

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

CAMILA LIMA SANTANA

**A CONSTITUCIONALIDADE NO NÃO OFERECIMENTO DO
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO CRIME DE INJÚRIA
RACIAL:**

RELATIVIZAÇÃO DO ACESSO AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS

UBERLÂNDIA-MG

2024

CAMILA LIMA SANTANA

**A CONSTITUCIONALIDADE NO NÃO OFERECIMENTO DO
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO CRIME DE INJÚRIA
RACIAL:**

RELATIVIZAÇÃO DO ACESSO AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado junto ao curso de Direito da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Karlos Alves Barbosa

UBERLÂNDIA-MG

2024

SUMÁRIO

01. CASO CONCRETO.....	5
a. DOS FATOS.....	5
b. ANÁLISE CRÍTICA DO CASO.....	9
02. APONTAMENTOS HISTÓRICOS E A CONTEXTUALIZAÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL.....	10
a. DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL.....	10
b. DOS REFLEXOS DA ESCRAVIDÃO NA ATUALIDADE E SUA CORRELAÇÃO COM O CRIME DE INJÚRIA RACIAL.....	13
03. DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL.....	14
a. DA PREVISÃO E MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA.....	14
b. DA TIPIFICAÇÃO.....	20
04. JUSTIÇA CONSENSUAL NO PROCESSO CRIMINAL.....	26
a. DA VIABILIDADE DO CONSENSO NA SEARA CRIMINAL.....	27
b. DA JUSTIÇA CONSENSUAL BRASILEIRA.....	29
c. DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	31
05. CONFLITO ENTRE DIREITOS CONSTITUCIONAIS A LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY.....	38
06. A CONSTITUCIONALIDADE NO NÃO OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES DE INJÚRIA RACIAL.....	44
07. CONCLUSÃO.....	47
08. REFERÊNCIAS.....	48

RESUMO

O presente trabalho objetiva fundamentar a constitucionalidade no não oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) aos crimes de injúria racial. A regra, no ordenamento jurídico brasileiro é que o referido acordo, enquanto instrumento da justiça consensual do país, deve ser proposto pelo Ministério Público a todos os acusados que preenchem os requisitos formais previstos no artigo 28-A do Código de Processo Penal, prezando, portanto, pela igualdade processual.

Contudo, esse trabalho busca enfatizar, a partir todo o contexto de escravidão e discriminação racial, que o ANPP deve ser proposto quando garantido as suas finalidades materiais de reprovação e prevenção do delito, o que não se verifica no caso dos crimes raciais. Para tanto, é feito uma análise, através da teoria do sopesamento do autor Robert Alexy, com intuito de identificar a constitucionalidade da prevalência do direito a igualdade racial frente a processual.

Palavras chaves: *Acordo. Consenso. Direito Penal. Discriminação Racial. Sopesamento. Igualdade racial. Igualdade processual. Injúria racial.*

01. CASO CONCRETO

a. DOS FATOS

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia pelo fato ocorrido no dia 30 de setembro de 2018, por volta das 21h30min, quando, em uma casa noturna, na cidade de Florianópolis, o denunciado Dany Philippi de Aguiar ofendeu a vítima com os dizeres “ *seu negão filho da puta, seu negão sujo, escroto*”, além de chamar a vítima de “*macaco*”, fazendo referência a sua cor de pele.

Nos autos nº 0014627-67.2018.8.24.0023, no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, na 2ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis, o denunciado foi condenado pelo crime de injúria racial qualificada, a época, previsto no artigo 140 §3º do Código Penal combinado com a causa de aumento prevista no artigo 141, inciso III do mesmo texto legal, pois as ofensas injuriantes foram proferidas na presença de várias pessoas¹.

A pena cominada ao autor do crime foi de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, com pagamento de 13 dias multa, sendo cada dia-multa correspondente a 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato delituoso com a devida atualização monetária. Contudo, diante do cumprimento dos requisitos necessários, a pena privativa de liberdade do condenado foi substituída por duas penas restritivas de direito previstas no artigo 43, inciso I e III do Código Penal, quais sejam, a prestação pecuniária no valor de 03 (três) salários mínimos, a serem revertidos em favor da vítima, conforme artigo 45 §1º do Código Penal, e a limitação do final de semana. Outrossim, a multa foi regulamentada nos termos do artigo 50 do Código Penal, sem qualquer possibilidade de fiança.

Considerando a sentença penal condenatória, o réu, inconformado, interpôs recurso de apelação, nos autos nº 00146277-67.2018.0023, com razões destinadas à 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.² Em sede de apelação, o réu insistiu na sua absolvição

¹BRASIL.Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Sentença da Ação Penal - Procedimento Ordinário nº 0014627.2018.8.24.0023/SC. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Dany Philippi de Aguiar. Juiz de Direito: Monani Menine Pereira. 19.12.2006. Sentença condenatória. Consulta Processual Eproc. Disponível em:<https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta1g/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=311620826031280297059095950105&evento=311620826031280297059095961038&key=f351ba9e9dcb1c55c78967d9b409e4c80e7b3fbf59ca761f26c332adde47a7d0&hash=e6ab549cc458afbf2560a44d0b86bdf3>. Acesso em: 21 de mai. 24.

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 0014627-67.2018.8.24.0023/ SC. Acórdão da Apelação Criminal. Crime de Injúria racial (art. 140, §3º, c/c art. 141, III, ambos do Código Penal). Sentença condenatória. Recurso da defesa. Pedido de absolvição sob alegação de insuficiência de provas. Impossibilidade. Agente que ultrajar a vítima, perante várias pessoas, por intermédio da utilização de elementos referentes a sua etnia, com a intenção de ofender sua dignidade e decoro. Materialidade e autoria demonstradas pelas declarações uníssonas da vítima, confirmadas pelos depoimentos da testemunha presencial e dos policiais militares

alegando insuficiência de provas com a consequente aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Apesar de conhecido, o recurso foi desprovido, pois o Tribunal entendeu que as provas angariadas no decorrer da instrução nos autos principais, como, o depoimento pessoal da vítima, a oitiva das testemunhas e dos policiais, além do próprio interrogatório do réu confirmaram os indícios de autoria e materialidade delitiva da denúncia, sendo fundamento para a condenação.

Outrossim, incidentalmente, o condenado opôs Embargos de Declaração em Apelação Criminal perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina alegando existir omissão quanto a não apreciação do direito ao acordo de não persecução penal e o não reconhecimento da ilegalidade da pena pecuniária frente a ausência de fundamentação válida. O referido incidente sequer foi conhecido, pois as alegações do embargante não foram apresentadas nas razões recursais. Ademais, o Tribunal compreendeu que caberia o acordo de não persecução penal para fatos ocorridos anteriormente à Lei nº 13.964/2019 desde que a denúncia não tivesse sido recebida, o que já havia ocorrido nesse processo³.

Ademais, o réu Dany Phillippi, representado pela Defensoria Pública de Santa Catarina, impetrou o Habeas Corpus nº 77281/SC (2022/0300710-0) perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴, alegando violação da sua liberdade de ir e vir, pois deveria ter sido oferecido e celebrado o acordo de não persecução penal, diante do preenchimento dos requisitos necessários.

A decisão monocrática do STJ foi proferida pelo, ora relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, em 28 de setembro de 2022, no qual foi indeferido liminarmente o pedido de oferecimento

responsáveis pela ocorrência. Versão defensiva anêmica e que não justificaria a agressão verbal praticada. Condenação irretorquível. Recurso Conhecido e Desprovido. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Dany Philippi de Aguiar. Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida. Recurso improvido. Consulta Processual Eproc. Disponível em: <https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta1g/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=311665759259016101978479367705&evento=311665759259016101978479651239&key=5c3c34650def0b534ea2f588c1c8f866e1f6adeb4719b565969f477d23ea6d9c&hash=0454e7556280db94c9c611ac9324b63a>. Acesso em: 21 de mai. 2024.

³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Acórdão dos Embargos de Declaração em Apelação Criminal nº 0014627-67-2018.8.24.0023 /SC. Embargos de Declaração em Apelação Criminal. Crime de Injúria Racial (art. 140, §3º, c/c art. 141, III, ambos do Código Penal). Alegada a existência de omissões indiretas no acórdão. Teses não arguidas no momento processual oportuno. Inviabilidade. Preclusão consumativa. Embargos não conhecidos. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Dany Philippi de Aguiar. Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida. Embargos não conhecidos. 30.08.2022. Consulta Processual Eproc. Disponível em: <https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta1g/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=311665759259016101978479367705&evento=311665759259016101978479651239&key=5c3c34650def0b534ea2f588c1c8f866e1f6adeb4719b565969f477d23ea6d9c&hash=0454e7556280db94c9c611ac9324b63a>. Acesso em: 21 de mai. 24.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática do Habeas Corpus nº 772811/SC (2022/0300710-0). Processual Penal. Habeas Corpus. Injúria Racial Majorada. Pretensão de encaminhamento dos autos, após a condenação, para oferecimento de proposta de ANPP. Impossibilidade. Constrangimento ilegal. Ausência. Dany Phillippi de Aguiar e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Habeas Corpus indeferido liminarmente. 26.09.2022. Consulta Processual Publica do STJ. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202203007100&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 21 de abr. 2024.

da proposta do ANPP pelo Ministério Público, pois a denúncia já havia sido recebida, além de ter-se encerrado a prestação jurisdicional na instância ordinária.

Diante da decisão, a defesa recorreu em 14 de outubro de 2022 interpondo Agravo Regimental em Habeas Corpus⁵. O recurso foi julgado pela 6ª Turma do STJ e não foi conhecido por unanimidade. Nos termos do voto do relator Sebastião Reis Júnior e acompanhado pelos demais Ministros da turma, o recurso se bastou em reiterar os argumentos do Habeas Corpus, não refutou qualquer ponto central apontado na decisão de indeferimento da liminar. Ademais, reiterou o entendimento no STJ no sentido de que a normativa que regulamenta o ANPP é eminentemente processual com reflexos penais, pois enseja a extinção da punibilidade. Desse modo, aplica-se o princípio do *tempus regit actum*, não sendo possível violar a segurança jurídica do processo com a retroatividade e oferecimento do acordo.

Ainda assim, o Autor permaneceu inconformado com a decisão e interpôs o Recurso Ordinário no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 772811 perante o Supremo Tribunal Federal. O relator do recurso foi o Ministro Edson Fachin e a sessão de julgamento virtual ocorreu de 16 de dezembro de 2022 a 06 de fevereiro de 2023 que resultou no não provimento do recurso, conforme ementa abaixo:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TESE DEFENSIVA. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME RACIAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INAPLICABILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO⁶

De acordo com a ata de julgamento, na 2ª Turma do STF, 03 (três) votos negaram o provimento (relator Min. Edson Fachin, Min. Ricardo Lewandowski e Min. Gilmar Mendes)

⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Acórdão do Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 7728811 - SC (2022/0300710-0). Agravo Regimental em Habeas Corpus. Injúria Racial Majorada. Pretensão de encaminhamento dos autos. Após a condenação, para oferecimento de proposta de ANPP. Impossibilidade. Agravo que se limita a reiterar os argumentos da impetração, sem atacar o fundamento central que ensejou o indeferimento liminar da inicial. Conhecimento. Impossibilidade. Súmula 182/STJ. Incidência. Agravo regimental não conhecido. Dany Philippi de Aguiar e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. 11.10.2022. Não conhecido. Consulta processual STJ. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202203007100&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 21 de mai. 2024.

⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão do Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Penal e Processual Penal. Agravo Regimental. Princípio da dialeticidade recursal. Observância. Necessidade. Embargos de Declaração. Tesse defensiva. Inovação. Impossibilidade. Crime Racial. Acordo de Não Persecução Penal. Inaplicabilidade. Recurso Ordinário não provido. Dany Philippi de Aguiar e Ministério Público Federal. Relator: Min. Edson Fachin. 07 de fev. 2023. Consulta processual STF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6525081>>. Acesso em: 21 de mai. 2024. Página 01-36.

contra 02 (dois) votos que deram provimento ao recurso (Min. Nunes Marques e Min. André Mendonça).

Para além das alegações processuais que foram todas refutadas, o Relator, no mérito do seu voto, apresentou o posicionamento de que no Brasil busca-se a construção de uma sociedade fraterna e sem preconceitos conforme dispõe o artigo 3º da Constituição Federal de 1988. E a aplicação do ANPP deve seguir essa conformidade com o texto constitucional e com os compromissos assumidos pelo país no que se refere a não discriminação, bem como a proteção dos direitos humanos, conforme segue abaixo:

Rememoro, em especial, por conta da conduta delitiva examinada nestes autos, que, recentemente, em 19/2/2021, foi publicado, no Diário Oficial do Senado Federal, o Decreto Legislativo nº 1/2021, que aprovou o texto da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, adotada na Guatemala - por ocasião da 43ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, ocorrida em 5 de junho de 2013 -, documento mais abrangente que a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial - aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1967 e ratificada pelo Brasil em 1969 -, pois reprime as práticas discriminatórias também nos ambientes privados, além de ser contundente ao comprometer os Estados a combater o racismo estrutural e institucional.

A ratificação da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância reafirma a decisão do Estado brasileiro de reprimir de forma mais severa o racismo, em consonância, aliás, com a nossa Constituição Federal, que inibiu a concessão de fiança e a aplicação do instituto da prescrição aos crimes motivados por discriminação racial.

