário, que combatem o racismo, cujos objetivos primordiais são dar tratamento igualitário a todas as pessoas sem qualquer distinção combatendo a discriminação e o preconceito oriundos da prática do racismo.

A primeira lei de combate à discriminação racial foi a Lei nº 1.390/51, conhecida como Lei Afonso Arinos, renomado jurista, na época Deputado Federal e autor do projeto de lei. Esse diploma legal tornava contravenção penal o preconceito de raça e cor e representa um rompimento com vazio legislativo de combate a discriminações raciais. O artigo 1º assim prescrevia:

Art 1º Constitui contravenção penal, punida nos termos desta Lei, a recusa, por parte de estabelecimento comercial ou de ensino de qualquer natureza, de hospedar, servir, atender ou receber cliente, comprador ou aluno, por preconceito de raça ou de cor (Brasil, 1951).



Parágrafo único. Será considerado agente da contravenção o diretor, gerente ou responsável pelo estabelecimento.

A Constituição de 1988 estabeleceu no artigo 3º, IV como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No artigo 4º, o Estado brasileiro é regido nas relações internacionais pelo repúdio ao terrorismo e o racismo como um dos seus princípios norteadores.

No artigo 5º, inciso XLI, estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Por fim, no inciso XLII do mesmo artigo o texto constitucional traz o mandamento de incriminação do racismo prescrevendo que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”

A Lei nº 7.716 de 05 de janeiro de 1989 deu cumprimento ao mandamento de criminalização do texto constitucional e definiu os crimes de racismo. O artigo 1º da redação original prescrevia que serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de preconceito de raça e cor (Brasil, 1989).

O texto original da referida lei estava voltado para a proteção do negro. No entanto, o racismo e atos discriminatórios raciais atingem não só os indivíduos considerados da raça negra, mas também outros grupos sociais. Nesse sentido, foi editada a Lei nº 9.459 de 13 de maio de 1997 que alterou a Lei do Racismo e estabeleceu como crime não somente a discriminação ou preconceito em decorrência de raça e cor, mas também em relação a etnia, religião ou procedência nacional (Brasil, 1997).

A mesma lei de 1997 também criou o crime de injúria racial qualificada, crime contra a honra, prevista no art. 140, parágrafo 3º do CPB quando a ofensa consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem.

É importante trazer à tona o julgamento do caso Siegfried Ellwanger no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS pelo Supremo Tribunal Federal. Neste julgamento o relator conceituou o racismo, em seu voto, o Min. Carlos Velloso bem salientou que:



Racismo, portanto, é o comportamento preconceituoso, hostil, relativamente a grupos humanos, em razão, por exemplo, da cor da sua pele ou de sua religião (...) os judeus não são uma raça. Como não são os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos humanos. O racismo constitui-se no atribuir a seres humanos características 'raciais' para instaurar a desigualdade e a discriminação (Supremo Tribunal Federal, 2003).

De Placido e Silva (2014 p.1153) diz que: Racismo é uma forma de desprezo ou discriminação contra pessoas de raça, etnia, cor ou procedência nacional diferente. O tratamento desigual, injusto e, muitas vezes, violento dado a um grupo de pessoas ocorre em razão da falsa crença de que existem raças superiores às demais.

2.1 CONVENÇÕES INTERNACIONAIS CONTRA A DISCRIMINAÇÃO

Após a segunda grande guerra mundial houve um grande avanço na proteção internacional dos direitos humanos. Foi desenvolvido um sistema global, representado pela Organização das Nações Unidas – ONU e três sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, representados pelo sistema europeu, americano e africano (Lopes e Santos Junior, 2018).

Piovesan aduz que o sistema normativo de proteção de direitos humanos revela uma lógica e principiologia própria fundada no valor da primazia da pessoa humana (Piovesan, 2010 p.22).

