

Gilaberte e Sannini: Lei 14.532/23 e o racismo: avanços e lacuna

17/01/2023

A Lei 14.532/2023 veio a lume para modificar substancialmente as previsões legais acerca dos crimes que envolvem condutas preconceituosas ou discriminatórias, costumeiramente chamadas de racismo.



O tema não é novo. A Lei 7.716 ingressa em nosso ordenamento

jurídico em 1989 como decorrência de mandado constitucional de criminalização (5º, inciso XLII, da Constituição da República). A CRFB, elaborada em um momento de redemocratização e de defesa intransigente de políticas igualitárias, diz que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível. Essa exigência de criminalização decorre de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, enunciado em seu artigo 3º, IV, CRFB.

A norma constitucional traz uma cláusula geral. Em razão dela, a legislação infraconstitucional deveria criminalizar toda e qualquer forma de discriminação ou preconceito opressor, na esteira do que decidiu o STF no HC 82.424 (2003). Porém, não foi isso que se sucedeu na Lei 7.716, que restringiu seu âmbito aos delitos "*resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*". Mais recentemente, o STF estendeu a Lei 7.716 aos casos de homotransfobia (ADO 26 e MI 4.733), reforçando seu compromisso para com a criminalização de todas as formas de preconceito e discriminação. Assim, seguindo a Suprema Corte, com base na axiologia constitucional, defendemos que a palavra "racismo" deve ser compreendida como um "racismo social", o qual relega certas categorias de pessoas a uma situação de "semicidadãs".

Dito isto, sempre defendemos que os crimes de racismo não se encontram apenas na lei de regência da matéria (Lei 7.716), mas em outros diplomas normativos (artigos 1º, II, da Lei 9.455/1997 e 149, § 2º, II, CP, v. g.). Essa compreensão se espalha ao artigo 140, § 3º, que incrimina as ofensas individualizadas de natureza preconceituosa. Não por outro motivo, o STF concluiu por sua imprescritibilidade, nos moldes do artigo 5º, XLII, da CRFB (HC 154.248).

Recentes episódios de falas preconceituosas criminosas, com liberação dos autores mediante pagamento de fiança, fizeram com que o legislador recobrasse seu interesse pelo tema, o que conduziu à edição da Lei 14.532. O diploma altera a Lei 7.716 e o Código Penal, especialmente no tocante à disciplina do crime de injúria e à estrutura do artigo 20 da Lei 7.716. Começamos com a injúria.

Outrora prevista no artigo 140, § 3º, do Código Penal, a injúria racial ou por preconceito foi desmembrada. Parte do seu conteúdo passou ao artigo 2º-A da Lei 7.716: "*injúriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional*". Permaneceram no artigo 140, § 3º, do CP as ofensas contendo elementos de raça, condição de pessoa idosa ou com deficiência. Por razões didáticas, passaremos a denominar o crime do artigo 140, § 3º, do CP de injúria por preconceito, ao passo em que chamaremos o artigo 2º-A da Lei 7.716 de injúria racial. Impõe-se destacar, ainda, que a diferença entre as duas formas de injúria e o artigo 20 da Lei 7.716 se mantém: a injúria é sempre dirigida a pessoa ou grupo de pessoas individualizado, ao passo em que o artigo 20 contempla manifestações preconceituosas genéricas, sem individualização de seu destinatário.

A divisão entre injúria por preconceito e injúria racial cria uma situação de desproporcionalidade, especialmente no tocante ao preconceito religioso. O artigo 1º da Lei 7.716 iguala, para fins de aplicação do diploma, o preconceito e a discriminação por motivos de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional. Em quase todos os tipos penais da lei, essas espécies de preconceito são igualadas. A ruptura promovida pelo artigo 2º-A, faz com que se puna a injúria de raça, cor, etnia ou procedência nacional com uma pena de reclusão, de 2 a 5 anos, ao mesmo tempo em que, à injúria religiosa, fica reservada a sanção anterior, de reclusão de 1 a 3 anos. Provoca-se uma desequiparação injustificada.

Qual é a solução? (A) Reconhecer-se a inconstitucionalidade da manutenção da injúria religiosa no artigo 140, § 3º, do CP, usando o artigo 1º da Lei 7.716 para integrar a norma do artigo 2º-A (o que cria uma afronta à legalidade); (B) a manutenção da atual dicotomia, o que implica desproporcionalidade. Ou seja, não há uma resposta razoável.

Sobre a inafiançabilidade e a imprescritibilidade da injúria racial, não há mais o que discutir. Os argumentos anteriormente usados para refutá-las (previsão em diploma legal diverso da lei específica sobre racismo, natureza condicionada da ação penal e bens jurídicos tutelados diversos) perderam sua substância, pois agora o crime é previsto na Lei 7.716 e a ação é pública incondicionada. O STF já decidira, outrossim, que, mesmo na injúria, há a proteção do direito de igualdade, oriundo da construção de uma sociedade livre de preconceitos. A honra subjetiva faz parte da objetividade jurídica, mas não é o seu aspecto mais importante, de modo que não há grandes diferenças entre a injúria e os demais crimes da Lei 7.716.