Em decorrência da previsão do artigo 4 do texto internacional, o Brasil se comprometeu a prevenir, eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições da Convenção, todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância. O artigo 10, da referida Convenção, por sua vez, exige do Brasil o compromisso de garantir às vítimas (i) tratamento equitativo e não discriminatório, (ii) acesso igualitário ao sistema de justiça, (iii) processo ágeis e eficazes e (iv) reparação justa nos âmbitos civil e criminal, naquilo que for pertinente ao caso⁷.

Desse modo, considerando as disposições constitucionais contra a discriminação e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como a Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, o Ministro relator Edson Fachin evidencia a posição do Brasil em reprimir de forma mais severa as condutas raciais, além de identificar a necessidade combater veemente as práticas discriminatórias frente o comprometimento do Estado brasileiro contra as discriminações raciais.

Portanto, o relator entendeu que a celebração do ANPP para o crime de injúria racial não seria uma conduta que coaduna com as diretrizes do Estado Brasileiro já que este preza pelo combate as práticas discriminatórias, de modo que, quando ocorrido um crime em razão da cor da

⁷ *Ibid.*, p. 9.

pele da vítima, deve o autor cumprir a pena imposta pelo juiz, não sendo suficiente a celebração do acordo como forma de reprová-la a conduta preconceituosa do réu.

Além disso, o referido acordo evidenciou, no plano simbólico, a vulnerabilidade da população negra em todos os âmbitos da sociedade. Desse modo, evitar a penalização dos atos raciais discriminatórios no momento atual, é, segundo o relator, contrariar todo o esforço, ainda insuficiente, aplicados na construção de uma igualdade racial.

Do outro lado, os Ministros Nunes Marques e André Mendonça votaram pelo provimento do recurso, tendo como argumento de mérito que o réu preencheu todos os requisitos legais e que também a concessão do ANPP é uma forma de reduzir a sobrecarga do sistema carcerário, já que o acordo configura uma solução alternativa e célere aos crimes de baixa ou média gravidade. Nesse sentido, enfatizaram o princípio da oportunidade como forma de flexibilização da obrigatoriedade da ação penal.

b. ANÁLISE CRÍTICA DO CASO

Nesse caso concreto, percebe-se que a discussão central é o oferecimento ou não do ANPP para o crime de injúria racial. A regra é que o ANPP, enquanto instrumento consensual do processo criminal, deve ser aplicado quando o autor do crime preenche os requisitos legais dispostos no artigo 28-A do Código de Processo Penal. Todavia, para além da pura subsunção do fato a norma, o relator Min. Edson Fachin reitera que os institutos processuais devem ser aplicados considerando também os próprios fundamentos do Estado Democrático Brasileiro a fim de que não haja incoerências.

Desse modo, foi enfatizado em seu voto o fato do Brasil assumir uma posição completamente oposta aos crimes violadores da igualdade racial, tanto é que, além das disposições constitucionais, o país aderiu compromissos internacionais ao ratificar tratados e convenções internacionais que se voltam a combater veemente os crimes raciais. Esse posicionamento demonstra que o ordenamento jurídico não se basta com as formalidades e com a aplicação pura das leis jurídicas, é necessário analisar a fundo a lide do caso concreto para que seja aplicado o melhor direito possível, sem que interfira nos fundamentos aderidos pelo país.

A partir desse julgado no qual fixou-se o entendimento do não cabimento do ANPP aos crimes de injúria racial frente a necessidade de reprová-las condutas discriminatórias de forma mais intensa, é preciso analisar as origens desse posicionamento que vem do próprio contexto histórico brasileiro. Nesse sentido, no presente trabalho, passa-se a analisar o contexto histórico de discriminação e preconceito que o Brasil foi fundado, porque a proteção intensa que hoje é dada

contra as condutas raciais advém de um sofrido período escravocrata que ainda tem inúmeros reflexos na atualidade.

02. APONTAMENTOS HISTÓRICOS E A CONTEXTUALIZAÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL

a. DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL

É de amplo conhecimento que as condutas raciais, como a injúria racial, originou-se do contexto escravocrata brasileiro no qual a discriminação racial e o menosprezo à população preta era fundamento para a estruturação e organização da sociedade. A colonização de fato do Brasil ocorreu com a chegada de Pedro Álvares Cabral em 1500 nas terras brasileiras. A partir de então, surgiu o choque entre a cultura portuguesa e a indígena, diante dos anseios diversos de cada povo. A divergência na cor da pele foi um dos primeiros pontos notados o que, posteriormente, seria considerado como fator de discriminação.

O contato inicial entre portugueses e indígenas foi amistoso com a troca de utensílios e mercadorias. Contudo, diante do interesse na colonização e exploração das terras brasileiras, iniciou-se um discurso de subjugação no qual o povo preto passou a ser menosprezado a ponto de serem escravizados. A partir dessa situação, os indígenas ocuparam a posição de vulneráveis. Assim, toda a organização do povo nativo baseada nos vínculos parentais, na ideia de coesão e preservação dos antepassados e inúmeros elementos culturais do povo negro foram violentamente desconsiderados pelos colonizadores.

Portanto, cessado o crescente lucro com o transporte de mercadorias e diante das divergências com o povo nativo, os colonizadores uniram esforços no tráfico de escravos, todavia, como muitos indígenas fugiram para o interior do país e outros foram mortos frente a investidura violenta dos portugueses, os colonizadores passaram a considerar como mão de obra a população africana. Nesse sentido, o tráfico de escravos advindos da África ocorria no trajeto da Travessia Atlântica no qual os africanos lutavam por cada dia de vida, pois eram submetidos a uma situação deplorável e humilhante, seja dentro dos navios, seja como mão de obra, moeda de troca ou como objeto de comercialização.

Para além do pensamento econômico, formava-se naquela época e fixava-se na sociedade a desigualdade racial, conforme os autores Wlamyra Ribeiro de Albuquerque e Walter Fraga Filho descrevem na obra *Uma História do Negro no Brasil*:

[...]A escravidão foi muito mais do que um sistema econômico. Ela moldou condutas, definiu desigualdades sociais e raciais, forjou sentimentos, valores e etiquetas de mando e obediência. A partir dela instituíram-se os lugares que os indivíduos deveriam ocupar na sociedade, quem mandava e quem devia obedecer. Os cativos representavam o grupo mais oprimido da sociedade, pois eram impossibilitados legalmente de firmar contratos, dispor de suas vidas e possuir bens, testemunhar em processos judiciais contra pessoas livres, escolher trabalho e empregador.

Por isso, pode-se caracterizar o Brasil colonial e imperial como uma sociedade escravista, e não apenas uma que possuía escravos. Podemos dizer também sociedade racista, na medida em que negros e mestiços, escravos, libertos e livres, eram tratados como “inferiores” aos brancos europeus ou nascidos no Brasil. Assim, ao se criar o escravismo estava-se também criando simultaneamente o racismo. Dito de outra forma, a escravidão foi montada para a exploração econômica, ou de classe, mas ao mesmo tempo ela criou a opressão racial [...].⁸

Ressalta-se ainda que a visão de inferioridade do povo preto foi fundamentada também pelo discurso religioso em que os colonizadores foram colocados por Deus para “salvar” os escravos do mal. Conseqüentemente, a escravidão aumentava de amplitude enquanto as condições de vida dos homens e mulheres pretas permaneciam deploráveis.

O contexto histórico brasileiro foi sendo criado com base nessa opressão racial que moldava a economia, a vida profissional e social dos indivíduos. Os escravos se organizavam e formavam quilombos como forma de resistência a um preconceito imotivado. Ademais, apesar de estarem em minoria, a população preta entendia que a vulnerabilidade poderia ser vencida quando se unissem na defesa da liberdade e igualdade.

De 1550 a 1888, a população indígena e africana sofreu com o trabalho excessivo, com a separação dos seus familiares e com o anseio de retornar as suas terras e ter sua liberdade de volta⁹. Todavia, mantiveram firme a ideia de se revoltar contra o sistema escravista, seja pelas ínfimas cartas de alforria ou pelas rebeliões que organizavam.

No ano de 1888, oficializou-se o fim da escravidão, com a Lei Áurea¹⁰. Por vias legais a escravidão foi vedada. Contudo, a felicidade inicial do povo negro não durou muito tempo, já que os efeitos do longo período escravocrata permaneciam na sociedade. A luta pela liberdade ainda não havia acabado, porque, sem qualquer assistência após um período violento de opressão, os ex-escravos não tinham para onde ir, o que comer e onde encontrar um trabalho digno.

O discurso de liberdade e fim da escravidão não passou de uma imagem, haviam barreiras sociais que impediam qualquer progresso da população preta e os discursos racistas se

⁸ALBUQUERQUE, Wlamyra Ribeiro de; FRAGA FILHO, Walter. *Uma História do Negro no Brasil*. Salvador: Centro de Estudos Afro-Orientais; Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2006. Página 67 e 69.

⁹FELINTO, Marilene. A Escravidão no Brasil durou 300 anos. Folha de São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/5/12/folhinha/4.html>>. Acesso em 22 de mai. 24.

¹⁰BRASIL. Lei nº 3.353, de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.353%2C%20DE%2013,o%20Imperador%2C%20o%20Senhor%20D>. Acesso em 22 de mai. 2024.

mantiveram para que a estrutura social não se modificasse. E por tais motivos, os ex-escravos intensificaram seus movimentos nas cidades a fim de conquistarem direitos sociais da mesma forma que a população branca:

Para os ex-escravos e para as demais camadas da população negra, a abolição não representou apenas o fim do cativo. Para eles a abolição deveria ter como consequência também o acesso à terra, à educação e aos mesmos direitos de cidadania que gozava a população branca.¹¹

Desde então, o negro luta pela inclusão social e persiste com seus ideais frente inúmeras condutas discriminatórias a sua cor de pele. A escravidão era e ainda é, infelizmente, o maior incentivo para que ações afirmativas sejam realizadas com intuito de impedir uma opressão disfarçada na sociedade que dissemina o preconceito racial.

De acordo com Clóvis Moura, no livro *Raízes do Protesto Negro*, os libertos foram jogados compulsoriamente nas cidades após a abolição da escravidão, contudo, a sua cor era um elemento de barreira permanente a todos os âmbitos da sociedade. Inúmeros estereótipos foram criados e teorias foram elaboradas no sentido de identificar o negro com inferior no aspecto biológico, psicológico e cultural¹².

Sendo assim, conclui-se que a escravidão inseriu na sociedade os discursos raciais e a opressão do povo negro. Desde então, a população preta era vista como vulnerável, apesar do seu amplo conhecimento e diversos elementos culturais que dinamizam a sociedade. Há que ressaltar que esses pensamentos discriminatórios permanecem, como é possível verificar no caso concreto supramencionado.

Conforme relatado brevemente no primeiro capítulo, a vítima Wagner Eduardo Matos dos Santos sofreu ataques verbais violentos por conta da sua cor de pele, foi chamado de “*negão sujo*” e equiparado a um “*macaco*”. Esse é um dos inúmeros casos que ocorrem cotidianamente na sociedade reafirmando sempre que os discursos racistas configuram um problema social a ser enfrentado.

¹¹ ALBUQUERQUE, Wlamyra Ribeiro de; FRAGA FILHO, Walter. *Uma História do Negro no Brasil*. Salvador: Centro de Estudos Afro-Orientais; Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2006. Página 199.

¹² MOURA, Clóvis. *Raízes do Protesto Negro*. São Paulo: Global Ed. 1983. Página 9 a 20.

b. DOS REFLEXOS DA ESCRAVIDÃO NA ATUALIDADE E SUA CORRELAÇÃO COM O CRIME DE INJÚRIA RACIAL

A desigualdade racial continua sendo fundamento de opressão e frequentemente está mascarada em condutas que buscam enfatizar uma falsa “democracia racial”. Atualmente, o povo negro permanece como grupo vulnerável mesmo tendo seus ancestrais lutados com toda força contra a escravidão e o preconceito. Segundo o autor Florestan Fernandes, na obra *O Significado do Protesto Negro*, somente haverá indícios de uma democracia quando mudanças estruturais forem feitas no sentido de que nenhum negro sofra discriminação ou segregação por sua cor. A liberdade é para além de norma, é a possibilidade de auto-emancipação coletiva e a igualdade racial é um dos parâmetros de desenvolvimento social:

[...]A democracia só será uma realidade quando houver, de fato, igualdade racial no Brasil e o negro não sofrer nenhuma espécie de discriminação, de preconceito, de estigmatização e de segregação, seja em termos de classe, seja em termos de raça.

[...]

O escravo, o liberto, o homem pobre livre permaneceram encadeados à colonização, às suas necessidades imperiosas, que os despojavam de sua condição humana, e às suas conseqüências materiais e morais, que os privavam de ser gente. Teriam de lutar arduamente, depois da desagregação da ordem escravocrata e da implantação da república, para tornarem-se cidadãos[...]¹³.

Analisando o cenário atual, verifica-se que a segregação social por razões de cor é um das formas de preconceito enraizado, bem como mascarado da sociedade. Estatisticamente, é possível notar as diferenças sociais entre brancos e pretos na ocupação de cargos e acesso a condições dignas de sobrevivência. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2022, 69% dos cargos gerenciais são ocupados por pessoas brancas, contra 29,5% para os pretos e pardos. Ademais, 43,4% do povo preto possui ocupações informais como modo de sobrevivência, já 32,7% é ocupado por brancos¹⁴.

Ainda, nessa pesquisa, o IBGE, analisando os grandes estabelecimentos agropecuários, verificou que 79,1% têm como proprietários pessoas brancas, contra 19% sendo preto ou pardo; na educação, a taxa de comparecimento ao Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) foi de

¹³ FERNANDES, Florestan. *O Significado do Protesto Negro*. Volume 33. São Paulo. Cortez: Autores associados, 1920. Página 23 e 26.