O Brasil é signatário de várias convenções internacionais de proteção a direitos humanos. Em relação ao tema deste artigo é importante analisar três convenções internacionais de combate à discriminação racial: A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial aprovada pela Organização das Nações Unidas, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial foi aprovada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, tendo sido ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968 e aprovada pelo Decreto nº 65.810, de 8 de



dezembro de 1969. A sua ratificação pela República Federativa do Brasil expressou o compromisso estatal de adotar políticas de eliminação da discriminação racial em todas as suas formas (Brasil, 1969).

Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” é definida como qualquer discriminação, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que visa anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, abrangendo todos os aspectos da vida pública, incluindo, mas não limitado os direitos sociais, culturais, políticos ou econômicos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) relata no artigo 1, diz que os Estados que assinam a convenção devem respeitar os direitos e liberdades garantidos na convenção e garantir que esses direitos sejam plenamente exercidos por todos os indivíduos sob sua jurisdição sem discriminação por motivos de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

O Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2008, concluiu o julgamento de uma série de casos que modificaram a compreensão do nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro (Maués, 2013).

Nesse sentido, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, de dezembro de 2008, que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem natureza jurídica de norma suprallegal, em posição hierárquica acima das leis ordinárias, no entanto, abaixo da Constituição Federal.

Sobre a hierarquia das convenções internacionais sobre direito humanos, Ana Maria D'Ávila Lopes e Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab (2016) lecionam que:

O Brasil incorporou, recentemente, dois novos institutos jurídicos: o bloco de constitucionalidade, definido como o conjunto de normas que junto com a constituição codificada de um Estado formam um bloco normativo de hierarquia constitucional, e o controle de convencionalidade, que determina



a obrigação de toda autoridade pública de não aplicar uma norma interna se contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos ou à interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos faça dela.

Nesse diapasão, o chefe do executivo promulgou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância pelo Decreto no 10.932, de 10 de janeiro de 2022 (Brasil, 2022). A Convenção foi assinada pela República Federativa do Brasil na Guatemala em 5 de junho de 2013.

O Congresso Nacional aprovou a Convenção, por meio do Decreto Legislativo nº 1, de 18 de fevereiro de 2021, conforme o procedimento de que trata o § 3º do art. 5º da Constituição, possui, portanto, *status* de emenda constitucional. Sendo assim, o quarto tratado internacional de direitos humanos aprovado equivalente a emenda constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

3. CRIME DE RACISMO E DE INJÚRIA RACIAL

A Lei nº 7.716/89 tipifica e define os crimes os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Esta lei tipifica 12 crimes de discriminação racial (Brasil, 1989).

A conduta discriminatória consuma-se no momento em que o sujeito ativo exterioriza o seu preconceito criando restrições ou impedindo uma pessoa de exercer um direito em razão da raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. É direcionado a coletividade, ou seja, para pessoas de um grupo específico, tendo conteúdo segregacionista.

Para a configuração dos crimes previstos na Lei nº 7.716/89 é necessário que o sujeito ativo do crime atue com vontade e consciência em praticar as condutas previstas nos tipos penais previstos na aludida lei (Brasil, 1989). Nesse sentido, exige-se a comprovação do dolo de segregar grupos de indivíduos em relação a sua origem racial, procedência nacional ou em decorrência de religião.

Segregação em sentido lato significa separar, isolar, apartar, distanciar, afastar, marginalizar.



Na lei de crimes contra o racismo há os tipos penais nos quais descrevem as condutas criminosas consideradas crimes e estão previstas nos artigos 3º a 14 e no artigo 20.

O crime de racismo é direcionado à coletividade e não engloba o de injúria qualificada por racismo que é direcionado a um indivíduo específico.

É importante dizer que o crime de injúria racial foi criado pela Lei nº 9.459/97, o qual inseriu o parágrafo 3º no artigo 140 do CPB[4] (Brasil, 1997). Essa mesma lei modificou a lei dos crimes de racismo e inseriu o artigo 20 criando mais uma forma de crime de racismo.

