

## A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O CRIME DE INJÚRIA RACIAL: PROTEÇÃO COMO FORMA DE INCLUSÃO NO SISTEMA JURÍDICO

### *THE EXPANSION OF CRIMINAL LAW AND THE CRIME OF RACIAL INJURY: PROTECTION AS A FORM OF INCLUSION IN THE LEGAL SYSTEM*

Diógenes Vicente Hassan Ribeiro<sup>1</sup>

Eduarda Rodrigues dos Santos Nascimento<sup>2</sup>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

**Resumo:** O presente artigo analisa o fenômeno da expansão do Direito Penal no contexto brasileiro, com foco na injúria racial e sua recente equiparação ao crime de racismo pela Lei nº 14.532/2023. Parte-se do pressuposto de que o fortalecimento da tutela penal contra práticas discriminatórias constitui, ao mesmo tempo, um instrumento de proteção da dignidade humana e uma forma de inclusão simbólica de grupos historicamente marginalizados no sistema jurídico. O objetivo geral consiste na investigação da ampliação da tutela penal e sua capacidade de ser considerada legítima e eficaz, no que tange aos objetivos específicos, busca-se examinar a evolução normativa e jurisprudencial da injúria racial, discutir a expansão punitivista e analisar a legitimidade discursiva e a inclusão sistêmica. A metodologia é qualitativa, de caráter bibliográfico e analítico, fundamentada na legislação penal, na jurisprudência e na teoria crítica do Direito. A hipótese central sustenta que a expansão penal, embora limitada, pode representar um avanço inclusivo se legitimada por processos discursivos democráticos e orientada por garantias constitucionais.

**Palavras-chaves:** Direito Penal; injúria racial; racismo; Lei nº 14.532/2023; tutela penal.

**Abstract:** This article analyzes the phenomenon of the expansion of Criminal Law in the Brazilian context, focusing on racial insult and its recent equivalence to the crime of racism established by Law nº. 14.532/2023. It is based on the assumption that strengthening criminal protection against discriminatory practices constitutes both an instrument for safeguarding human dignity and a symbolic form of inclusion for groups historically marginalized within the legal system. The general objective is to investigate the expansion of criminal protection and its capacity to be considered legitimate and effective, while the specific objectives seek to examine the normative and jurisprudential evolution of racial insult, discuss punitive expansionism, and analyze discursive legitimacy and systemic inclusion. The research adopts a qualitative methodology, with a bibliographical and analytical approach, grounded in criminal legislation, jurisprudence, and the critical theory of law. The central hypothesis maintains that the expansion of Criminal Law, although limited, may represent an inclusive advance if legitimized through democratic discursive processes and oriented by constitutional guarantees.

<sup>1</sup> Doutorado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil. Coordenador do CEADIP - Centro de Estudos Apl da Universidade La Salle - Canoas, Brasil.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle - Canoas, Brasil.

**Key-words:** Criminal Law; racial insult; racism; Law nº 14.532/2023; criminal protection.

---

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece como fundamento da República a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, inciso III<sup>1</sup>, e seu objetivo é promover o bem de todos, sem preconceitos a raça, origem, sexo, cor, idade e quaisquer forma de discriminação, prevista, também, em seu artigo 3º, inciso IV<sup>2</sup>. Nesse sentido, a criminalização do racismo e da injúria racial expressa não apenas a materialização de direitos fundamentais, mas também um fenômeno que amplia a tutela penal para a proteção de valores coletivos e difusos.

O Direito Penal, o qual, tradicionalmente defende os bens jurídicos e individuais, passou a abranger bens de natureza transindividual, o que inclui a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Essa ampliação reflete a expansão do Direito Penal, fenômeno contemporâneo que se caracteriza pela crescente intervenção estatal sobre a vida social, respondendo a demandas de proteção coletiva, no entanto, mesmo esse movimento podendo ser compreendido como um avanço na afirmação dos direitos humanos também gera questionamentos sobre sua legitimidade democrática e sua eficácia.

Nesse contexto, o crime de injúria racial surge como um tipo penal paradigmático, que ao mesmo tempo em que reforça o combate ao racismo estrutural, exemplifica a tendência da expansão da tutela penal sobre condutas discriminatórias. Nessa ceara, destaca-se a Lei nº 14.532/2023, a qual equiparou a injúria racial ao crime de racismo, representando uma ampliação significativa da resposta punitiva, revelando a inclusão jurídica de grupos historicamente marginalizados.