¹⁴ IBGE. *Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil*. 2ª ed. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica nº 48. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais. Página 01.

72,1% em 2021 para pessoas brancas e 60,2% para pessoas pretas. Além disso, em 2020, a taxa de homicídios por 100 mil pessoas, 21,9 eram vítimas pretas, 34,1 eram pardas e 11,5 eram brancas¹⁵.

Percebe-se que os dados estatísticos demonstram uma maior fragilidade das populações de cor preta e parda. O acesso a bens e serviços básicos, como saúde, trabalho, renda e educação apresentam seus índices favoráveis a população de cor branca. O povo preto segue lutando pela sua inserção na sociedade de modo igualitário com o acesso aos seus direitos assegurados a todos os cidadãos.

Com relação a seara criminal, de acordo com o Instituto de Segurança Pública, em 2019, 1.706 pessoas foram vítimas de injúria por preconceito de raça e cor no estado do Rio de Janeiro. Conforme o Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2020, foram registrados 1.826 processos por crime de racismo no país e segundo dados do Ministério dos Direitos Humanos, em 2021, 1.016 casos de injúria racial contra pretos e pardos foram denunciados¹⁶.

Percebe-se, portanto que, os reflexos da escravidão permeiam o ambiente social, sendo necessário proteger o povo preto dessa segregação racial. Uma das formas encontradas, como citado no parágrafo anterior, é a tipificação dos crimes raciais, em específico nesse trabalho, do crime de injúria racial.

03. DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL

a. DA PREVISÃO E MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA

O crime de injúria racial é um fato típico, anteriormente qualificado no artigo 140 do Código Penal, com pena de reclusão de 01 (um) a 03 (três) anos e multa:

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

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

[...]

§ 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)¹⁷

¹⁵ *Ibid.* Página 01.

¹⁶ BARRETO. Elis. CNN BRASIL. *Ministério dos Direitos Humanos recebeu 1.019 denúncias de injúria racial em 2021*. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/ministerio-dos-direitos-humanos-recebeu-1-019-denuncias-de-injuria-racial-em-2021/>>. Acesso em 22 de mai. 24.

¹⁷BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 22 de mai. 2024.

Para identificação da injúria racial como crime, entende-se, de acordo com o Direito Penal, que devem estar presentes os elementos que compõe a estrutura analítica do delito, quais sejam, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. Por tipicidade, depreende-se que a conduta delituosa deve estar prevista em lei. Essa exigência parte do próprio princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, CF/88¹⁸, no qual não há crime sem uma disposição legal prévia. Desse modo, diante da existência de previsão legal para o crime de injúria racial o referido elemento da estrutura analítica do crime estará presente. Ressalta-se ainda que, segundo o autor Luis Regis Prado, na obra *Curso de Direito Penal Brasileiro*, o intuito da legalidade em sentido estrito para a instituição de crimes no ordenamento jurídico não trata-se apenas de uma limitação ao poder punitivo do Estado, pois, segundo o autor, busca-se também a finalidade de proteger a segurança jurídica ao vincular a atuação estatal a uma lei certa e concreta.¹⁹

O segundo elemento, a ilicitude, é vista no Direito Penal como a contrariedade com a ordem jurídica, tanto é que o referido elemento é também chamado de antijuridicidade. Desse modo, entende-se que a conduta será criminosa, quando, além de tipificada, for um ato contrário as proteções e garantias do sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, no caso da injúria racial, a ofensa a cor, raça, etnia ou procedência nacional são ações contrárias aos regramentos da seara criminal e também à norma constitucional, pois configura uma conduta criminosa vedada no país, bem como violadora dos direitos fundamentais, respectivamente.

Por fim, pelo terceiro elemento, a culpabilidade, é visto no âmbito criminal com um juízo moral de reprovabilidade da conduta e de verificação se há condições para que o autor do crime suporte o cumprimento da pena. Nessa última análise, verifica-se através da imputabilidade, a capacidade psíquica do autor de compreender o caráter ilícito do seu ato; do potencial conhecimento da ilicitude, a demonstração que o autor entende que atua contrário ao Direito e da exigibilidade de conduta diversa o entendimento que o autor poderia ter tido uma conduta diversa da que praticou, todavia, não a fez²⁰.

Dessa forma, pelo crime da injúria racial percebe estar presente o elemento culpabilidade, pois tipifica uma conduta típica e ilícita reprovável juridicamente e moralmente. Ademais, a análise dos elementos da culpabilidade deve ser feita no caso concreto verificando a capacidade

¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 de mai. 24.

¹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume único. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Página 36.

²⁰ EMÍDIO, Fernanda Cristina. *A Culpabilidade no Direito Penal Brasileiro*. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-culpabilidade-no-direito-penal-brasileiro.htm#:~:text=Elementos%20Da%20Culpabilidade,e%20Exigibilidade%20de%20Conduta%20Diversa.>>. Acesso em: 22 de mai.2024.

psíquica do condenado para o cumprimento da pena, a consciência da sua conduta ilícita e se não tinha qualquer situação que o impedia de ter uma conduta diversa do que praticou.

Caso um desses três elementos não estejam presentes em razão de excludentes tipicidade, ilicitude e culpabilidade, não estará configurado o delito da injúria racial e o indivíduo deverá ser absolvido pelo magistrado.

Cabe destacar ainda destacar que a época da previsão legal do artigo 140, §3º, do Código Penal, o crime de injúria racial não era visto como um crime racial, tanto é que não estava previsto na Lei 7.716/89²¹, pois entendia-se que havia uma ofensividade menor ao bem jurídico protegido, quando comparado aos crimes raciais. Diante desse entendimento, aos crimes de injúria racial não se adotava, por exemplo, as prerrogativas aplicáveis ao crime de racismo, isto é, a imprescritibilidade e a inafiançabilidade. Ademais, frente ao entendimento do legislador de que o resultado lesivo do crime de injúria racial era inferior aquele ocorrido nos crimes raciais, era comum, como técnica defensiva, que os advogados pugnassem pela desclassificação do crime de racismo para injúria, já que seria mais benéfico ao réu diante da pena inferior cominada ao delito e da menor reprovabilidade da conduta.

Todavia, diante da ofensividade gerada pelo crime de injúria racial e pelas impunidades advindas da desclassificação do delito houve uma alteração legislativa por meio da Lei 14.532/2023²² e, conseqüentemente, uma modificação na Lei dos Crimes Raciais (Lei 7.716/89) e no Código Penal. O ato de sancionamento da nova lei ocorreu durante uma cerimônia de transmissão de cargo pelo presidente Lula a Min. da Igualdade Racial Arielle Franco²³. A Lei 14.532/2023 trouxe uma nova previsão no qual o crime de injúria racial agora é considerado um delito racial, logo, aplica-se os preceitos da imprescritibilidade e da inafiançabilidade que antes cabia apenas ao crime de racismo. Outrossim, a nova legislação aumentou o preceito secundário do crime de injúria racial, intensificando a reprovabilidade.

Por imprescritibilidade entende-se que a pretensão de iniciar a persecução penal contra os autores de crimes raciais não prescreve. Logo, independente do prazo, a vítima poderá acionar as autoridades competentes a fim de inaugurar uma investigação policial e conseqüente ação penal.

²¹ BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em 23 de mai. 2024.

²² BRASIL. Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/14532.htm>. Acesso em 23 de mai. 2024.

²³ GOV.BR. Sancionada lei que equipara injúria racial ao crime de racismo. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/janeiro/sancionada-lei-que-equipara-injuria-racial-ao-crime-de-racismo>>. Acesso em 23 de mai. 2024.

Ademais, por inafiançabilidade entende-se que ao praticar o crime de injúria racial, o autor não poderá ser solto provisoriamente mediante pagamento de fiança.

Diante dessas alterações, o crime de injúria racial foi retirado do Código Penal e inserido na Lei 7.716/89 no artigo 2-A:

Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional.
Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas²⁴.

Ademais, a Lei 14.532/2023 trouxe outras modificações na Lei de Crimes Raciais, como o acréscimo do §§ 2º, 2º-A, 2º-B e 3º do artigo 20²⁵, além dos artigos 20-A, 20-B, 20-C e 20-D²⁶ que dispõe sobre algumas situações específicas, como a prática da injúria nos meios de comunicação; no contexto de atividades esportistas, artísticas, culturais, religiosas; causa de aumento de pena pelos delitos raciais ocorrerem em um contexto de diversão/recreação e a prática de crime racial por funcionário público. Além disso, prevê a necessidade de advogado para todos os atos processuais da vítima dos crimes desses crimes e a necessidade do magistrado considerar, para fins de interpretação da lei, se a conduta criminosa foi destinada a grupos minoritários com intuito de causar constrangimento, medo ou vergonha frente a exposição preconceituosa.

²⁴BRASIL.Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em 23 de mai. 2024.

²⁵ Segue o teor das disposições: § 2º-A Se qualquer dos crimes previstos neste artigo for cometido no contexto de atividades esportivas, religiosas, artísticas ou culturais destinadas ao público:

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e proibição de frequência, por 3 (três) anos, a locais destinados a práticas esportivas, artísticas ou culturais destinadas ao público, conforme o caso.

§ 2º-B 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.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

²⁶ Art. 20-A. Os crimes previstos nesta Lei terão as penas aumentadas de 1/3 (um terço) até a metade, quando ocorrerem em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação.”

Art. 20-B. Os crimes previstos nos arts. 2º-A e 20 desta Lei terão as penas aumentadas de 1/3 (um terço) até a metade, quando praticados por funcionário público, conforme definição prevista no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las.

Art. 20-C. Na interpretação desta Lei, o juiz deve considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento dado à pessoa ou a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência.”

Art. 20-D. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a vítima dos crimes de racismo deverá estar acompanhada de advogado ou defensor público.

BRASIL. Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público.Planalto. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114532.htm>. Acesso em 23 de mai. 2024.

Nesse sentido, o crime de injúria racial, enquanto crime racial, está em consonância com disposições constitucionais, como no artigo 3º, inciso IV no qual dispõe como um dos objetivos da República Federativa do Brasil o bem a todos sem preconceitos de raça e cor; no artigo 4º, inciso VIII, segunda parte em que institui-se como um dos princípios reguladores das relações internacionais o repúdio ao racismo e no artigo 5º inciso XLII da CF/88 que dispõe sobre os preceitos da inafiançabilidade e imprescritibilidade aplicáveis às condutas racistas:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
 [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;
 [...]
 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
 [...] VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
 [...]
 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...]²⁷

Tais disposições constitucionais devem ser vistas como parâmetros a todo ordenamento jurídico, pois definem as diretrizes da República Brasileira e são guias para as condutas sociais que devem sempre prezar pelo respeito a dignidade do próximo.

Ademais, o Brasil é signatário de tratados e convenções internacionais que seguem a mesma diretriz de proteção dos indivíduos pretos contra o preconceito de cor. Dentre eles, destaca-se a Convenção Interamericana contra Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial²⁸. Dessa forma, percebe-se a necessidade de uma ampla proteção jurídica contra os crimes raciais, na tentativa de impedir que os reflexos da discriminação iniciada com a escravidão permaneçam na sociedade.

De acordo com o Irapuã Santana do Nascimento da Silva, presidente da Comissão de Igualdade Racial da Ordem dos Advogados do Brasil em São Paulo, a diferenciação entre o crime de injúria racial e racismo, antes da alteração legislativa, fazia com que não houvesse a punição

²⁷BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 de mai. 24.

²⁸ BRASIL. Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 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. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm>. Acesso em 23 de mai. 2024.

adequada para aqueles que praticavam crimes de racismo, pois na fase judicial pugnaram pela desclassificação para injúria racial a fim de saírem impunes pela real pena a ser aplicada.

Sendo assim, a alteração legislativa foi vista como bons olhos pela população preta vulnerável, já que agora há maiores chances de punição pelo crime racial praticado, além de proteção ampliada às garantias constitucionais e internacionais, como o direito a igualdade racial enquanto direito fundamental e direito humano, respectivamente.

Outrossim, cabe destacar que antes dessa alteração legislativa, o entendimento do Supremo Tribunal Federal já se direcionava nesse sentido de equiparação do crime de injúria racial como crime racial, aplicando inclusive o preceito da imprescritibilidade. O caso a ser ressaltado é o julgamento do Habeas Corpus nº 154.248 DF, julgado em 28 de outubro de 2021, tendo como relator o Min. Edson Fachin²⁹.

No voto do relator, o mesmo destacou que é incontroverso a existência de racismo no Brasil e, por tais motivos, a própria Constituição veda a sua promoção e busca garantir a igualdade racial. A legislação complementar à Lei nº 7.716/89, ou seja, a Lei nº 9.459/97³⁰ modificou o Código Penal acrescentando o §3º no artigo 140 com o crime de injúria racial. No decorrer do voto, o Min. relator destaca que ao atribuir um valor negativo a uma pessoa em razão de sua raça, mediante a prática do crime de injúria racial, o autor do delito cria condições ideológicas e culturais para instituir e manter a subordinação advinda do período escravocrata:

A estrutura racializada que observamos é alimentada por fatores (inter-relacionados), que promovem a subordinação: aqueles de ordem ideológica que constroem a inferioridade a partir das manifestações de desprezo, de ódio ou qualquer outra forma de violência; e aqueles de ordem material, que bloqueiam acessos aos mais diversos bens, como por exemplo, a educação, saúde e empregos. Quanto aos primeiros, não por outra razão, há um mandado constitucional de criminalização: o art. 5º, XLII, da Constituição Federal, prevê que a sua prática, nos termos da lei, constitui crime inafiançável, imprescritível e sujeito à pena de reclusão.

[...]

