



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6987

Requerente: Cidadania

Requerido: Presidente da República

Relator: Ministro NUNES MARQUES

*Direito penal. Artigo 140, § 3º, do Código Penal. Crime de injúria praticado mediante elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Pretensão de equiparar o delito de injúria racial ao crime de racismo, previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989, de modo a conferir maior grau de reprovabilidade da conduta e a afastar os institutos da fiança e da prescrição. Preliminar. Impossibilidade jurídica dos pedidos. Atuação desse Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. Mérito. Os tipos penais confrontados diferenciam-se em razão das respectivas condutas, elementos subjetivos e objetividade jurídica. A Constituição da República atribuiu, expressamente, proteção mais rigorosa ao crime de racismo, não o fazendo em relação ao delito de injúria. Inviabilidade da adoção da técnica da interpretação conforme a Constituição, a qual é limitada pela clareza e especificidade do texto da norma objeto de controle. Manifestação pelo não conhecimento da presente ação direta e, no mérito, pela improcedência dos pedidos.*

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.

## I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Cidadania, tendo por objeto o artigo 140, § 3º, do Código Penal, na redação conferida pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Eis, em destaque, o teor da norma impugnada:

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:**

Pena – reclusão de um a três anos e multa.

O requerente insurge-se, em síntese, contra a tipificação do delito de injúria racial contemplada pela norma sob investiva. Afirma que o crime de injúria, quando caracterizado com esteio nas expressões “*raça, cor, etnia, religião e procedência nacional*”, deveria receber enquadramento no artigo 20 da Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989<sup>1</sup>, de modo a ensejar uma proteção penal mais eficiente (fl. 09 da petição inicial).

Nessa linha, o autor busca ver reconhecida a conduta de injúria racial como espécie de racismo e, assim, estender ao artigo 140, § 3º, do Código Penal a imprescritibilidade e a inafiançabilidade expressamente consignadas pelo artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal<sup>2</sup>.

A propósito, afirma que o artigo 140, § 3º, do Código Penal somente

---

<sup>1</sup> “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa”.

<sup>2</sup> “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;”

poderia ser considerado constitucional “*se e apenas se for entendido como uma das manifestações do racismo e, assim, ser um crime inafiançável e imprescritível, como a Constituição exige que o seja*” (fl. 09 da petição inicial).

Como parte de seus argumentos, o autor transcreve o teor das sustentações orais que foram realizadas por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 154.248/RS perante essa Suprema Corte, no sentido de que o crime de injúria racial previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal deveria ser concebido como espécie de racismo, de modo a evitar a desclassificação de um crime mais grave para um crime supostamente menos grave e a afastar a proteção deficiente a grupos minoritários. Diante do ajuizamento do referido *habeas corpus*, o autor requer seja o presente feito distribuído, por prevenção, ao Ministro EDSON FACHIN, preservando-se a mesma relatoria para o tema.

O autor alega, ademais, que, de acordo com a jurisprudência anteriormente consolidada, “*não era aplicado o crime de praticar o preconceito ou a discriminação por raça (art. 20 da Lei nº 7.716/89) para punir ofensas racistas a indivíduos, por se entender (sem base legal, na época) que o crime de discurso racista demandaria uma ofensa a uma coletividade, enquanto a ofensa a indivíduo por elemento racial seria uma ‘injúria’ qualificada pelo preconceito. Nesse sentido, alguns Tribunais perpetravam a desclassificação da conduta para o crime de injúria simples, enquanto outros (de maneira surreal) afirmavam que se trataria de fato atípico*” (fl. 17 da petição inicial).

Destaca que haveria uma demanda histórica do Movimento Negro no sentido de que a ofensa a indivíduo por elemento racial fosse compreendida como espécie de racismo e, assim, enquadrada no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989. Rememora que, anteriormente à instituição do crime de injúria racial, a ofensa a indivíduo por elemento racial era desclassificada para injúria simples e que a criação do crime de injúria racial teria surgido “*como verdadeira política de redução de danos contra essa jurisprudência, que impedia qualquer possibilidade*

*de eficácia/aplicabilidade à Lei nº 7.716/89*” (fl. 43 da petição inicial).

Assevera, portanto, que seria necessário realizar uma interpretação histórica e teleológica do crime de injúria racial e superar o tradicional entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que apenas o crime de racismo seria imprescritível e inafiançável.

Em face das considerações expostas, o autor requer a concessão de medida cautelar *“para se atribuir interpretação conforme a Constituição ao disposto no artigo 140, §3º, do Código Penal, para que, até o julgamento definitivo da presente ação, o crime de injúria racial seja entendido como espécie de racismo e, por isso, imprescritível e inafiançável (cf. art. 5º, XLII, da CF/88)”* (fl. 45 da petição inicial).