A partir disso, essa expansão punitivista suscita um debate complexo sobre legitimidade e eficácia, nesse contexto, se formula o problema central deste estudo: em que medida a expansão do Direito Penal, especialmente a partir da equiparação da injúria racial ao crime de racismo, representa uma forma legítima e eficaz da inclusão jurídica e de proteção da dignidade

---

<sup>1</sup> 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; [...]

<sup>2</sup> 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.

humana em sociedades periféricas, considerando os limites democráticas e garantistas do Estado Democrático?

Para isso, aborda-se a Teoria do Agir Comunicativo (TAC) e da legitimidade discursiva, de Jürgen Habermas, para o qual o Direito só é legítimo se resultante de processos comunicativos racionais e inclusivos. Paralelamente, discute-se sobre Niklas Luhmann, e sua compreensão de que o sistema jurídico opera de forma autopoiética, onde mesmo diante de avanços legislativos persistem mecanismos estruturais de seletividade e desigualdade que limitam a concretização da igualdade material.

A conjunção dessas perspectivas vai permitir compreender o duplo caráter da expansão penal. De tal modo, o objetivo geral deste artigo consiste em analisar a expansão do Direito Penal a partir do crime de injúria racial, verificando se o aumento da tutela penal representa uma forma legítima e eficaz de inclusão jurídica e de proteção da dignidade humana no contexto dos países periféricos. De forma mais específica, busca-se examinar a evolução normativa e jurisprudencial da injúria racial no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente após a promulgação da Lei nº 14.532/2023, investigar a compatibilidade entre a expansão do Direito Penal e os princípios constitucionais do garantismo penal e os mecanismos de inclusão e exclusão nas sociedades periféricas.

Ademais, buscando discutir se o endurecimento penal em matéria de racismo constitui instrumento efetivo de inclusão social ou se configura mera expressão do Direito Penal Simbólico. Desse modo, parte-se da hipótese de que a ampliação da tutela penal no combate à injúria racial, embora represente um avanço formal, possui alcance limitado se não acompanhada de políticas públicas estruturantes de inclusão social.

Dessa forma, o presente estudo parte da premissa de que a maior proteção penal contra práticas discriminatórias pode operar como forma de inclusão no sistema jurídico, conferindo visibilidade e reconhecimento às populações historicamente excluídas do pleno exercício da cidadania. Contudo, essa inclusão é marcada por imprecisões, pois o Direito Penal, ao mesmo tempo que protege, também reforça estruturas de controle e desigualdade.

Sustentado-se, ainda, que a legitimação dessa expansão penal depende de processo democráticos de deliberação racional e de reconhecimento discursivo, conforme teoria habermasiana, de modo que esse consenso jurídico das minorias não decorra apenas da vontade legislativa, mas exige uma comunicação pública efetivamente plural e participativa. De modo

a complementar, a teoria luhmanniana admite que, nos países periféricos, o fortalecimento da tutela penal opera como uma forma de inclusão simbólica.

A pesquisa adota uma abordagem qualitativa, de caráter bibliográfico e analítico baseada em análise da legislação brasileira, na interpretação jurisprudencial e no exame de doutrinas críticas do Direito. Assim, o presente artigo propõe-se analisar a injúria racial como expressão dessa expansão do Direito Penal, problematizando seus limites e potenciais, também, analisando uma reflexão crítica sobre seu papel. Ademais, buscando compreender como a maior proteção penal pode funcionar como forma de inclusão no sistema jurídico, especialmente no que se refere a países periféricos.

## **2. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL**

### **2.1 ENTRE A NECESSIDADE E O RISCO DO SIMBOLISMO**

A expansão do Direito Penal é um fenômeno contemporâneo caracterizado pelo aumento de tipos penais, agravamento das penas e ampliação dos bens jurídicos tutelados. Segundo Silva Sánchez (2002, p. 27-31), trata-se de um processo de “inflacionamento penal”, o qual o legislador recorre a sanção criminal como resposta imediata às demandas sociais e midiáticas, em detrimento de soluções estruturais mais eficazes.

De outra banda, Ferrajoli (2002, p. 29-33) adverte que esse movimento de expansão compromete o modelo garantista de Direito Penal, devendo operar segundo os princípios da legalidade, fragmentariedade, lesividade e intervenção mínima, assim, ao propor limites rígidos ao poder punitivo contrapõe-se a lógica de um Estado que utiliza o Direito Penal como instrumento de gestão social e de controle simbólico. Para o autor, quanto mais este se expande, mais se distancia de seu caráter racional e protetivo, aproximando-se de uma forma de exercício político do poder.

Nessa mesma linha, Roxin (2000, p. 47-49) destaca que a política criminal deve orientar-se pelos valores constitucionais e pelos fins de proteção de bens jurídicos concretos, não se deixando levar pela opinião e pressão pública. Hodiernamente, a pena tende a ser vista como medida moralizadora e não como instrumento racional de justiça, o que gera o chamado Direito Penal Simbólico.