Homens e mulheres não são negros apenas pela cor da pele, mas pela atribuição de sentidos que apagam as riquezas de suas ancestralidades e os qualificam a partir de valores negativos, até mesmo desumanizantes.

Estabelecidas estas premissas é possível identificar o alvo do mandamento de incriminação aqui já citado, como sendo a produção e a circulação de estigmas raciais, sejam eles implícitos ou expressos em atos odiosos ou de desprezo, engendrados de uma discriminação que é sistemática, portanto, configuradora do racismo.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Habeas Corpus nº 154.2248/DF. Paciente Luiza Maria da Silva. Relator: Min. Edson Fachin. Julgamento em 28 de out. de 2021. Disponível em :<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5373453>>. Acesso em: 23 de mai. de 2024.

³⁰ 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. Disponível em :<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19459.htm>. Acesso em 23 de mai. de 2024.

A partir dessas considerações, o relator finaliza seu voto enfatizando que o crime de injúria racial é uma forma de discriminação racial e, por configurar racismo, aplica-se a imprescritibilidade:

A injúria racial consoma os objetivos concretos da circulação de estereótipos e estigmas raciais ao alcançar destinatário específico, o indivíduo racializado, o que não seria possível sem seu pertencimento a um grupo social também demarcado pela raça. Aqui se afasta o argumento de que o racismo se dirige contra grupo social enquanto que a injúria afeta o indivíduo singularmente. A distinção é uma operação impossível, apenas se concebe um sujeito como vítima da injúria racial se ele se amoldar aos estereótipos e estigmas forjados contra o grupo ao qual pertence.³¹

Portanto, o entendimento sobre equiparação do crime de injúria ao racismo já era uma discussão no STF, já que em ambos os crimes utiliza-se do mesmo critério, qual seja, a raça e a cor da vítima para proferir agressões verbas discriminatórias, tendo como resultado a inferiorização do povo preto. Logo, não há razão para um tratamento diferenciado.

b. DA TIPIFICAÇÃO

Com intuito de detalhar o crime de injúria racial no caso apresentado no Capítulo I, destaca-se os principais pontos dessa tipificação, qual seja, a objetividade jurídica, o objeto material, o núcleo do tipo, os sujeitos da definição legal, o elemento subjetivo, a consumação/tentativa, a pena estipulada e a ação penal.

O crime de injúria racial, previsto no artigo 2-A da Lei 7.716/89, é a ofensa a dignidade ou decoro, utilizando-se da raça, cor, etnia ou procedência nacional da vítima. Com relação a objetividade jurídica, sabe-se que o Direito Penal, por meio das tipificações, protege bens jurídicos, isto é, bens da vida essenciais para o indivíduo. Segue a definição apresentada autor Luiz Regis Prado:

Por outro lado, bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem, e, por isso, jurídico-penalmente protegido³².

Desse modo, ao falar do crime de injúria racial, o bem jurídico protegido é justamente a honra da vítima, ou seja, o sentimento que o indivíduo tem sobre seu valor social e moral (honra subjetiva), bem como sobre a sua respeitabilidade na sociedade (honra objetiva)³³. Essas duas

³¹ BRASIL. Acórdão do Habeas Corpus nº 154.2248/DF, *op. cit.*, página 8, 10 e 11.

³² PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume único. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Página 114.

³³ *Ibid*, página 521.

espécies são brilhantemente explicadas pelo autor Ingo Wolfgang Sarlet na obra *Curso de Direito Constitucional*:

O direito à honra, à defesa do bom nome e à reputação insere-se no âmbito da assim chamada integridade e inviolabilidade moral. Se, em um sentido objetivo, o bem jurídico protegido pelo direito à honra é o apreço social, a boa fama e a reputação do indivíduo, ou seja seu merecimento aos olhos dos demais, o que se costuma designar de honra objetiva (o conceito social sobre o indivíduo), de um ponto de vista subjetivo (que, à evidência, guarda relação com a face objetiva), a honra guarda relação com o sentimento pessoal de autoestima, ou seja, do respeito de cada um por si próprio e por seus atributos físicos, morais e intelectuais³⁴.

Portanto, ao proferir falas no sentido de injuriar a vítima por conta da sua raça e cor, o autor atinge a honra objetiva do indivíduo, pois propaga preconceitos, estigmas e pensamentos discriminatórios entre os cidadãos e interfere na honra subjetiva já que a vítima passa a duvidar da sua própria verdade ao ponto de se sentir inferior frente aos demais. Essas consequências, como indicado pelo autor Ingo Sarlet são graves e passíveis de ferir a integridade física e moral do indivíduo.

Ressalta-se ainda que o direito a honra é visto no ordenamento jurídico como um direito fundamental, ou seja, uma garantia reconhecida e positivada na Constituição Federal³⁵ ligada diretamente ao direito a dignidade da pessoa humana. Logo, tal garantia é indispensável no sistema jurídico brasileiro e, quando violada, gera o direito à vítima de se defender através da persecução penal do Poder Judiciário, até mesmo como forma de prevenção para que não ocorra tal situação novamente.

Ademais, o objeto material do crime de injúria racial é as ofensas praticadas pelo autor do crime e o verbo núcleo do tipo é “ofender”. O delito ocorre quando alguém ofende a dignidade e seu decoro de outrem. Por dignidade entende-se pelo próprio sentimento que o indivíduo tem sobre os seus valores sociais e morais. De outro lado, o decoro diz sobre as características da vítima que a torna uma figura respeitável perante a sociedade. O autor Luiz Regis Prado aborda em sua obra *Curso de Direito Penal* algumas observações quanto ao ato de injuriar:

A nota característica da injúria vem a ser a exteriorização do desprezo e desrespeito, ou seja, consiste em um juízo de valor negativo, apto a ofender o sentimento e a dignidade

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Página 493

³⁵ *Ibid*, página 306.

da vítima. Pode fazer referência às condições pessoais do ofendido (v.g., corpo, bagagem cultural, moral) ou à sua qualificação social ou capacidade profissional. Distingue-se a injúria da calúnia e da difamação por não significar a imputação de um fato determinado - criminoso ou desonroso, mas, sim, a atribuição de vícios ou defeitos morais, intelectuais ou físicos.³⁶

Essa tipificação merece toda uma análise ao caso concreto, pois todo crime de certa forma atinge uma pessoa, ora, a vítima. Contudo, no caso da injúria é preciso, para além dos danos aparentes, identificar os valores pelos quais a mesma se identifica (formação da dignidade) e aqueles que constituem a sua personalidade no meio social (formação do decoro) para que esteja configurado uma violação. A partir desse exame, será possível verificar a existência de uma ofensa e, conseqüentemente, um crime.

Objetivando prejudicar ou mesmo ascender socialmente, o autor do delito utiliza-se do critério raça e cor para subjugar, menosprezar e inferiorizar a vítima de cor preta. A violação da dignidade da vítima ocorre diante da interferência na sua identificação pessoal, enquanto pessoa que criou valores morais de luta pela igualdade de direitos e respeito social, além de atingir a sua compreensão de “ser um indivíduo” como qualquer outro, tendo a capacidade de alcançar os maiores setores da sociedade com seu esforço e independente de cor. Outrossim, essa ofensa atinge o decoro da vítima, pois o autor do delito a inferioriza perante a sociedade de forma humilhante e vergonhosa, além disso propaga inverdades à população, podendo a vítima ser subjugada por outros que tenham esse pensamento discriminatório.

A alteração legislativa mencionada anteriormente foi fundamental por conta dos danos irreparáveis causados por ofensas verbais contra a cor e raça de um indivíduo. Essa violação dos valores individuais de uma pessoa geram marcas que ficarão vivas na memória de quem sofreu e, portanto, devem ser visualizadas criticamente como condutas racistas, preconceituosas e discriminatórias.

Como detalhado, o sujeito ativo do crime é aquele que profere as palavras ofensivas contra a vítima, podendo haver coautoria delitiva. Destaca-se que a existência de concurso ativo de agentes configura causa de aumento de pena na metade, nos termos do parágrafo único do artigo 2-A da Lei 7.716/89³⁷. Do outro lado, a pessoa ofendida, ora vítima, é vista no Direito Penal como sujeito passivo do delito, podendo haver mais de uma vítima no mesmo fato delituoso.

³⁶ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume único. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Página 521

³⁷ 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. Disponível em :<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19459.htm>. Acesso em 23 de mai. de 2024.

Além disso, com relação ao elemento subjetivo, trata-se de dolo, ou seja, o autor do crime pratica a conduta com a intenção de ofender a vítima utilizando da sua cor, raça ou procedência dessa última. Ressalta-se ainda que é um crime doloso, independente de qualquer finalidade específica, não admitindo modalidade culposa, pois é preciso que o autor tenha *vontade* de discriminar para que o delito ocorra.

No que se refere a consumação, é um crime formal, pois se consuma já com a prática da conduta ofender, não sendo necessário que haja algum resultado material. Ademais, em regra, o delito não admite tentativa por ser um único ato que gera o resultado criminoso. Todavia, caso se trate de conduta plurissubsistente no qual permite o fracionamento do ato delitivo é possível aplicar a tentativa, por exemplo, as ofensas forem escritas em um papel, contudo, antes de entregar, o papel é danificado, impossibilitando qualquer leitura. Nesse caso, não foi possível concretizar a ofensa, tratando-se de um crime de injúria racial tentado.

Outrossim, com relação a sanção pela prática delitiva, o referido dispositivo prevê a pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa. Sabe-se que praticado uma conduta criminosa e confirmado na sentença condenatória os indícios de autoria e materialidade delitiva dispostos na denúncia ou queixa-crime, o autor deverá cumprir a pena disposta no artigo da tipificação. O autor Cleber Masson, na obra *Direito Penal, parte geral (arts. 1º 120)* apresenta a definição de pena:

Pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido na lei como crime.

[...]

Destarte, pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, adaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais.³⁸

Além disso, para delimitar o sentido da pena privativa de liberdade no crime de injúria racial é preciso saber a finalidade que essa sanção apresenta no sistema jurídico criminal. Para tanto, há teorias que busca explicar a finalidade da pena, todavia, o ordenamento jurídico brasileiro prioriza a teoria mista ou unificadora, no qual a finalidade da pena é a retribuição e prevenção, conforme artigo 59, *caput*, do Código Penal³⁹.

³⁸ MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. Vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. Página 450

³⁹ [...] Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

Por retribuição entende-se que diante da ofensa perpetrada contra a pessoa negra, o autor do crime deve ser punido pela conduta praticada, já a prevenção seria para demonstrar a existência de um Direito Penal que pune atos criminosos de modo a intimidar os cidadãos a não praticarem delitos e/ou evitarem uma nova condenação.

Dessa forma, a pena no crime de injúria racial que, inclusive, sofreu um aumento com a autorização legislativa⁴⁰, tem por objetivo primeiramente punir o condenado por ter praticado aquela conduta violadora da lei penal e do texto constitucional que protege a honra do indivíduo. Por outro lado, também visa demonstrar para a sociedade que as ofensas discriminatórias frente a cor e raça da vítima são passíveis de punição pelo Direito Penal. De modo que serve como um aviso e uma forma para que a população as consequências criminais e, conseqüentemente receiem a prática delitiva⁴¹.

Por fim, a ação penal desse delito é ação pública incondicionada.

a. DA CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL

Sabe-se que as disposições legais infraconstitucionais devem seguir estritamente a orientação disposta na Constituição Federal de 1988, pois, enquanto Magna Carta, a CF/88 aponta os fundamentos e objetivos básicos do país. Segundo entendimento do autor Hans Kelsen, na sua obra Teoria Pura do Direito, as normativas contrárias ao texto constitucional sequer podem ser consideradas como lei, pois sua existência e validade estão condicionadas ao respeito às normas constitucionais⁴².

⁴⁰ Na disposição anterior a alteração legislativa, o crime de injúria racial estava previsto como qualificadora no artigo 140 §3º do Código Penal com a seguinte disposição: *Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: § 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).*

Desse modo, a pena que antes era pena privativa de liberdade de um a três anos de reclusão e multa passou com a alteração legislativa da Lei 14.532/23 para reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa, nos termos do artigo 2-A da Lei 7.716/89.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 22 de mai. 2024.

⁴¹ A pena deve, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante à sociedade. Em síntese, fundem-se as teorias e finalidades anteriores. A pena assume uma tríplice aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção especial. Foi a teoria acolhida pelo art. 59, caput, do Código Penal, quando dispõe que a pena será estabelecida pelo juiz “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. É também chamada de teoria da união eclética, intermediária, conciliatória ou unitária. MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120). Vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. Página 445.

⁴² Segundo o autor: “A afirmação de que uma lei válida, é “contrária à Constituição” (anticonstitucional) é uma *contradictio inadjecto*, pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem que residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida, não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerta dela qualquer afirmação jurídica”.

Nesse sentido, ao analisar o crime de injúria racial, previsto do artigo 2º-A da Lei 7.716/89 (após as alterações advindas da Lei 14.532/23), verifica-se que esta tipificação objetiva proteger direitos fundamentais imprescindíveis para o ordenamento jurídico constitucional e democrático. Dentre os princípios, destaca-se o direito a honra, vastamente detalhado no tópico anterior, e assegurado no artigo 5º, inciso X, da CF/88, como uma garantia inviolável do indivíduo⁴³. Desse modo, não há qualquer dúvida da constitucionalidade do crime de injúria racial, já que esse tipo penal propõe defender o bem jurídico previsto nos ditames constitucionais.

