

Milanez: HC 154.248 e a discriminação em face das garantias penais

16/11/2021

Em decisão recente, no âmbito do Habeas Corpus 154.248 (DF), o STF entendeu, por maioria de votos de oito a um, vencido o ministro Nunes Marques, que o crime de injúria racial (art. 140, § 3º, do Código Penal) deve ser equiparado, para fins de reconhecimento de imprescritibilidade, ao delito de racismo.



Antes de se promover qualquer análise acerca do acerto ou desacerto

da decisão, é importante destacar que a discriminação racial no Brasil é uma chaga crônica a ser diuturnamente prevenida e combatida, porém sempre dentro das regras do jogo democrático.

Tentativas de resolver esse grave problema à margem do texto constitucional e das leis, ainda que porventura possam ser bem intencionadas e moralmente aceitáveis, enfraquecem as instituições e a própria legalidade, verdadeiros freios ao uso abusivo e arbitrário do poder.

Nesse contexto, a interpretação e aplicação das leis não podem ser uma atividade pautada em subjetivismos ou em boas intenções — afinal, como dizem os psicanalistas, quem nos protege da bondade dos bons? —, mas sim a partir de critérios estritamente dogmáticos. Se não for dessa forma, o sistema de legalidade estrita sucumbe a juízos morais e solipsistas, quebrando-se o mínimo de impessoalidade e segurança jurídica que devem reger o ordenamento jurídico.

Feitas estas considerações, é sabido que o texto constitucional estabelece como objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça (art. 3º, IV), repudiando, no âmbito das relações internacionais, o racismo (art. 4º, VIII), bem como prevendo a inafiançabilidade e imprescritibilidade do crime de racismo (art. 5º, XLII).

No percurso legislativo em prol da efetivação dos direitos vinculados à erradicação de preconceitos de raça, antes mesmo do advento da Constituição da República de 1988, o Brasil havia promulgado, através do Decreto 65.810/69, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e, após a vigência do texto constitucional, o legislador ordinário aprovou o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/10), tendo implementado, ainda, ações afirmativas, a exemplo da reserva de percentil de vagas aos negros em concursos públicos federais (Lei 12.990/14), como mecanismo prático e concreto a fim de se buscar a tão almejada isonomia racial.

A tarefa de definir as diversas condutas tipificadas como racismo também coube ao legislador infraconstitucional, que o fez através da edição da Lei 7.716/89, definindo os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor. Análise dos dispositivos que tipificam as diversas condutas classificadas como racismo evidencia que esse crime implica segregação de pessoa ou grupo em decorrência da cor negra. Assim, por exemplo, são as condutas de impedir o acesso a cargo público (art. 3º), a emprego em empresa privada (art. 4º), a estabelecimento comercial (art. 5º), a estabelecimento de ensino público ou privado (art. 6º), recusar hospedagem em hotel (art. 7º), em restaurante (art. 8º) ou em clubes sociais abertos ao público (art. 9º), tão somente pelo fato de a pessoa ser negra.

Como se vê, a prevenção e repressão de condutas que impliquem segregação, em decorrência de raça, são essenciais à criminalização do racismo. Busca-se evitar, através da criminalização do racismo, um novo e abominável *apartheid*. Contudo, o sistema jurídico penal contempla outras hipóteses que punem — ou agravam a punição — condutas vinculadas a questões raciais, mas que não se enquadram, tecnicamente, como racismo.

Assim, por exemplo, o delito de redução a condição análoga à de escravo possui uma causa de aumento de pena, quando o crime é praticado por motivo de preconceito de raça ou cor (art. 149, § 2º, II, do Código Penal). Tem-se, aqui, um crime que tem por bem jurídico tutelado a liberdade individual; porém, a depender de seus contornos, terá a pena aumentada se vinculado a questões de índole racial. Mas não se cuida, propriamente, de racismo.

O Código Penal contempla ainda o crime de injúria, que em seu tipo base pune, com pena de reclusão de um a seis meses ou multa, a conduta daquele que ofende a dignidade ou decoro da vítima (art. 140, *caput*, do Código Penal). Em suas formas qualificadas, pune-se com pena de reclusão, de um a três anos e multa, a ofensa a dignidade ou decoro da vítima, quando a ofensa referir elementos de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (art. 140, § 3º, do Código Penal). A injúria qualificada, em suas diversas modalidades, é crime contra a honra da vítima, sendo que a denominada injúria racial é apenas uma espécie, dentre os vários elementos que podem qualificar o tipo base.