Este vêm ganhando espaço com a crescente complexidade das sociedades contemporâneas, tendo em vista, a ineficiência das políticas públicas e intensificação das demandas sociais, voltado para a produção de efeitos comunicativos, como aparência de

controle e resposta estatal, ao invés da prevenção efetiva de condutas lesivas. Esse tipo de direito representa uma das expressões mais problemáticas da dissociação entre legalidade e legitimidade no Estado Democrático de Direito, sendo o direito penal instrumentalizado para fornecer respostas aparentes a demandas sociais.

No atual contexto do Brasil, há alguns exemplos que ajudam a entender ao que se refere este direito penal simbólico que se manifesta em práticas legislativas reativas, menciona-se, desse modo, a Lei Mariana Ferrer (Lei nº 14.245/2021), que é caso de aprovação de legislação penal após episódio de forte comoção social, e o chamado “pacote anticrime” (Lei nº 13.964/2019), marcado por forte apelo midiático. Essas normas, embora legais, não resultam de processos deliberativos amplos e pluralistas, conforme modelo habermasiano.

A crítica a essa expansão penal é reforçada por Zaffaroni (2001, p. 15-17), para quem o punitivismo contemporâneo constitui uma forma de violência institucional legitimada, travestida de legalidade. O autor afirma que o sistema penal atua seletivamente, punindo preferencialmente os grupos socialmente vulneráveis e perpetuando desigualdades sociais históricas, onde, nesse sentido, o aumento da tutela penal, longe de universalizar a justiça, pode aumentar cada vez mais a exclusão e marginalização.

Ademais, Zaffaroni (1991, p. 60-61), o direito penal simbólico é definido como aquele que cria delitos apenas para oferecer respostas aparentes às angústias sociais, sem eficácia real na proteção do bem jurídico, servindo como mecanismo de encobrimento da omissão estatal. Esse tipo de legislação se distancia da legitimação discursiva exigida para uma ordem democrática, como propõe Habermas.

Baratta (1999, p. 163-168), por sua vez, complementa essa análise ao afirmar que o Direito Penal cumpre, na maioria das vezes, a função ideológica ao reafirmar o controle estatal sobre as classes subalternas e reproduzir o *status quo* das relações sociais, onde a expansão penal ocultaria os verdadeiros fatores de inseguranças, quais sejam a desigualdade, a pobreza e o racismo estrutural. Já no contexto brasileiro, Bitencourt (2017, p. 93-96), observa que a expansão penal vem acompanhada de um processo de criminalização simbólica das demandas sociais, sendo a lei penal utilizada para sinalizar respostas políticas imediatas.

A título de exemplo, as recentes alterações legislativas no campo da injúria racial evidenciam essa dinâmica, onde a ampliação punitiva surge como resposta legítima à luta contra o racismo, mas carece de mecanismos de efetividade social e de inclusão material.

À luz da teoria habermasiana, a expansão do Direito Penal somente encontra legitimidade quando decorre de processos discursivos racionais e inclusivos, buscando um modelo que gire em torno da autonomia comunicativa dos sujeitos de direito, ou seja, desloca a fonte de legitimidade do direito para a deliberação pública democrática (HABERMAS, 1997, p. 226). Para ele, “*o poder político é legítimo apenas quando deriva de processos discursivos nos quais os cidadãos podem participar em condições de igualdade, enquanto autores e destinatários das normas jurídicas*” (HABERMAS, 1997, p. 147), ou seja, os cidadãos participam como autores e destinatários das normas.

Assim, a tutela penal só é legítima se derivar de consenso político que respeite a dignidade e a autonomia de todos os envolvidos. Portanto, embora essa expansão possa ser vista como resposta à complexidade das relações sociais e a necessidade de proteção de novos bens jurídicos, ela também traz risco de esvaziar o conteúdo ético e democrático da justiça penal.

Dessarte, quando a criminalização é utilizada como substituto de políticas públicas, o Direito Penal se converte em instrumento simbólico de poder, produzindo maior exclusão. Nesse sentido, a expansão penal necessita ser questionada quanto a sua legitimidade, eficácia e compatibilidade com os princípios do Estado Democrático de Direito.

## 2.2 LEGITIMIDADE DISCURSIVA: A PERSPECTIVA HABERMASIANA

Jürgen Habermas (1997, p. 149), defende que a legitimidade das normas jurídicas decorre da participação discursiva de todos os cidadãos em condições de igualdade. Onde, o Direito não se torna legítimo apenas porque foi produzido pelo Estado, mas porque resulta de processos comunicativos nos quais os destinatários participam da formação da vontade jurídica.