Contudo, há outros direitos reflexos que são protegidos a partir da tipificação da injúria racial, como a dignidade da pessoa humana, um princípio base para os demais, que garante o mínimo existencial a todo indivíduo. Essa garantia está prevista como fundamento do Estado Democrático de Direito no artigo 1º, inciso II da CF/88⁴⁴. Ademais, há a proteção do direito a integridade física e mental. Como indicado, a prática do crime de injúria racial causa danos irreversíveis na vida da vítima, principalmente, no que se refere aos prejuízos mentais sofridos. A pessoa é julgada e menosprezada por falas e gestos preconceitos que causam um trauma na vivência cotidiana. Além disso, não descarta-se o fato que as afirmações discriminatórias podem-se agravar para agressões físicas extremamente violentas que causam sérios riscos à vida da vítima. Desse modo, o direito a integridade física e moral, previstas no artigo 5º, inciso XLIX, da CF/88⁴⁵, também é, indiretamente, um bem jurídico protegido pelo tipo penal da injúria racial, o que demonstra a constitucionalidade da referida tipificação.

Por fim, outro direito salvaguardado é o da igualdade racial, previsto no artigo 3º, inciso III e IV; artigo 4º, inciso VIII; artigo 5º, *caput*, inciso I, XLI e XLII, todos da CF/88⁴⁶. A temática

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. tradução João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Página 300.

⁴³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 22 de mai. 2024.

⁴⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...] III - a dignidade da pessoa humana.

Ibid, 1988.

⁴⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral [...]*Ibid*, 1988.;

⁴⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

da isonomia é amplamente discutida na sociedade por diversos grupos sociais, principalmente, pelas minorias que buscam ser escutadas pelo restante da população. O direito a igualdade diz sobre ter acesso de forma isonômica a algo ou alguma coisa. Essa garantia se divide em igualdade formal e material. A primeira dispõe que as mesmas condições e oportunidades devem ser oferecidas de modo uniforme, em quantidade e qualidade, para qualquer indivíduo que tenha interesse.

Ao falar da igualdade material, a interpretação é de buscar um tratamento isonômico, mas considerando as condições, bem como o cenário fático diferenciado ao qual as pessoas interessadas vivem. Desse modo, na igualdade material, não basta oferecer o objeto pretendido na mesma proporção e qualidade, pois dependendo da condição de vida do indivíduo, não será suficiente para garantir uma igualdade de fato entre as pessoas. Logo, para atingir a igualdade é preciso adequar o tratamento de acordo com as diferenças sociais apresentadas.

Dessa forma, ao criminalizar a conduta de ofender alguém por conta da cor ou raça, um dos intuitos é permitir que a população preta seja visualizada e ouvida na sociedade da mesma forma que as pessoas brancas. Essa previsão legal foi criada somente para pessoas pretas, pois foi necessário um tratamento diferenciado ao povo preto, diante de todo o contexto histórico e lutas travadas na busca pela igualdade não somente formal, bem como material.

Portanto, conclui-se que ao proteger direitos fundamentais imprescindíveis à população preta, verifica-se a coerência do crime de injúria racial com a CF/88. Sendo assim, torna-se necessário assegurar a sua aplicabilidade na seara criminal, como forma também de garantir a eficácia do Estado Democrático de Direito.

04. JUSTIÇA CONSENSUAL NO PROCESSO CRIMINAL

a. DA VIABILIDADE DO CONSENSO NA SEARA CRIMINAL

Sabe-se que a persecução criminal é uma das formas de aplicação do Direito Penal quando se trata da prática de delitos e por muito tempo na esfera criminal defendeu-se a obrigatoriedade

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Ibid, 1988.

da ação penal, entendendo que, diante de uma conduta delitativa e presente indícios de autoria e materialidade delitativa era necessário ingressar com a ação penal.

Contudo, foram surgindo mecanismos que servem como uma resposta penal pela prática delitativa sem a necessidade de instaurar um procedimento criminal, de modo a reduzir a quantidade de processos judiciais e a conseqüente insatisfação da população com a morosidade das demandas. Diante da necessidade de instaurar o processo criminal por entender ser o único meio de assegurar a proteção dos seus direitos, os indivíduos acionavam o Poder Judiciário e o número de processos judiciais aumentavam exacerbadamente, de modo que os operadores do Direito não conseguiam dar evasão aos litígios de forma célere como deveria ser.

Outrossim, essa morosidade gerava uma insatisfação pública, pois as pessoas acreditavam que o Estado, através dos tribunais, seriam capazes de resolver todos os seus litígios de forma eficiente e rápida. Contudo, com a lentidão do sistema jurídico, passaram a desacreditar que o aparato estatal fosse capaz de determinar a verdade processual correta para aquela demanda.

Desse modo, frente esse cenário no qual os princípios processuais, como celeridade e eficiência foram questionados, os legisladores criaram mecanismos alternativos à persecução criminal, abrindo margem para a chamada justiça penal consensual. O autor Flávio da Silva Andrade, no livro *Justiça Penal Consensual* aborda esse entendimento sobre o sistema processual:

As reformas em direção ao consenso foram motivadas pela sobrecarga dos sistemas judiciários criminais, pela morosidade do processo penal tradicional e pela insatisfação pública com os resultados até então obtidos. Esses fatores levaram à busca de novos caminhos, representados pelos meios alternativos ou simplificados de resolução de conflitos penais⁴⁷.

O espaço do consenso é visto atualmente como um local onde as partes podem acordar entre si para que não seja necessário utilizar do processo judicial. No litígio judicial, as partes são vistas como rivais e, apesar da existência do princípio da cooperação, mantêm-se distantes umas das outras objetivando alguma vantagem para satisfação do seu pedido.

De forma contrária, na justiça consensual as partes são posicionadas no mesmo polo e, mediante diálogo, estabelecem condicionantes favoráveis a ambas, sem ofender o espaço de decisão e os direitos pleiteados por cada uma. A ideia de comunicação dentro do processo pode ser explicada pela Teoria da Ação Comunicativa desenvolvida na concepção do filósofo Jürgen Habermas. Na visão desse pensador, a racionalidade comunicativa, isto é, a capacidade do ser

⁴⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça Penal Consensual: Controvérsias e desafios*. 2.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. Página 25.

humano de agir e interagir com a linguagem é um meio de consenso e de busca do bem comum, já que as partes precisam se organizar de modo que haja um encontro de vontades, livre e consciente.⁴⁸

Ademais, ressalta-se que a utilização da justiça consensual gera uma valorização da autonomia da vontade e autodeterminação do indivíduo. As partes que entram em consenso entre si são vistas como plenamente capazes para transigir, bem como são responsáveis não somente pelos seus atos, mas por encaminhar uma proposta de resolução da problemática discutida. Além disso, a justiça consensual é um meio propagador do princípio da duração razoável do processo e da eficiência que são duramente criticados diante da demora do Poder Judiciário para resolver os litígios.

Ainda, cabe destacar que a utilização do consenso pressupõe, da mesma forma que em um processo judicial, o respeito as garantias constitucionais e processuais. A dignidade humana continua sendo um princípio a ser observado em toda a fase de comunicação. Além disso, por mais que as partes tenham autonomia para estipular formas de resolução do litígio, os operadores do direito, responsáveis por guiar e cooperar com os mecanismos de consenso, se preocupam também com a efetividade do direito de igualdade entre as partes e demais princípios norteadores das relações jurídicas consensuais.

Destaca-se ainda que a justiça consensual é vista como uma resposta do Direito Penal da mesma forma que a aplicação das penas no processo judicial, pois os mecanismos de consenso devem garantir os mesmos fins aos quais as sanções criminais propõem, ou seja, a reprovação e a prevenção dos delitos. Logo, a justiça consensual não está fundamentada por si só em um pensamento utilitarista no qual o único intuito é a evasão aos litígios e a estabilização das demandas pelo Poder Judiciário. A formulação de um acordo objetiva a proteção dos bens jurídicos, além de garantir a compreensão da população quanto a existência do Direito Penal e que os delitos não devem ser praticados sob pena de uma punição mais intensa, como a restrição de liberdade. Tal reflexão é apontada pelo autor Flávio da Silva Andrade:

É preciso assinalar que, quando se defende a adoção de alternativas procedimentais simplificadoras por consenso, buscando-se tornar os sistemas judiciais-criminais mais céleres e eficientes, não se pretende flexibilizar ou esvaziar as garantias processuais penais, mas criar espaços dialógicos ou comunicacionais que possam abrigar soluções mais rápidas e efetivas baseadas no encontro de vontades.⁴⁹

⁴⁸ *Ibid*, página 40.

⁴⁹ *Ibid*, página 71.

b. DA JUSTIÇA CONSENSUAL BRASILEIRA

A partir de meados da década de 90, o Brasil iniciou sua busca pela justiça consensual com a edição da Lei dos Juizados Especiais que adotou a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo como formas de resolução dos litígios criminais.⁵⁰ A adoção desses instrumentos se justificou na necessidade de facilitar uma resposta estatal frente aos crimes ocorridos, sem ferir as garantias das partes envolvidas.

As razões da adoção da justiça consensual no Brasil seguem as diretrizes gerais detalhadas no tópico anterior, principalmente, no que se refere a quantidade de processos judiciais que se acumulam no sistema judiciário. Segundo a pesquisa do Boletim Estatístico Superior Tribunal de Justiça (STJ), até novembro do ano de 2022, as ações penais representavam a maior parte dos casos do referido Tribunal que ficaram acumulados para o ano de 2023. Ressalta-se que, com relação a competência do STJ, de janeiro a novembro de 2023, cerca de 43.117 processos referiam-se ao crime de tráfico de drogas; 13.670 ao crime homicídio e 13.529 ao crime de roubo majorado⁵¹.

Percebe-se que com o decorrer do tempo, o número de ações penais iniciadas cresce significativamente. Nesse sentido, a adoção da justiça consensual torna-se uma solução eficiente para que seja solucionado as controvérsias criminais da sociedade, além de ser uma forma de impedir o aumento exacerbado de processos judiciais, prezando pela celeridade.

Contudo, apesar de evitar a extrema burocratização na resolução das demandas, os instrumentos da justiça consensual do Brasil seguem um conjunto de formalidades previstas em lei, de modo que há momento correto para sua propositura; requisitos para que seja admitida sua realização; condicionantes previstas em lei com intuito de evitar a condenação; requisitos de existência e validade das declarações de vontade realizadas pelas partes, dentre outros.

Nesse sentido, não se trata de procedimentos informais, justamente porque é preciso assegurar as garantias constitucionais e, de fato, proteger os bens jurídicos salvaguardados pelo Direito Penal. Consequentemente, respeita-se o devido processo legal a fim de validar a resposta estatal proveniente da negociação entre as partes, conforme indicado pelo autor Flávio da Silva Andrade:

A primeira consideração a se fazer a favor dessa possibilidade é que, havendo interesse das partes, sobretudo da defesa, o acordo deve ser celebrado no âmbito de um

⁵⁰ *Ibid*, página 194.

⁵¹STJ. Processos criminais foram maioria no STJ em 2023; instituições públicas lideram como maiores litigantes. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/11012024-Processos-criminais-foram-maioria-no-STJ-em-2023--instituicoes-publicas-lideram-como-maiores-litigantes.aspx>>. Acesso em 24 de mai. 24.

procedimento formal, diante do juiz competente, da maneira preconizada em lei, de modo que não há dispensa do devido processo legal. E nem poderia haver, porque existe a imposição legal de observância dos trâmites próprios de cada instituto para então se abrir a possibilidade de solução negocial. Não se afasta o devido processo legal, mas se cria a possibilidade resolução simplificada e célere a partir do acordo⁵².

Esse conjunto de regras pelas quais os instrumentos de consenso devem seguir, sob pena de nulidade da negociação, precisa ser visualizado como um impulso na negociação, pois, a partir das formalidades advindas da lei, esta garante a segurança jurídica do que foi decidido pelos acordantes. Seguindo esse entendimento, mediante previsão legal, o Brasil formalizou os seguintes instrumentos de consenso da justiça brasileira: a composição civil (artigo 74, da Lei 9.909/95), a transação penal (artigo 76, da Lei 9.099/95), a suspensão condicional do processo (artigo 89, da Lei 9.099/95)⁵³, a colaboração premiada (artigo 3º-A da Lei 12.850/13) e o acordo de não persecução penal (artigo 28-A do CPP)⁵⁴.

Como destacado, estes meios de consenso devem ser priorizados dentro do processo quando preenchidos os requisitos legais necessários. Contudo, além da análise das formalidades dispostas em lei, é necessário verificar os fins a que se destina a justiça consensual penal, isto é, proteger os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal e pelo Direito Constitucional.

Nesse sentido, não há razão de ser dos aparatos de consenso se os bens da vida imprescindíveis à vítima sequer foram observados. A ausência dessa análise material retira a finalidade da justiça consensual que é trazer uma resposta do Estado efetiva e condizente com o ordenamento jurídico atual.

A partir dessa compreensão é possível iniciar a análise do caso concreto apresentado no Capítulo I sobre a aplicação do acordo de não persecução penal ao crime de injúria racial. Para tanto, é preciso verificar a finalidade do acordo; o quanto essa negociação é capaz de proteger o bem jurídico honra; de reprovar a prática delituosa e de ser uma forma preventiva da prática de novos delitos dessa espécie.

Essa análise deve ser somada ao preenchimento dos requisitos formais do ANPP como a competência para proposta e o aceite; condicionantes do acordo; mecanismos de cumprimento e demais regulamentações que garantam a eficácia do referido acordo na seara criminal.

⁵²ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça Penal Consensual: Controvérsias e desafios*. 2.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. Página 183.