Importante notar que nenhuma das formas de injúria qualificada implica em segregação da vítima, razão pela qual não se pode afirmar, tecnicamente, que a denominada injúria racial seria uma das formas pelas quais se pratica o racismo. Fosse de outro modo, o crime de injúria racial estaria previsto na Lei 7.716/89 — que prevê os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor — e não no Código Penal, no capítulo dos crimes contra a honra.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 154.248 (DF), entendeu que a injúria racial se equipara, por analogia, ao crime de racismo, estendendo a regra constitucional da imprescritibilidade também àquela forma de injúria qualificada por questões raciais. Em que pesem as boas intenções das premissas, a conclusão é, com todo o respeito, dogmaticamente incorreta.

Com efeito, ao menos desde o Iluminismo, os países de sistema *civil law* e de matriz romano-germânica, como é o caso do Brasil, concebem o direito penal a partir de uma matriz de legalidade, que traça os limites das condutas lícitas e ilícitas do ponto de vista criminal. Assim, pelo sistema de legalidade, o Estado estabelece os contornos primários do poder de punir e, ao mesmo tempo, prevê balizas estritas — que nada mais são do que garantias individuais frente ao poder estatal — ao exercício deste poder, como forma de contenção do arbítrio.

O princípio da legalidade penal se desdobra em diversas facetas, afirmando, como condições de validade da lei penal, que seja ela prévia, estrita, certa e escrita.

Com a previsão de que a lei penal deve ser prévia aos fatos incriminados, contempla-se o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, ou seja, uma vez criado um novo tipo penal ou uma nova hipótese de exasperação de pena, estas somente podem ser aplicadas a fatos posteriores à vigência da lei nova. Por outro lado, nada impede a retroatividade da lei penal mais benéfica, de modo que leis novas que suavizam a carga penal ou extinguem crimes podem ser aplicadas inclusive para fatos anteriores à entrada em vigência da lei nova.

A lei penal deve também ser certa e estrita. Certa, pois os tipos incriminadores devem ser redigidos da forma mais clara possível, de modo a restringir tanto quanto possível — ainda que não se desconheça a porosidade da linguagem —, as interpretações e os sentidos possíveis da norma. Estrita, pois as leis penais devem observar o devido processo legislativo para sua criação, ou seja, devem ser criadas pelo Parlamento, vedando-se a incriminação a partir de regras infralegais, como é o caso de Portarias, Decretos, Resoluções etc.

A lei penal deve ainda ser escrita, ou seja, não se pode criar tipos penais ou hipóteses de incremento de pena a partir de costumes ou outras fontes não escritas. No mesmo sentido, não se admite o incremento da carga penal a partir de analogia, sendo vedado, portanto, o uso da denominada analogia incriminadora ou *in malam partem*.

Em outros termos, qualquer possibilidade de agravamento da situação penal do investigado ou acusado a partir do recurso à analogia é vedado. E foi exatamente isso o que ocorreu âmbito do HC 154.248/DF, quando o STF, a partir do emprego da analogia, equiparou a injúria qualificada por questões raciais ao crime de racismo, para fins de admitir a imprescritibilidade daquele, mesmo com a previsão constitucional expressa de que apenas o delito de racismo é imprescritível, e não os demais crimes que envolvem, direta ou indiretamente, questões raciais.



Este tipo de subversão das garantias penais – que são garantias de todos os indivíduos, negros, brancos, pardos, homens, mulheres, homo e heterossexuais, católicos, evangélicos, umbandistas, indígenas, jovens, adultos, portadores ou não de alguma deficiência, ricos e miseráveis –, ainda que possa ser aplaudida momentaneamente por alguns, contribui apenas para a fragilização de todo um sistema de contenção do abuso e do arbítrio estatais.

Não se pode esquecer de que a posição refletida nos votos dos Ministros poderá ser utilizada, no futuro, como critério geral para a interpretação de outros tipos penais, abrindo-se espaço para o uso da analogia incriminadora – ainda que travestida de boas intenções, repita-se – para outras infrações penais. E não se pode esquecer, igualmente, que no Brasil, infelizmente, os clientes preferenciais do sistema punitivo são os que estão à margem da sociedade, o que se pode atestar com segurança a partir do elevadíssimo contingente de presos homens, negros, pobres e periféricos, que lotam os nossos presídios. Ou seja, aquilo que foi utilizado e aplaudido como sinônimo de “*combate ao racismo*” poderá ser usado, no futuro, exatamente no sentido oposto.

É por essa razão que devemos, sempre e sempre, lutar pela isonomia entre as pessoas, seja ela a isonomia racial, de gênero, religiosa ou qualquer outra. Mas isso não pode ser feito ao custo das garantias inerentes à cidadania ou mesmo através do preconceito e da segregação de conquistas civilizatórias, como é o caso da legalidade penal.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-nov-16/milanez-hc-154248-discriminacao-face-garantias-penais/>