O crime do recém-criado artigo 2º-A, embora previsto na estrutura de uma lei especial, possui os mesmos alicerces da norma prevista no artigo 140 do CP. Ou seja, há uma injúria especial, que se difere do tipo penal genérico por uma motivação peculiar, a qual deverá ser observada para afirmar a subsunção da conduta ao novo ilícito penal. Explica-se: para que uma injúria — qualquer que seja — reste caracterizada, mister a existência do *animus injuriandi*, ou seja, da vontade de ofender. No artigo 2º-A, além do *animus injuriandi*, a manifestação ofensiva ocorrerá porque o sujeito ativo é preconceituoso em relação à raça, cor, etnia ou procedência nacional da vítima.

Esse ponto traz uma relevante distinção entre a atual redação da injúria racial e aquela contemplada outrora pelo tipo de injúria por preconceito (antiga redação do artigo 140, § 3º, do CP). Na antiga norma (cuja lógica se mantém para as espécies de preconceito ali previstas), a ofensa deveria conter elementos referentes à raça, cor, etnia ou procedência nacional da vítima, o que ora é dispensado, bastando que a ofensa tenha por motivação a condição da vítima. Assim, xingar um negro de "bandido", na redação anterior, era injúria em sua forma simples (salvo se agregado o elemento de cor à ofensa, como chamá-lo de "preto bandido"). Doravante, xingar um negro de bandido, pois o sujeito ativo assim o enxerga em razão de sua cor, é injúria racial.

Acerca da injúria homotransfóbica, em que pese a ausência de previsão legal, a situação atine ao artigo 2º-A, da Lei 7.716. A conclusão é inexorável, face ao já decidido pelo STF (ADO 26 e no MI 4.733).

Além do que já foi mencionado, há outros problemas de proporcionalidade na alteração legislativa. A injúria racial prevista na Lei 7.716, consistente numa ofensa à vítima, é punida de forma mais grave que condutas como recusar ou impedir o acesso a estabelecimento comercial, com evidente caráter segregador. A forma mais grave de racismo é aquela que segrega, ou seja, que limita direitos e liberdades públicas por razões de discriminação ou preconceito, o que é desconsiderado pela lei.

A proporcionalidade é aviltada, ainda, quando analisamos a manifestação preconceituosa por meio de redes sociais, no contexto dos artigos 140, § 3º, c/c 141, § 2º, do CP, e 2º-A e 20, § 2º, da Lei 7.716. Observando apenas o *caput* desses dispositivos, o de maior gravidade é a injúria racial, com pena de reclusão, de 2 a 5 anos. A injúria por preconceito do Código Penal e o artigo 20 da Lei 7.716 possuem a mesma sanção penal (1 a 3 anos e multa). Logo, são equiparados pelo legislador. Contudo, quando praticados por meio de redes sociais, isso muda. O crime mais grave passa a ser o do art. 140, § 3º (cuja pena é triplicada, chegando ao patamar de 3 a 9 anos de reclusão). Já o art. 20, *caput* e § 1º, sob a regência da nova redação do § 2º do dispositivo, passam a ter uma pena de 2 a 5 anos de reclusão, além de multa, equiparando-se ao artigo 2º-A. E este artigo? Sua pena não sofre nenhum acréscimo.

Superado o estudo das injúrias, analisemos outras inovações. Em razão dos tristes episódios de condutas preconceituosas em estádios no Brasil e no mundo, o novo diploma acrescenta uma qualificadora ao §2º-A do artigo 20 da L. 7.716 (condutas praticadas no contexto de atividades esportivas, religiosas, artísticas ou culturais destinadas ao público). Em tais situações, o racismo será punido com pena de 2 a 5 anos, além da proibição de frequentar estes locais pelo prazo de 3 anos.



No §2º-B, do artigo 20, da Lei, encontramos previsão no seguinte sentido: "*sem prejuízo da pena correspondente à violência, incorre nas mesmas penas previstas no caput deste artigo quem obstar, impedir ou empregar violência contra quaisquer manifestações ou práticas religiosas*". Novamente, não compreendemos a distinção feita pelo legislador. Pensamos que a norma deveria ser estendida, por exemplo, a manifestações culturais (como no impedimento a festa do Boi-bumbá, por xenofobia). Aliás, a norma também pode ser estendida aos casos de homotransfobia (v. g., obstar uma manifestação do Orgulho Gay por motivação discriminatória).

Outra inovação envolve o artigo 20-A, que traz uma causa de aumento de pena quando os crimes previstos na Lei 7.716 são praticados em um contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação. Esta alteração é especialmente relevante porque permite a punição de manifestações preconceituosas travestidas de *animus jocandi*. Doravante, o sujeito ativo poderá ser punido pelos crimes previstos na Lei 7.716, com aumento da pena de 1/3 até a metade, mesmo em caso de brincadeiras, desde que se possua a consciência de seu conteúdo preconceituoso e potencialmente ofensivo. Ausente essa consciência, inexistente crime. Ademais, manifestações críticas realizadas com bom humor, mas desapegadas de caráter preconceituoso ou discriminatório, jamais serão criminosas, pois conferem plenitude à liberdade de manifestação do pensamento. Nesse sentido, uma crítica ao celibato existente no catolicismo através de tirinhas em quadrinhos de humor não configura prática delitiva.

Conclui-se que houve um avanço no combate ao racismo, entretanto de forma pouco esmerada. A perda da oportunidade para se inserir na Lei de Racismo a criminalização da homotransfobia sintetiza essas críticas. Agora, resta aguardar o amadurecimento do debate sobre o tema, advertindo-se que o presente artigo não tem a pretensão de enunciar verdades absolutas, mas apenas contribuir para a evolução do debate.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-jan-17/gilaberte-sannini-lei-1453223-racismo-avancos-lacuna/>