⁵³BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 24 de mai. 24

⁵⁴BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 24 de mai. 24.

c. DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) é um dos instrumentos da justiça consensual que objetiva evitar a segunda fase da persecução penal, ou seja, o processo judicial. Inicialmente, o ANPP surgiu com a Resolução nº 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público que instaurou um procedimento investigatório dispôs sobre o acordo no seu capítulo VII, artigo 18⁵⁵.

O referido instrumento é aplicado aos crimes de média ofensividade e sua natureza jurídica é de acordo de vontades, pois é preciso que as partes estabeleçam entre si uma comunicação para o sucesso da negociação, conforme dito pelo autor Flávio da Silva Andrade:

Perquirir sobre a natureza jurídica de um instituto é perquirir sobre sua essência, sobre sua substância, sobre as características centrais de uma categoria jurídica. A natureza jurídica do acordo de não persecução penal é de acordo de vontades, ou seja, é de autocomposição, de negócio jurídico processual celebrado entre as partes: de um lado está o investigado/acusado, assistido por seu defensor; de outro lado está o Ministério Público (ou o querelante, acompanhado de seu advogado)⁵⁶.

Posteriormente, objetivando detalhar as especificidades do ANPP foi editada a Lei 13.964/19, conhecido como Pacote Anticrime que alterou o Código de Processo Penal (CPP) ao adicionar o artigo 28-A que regulamentou o ANPP:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não

⁵⁵ Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstancialmente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018).

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em 24 de mai. 24.

⁵⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça Penal Consensual: Controvérsias e desafios. 2.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. Página 242.

persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.⁵⁷

Apesar da extensão, o artigo 28-A disciplina sobre todas as formalidades para a concessão do ANPP. Desse modo, no *caput* do referido artigo, são apresentados os requisitos objetivos para a proposta do acordo no caso concreto. Primeiramente, não pode ser caso de arquivamento do processo, pois o ANPP parte do pressuposto que seria possível que o querelante ou o Ministério Público ajuizasse uma queixa-crime ou uma denúncia, respectivamente, todavia, diante do preenchimento dos pressupostos legais, torna-se possível a celebração do acordo.

Essa lógica fundamenta-se também na interpretação mais favorável ao réu, pois caso não haja indícios de autoria e materialidade delitiva de modo, não há elementos probatórios que sustente uma inicial acusatória. Portanto, é mais benéfico ao réu que se proceda o arquivamento do que ser celebrado uma negociação no qual terá que cumprir as condicionantes impostas pelo Ministério Público.

Em seguida, o acusado, segundo a previsão legal, deverá confessar formal e circunstancialmente a prática do delito. Esse ponto gera inúmeras discussões, principalmente, quanto a inconstitucionalidade do acordo por suposta violação da presunção de inocência. Apesar desse trabalho não versar sobre esse ponto, ressalta-se que uma negociação parte da livre autonomia da vontade da autodeterminação dos acordantes e, em um acordo, uma das partes terá que ceder em certos aspectos para a outra, sob pena de não ser efetivado qualquer negociação. Consequentemente, algumas garantias dos acordantes são relativizadas em prol de um bem maior, isto é, a negociação, o fim da persecução penal pelo Estado e a prevalência de alguns direitos sobre outros.

A relativização das garantias, como da presunção de inocência ao confessar a prática do crime se justifica no fato que os direitos não são absolutos, além do mais, os operadores do direito, como o magistrado e o advogado do réu são responsáveis por garantir que não haja

⁵⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 24 de mai. 24.

violações no momento da negociação. Para além disso, deve ser sopesado o princípio da presunção de inocência com outros princípios também tutelados pelo Direito Penal, como a autonomia da vontade, o interesse público e a ordem pública, pois os acordos celebrados garantem a liberdade de escolha do autor do crime e também soluciona o problema social de hipertrofia do Poder Judiciário.

Desse modo, considerando a validade da confissão dentro do ordenamento jurídico, a lei dispõe que a confissão deve ser formal, expressa e circunstancial, ou seja, é preciso que a mesma esteja documentada e detalhada, de modo que possa ser comprovada posteriormente e que, de fato, esclareça o ocorrido. Em continuidade, a lei veda a concessão do ANPP para crimes com violência ou grave ameaça, com pena mínima de 4 anos, pois a referida negociação visa beneficiar autores de crimes de menor potencial lesivo. Ademais, esses crimes com violência apresentam uma ofensividade maior ao bem jurídico tutelado, nesse sentido, não sendo passível de resolução por meio do ANPP.

Nota-se que essa vedação é justamente no sentido de que o ANPP não segue uma visão utilitarista dando uma evasão aos processos acumulados nos tribunais. Há uma preocupação do legislador em visualizar a violação aos bens jurídicos tutelados e verificar se o ANPP é instrumento suficiente para resolver a demanda. Essa reflexão deve ser analisada no caso em concreto relatado do Capítulo 1, pois é fundamental verificar o impacto da conduta do autor na vida da vítima e na sociedade a fim de preservar a ordem e o interesse público.

Outrossim, a lei estipula que os crimes passíveis de acordo devem ter pena mínima cominada ao delito inferior a 04 (quatro) anos, demonstrando que o ANPP é uma negociação para crimes de menor potencial lesivo. Além do mais, se o mínimo de pena cominada ao delito for superior a 04 (quatro) anos é um indicativo da necessidade de um processo judicial para assegurar os fins a que o Direito Penal se destina.

Cabe destacar que no contexto de condutas criminosas diferentes, mas no mesmo cenário fático, haverá o concurso material e as penas devem ser somadas. Por outro lado, caso haja concurso formal ou continuidade delitiva⁵⁸ aplica-se o *quantum* mínimo de aumento na pena e posteriormente, verifica-se se a pena final será inferior a 04 anos, em respaldo ao disposto no §1º do artigo 28-A do CPP:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

⁵⁸COSTA, Klaus Negri; ARAÚJO, Fábio Roque. Processo penal didático. 3ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: editora JusPodivm, 2020. Página 166.

[...]

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.⁵⁹

No que se refere ao oferecimento do acordo, a responsabilidade é do Ministério Público de verificar se o indivíduo preenche os requisitos legais. Se preenchidos, este órgão deverá elaborar a proposta do ANPP com as condicionantes previstas em lei e apresentá-la em audiência para que autor do crime expresse sua vontade em aceitar ou não o acordo.

O Ministério Público (MP) é uma instituição permanente, independente dos demais Poderes da República, que exerce uma função imprescindível no sistema jurídico ao proteger a aplicabilidade da legislação brasileira, defender a ordem pública, a democracia e os direitos indisponíveis do povo, conforme artigo 126 da CF/88. Ademais, o Ministério Público é o responsável por ingressar com as ações penais públicas, nos termos do artigo 129 da CF/88.

Sendo assim, finda a investigação criminal, na primeira fase da persecução penal, o Ministério Público recebe os autos e analisa viabilidade do acordo. Sendo cabível o ANPP, o MP encaminha ao autor do crime uma notificação para audiência conciliatória. Nessa audiência é extremamente importante que o denunciado esteja acompanhado de advogado, justamente para garantir a paridade de armas.

Ademais, para a propositura do ANPP, o artigo 28-A do CPP enfatiza que faz parte dos requisitos que o acordo seja “*suficiente para reprovação e prevenção do crime*”, ou seja, da mesma forma que na aplicação da pena, há uma averiguação quanto os fins a que se destina as condicionantes impostas pelo MP ao autor do crime frente ao nível da ofensividade e reprovabilidade da conduta. A ideia de reprovação e prevenção do crime vem justamente da discussão sobre os objetivos da pena traçado no Direito Penal e já apontado nesse trabalho.

O ANPP evita o cumprimento de uma sentença penal condenatória ao aplicar a negociação e o diálogo como meio válido para a solução dos litígios, sendo visto como um “substituto ao processo e a pena”. Desse modo, ao realizar o ANPP, os operadores do direito devem ter ciência desse entendimento a fim de não desvirtuar os fins ao que se propõe o acordo, qual seja, reprovação e prevenção, tal como é feito na aplicação das penas em uma sentença condenatória.

Observa-se que o Brasil adota a teoria eclética da pena no qual busca-se equilibrar as teorias absolutas que entendem a finalidade da penal como retribuição pelo mal advindo do delito e as teorias relativas que entendem ser o fundamento da pena a prevenção de novos crimes⁶⁰.

⁵⁹BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 24 de mai. 24.

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume único. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Página 36.

Desse modo, o legislador entendeu por bem adequar essas finalidades da pena ao ANPP, pois este instrumento substitui o cumprimento da pena, mas deve trazer os mesmos reflexos para o autor do crime.

Dentro do ANPP a função punitiva é identificada no estabelecimento de condições a serem fielmente cumpridas pelo acusado para, conseqüentemente, evitar a persecução penal. As medidas de reprovação e prevenção estão previstas nos incisos do artigo 28-A do CPP:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou)

V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.⁶¹

De modo geral, as condicionantes para a celebração do acordo, previstas nos incisos do artigo 28-A, estão ligadas à reparação dos danos causados à vítima; à renúncia de bens e direitos ligados ao crime; à prestação de serviço a comunidade por meio dos órgãos público, ao pagamento de valores a título pecuniária; ao pagamento da fiança, além de outras condições que o Ministério Público entender ser convenientes para a reprovação e prevenção do crime.

Todas essas ações dispostas nos incisos do artigo 28-A demonstram que, diante da prática da conduta delitiva, o autor é obrigado a cumprir as regras estabelecidas pela lei e pelo Ministério Público, como forma de indicar que o delito praticado contraria a ordem e o interesse público, além do ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Outrossim, a finalidade preventiva encontra-se na prevenção geral indicada pelo próprio CPP, pois a sociedade prefere o ANPP intimidada com a possibilidade de sofrer uma restrição intensa da sua liberdade individual com a continuidade da persecução penal. Desse modo, a legislação que disciplina esse acordo garante pelo temor, a observância das regras da sociedade

⁶¹BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 24 de mai. 24.

(prevenção geral negativa). Ademais, a partir do cumprimento do acordo procura-se fortalecer o sistema jurídico, estabilizando a consciência do direito, ou seja, criando um pensamento social de legitimidade da norma para a organização e bem estar da população (prevenção geral positiva)⁶².

Em sequência, há também a prevenção especial que se volta para a pessoa do delinquente. O ANPP busca reinserir o infrator na sociedade. Nesse sentido, sabe-se que, após o evento delituoso, o autor do crime sofre com o sentimento de repulsa social por parte da população, de modo que o infrator passa a ser segregado do espaço comum. Logo, a celebração do acordo visa garantir a permanência do indivíduo na sociedade como forma de integração, até mesmo através do cumprimento das obrigações do acordo, como, a reparação do dano causado à vítima e a prestação de serviços a comunidade (prevenção especial positiva), demonstrando uma solidariedade frente ao mal social causado.

Além disso, visando também uma intimidação da pessoa do delinquente, o estabelecimento de condicionantes cria um temor no indivíduo de que, não cumprido as obrigações poderá ser punido por uma sentença penal condenatória (prevenção especial negativa), servindo o acordo, portanto, como uma advertência de que o Direito Penal existe e que, diante das previsões legais, o acusado pode sofrer restrições aos seus direitos⁶³.

Destaca-se ainda que o ANPP somente é aplicado quando não for cabível a transação penal destinada aos crimes de menor potencial lesivo, conforme artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95)⁶⁴, pois este é um instrumento específico para os crimes julgados no Juizado Especial Criminal (JECRIM) e por não ter a necessidade de confissão da prática delituosa representa uma medida mais favorável ao réu.

Outro ponto extremamente importante do acordo é que não é aplicado para reincidentes ou para aqueles que tenham condutas delituosas habituais e reiteradas. Esses indivíduos que são reincidentes ou praticam crimes de forma habitual indicam aos operantes do Poder Judiciário, o descaso dos mesmos com o sistema punitivo brasileiro e, por isso, não é suficiente a aplicação de condicionantes do ANPP, devendo essas pessoas responderem a pena a ser estipulada pelo processo criminal.

Ainda, é possível conceder o ANPP mais de uma vez ao acusado, mas, deve haver uma diferença de cinco anos da última concessão do ANPP. Além disso, no §2º, inciso IV, do artigo

⁶² COSTA, Klaus Negri; ARAÚJO, Fábio Roque. Processo penal didático. 3ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: editora JusPodivm, 2020. Página 271.

⁶³ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume único. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Página 270 a 273.

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 24 de mai. 24.

28-A, é estipulado que aos crimes de violência doméstica e familiar ou em razão da condição do sexo feminino não seria possível conceder o acordo pela mesma justificativa de maior ofensividade aos bens jurídicos tutelados. Essa violência, segundo o autor Fábio Roque Araújo refere-se a agressões no âmbito doméstico nas suas cinco modalidades: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.⁶⁵

Na oportunidade, enfatiza-se que a legislação permite uma certa discricionariedade ao Ministério Público quanto a elaboração da proposta do ANPP, pois dispõe que deve ser analisado se o acordo é suficiente e necessário para reprovação e prevenção dos delitos. Ora, se há essa abertura interpretativa na concessão do ANPP é possível realizar a mesma reflexão para o crime de injúria racial, pois segundo a interpretação dada pelo Supremo Tribunal de Justiça, acompanhado também das alterações legislativas, demonstra que a ofensividade ao bem jurídico honra em razão das ofensas a cor/raça ou procedência nacional é superior a capacidade protetiva do ANPP. Essa inferência têm respaldo no contexto histórico brasileiro, nos dados estatísticos, nos reflexos que o crime de injúria racial geram na vítima e na própria alteração legislativa que indicam a preocupação do legislador com o contexto atual de ataques sofridos pelo povo preto.