Assim, a validade do Direito depende de sua racionalidade comunicativa de ser justificado por argumentos compreensíveis, universais e reciprocamente aceitáveis. A partir disso, a ampliação da tutela penal no combate do racismo e à injúria racial pode ser entendida como expressão de uma conquista discursiva, onde a criminalização de práticas discriminatórias reflete o reconhecimento jurídico das demandas históricas de grupos marginalizados, e que tinham suas vozes silenciadas pela esfera pública.

A teoria habermasiana permite, de tal modo, reinterpretar a expansão penal, passando a enxergar como resultado de uma deliberação democrática orientada pelo princípio da dignidade humana. Habermas (2002, p. 40) alerta que a legitimidade do Direito depende da efetiva inclusão do outro nos processos comunicativos, assim, quando compreendida por essa ótica,

deixa de ser apenas uma sanção individual e passa a representar o reconhecimento simbólico e político da diferença.

De tal modo, que a teoria do agir comunicativo também permite problematizar a expansão penal a partir do risco de colonização do mundo da vida, expressão essa utilizada para designar a invasão das esferas comunicativas por sistemas de poder e dinheiro (HABERMAS, 1997, p. 323). Quando o Direito Penal é utilizado como resposta automática às demandas sociais, sem deliberação pública racional, esse se converte a mero instrumento de colonização, apenas impondo normativas e reforçando o caráter autoritário do Estado.

Aqui, torna-se interessante destacar a perspectiva contrária de Niklas Luhmann (1990, p. 213), o qual entende Direito como um sistema funcionalmente diferenciado, onde sua legitimidade não deriva do consenso, mas de uma comunicação jurídica com base em seus próprios códigos. Essa distinção revela que o déficit de legitimidade nas sociedades periféricas não decorre apenas da falta de deliberação racional, mas da incapacidade estrutural do sistema jurídico de absorver as demandas sociais.

No contexto brasileiro, o poder punitivo, por vezes, se sobrepõe à dimensão participativa do Estado Democrático de Direito. Ferrajoli (2002, p. 26), aponta que o Direito Penal legítimo deve ser subordinado à razão pública e às garantias constitucionais, protegendo direitos e não reproduzindo desigualdades. Assim, apenas quando fundado em processos comunicativos e abertos que poderá se considerar o Direito Penal compatível com valores democráticos.

De outra banda, a relação entre expansão penal e legitimidade discursiva possui contornos mais complexos em países periféricos, onde a inclusão jurídica nesses contextos é marcada por subinclusão e sobreinclusão, em que certos países vivem “abaixo” do Direito, sendo sujeitos de deveres e não de direitos (RIBEIRO; RIBEIRO, 2016, p. 125). Por isso, a ampliação da tutela penal contra práticas discriminatórias pode ser vista, ainda que parcialmente, como uma tentativa de inclusão.

Entretanto, mesmo representando um avanço formal, a criminalização da injúria racial, só se realiza plenamente se vier acompanhada de condições reais de participação e igualdade social. Logo, a teoria haremmasiana oferece uma chave interpretativa interessante quanto a expansão penal contemporânea, permitindo distinguir quando o aumento do poder punitivo é fruto de consenso racional e inclusivo, portanto legítimo, e quando constitui apenas uma resposta simbólica e excludente.

No caso da injúria, a legitimidade em questão depende de sua capacidade de servir como instrumento de reconhecimento e emancipação e não apenas como reforço da seletividade penal que historicamente marca os países periféricos. Sendo, desse modo, necessário analisar sua evolução normativa e sua importância.

### 3. A INJÚRIA RACIAL E SUA EVOLUÇÃO NORMATIVA

Historicamente, o combate a discriminação racial no Brasil foi um processo gradual e de muita resistência, mesmo após a abolição formal da escravidão, em 1888, o racismo continuou estruturando as relações sociais e reproduzindo desigualdades. Como afirma Silva Almeida:

[...] o racismo – que se materializa como discriminação racial – é definido por seu caráter sistêmico. Não se trata, portanto, de apenas um ato discriminatório ou mesmo de um conjunto de atos, mas de um processo em que condições de subalternidade e de privilégio que se distribuem entre grupos raciais se reproduzem nos âmbitos da política, da economia e das relações cotidianas [...] (2019, p. 24).