No mérito, requer seja julgada procedente a presente ação direta *“para que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do disposto no art. 140, § 3º, do Código Penal, para dele excluir os critérios ‘raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional’, mas apenas se isso aumentar a proteção penal aos indivíduos integrantes de grupos raciais minoritários, a saber, somente se a conduta de ofender um indivíduo em sua honra subjetiva por elemento racial seja entendida como o crime de praticar o preconceito por raça, do art. 20 da Lei n.º 7.716/89”* (fl. 47 da petição inicial).

Subsidiariamente, requer a aplicação de interpretação conforme a Constituição ao artigo 140, § 3º, do Código Penal, *“para que ele seja considerado constitucional apenas se interpretado como positivando como crime de racismo a conduta de ofender um indivíduo em sua honra por elemento racial, logo, enquanto um crime de ‘racismo pela injúria’”* (fl. 48 da petição inicial).

Os autos foram distribuídos ao Ministro NUNES MARQUES, que, inicialmente, apontou a impertinência do pedido de distribuição do presente feito, por prevenção, ao Ministro Relator do *Habeas Corpus* nº 154.248. No mesmo

despacho, adotou o rito previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999 e solicitou informações às autoridades requeridas, determinando, na sequência, a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

Em atendimento à solicitação, o Presidente da República defendeu a constitucionalidade do dispositivo questionado, tendo argumentado que existiria uma diferença ontológica entre os tipos penais de injúria racial e de racismo, a qual se estabeleceria a partir da análise do direcionamento da conduta apontada como ilícita.

Em análise ao crime de injúria racial, afirmou que a ofensa seria dirigida a um indivíduo específico, enquanto no crime de racismo a ofensa seria contra uma coletividade, sem especificação do ofendido de forma individualizada. Nesse sentido, aduziu que o bem jurídico tutelado no crime de injúria racial seria a honra subjetiva da vítima, diferentemente do crime de racismo, em que a igualdade e o respeito étnico seriam os objetos de tutela jurídica.

Por derradeiro, asseverou que não caberia ao Supremo Tribunal Federal ampliar o rol de delitos elencados pela Constituição Federal como imprescritíveis, em observância ao princípio da separação dos Poderes.

Na sequência, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

## **II – PRELIMINAR: DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DOS PEDIDOS**

Registre-se, a princípio, que os provimentos jurisdicionais pleiteados na petição inicial exigem a atuação desse Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, uma vez que implicam a sua interferência em elementos do tipo penal do crime de injúria racial, de forma dissociada da previsão instituída pelo legislador. Veja-se, a propósito, o teor dos pedidos veiculados na petição inicial:

1) concessão de medida cautelar “*para se atribuir interpretação conforme a Constituição ao disposto no artigo 140, §3º, do Código Penal, para que, até o julgamento definitivo da presente ação, o crime de injúria racial seja entendido como espécie de racismo e, por isso, imprescritível e inafiançável (cf. art. 5º, XLII, da CF/88)*”;

2) procedência do pedido de mérito “*para que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do disposto no art. 140, §3º, do Código Penal, para dele excluir os critérios ‘raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional’, mas apenas se isso aumentar a proteção penal aos indivíduos integrantes de grupos raciais minoritários, a saber, somente se a conduta de ofender um indivíduo em sua honra subjetiva por elemento racial seja entendida como o crime de praticar o preconceito por raça, do art. 20 da Lei n.º 7.716/89*” (fls. 45 e 47 da petição inicial).

Como se nota, sob o pretexto de buscar a interpretação conforme a Constituição do dispositivo impugnado, o requerente objetiva, na verdade, que o Poder Judiciário estenda ao tipo penal de injúria racial a imprescritibilidade e a inafiançabilidade constitucionalmente previstas somente para o delito de racismo.

Ademais, ao requerer a declaração de inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do disposto no artigo 140, § 3º, do Código Penal, o autor pretende excluir os critérios “*raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*”, de modo a equiparar a injúria racial ao crime de racismo e, assim, potencializar o grau de repreensão decorrente de um eventual juízo punitivo pela prática daquele delito.