Contudo, ter essa conclusão gera outra questão a ser pensada, o conflito entre os direitos fundamentais, pois, de uma lado o ANPP é um acordo legal garantido a toda pessoa que pratica um crime e preenche todos os requisitos legais exigidos. Sendo assim, eventuais restrições ao acesso a esse instrumento ferem o direito fundamental a igualdade processual, ao devido processo legal, bem como a liberdade e autonomia de vontade do infrator.

Por outro lado, a restrição a concessão do ANPP ao infrator pela prática do crime de injúria racial fundamenta-se na violação do direito fundamental da honra, da integridade mental e física e também da igualdade material entre o povo branco e preto. Para além disso, há um interesse público de evitar condutas raciais diante do sofrido contexto histórico brasileiro de repressão de parte da população por conta da sua cor, raça ou procedência nacional.

Os direitos fundamentais principais em conflito, qual seja, a igualdade processual e racial, são imprescindíveis para a ordem democrática brasileira e possuem respaldo constitucional. Desse modo, é preciso realizar uma análise detida a fim de que nenhum direito fundamental sofra uma violação que interfira no seu núcleo de proteção, qual seja, o respectivo bem jurídico tutelado.

⁶⁵ COSTA, Klaus Negri; ARAÚJO, Fábio Roque. Processo penal didático. 3ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: editora JusPodivm, 2020. Página 168.

05. CONFLITO ENTRE DIREITOS CONSTITUCIONAIS A LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Como forma de solucionar o conflito de normas constitucionais ressaltado no capítulo anterior, o presente trabalho utiliza-se dos estudos do autor Robert Alexy na sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Segundo o referido autor, uma norma é entendida, pelo modelo semântico com o resultado da interpretação advinda de um enunciado normativo. Esse entendimento apresentado pelo autor visa defender a funcionalidade das regulamentações⁶⁶.

No que se refere as normas de direito fundamental, segundo o autor Alexy, é conveniente vincular o seu conceito aquelas disposições previstas no título “Dos Direitos Fundamentais”, contudo, essa análise seria extremamente restrita, na medida que há normas que, apesar de não estarem diretamente estabelecidas no tópico das garantias fundamentais, estão expressas no texto constitucional e são vistas também como direitos básicos. Desse modo, pensando nesse aspecto da funcionalidade, as normas atribuídas também têm o seu caráter de fundamental quando estiverem se referindo aos direitos fundamentais: “*Uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais*”.⁶⁷

Nesse sentido, ao correlacionar o referido entendimento com o ordenamento jurídico brasileiro identifica-se como normas fundamentais, as previsões dispostas no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, da CF/88, que abrange o Capítulo I “*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*”; o Capítulo II “*Dos Direitos Sociais*”; Capítulo III “*Da Nacionalidade*”; Capítulo IV “*Dos Direitos Políticos*” e o Capítulo V “*Dos Partidos Políticos*”⁶⁸. Além desses, há outras disposições constitucionais que, apesar de não estarem diretamente estabelecidas nesse título, estariam abarcadas, por ser normativas garantidoras dos direitos fundamentais, quando tiver a sua argumentação vinculada a tais direitos (normas atribuídas).

Ademais, objetivando identificar a estrutura das normas de direitos fundamentais, o autor Alexy faz uma distinção entre regras e princípios:

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria

⁶⁶ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006. Página 65.

⁶⁷*Ibid*, página 75.

⁶⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 de mai. 24.

suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento, fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito.⁶⁹

Desse modo, o ponto chave de distinção entre princípios e regras apresentados pelo autor é que os princípios são vistos como normas que buscam realizar-se no máximo possível, dentro dos limites cabíveis, sendo conhecidos como mandamentos de otimização:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.⁷⁰

Diferente dessa abordagem, as regras não tem níveis de aplicação, serão aplicadas ou não, são determinações utilizadas diante daquela condição fática e possível. Desse modo, na teoria do autor Alexy, os direitos fundamentais são princípios, podendo se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos. Sendo assim, os direitos fundamentais, seguindo o mandamento de otimização implicam na amplitude de proteção na medida que *a prima facie* buscam abranger o máximo de possibilidades fáticas e jurídicas com fundamento na preservação da dignidade da pessoa humana.

Logo, quando há uma colisão entre direitos fundamentais, é preciso que seja realizado um raciocínio lógico de proporcionalidade a fim de garantir a máxima aplicação dos princípios em conflito:

A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.⁷¹

Ademais, o autor Virgílio Afonso da Silva, na obra *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia* também aborda sobre os conflitos das garantias constitucionais, indicando que somente é cabível falar de conflitos e ponderações quando não há um esvaziamento do conteúdo essencial desses direitos. Para explicar esse instituto o autor utiliza-se da teoria relativa, no qual o conteúdo essencial é visto como o núcleo de proteção do direito fundamental,

⁶⁹ ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006. Página 85.

⁷⁰ *Ibid*, 91.

⁷¹ *Ibid*, 117.

observado as condições fáticas e as colisões entre as garantias.⁷² Desse modo, eventuais colisões entre os direitos fundamentais não podem repercutir na interferência do conteúdo essencial, pois é o que oferece um sentido de existência a norma.

No caso concreto relatado no Capítulo I, no qual há uma colisão entre a igualdade de acesso ao ANPP e a necessidade de proteção da igualdade do povo preto. Percebe-se que em ambos os direitos, o conteúdo essencial estará garantido quando não houver violações desproporcionais e desnecessárias, interferindo na isonomia a qual ambos se destinam.

Diante desse conflito, é preciso verificar qual dos direitos deve ser aplicado com uma amplitude maior no caso concreto em detrimento de outro, pois as referidas garantias não se anulam quando entram em colisão, apenas se delimita o seu nível de incidência dependendo das condições fáticas impostas. Contudo, é evidente que, o princípio que terá a sua incidência reduzida no caso concreto estará sofrendo uma restrição que somente não interferirá no seu conteúdo essencial se for feita baseada na regra da proporcionalidade:

A garantia do conteúdo essencial é estendida a todos os direitos fundamentais pelas teorias chamadas relativas, segundo as quais uma restrição atinge o conteúdo essencial de um direito fundamental se ela for desproporcional, isto é, se for inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito, ou seja, se não estiver “em uma relação apropriada com o peso e a importância do direito fundamental”.⁷³

Ressalta-se que, segundo Robert Alexy por meio da teoria relativa do conteúdo essencial, definiu-se o núcleo de um direito após a realização do sopesamento. O sopesamento é uma técnica ou procedimento em que se pondera os direitos fundamentais em conflito e analisa o grau de incidência de cada um deles no contexto fático. Desse modo, o referido autor destaca que será notório uma violação do conteúdo essencial quando, após o sopesamento, não restar direito fundamental a ser garantido⁷⁴.

Para a aplicação do sopesamento, inicialmente, é preciso verificar no caso prático que a aplicação de um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro, quando considerados de forma independente. Nesse sentido, a solução para esse conflito é analisar a

⁷²Para o autor, há duas teorias que definem o conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais: a teoria absoluta e a teoria relativa. Na teoria absoluta o conteúdo essencial é visto como um núcleo cujo conjunto de limitações formam uma barreira intransponível. Logo, independente da situação e dos interesses em discussão, não haverá restrição. Para a teoria relativa, o conteúdo essencial seria sim um núcleo da garantia constitucional, mas que não haveria essa barreira intransponível, já que o essencial é criado a partir das colisões e interesses em disputa no caso concreto.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2010.

⁷³ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006. Página 131.

⁷⁴*Ibid*, 297.

chamada relação de precedência condicionada, com base nas circunstâncias do caso concreto, conforme explica Alexy:

Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com a sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária.⁷⁵

Portanto, o sopesamento analisa as condições que fazem que um princípio seja considerado em detrimento do outro. Mas, o diferencial dessa análise, quando comparado as colisões entre regras, é que não há uma exclusão do outro princípio dentro do ordenamento jurídico, já que ao ser submetido a outras condições pode ter sua aplicação otimizada em relação a outro. Não existe princípios superiores entre si quando considerados de forma independente, deve-se verificar se há condicionantes que limitam sua aplicação.

No conflito trazido nesse trabalho observa-se que a igualdade processual e a igualdade racial são dois direitos fundamentais vistos como normas fundamentais estabelecidas no texto constitucional. Assim, quando individualmente consideradas, buscam proteger no máximo possível o tratamento isonômico, seja na concessão dos instrumentos penais consensuais ao réu ou no entendimento de que pretos e brancos estão no mesmo nível dentro da ordem social, jurídica e econômica.

Nesse caso, pelo primeiro princípio entende-se que deve ser aplicado o ANPP aos crimes de injúria racial em razão do preenchimento dos requisitos legais. Pelo segundo princípio compreende-se que não deve ser aplicado o ANPP aos crimes de injúria racial, porque o acordo é insuficiente para garantir a isonomia racial, além de ser insatisfatório na reprovação e prevenção dos crimes raciais. Percebe-se, portanto, que a aplicação de um dos princípios restringe a incidência do outro, indicando a existência de uma colisão e a consequente necessidade de sopesamento.

As condições fáticas a serem consideradas nesse conflito foram detalhadas durante todo o trabalho. Primeiro, o povo preto passou anos lutando para que fosse considerado ser humano como qualquer outro e a escravidão trouxe inúmeros sofrimentos ao povo preto que perderam seus familiares e tiveram que lutar para manter sua cultura. Contudo, a questão principal não é a ocorrência da escravidão, que, por si só, não configura justificativa plausível para restringir,

⁷⁵ *Ibid*, 96.

atualmente, os direitos fundamentais. O ponto ressaltado é os reflexos do período escravocrata que ainda permanecem na sociedade e impedem a inserção do povo preto no ambiente social sem segregação, preconceito e discriminação racial.

Conforme os dados estatísticos apresentados, a discriminação racial, na sua maioria, é velada por falsas concepções de democracia racial, todavia, ao analisar as pesquisas, nota-se que antes o povo preto sofria com a escravidão e hoje sofre com os reflexos da mesma, como a falta de acesso a educação, a saúde, a uma moradia digna e aos espaços de luta pelos direitos, como nas Câmaras, Assembleias Legislativas e Tribunais Superiores.

Esse cenário é extremamente preocupante, pois, após anos do fim da escravidão, ainda existe trabalho análogo ao de escravo e, todos os dias, um indivíduo negro corre o risco de ser julgado por sua cor, de ser maltratado com xingamentos que reduzem a sua cultura e sua forma de ser. Portanto, todas essas questões fáticas devem ser consideradas no conflito entre a igualdade racial e igualdade processual na concessão do ANPP aos crimes de injúria racial.

Nesse sentido, observa-se a atuação do próprio Poder Legislativo brasileiro através da Constituição Federal e também dos tratados e convenções internacionais, buscando impedir a crescente discriminação racial na sociedade. Essa luta não é somente do povo preto, enquanto minoria que busca uma participação social, pois o combate ao preconceito racial, é vista como uma conduta de interesse público, pois não há como defender um Estado Democrático de Direito e inúmeros direitos fundamentais, quando básico, isto é, a consideração que todos são iguais, sequer é aplicada.

Tanto é um interesse público que a própria Constituição Federal disciplina a partir do artigo 5º da CF/88⁷⁶ que todos são iguais perante a lei, devendo ser garantido a todo cidadão o acesso aos benefícios oferecidos pelo país, como educação, saúde, moradia, lazer, dentre outros. Todavia, a aplicabilidade desses regramentos ainda não possui força suficiente frente a discriminação e preconceito racial existente.

Além disso, ainda pensando no Poder Legislativo, ressalta-se a alteração da Lei dos Crimes Raciais e do Código Penal com as modificações apresentadas pela Lei 14.532/23 no qual equiparou o crime de injúria racial como crime racial. Essa mudança no sistema normativo ressalta a preocupação dos órgãos públicos com os casos crescentes de discriminação e buscam impedir que haja impunidade quando esse delito ocorrer, já que agora aplica-se também ao delito de injúria racial os preceitos da inafiançabilidade e imprescritibilidade.

⁷⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 de mai. 24.

Percebe-se, portanto, que todas essas questões devem ser consideradas para realizar o sopesamento entre o direito a igualdade processual e o direito a igualdade racial. Ora, nas condições em que um indivíduo sofre com o preconceito racial, o direito a igualdade racial prevalece sobre a isonomia processual em razão do interesse público, da luta do povo negro, da segregação racial e do isolamento social sofrido pelo povo preto.

A igualdade processual no acesso aos instrumentos consensuais tem a sua importância e tal garantia não é invalidada no ordenamento jurídico brasileiro. Como detalhado no decorrer do trabalho, a justiça consensual vem ganhando espaço dentro do Direito, pois as demandas judiciais são crescentes e a morosidade dos trâmites é o fim de todos os processos, descredibilizando a justiça e tornando a sociedade insatisfeita.

Por meio da justiça consensual, obtém-se uma resposta juridicamente válida, célere e eficaz, além de ser favorável ao réu. Desse modo, os instrumentos de consenso, como o ANPP, são grandes facilitadores da justiça, auxiliando as vítimas a obterem as reparações, na medida do possível, pelos danos sofridos. Ademais, visam garantir a repressão e a prevenção, enquanto finalidades do Direito Penal. Sendo assim, a regra é que devem ser concedidos a todos os indivíduos, sem distinção, desde que preenchido os requisitos necessários.

Contudo, a restrição ao direito a igualdade processual diante da não concessão do ANPP aos autores de crimes raciais é legítima, pois no cenário contemporâneo de luta contra as discriminações raciais, como no caso concreto citado no Capítulo 1, a proteção da igualdade entre o povo preto e branco torna-se mais revelante. Contudo, em outras situações, o direito a isonomia processual e o consequente acesso aos instrumentos da justiça consensual continua sendo válido, bem como aplicável em outros cenários fáticos, evidenciando que um conflito entre direitos fundamentais não visa a exclusão de uma garantia do sistema jurídico.