Em 2003, houve uma modificação legislativa (Lei nº 10.741, de 2003) incluindo no parágrafo 3º a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência aos crimes de injúria (Brasil, 2003).

O legislador não teve a intenção de colocar o crime de injúria racial na lei que define os crimes de racismo, porque se assim quisesse, essa era a oportunidade. Não o fez, no entanto, criou-se uma nova modalidade de injúria baseado em elementos característicos de um indivíduo específico como raça, cor, etnia, religião ou origem.

No crime de injúria racial, o sujeito ativo quer ofender a honra subjetiva da vítima, um indivíduo específico. No crime de injúria, o elemento subjetivo do agente é a conduta voluntária e consciente de praticar uma conduta de “ofender a dignidade de alguém”. Cesar Roberto Bitencourt (2020) diz que é “essencialmente uma manifestação de desprezo e de desrespeito suficientemente idônea para ofender a honra da vítima no seu aspecto interno”.

Para a caracterização do crime de injúria é necessário haver o *animus juriandi*, em outras palavras, a vontade de ferir a dignidade ou o decoro de outra pessoa. A utilização de expressões ofensivas não é suficiente para que haja crime de injúria, sendo também indispensável a vontade de injuriar (Bitencourt, 2020).

Nas palavras de Fabiano Augusto Martins Silveira (2006), o crime de injúria é uma agressão contra a honra subjetiva, que é a imagem do indivíduo tem de si próprio. Pode ser ainda a ofensa ao sentimento de “autoestima que cada pessoa preserva e



quer preservar, sejam qualidades morais (dignidade), sejam intelectuais ou físicas (decoro)", todas relacionadas ao "conjunto de valores e de representações positivas que a pessoa faz de si mesma".

4. ANÁLISE DA DECISÃO DO STF NO HABEAS CORPUS Nº 154.248 E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA RESERVA LEGAL

O direito penal no Estado Democrático de Direito tem a função de ser um instrumento para proteção da sociedade e somente deve ser utilizado dentro dos limites legais e quando for necessário. Dessa forma, o uso do *jus puniendi* deve ser exercido respeitando os princípios penais, principalmente o princípio da legalidade, (*nulla crimen sine praevia lege*" e "*nulla poena sine praevia lege*).

Nesse sentido, Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán (2014) lecionam que:

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõe necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso de poder punitivo.

Cesar Roberto Bitencourt (2014) leciona que os princípios da legalidade e da reserva legal representam a garantia política no qual a pessoa somente poderá ser submetida ao poder punitivo estatal com base em leis formais que sejam do consenso democrático.

Não obstante o teor do artigo 5º, inciso XXXIX da CF/88, o pleno do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 154.248/DF decidiu por maioria que o crime de injúria racial qualificada prevista no art. 140, parágrafo 3º do CPB é espécie de crime de racismo, por isso é inafiançável e imprescritível.

A analogia *in malam partem* não é permitida no Direito Penal, pois abre-se grandes possibilidade de usar o direito de forma arbitrária e autoritária, diante da possibilidade



de recrudescer e criar tipos penais pelo Poder Judiciário sem a deliberação, votação e aprovação do Poder Legislativo.

O princípio da reserva legal impede o emprego da analogia em relação às normas incriminadoras, sobretudo na criação e equiparação de tipos penais. Bitencourt aduz que “é inadmissível que dela resulte a definição de novos crimes ou de outras penas ou de qualquer modo, se agrave a situação do indivíduo” (Bitencourt, 2014). Sendo absolutamente vedado uso da analogia *in malam partem* no direito penal, salvo quando for para beneficiar o réu (analogia *in bonam partem*).

Os crimes de racismo e de injúria racial, como já demonstrado, são crimes diferentes, tanto pela conduta praticada quanto ao bem jurídico tutelado. O STF ao igualar tais crimes, utilizou-se a analogia *in malam partem*. O voto do relator considerou que o crime de injúria racial é espécie de crime de racismo, sendo assim imprescritível, impossibilitando o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição.