Como visto, o autor não se limita a provocar a função de legislador negativo que cabe a esse Pretório Excelso exercer no controle concentrado de constitucionalidade. De modo diverso, pretende que essa Suprema Corte atue como legislador positivo, o que não encontra respaldo em sua jurisprudência. Confira-se:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. REGULAMENTAÇÃO DE PROPAGANDA DE BEBIDAS DE TEOR ALCOÓLICO INFERIOR A TREZE GRAUS GAYLUSSAC (13º GL). AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO. ART. 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ATUAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO,**

**SUBSTITUINDO-SE AO PODER LEGISLATIVO NA DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS ADOTADOS NA APROVAÇÃO DAS NORMAS DE PROPAGANDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS: PRECEDENTES. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. DECISÃO COM EFEITOS VINCUANTES.**

(ADO nº 22, Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 22/04/2015, Publicação em 03/08/2015; grifou-se);

Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. Imposto de renda. Isenção. Alcance do benefício. Necessidade de reexame da legislação infraconstitucional. **Impossibilidade de atuação do judiciário como legislador positivo.** Efeito confiscatório da exação. Súmula nº 279/STF. 1. A suposta ofensa à Constituição somente poderia ser constatada a partir da análise e da reinterpretação da legislação infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, a qual é insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. 2. **Impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo para estabelecer isenções de tributos não previstas em lei.** 3. O caráter confiscatório da exação, no caso em exame, somente seria aferível mediante reexame do quadro fático-probatório. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido.

(RE nº 852409 AgR, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 07/04/2015, Publicação em 30/04/2015; grifou-se);

Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Liminar. **Arguição de inconstitucionalidade da expressão “um terço” do inciso I e do inciso II do § 2º, do § 3º e do § 4º do artigo 47 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997,** ou quando não, do artigo 47, incisos I, III, V e VI, exceto suas alíneas “a” e “b” de seu § 1º, em suas partes marcadas em negrito, bem como dos incisos e parágrafos do artigo 19 da Instrução nº 35 - CLASSE 12ª - DISTRITO FEDERAL, aprovada pela Resolução nº 20.106/98 do TSE que reproduziram os da citada Lei 9.504/97 atacados. - Em se tratando de instrução do TSE que se limita a reproduzir dispositivos da Lei 9.504/97 também impugnados, a arguição relativa a essa instrução se situa apenas mediatamente no âmbito da constitucionalidade, razão por que não se conhece da presente ação nesse ponto. - **Quanto ao primeiro pedido alternativo sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.504/97 impugnados, a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo.** - No tocante ao segundo pedido alternativo, não se podendo, nesta ação, examinar a constitucionalidade, ou não, do sistema de distribuição de honorários com base no critério da proporcionalidade para a propaganda eleitoral de todos os mandatos eletivos ou de apenas alguns deles, há impossibilidade jurídica de se examinar, sob qualquer

ângulo que seja ligado a esse critério, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados nesse pedido alternativo. **Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.**

(ADI nº 1822, Relator: Ministro MOREIRA ALVES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 26/06/1998, Publicação em 10/12/1999; grifou-se).

Resta evidente, portanto, que a presente ação direta de inconstitucionalidade não deve ser conhecida, eis que o deferimento do pedido formulado dependeria da atuação dessa Suprema Corte como legislador positivo.

### **III – MÉRITO**

Conforme relatado, o autor insurge-se contra a tipificação do delito de injúria racial contemplada pelo artigo 140, § 3º, do Código Penal, sob a afirmativa de que a conduta descrita, quando fundada nas expressões “*raça, cor, etnia, religião e procedência nacional*”, deveria ser enquadrada no crime de racismo, disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989, de modo a ser insuscetível de fiança e prescrição.

Em síntese, pretende o autor equiparar os delitos de injúria racial e de racismo, de modo a conferir-lhes o mesmo tratamento jurídico, no que tange à imprescritibilidade e à inafiançabilidade previstas pelo artigo 5º, inciso XLII, da Constituição da República.

A pretensão do autor, no entanto, não merece acolhimento.

Com efeito, os conceitos de racismo e de injúria racial são diferentes quanto à sua tipicidade e juridicidade e, por essa razão, o ordenamento jurídico vigente confere tratamentos distintos às respectivas condutas.

Em primeiro plano, nota-se que o artigo 20 da Lei nº 7.716/1989 e o artigo 140, § 3º, do Código Penal tutelam bens jurídicos diversos. A tipificação do racismo busca resguardar o respeito étnico de forma generalizada, enquanto tipo penal de injúria racial tutela a honra subjetiva da vítima e caracteriza-se pela



ofensa direcionada a um indivíduo específico.

O elemento subjetivo dos respectivos tipos penais também assume critério de diferenciação entre eles, na medida em que o delito de racismo evidencia a vontade do agente dirigida à discriminação ou segregação de uma raça, cor ou etnia como um todo, ou seja, há uma conduta discriminatória dirigida a uma coletividade indeterminada de indivíduos, mediante ofensa a um grupo ou corpo social.