06. A CONSTITUCIONALIDADE NO NÃO OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES DE INJÚRIA RACIAL

Pela abordagem já realizada no capítulo anterior é possível concluir que a relativização do acesso aos instrumentos processuais não é um problema quando se trata da não aplicação do ANPP aos crimes raciais. A teoria do sopesamento apresenta, de forma fundamentada, um raciocínio lógico em que os direitos fundamentais estão no mesmo nível dentro da Constituição Federal de 1988 e eventuais restrições serão legítimas quando garantam a aplicabilidade de outro direito fundamental imprescindível aquelas circunstância fática.

A análise da constitucionalidade é a verificação da coerência que determinado ato ou disposição guarda com a CF/88. No caso, a regra do sopesamento, por si só, já tem um respaldo constitucional, pois sua finalidade é garantir que os princípios, identificados na Magna Carta como direitos fundamentais, incidam, na medida do possível, nos casos concretos. Ademais, para evitar que determinada garantia fundamental sofra uma restrição exorbitante, a teoria do sopesamento foi criada, assegurando que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais seja mantido diante de eventuais colisões.

Ao analisar o conteúdo do sopesamento discutido nesse trabalho, nota-se que há completa coerência com o texto constitucional, pois o intuito do referido raciocínio lógico é preservar o núcleo de proteção de cada direito fundamental, qual seja, a igualdade processual e a igualdade racial, verificando o grau de incidência de cada princípio no caso em concreto.

Ademais, pensando no resultado do sopesamento em que o direito a igualdade racial prevalece sobre a processual, verifica-se uma consonância com a ordem constitucional, porque o tratamento isonômico entre os cidadãos é fundamento e objetivo da República Federativa do Brasil, bem como do regime democrático que o país busca alcançar. Outrossim, garantindo-se a igualdade racial, uma série de direitos também é protegido, como a dignidade da pessoa humana, a integridade física e psíquica, bem como todos os direitos sociais da CF/88.

Destaca-se que a atual ordem constitucional brasileira compatibiliza a ideia de relativização dos direitos. Um exemplo disso é a própria permissão na CF/88 das penalizações legais, como a pena privativa de liberdade. Manter um indivíduo preso, sem comunicação com o exterior, é uma limitação feita ao direito a liberdade de ir e vir, com fundamento na garantia da ordem pública e da segurança da população. Essas limitações aos direitos fundamentais são destacadas por Ingo Wolfgang Sarlet como um ponto incontroverso e necessário no sistema jurídico atual:

No que diz respeito às espécies de limitações, registra-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição. Da mesma forma, há quem inclua uma terceira alternativa, vinculada à possibilidade de se estabelecerem restrições a direitos por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador⁷⁷.

Portanto, verifica-se que não há qualquer óbice na atual conjuntura jurídica brasileira para que o sopesamento entre a igualdade processual e racial ocorra, mesmo que para tanto seja

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Página 393.

necessário realizar certas limitações ao primeiro direitos fundamental. Como já ressaltado, o sopesamento não exclui um dos princípios em colisão em detrimento do outro. No referido caso concreto, o direito a igualdade processual, apesar de restringido, continua sendo aplicado durante a persecução penal ao garantir o direito a defesa; ao acompanhamento pelo advogado; a liberdade de manifestação; ao conhecimento dos atos praticados, dentre outros. A ausência da proposta do ANPP diante da prevalência da igualdade racial não impede que nos outros assuntos do processo a igualdade processual seja devidamente assegurada.

Como complementação, a não concessão do ANPP aos crimes de injúria racial tem seu fundamento também nos próprios fins da pena ressaltados no âmbito criminal. Como disposto no Capítulo 5, o ANPP é um substituto ao processo penal e, conseqüentemente, a imposição de uma pena advinda da sentença condenatória. Todavia, tanto a penas quanto as condições do ANPP guardam a mesma relação no que se refere a sua finalidade, qual seja, a reprovação e prevenção, nos próprios termos do caput do artigo 28-A do CPP:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime**, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)⁷⁸

Desse modo, não se trata apenas de verificar o preenchimento dos requisitos formais objetivos dispostos no artigo 28-A do CPP, é necessário uma análise substancial com intuito de averiguar se o ANPP será suficiente para ensinar a sociedade sobre a prejudicialidade do crime à ordem social e a existência de um sistema normativo punitivo; a criar um temor geral para que os delitos não se repitam e uma consciência no próprio sujeito delinquente pelos delitos praticados, bem como desenvolver um receio no autor do crime a fim de que não reincida na prática delitiva.

Todas essas observações, a serem analisadas, materializam o que seria os fins de reprovação e prevenção. Todavia, o cenário de discriminação racial é uma problema exorbitante na sociedade atual a ponto de necessitar de medidas mais drásticas, como a atribuição da pena privativa de liberdade a fim de que a sociedade e os sujeitos delinquentes entendam a prejudicialidade dos crimes raciais e a necessidade de combatê-los.

A atribuição das condições previstas nos parágrafos do ANPP não são suficientes frente o sofrimento e humilhação sofrido pelas vítimas de crimes raciais. Além disso, são inúmeras legislações que buscam proteger e impedir as discriminações raciais e mesmo assim, os casos de

⁷⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 24 de mai. 24.

preconceito racial continuam ocorrendo. Desse modo, torna-se necessário medidas mais firmes que compelem os indivíduos a não praticarem mais condutas discriminatórias, através do cumprimento da pena imposta na sentença penal condenatória, se comprovada a autoria e materialidade delitiva.

07. CONCLUSÃO

A conclusão desse trabalho não está no viés punitivo que entende a privação de liberdade como saída para as questões criminais da sociedade. Partindo da noção do país ser um Estado Democrático de Direito, a ideia é normatizar as ponderações que devem ser feitas nos casos de colisão entre direitos fundamentais para que não haja injustiças e impunidades.

O ponto de preocupação desse trabalho é demonstrar que não há proporcionalidade em aplicar o ANPP aos crimes de injúria racial, do mesmo modo que não é aceito o referido acordo para os crimes de violência doméstica. Apesar do contexto e regulamentações diferentes, a finalidade em vedar o ANPP é igual para ambos os crimes, atribuir uma resposta a pessoa do delincente que seja suficiente, necessária e proporcional frente os resultados dos delitos praticados.

Cabe atentar-se também que não oferecer o ANPP não obstará que o suposto autor do crime não possa se defender durante a persecução pena. Os direitos processuais, como a duração razoável do processo, a motivação das decisões, o devido processo legal, a boa-fé e demais garantias estarão resguardados dentro de um processo judicial.

Conclui-se assim, que o não oferecimento do ANPP aos crimes de injúria racial, apesar de envolver a relativização dos direitos fundamentais, é um ato constitucionalmente válido e deve ser utilizado para compatibilizar as referidas garantias na atual ordem jurídica. Outrossim, a ausência de proposta do referido acordo respalda-se na seara criminal nas finalidades de reparação e prevenção da ocorrência de novos delitos.

08. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Wlamyra Ribeiro de; FRAGA FILHO, Walter. *Uma História do Negro no Brasil*. Salvador: Centro de Estudos Afro-Orientais; Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2006. Página 67 e 69.

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006. Página 65.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça Penal Consensual: Controvérsias e desafios*. 2.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. Página 25.

BARRETO. Elis. CNN BRASIL. *Ministério dos Direitos Humanos recebeu 1.019 denúncias de injúria racial em 2021*. Disponível em:<<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/ministerio-dos-direitos-humanos-recebeu-1-019-denu-ncias-de-injuria-racial-em-2021/>>. Acesso em 22 de mai. 24

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Planalto. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 de mai. 24.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 24 de mai. 24.

BRASIL. Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 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*. Planalto. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm>. Acesso em 23 de mai. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023. *Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público*. Planalto. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm>. Acesso em 23 de mai. 2024.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. *Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em 23 de mai. 2024.

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*. Disponível em :<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19459.htm>. Acesso em 23 de mai. de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Decisão monocrática do Habeas Corpus nº 772811/SC (2022/0300710-0. Processual Penal. Habeas Corpus. Injúria Racial Majorada. Pretensão de encaminhamento dos autos, após a condenação, para oferecimento de proposta de ANPP. Impossibilidade. Constrangimento ilegal. Ausência. Dany Phillippi de Aguiar e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Habeas Corpus indeferido liminarmente. 26.09.2022. Consulta Processual Publica do STJ. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202203007100&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 21 de abr. 2024.*

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *Acórdão do Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 7728811 - SC (2022/0300710-0). Agravo Regimental em Habeas Corpus. Injúria Racial Majorada. Pretensão de encaminhamento dos autos. Após a condenação, para oferecimento de proposta de ANPP. Impossibilidade. Agravo que se limita a reiterar os argumentos da impetração, sem atacar o fundamento central que ensejou o indeferimento liminar da inicial. Conhecimento. Impossibilidade. Súmula 182/STJ. Incidência. Agravo regimental não conhecido. Dany Philippi de Aguiar e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. 11.10.2022. Não conhecido. Consulta processual STJ. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202203007100&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 21 de mai. 2024.*

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Acórdão dos Embargos de Declaração em Apelação Criminal nº 0014627-67-2018.8.24.0023 /SC. Embargos de Declaração em Apelação Criminal. Crime de Injúria Racial (art. 140, §3º, c/c art. 141, III, ambos do Código Penal). Alegada a existência de omissões indiretas no acórdão. Teses não arguidas no momento processual oportuno. Inviabilidade. Preclusão consumativa. Embargos não conhecidos. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Dany Philippi de Aguiar. Relator: Desembargador Ernani*

Guetten de Almeida. Embargos não conhecidos. 30.08.2022. Consulta Processual Eproc. Disponível

em:<https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta1g/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=311665759259016101978479367705&evento=311665759259016101978479651239&key=5c3c34650def0b534ea2f588c1c8f866

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Criminal n° 0014627-67.2018.8.24.0023/SC*. Acórdão da Apelação Criminal. Crime de Injúria racial (art. 140, §3º, c/c art. 141, III, ambos do Código Penal). Sentença condenatória. Recurso da defesa. Pedido de absolvição sob alegação de insuficiência de provas. Impossibilidade. Agente que ultrajar a vítima, perante várias pessoas, por intermédio da utilização de elementos referentes a sua etnia, com a intenção de ofender sua dignidade e decoro. Materialidade e autoria demonstradas pelas declarações uníssonas da vítima, confirmadas pelos depoimentos da testemunha presencial e dos policiais militares responsáveis pela ocorrência. Versão defensiva anêmica e que não justificaria a agressão verbal praticada. Condenação irretorquível. Recurso Conhecido e Desprovido. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Dany Philippi de Aguiar. Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida. Recurso improvido. Consulta Processual Eproc. Disponível em:<https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta1g/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=311665759259016101978479367705&evento=311665759259016101978479651239&key=5c3c34650def0b534ea2f588c1c8f866e1f6adeb4719b565969f477d23ea6d9c&hash=0454e7556280db94c9c611ac9324b63a>. Acesso em: 21 de mai. 2024.

BRASIL.Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Sentença da Ação Penal - Procedimento Ordinário n° 0014627.2018.8.24.0023/SC*. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Dany Philippi de Aguiar. Juiz de Direito: Monani Menine Pereira. 19.12.2006. Sentença condenatória. Consulta Processual Eproc. Disponível em:<https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta1g/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=311620826031280297059095950105&evento=311620826031280297059095961038&key=f351ba9e9dcb1c55c78967d9b409e4c80e7b3fbf59ca761f26c332adde47a7d0&hash=e6ab549cc458afbf2560a44d0b86bdf3>. Acesso em: 21 de mai. 24

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução n° 181, de 7 de agosto de 2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em:<<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em 24 de mai. 24.

COSTA, Klaus Negri; ARAÚJO, Fábio Roque. *Processo penal didático*. 3ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: editora JusPodivm, 2020. Página 166.

EMIDIO, Fernanda Cristina. *A Culpabilidade no Direito Penal Brasileiro*. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-culpabilidade-no-direito-penal-brasileiro.htm#:~:text=Elementos%20Da%20Culpabilidade,e%20Exigibilidade%20de%20Conduta%20Diversa.>>. Acesso em: 22 de mai.2024.

FELINTO, Marilene. *A Escravidão no Brasil durou 300 anos. Folha de São Paulo*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/5/12/folhinha/4.html>>. Acesso em 22 de mai. 24.

FERNANDES, Florestan. O Significado do Protesto Negro. Volume 33. São Paulo. Cortez: Autores associados, 1920. Página 23 e 26.

GOV.BR. *Sancionada lei que equipara injúria racial ao crime de racismo*. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/janeiro/sancionada-lei-que-equipara-injuria-racial-ao-crime-de-racismo>>. Acesso em 23 de mai. 2024.

IBGE. *Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil*. 2ª ed. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica nº 48. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais. Página 0

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. tradução João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Página 300.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. Vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. Página 450

MOURA, Clóvis. *Raízes do Protesto Negro*. São Paulo: Global Ed. 1983. Página 9 a 20.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume único. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Página 36.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Página 493

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2010.

STJ. *Processos criminais foram maioria no STJ em 2023; instituições públicas lideram como maiores litigantes*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/11012024-Processos-criminais-foram-maioria-no-STJ-em-2023--instituicoes-publicas-lideram-como-maiores-litigantes.aspx>>. Acesso em 24 de mai. 24.