Nesse sentido:

O crime de injúria racial, porquanto espécie do gênero racismo, é imprescritível. Por conseguinte, não há como se reconhecer a extinção da punibilidade que pleiteiam a impetração.

Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus (Supremo Tribunal Federal, 2021).

A decisão do STF agiu à revelia do Poder Legislativo ao adotar a analogia em prejuízo do réu, pois não cabe ao Poder Judiciário criar crimes ou equiparar crimes, adotando a imprescritibilidade onde o legislativo não o adotou.

É importante destacar ainda o princípio do *in dubio pro reo* em que havendo dúvidas deve ser decidido em favor do réu até mesmo quando houver conflito sobre a interpretação das leis, convenções internacionais e da Constituição da Federal.

O Estado Democrático de Direito não podem ser objetos de vontades, objetivos políticos e ideologias por parte de alguns agentes do Estado, sobretudo do Poder Judiciário. Não compete ao poder judiciário dar à lei o sentido que quiser. Nesse sentido, importante descrever o entendimento Ana Claudia Bastos de Pinho (2013):



(...) Dar vida a Constituição, trabalhar com seus princípios, buscar atingir os valores morais insertos na Carta Política (tais como liberdade, igualdade, dignidade, justiça social) nem de longe significa

fazer o que quiser em nome de uma boa causa. Em outras palavras: a decantada “abertura principiológica” da Constituição é, como ainda se verá nesta pesquisa, um equívoco. O caráter deontológico dos princípios não abre portas para decisionismos, não é uma carta em branco para ser preenchida da forma que se queira, tampouco é uma autorização geral para o intérprete sair por aí atribuindo o sentido que bem entender aos princípios.

A interpretação, bem como a correta aplicação da Constituição para concretizar os direitos fundamentais não significa permitir que o intérprete diga o que quiser, deixando a tentativa de “descobrir” os significados dos princípios no alvedrio de sua consciência ou de seu pensamento racional. Por outro lado, os princípios fecham sentidos porque derivam da tradição e foram moldados no decorrer do lapso temporal (Pinho, 2013).

Apesar de ter argumentos relevantes para a sociedade no combate ao racismo, o STF não pode fundamentar a sua decisão por motivos não jurídicos, ativismo judicial, ao desconsiderar os princípios constitucionais da legalidade e reserva legal e igualar crimes distintos numa postura solipsista e discricionária.

Argumentos não jurídicos tais como discriminação racial, desigualdades sociais não justificam a imposição de sanções mais graves aos réus (impressibilidade e inafiançabilidade) em uma decisão puramente autoritária, revelando o ativismo judicial baseados em critérios extrajurídicos tais como a moral e a ética. O poder judiciário com o intuito de combater o racismo viola direitos e garantias fundamentais que fazem *jus* a todos os cidadãos e não somente aos réus.

A interpretação no direito penal é restritiva ao admitir que somente é considerado crime aquilo que está descrito na lei. O crime de injúria racial está previsto no Código Penal Brasileiro (art. 140, parágrafo 3º), no Título I dos crimes contra a pessoa, no capítulo V dos crimes contra a honra. A atividade de criação de crimes e equiparação cabe exclusivamente ao poder legislativo que se assim quisesse já teria modificado a lei do crime de racismo e incluída a injúria racial nos tipos penais previstos na Lei nº



7.716/89. Portanto, é atividade política e não jurídica, muito menos atividade interpretativa nas mãos do judiciário (Brasil, 1989).

Dessa forma, conclui-se que no caso em estudo o STF fez uso do ativismo judicial na sua acepção mais negativa, pois agiu de maneira discricionária contrariando princípios constitucionais penais já há muito consagrados na jurisprudência e doutrina nacionais e internacionais, agindo de forma decisionista.