No crime de injúria racial, por sua vez, o elemento subjetivo consiste na vontade livre e consciente de ofender a dignidade ou o decoro de uma determinada pessoa, ou seja, o dolo é de injuriar utilizando-se dos elementos de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

As respectivas ações penais também não encontram consonância entre si. O crime de injúria racial é prescritível e sujeita-se a ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Diferentemente, o crime de racismo é imprescritível e insuscetível de fiança e está sujeito a ação penal pública incondicionada, cabendo sua iniciativa, exclusivamente, ao Ministério Público.

De acordo com Luiz Flávio Borges D’Urso<sup>3</sup>, *“a injúria racial e o crime de racismo são crimes diferentes, previstos para a prática de condutas diferentes, mas ambos têm como escopo a tão almejada igualdade estabelecida em nossa Carta Magna, procurando a lei, coibir todas as formas de discriminação, preconceito e intolerância, presentes em nossa sociedade”*.

Percebe-se que o crime de racismo, descrito no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989, foi tratado com maior rigor pelo ordenamento jurídico vigente, eis que o objeto jurídico tutelado é a preservação da igualdade dos seres humanos e

---

<sup>3</sup> Consulta em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/245234/racismo-e-diferente-de-injuria-racial>> Acesso em 25 out. 2021.

a dignidade da pessoa humana. Entende-se que, no crime de racismo, “há o forte intuito de segregar o outro e, portanto, deve ter reprimenda maior do Estado”<sup>4</sup>.

Nesse contexto, o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal determina que somente a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

As considerações expostas evidenciam que a pretensão do autor é a de estender as causas de imprescritibilidade e inafiançabilidade para além daquelas descritas na legislação. Não se revela legítimo, todavia, conferir ao crime de injúria racial tratamento jurídico não concebido pelo legislador ordinário e, tampouco, autorizado pelo texto constitucional, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes.

Ressalte-se, ademais, que a adoção da técnica da interpretação conforme a Constituição é limitada pela clareza e especificidade do texto da norma objeto de controle, a qual, na espécie, não deixa dúvida acerca da opção do legislador por tratar de modo distinto os crimes de injúria racial e de racismo.

Relevante destacar que, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 86452, esse Supremo Tribunal Federal chancelou a possibilidade de incidência da prescrição no crime de injúria qualificada por racismo, conforme se colhe da seguinte ementa:

*HABEAS CORPUS. CRIME DE INJÚRIA QUALIFICADA POR RACISMO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. CÔMPUTO DA PENA EM ABSTRATO COM CAUSA DE ACRÉSCIMO PARA CONCESSÃO DE Sursis. INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E PENA MÍNIMA PARA CONCESSÃO DE Sursis. ORDEM INDEFERIDA. O réu responde aos fatos que lhe são imputados, não à eventual capitulação destes. Não-acolhimento do parecer da Procuradoria-Geral da República, a qual, omitindo-se acerca do conteúdo racial da injúria explicitamente apontado na queixa-crime, opina pelo reconhecimento da prescrição. Na espécie, a queixa-crime abrange o crime de injúria qualificada por racismo (art. 140, § 3º, do*

---

<sup>4</sup> Nota SAJ nº 248/2021/CGIP/SAJ/SG/PR – documento anexo às informações prestadas pela Presidência da República.

Código Penal). Prazo prescricional de oito anos. As causas de acréscimo devem ser consideradas em adição à pena em abstrato, para efeito de concessão de suspensão condicional do processo. Precedentes. A Lei dos Juizados Especiais Federais, ao estipular que são infrações de menor potencial ofensivo aquelas cuja pena máxima não seja superior a dois anos, não produziu o efeito de ampliar o limite, de um para dois anos, para o fim da suspensão condicional do processo. Ordem de *habeas corpus* indeferida.

(HC nº 86452, Relator: Ministro JOAQUIM BARBOSA, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 07/02/2006, Publicação em 03/03/2006).

Em face das considerações expostas, verifica-se que a pretensão do requerente não se mostra compatível com o Texto Constitucional.

#### **IV – CONCLUSÃO**

Ante o exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da presente ação direta e, no mérito, pela improcedência dos pedidos formulados pelo requerente.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer no momento, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, de outubro de 2021.

**BRUNO BIANCO LEAL**  
Advogado-Geral da União

**IZABEL VINCHON NOGUEIRA DE ANDRADE**  
Secretária-Geral de Contencioso

**LETÍCIA DE CAMPOS ASPESI SANTOS**  
Advogada da União