Lênio Luiz Streck (2014) leciona que o ativismo judicial é uma corrupção na relação entre os poderes no qual uma decisão é tomada a partir de critérios não jurídicos, excedendo os limites da atuação do poder judiciário. Tal fato acontece através da distorção da técnica de ponderação de princípios constitucionais. O juiz pratica ativismo quando decide com base em suas predisposições políticas, religiosas e/ou morais, relegando os critérios jurídicos a um segundo plano.

O ativismo judicial é prejudicial ao Estado Democrático de Direito e a separação dos poderes.

Gilberto Bercovici (2013) aduz que a extensão do Poder Judiciário deve ser combatida, pois esse poder passa a se considerar como uma autoridade decisória autônoma, tendendo a ver o direito positivo como um obstáculo à sua atuação.

Ronald Dworkin (2001) é crítico ao ativismo judicial e diz que:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

A sociedade deve ser governada pelos representantes eleitos e as decisões judiciais são subordinadas às leis, quando o juiz cria o direito após o caso concreto, a parte perdedora foi julgada por fundamento que não existia à época do acontecimento do fato jurídico (Dworkin, 2002).



Nesse caso concreto estudado, o fundamento foi criado pelo tribunal após o cometimento do crime e retroagiu para prejudicar o réu em uma grave violação aos direitos e garantias fundamentais.

A doutrina do garantismo formulado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli (2014)[5] se contrapõe a esse ativismo judicial. O direito processual penal não deve ser entendido por parte do poder judiciário como um instrumento de punição por parte do Estado, mas como instrumento de proteção pelo qual o acusado pode amplamente se defender das acusações contra si imputadas.

Ademais, o garantismo se apresenta como uma teoria do direito penal como um sistema de garantias a minimizar a violência na sociedade: a criminal, dos indivíduos singulares, e a institucional, dos aparatos repressivos, compreendendo um instrumento de proteção dos direitos fundamentais tanto dos delitos quanto das penas arbitrárias (Ippolito, 2011).

A jurisdição penal se enquadra como um saber-poder e a ancoragem da lei penal na defesa dos direitos se originam de um conjunto de garantias materiais e processuais que a teoria do garantismo penal põe como parâmetros de justificação do poder de punir (Ippolito, 2011).

O garantismo pode ser compreendido como um padrão normativo de direito no qual representa os limites e as proibições do Estado contra punições arbitrárias e ilegítimas impostas aos cidadãos.

Por derradeiro, é importante mencionar que não havia lacuna legislativa em relação às ofensas injuriosas em relação à raça, cor, etnia, religião e origem. Pois, há o crime de injúria racial, crime específico para tais condutas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado deve respeitar os princípios basilares do direito constitucional penal, tanto na criação, quanto na aplicação das normas penais para evitar que seja desvirtuado em arbitrariedade e autoritarismo.



O Supremo Tribunal Federal decidiu que o crime de injúria racial, previsto no artigo 140, parágrafo 3º do Código Penal é espécie de crime de racismo (Lei nº 7.716/89). Dessa forma, a Corte Constitucional criou norma penal em contrariedade à Constituição Federal de 1988, partindo de motivos não jurídicos, atuando de forma discricionária e solipsista.

No mesmo sentido, tal decisão ofende o princípio da separação de poderes, pois agiu à revelia do poder judiciário, o qual é o poder legítimo para propor a criação de normas penais.

A jurisprudência do STF era no sentido de que a injúria racial não configurava crime de racismo.

No estado democrático de direito e na ausência de previsão legal é inadmissível ampliar-se a incidência de um tipo penal para incluir em leis penais específicas crimes nelas não previstos, mas disposto em outro diploma legal.

Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento sobre o crime de injúria racial ao equiparar aos crimes de racismo aplicando a analogia *in malam partem* incidindo em grave ofensa aos princípios da legalidade e reserva legal.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição:** Para uma crítica do constitucionalismo. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Parte Geral 1. 20ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Tratado de direito penal: parte especial:** dos crimes contra a pessoa. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. vol. 2. eBook.

BRASIL. **Lei No 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. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Rio de Janeiro, 3 de julho de 1951.

BRASIL. **Lei Nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, 5 de janeiro de 1989; 168º da Independência e 101º da República.



BRASIL. **Lei Nº 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, 13 de maio de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

BRASIL. **Decreto nº 65.810 de 08/12/1969**. Promulga a convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. Diário Oficial da União de 10/12/1969.

BRASIL. **Decreto nº 10.932 de 10/01/2022**. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Diário Oficial da União de 11/01/2022.

BRASIL. **Lei No 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.423, de 2022). Brasília, 1º de outubro de 2003; 182º da Independência e 115º da República.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Lecciones de Derecho Penal, Sevilla, 1991**. Saraiva, 2014, p. 50.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS. (Pacto de São José da Costa Rica). **Documentos Básicos em Matéria de Direitos Humanos no Sistema Interamericano**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/português/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 10 jun. 2022.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 451.

Estados Unidos. Suprema Corte. **Caso Plessy v. Ferguson**, 163 U.S. 537. 1896.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, 3 (1), p. 34-41, jan./jun. 2011.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria V. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, p. 12-94, 2016. Disponível em:



<<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1004>> Acesso em: 10 jun. 2022.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo. **Controle de constitucionalidade e margem de apreciação nacional:** (in)compatibilidade no Sistema Interamericano de Direito Humanos. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 14, n. 81, p. 35-54, 2018. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2866/pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 10, n. 18, Jun. 2013, p. 215.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio de igualdade.** 3. ed., 11. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003., p. 10.

MOREIRA, Adilson. **Cidadania Racial.** *Quaestio Iuris*. vol.10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017. pp. 1052-1089.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do Garantismo.** Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo:** aspectos jurídicos e socio criminológicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 82.424/RS.** Caso Siegfried Ellwanger, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 154.248.** Distrito Federal. 2021.

APÊNDICE - NOTA DE RODAPÉ

3. The laws and policies once used in the US to treat black people unfairly and to keep them apart from white people. Available in: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/jim-crow>.

4. Art. 140 - Injúriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:



Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

(...)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

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

5. Luigi Ferrajoli formulou dez axiomas, que contidos em um ordenamento jurídico ensejará a adoção de um modelo de maior ou menor grau garantista. Os princípios são os seguintes: 1) nulla poena sine crimine; 2) nullum crimen sine lege; 3) nulla lex poenalis sine necessitate; 4) nulla necessitas sine injúria; 5) nulla injúria sine actione; 6) nulla actio sine culpa; 7) nulla culpa sine judicio; 8) nullum judicium sine accusatione; 9) nulla accusatio sine probatione; e 10) nulla probatio sine defensione. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.91.

Material recebido: 09 de janeiro de 2024.

Material aprovado pelos pares: 12 de janeiro de 2024.

Material editado aprovado pelos autores: 21 de março de 2024.

¹ Doutorando em Direito Constitucional e Teoria Política (DINTER UNIFOR-CIESA). Defensor Público do Estado do Amazonas; Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Universidade de São Paulo – USP; Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA; Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas –



UFAM. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3006-5820>. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/0709370097081553>.

² Doutorando em Direito Constitucional pela UNIFOR; Professor da Escola Superior da Magistratura do Amazonas – ESMAM; Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP (2020); Especialização em Ciências Jurídicas pelo Centro de Formação, Estudos e Pesquisas – FORUM (2014); Especialização em Direito Civil e Processual Civil pelo CIESA (2005); Especialização em Direito Tributário pela UFAM (2004); Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Nilton Lins (2002); MBA em Gerência Financeira e Estratégias Empresariais pela FGV (2001); Bacharel em Administração pelo CIESA (2000). ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-6633-0339>. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1633165995878313>.