Essa constatação, de que o racismo se reproduz nas instituições, nas normas e nas práticas cotidianas, é fundamental para compreender o papel da tutela penal na tentativa de romper com a naturalização histórica da exclusão racial. A diferença entre injúria racial e racismo seria o alcance da conduta ofensiva, onde, enquanto o racismo, previsto na Lei nº 7.716/1989, dirige-se contra um grupo ou coletividade indeterminada, a injúria racial é direcionada a um sujeito específico, atingindo a honra individual (NUCCI, 2021, p. 923), entretanto, essa distinção mostra-se insuficiente diante da persistência do racismo estrutural na sociedade brasileira, que se manifesta tanto em ofensas coletivas quanto em ataques individuais.

A injúria racial, tradicionalmente era tratada com um crime autônomo previsto no artigo 140, §3º, do Código Penal<sup>3</sup>, onde, alguém ofende a dignidade ou o decoro de outra pessoa utilizando elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou com deficiência. O que desloca o foco da ofensa puramente subjetiva para uma violação da própria dignidade da pessoa humana.

---

<sup>3</sup> 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 religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência: (Redação dada pela Lei nº 14.532, de 2023) Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 14.532, de 2023).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLII<sup>4</sup>, representou um divisor de águas ao determinar que o racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão. Representando densidade jurídica e simbólica à luta antirracista, vinculando o combate a discriminação ao núcleo dos direitos fundamentais, contudo, a efetividade dessa proteção dependia da concretização legislativa e da atuação do Judiciário.

Diante do julgamento do HC 154.248/DF, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a reconhecer a injúria racial como ação penal pública incondicionada, sendo imprescritível e inafiançável, diante de sua afronta à dignidade coletiva e ao valor constitucional da igualdade. Edson Fachin, em seu voto, destaca que o racismo se manifesta não apenas em modo coletivo, mas em condutas individuais que buscam inferiorizar a identidade de alguém em razão de sua cor ou origem, razão pela qual, ambas as condutas compartilham da mesma gravidade constitucional, sendo a decisão tomada nos termos do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal.

Diante de tal cenário, as duas figuras jurídicas se aproximaram, considerando que ambas violam a igualdade e a dignidade da pessoa humana, tuteladas de forma coletiva. Assim, com a alteração jurisprudencial, posteriormente, foi incorporada a Lei nº 14.532/2023, que promoveu uma releitura normativa do crime de injúria racial, inserindo o delito na Lei nº 7.716/1989, criando o artigo 2º-A<sup>5</sup>, e determinado que a pena seja de reclusão de 2 a 5 anos e multa, prevendo expressamente sua imprescritibilidade e inafiançabilidade.

Essa modificação legislativa reflete um movimento de expansão do Direito Penal voltado à tutela da igualdade e ao combate do discurso de ódio. Assim, essa equiparação atende à necessidade de reforçar a proteção de minorias, mas, por outro lado, a ampliação da tutela penal nesse campo deve ser analisada com cautela, uma vez que, o aumento das penas e a elevação de status do delito não garantem a superação do racismo estrutural.

Assim, o Direito Penal não pode ser o único instrumento de transformação social, sob pena de se tornar meramente simbólico e ineficaz. Luiz Flávio Gomes (2019, p. 64), afirma que

---

<sup>4</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; [...]

<sup>5</sup> Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023) Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023) Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023).

no caso da injúria racial, a resposta penal refroçada é necessária para sinalizar a intolerância do Estado frente à discriminação, no entanto, deve ver acompanhada de políticas públicas, sob pena de reduzir-se a retórica legislativa.

Em que, diante dessa análise, observa-se que a injúria racial ocupa um lugar singular na dogmática penal brasileira, onde ao mesmo tempo que é um símbolo de reconhecimento jurídico é uma expressão da expansão punitiva. Ao equipará-lo ao racismo, buscou-se garantir maior efetividade à proteção da dignidade da pessoa humana, transformando o Direito Penal em um instrumento de inclusão jurídica e social, no entanto, Ferrajoli (2002, p. 26) adverte que a eficácia do sistema penal depende de sua coerência com os princípios garantistas e com a racionalidade democrática, de modo que o fortalecimento da repressão só é legítimo quando acompanhado de garantias e proporcionalidade.

Podendo-se relacionar essa evolução com o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, reforçando a ideia de que o Direito Penal pode ser um instrumento legítimo de proteção ao bem comum. Assim, a ampliação da proteção penal por meio da Lei nº 14.532/2023 representa um avanço significativo no combate às práticas discriminatórias, mas também suscita o desafio de conciliar a necessária repressão ao racismo com a preservação dos limites do poder punitivo.

#### **4. INCLUSÃO E EXCLUSÃO NOS PAÍSES PERIFÉRICOS: O PAPEL DO DIREITO PENAL**

O fenômeno da inclusão e exclusão no sistema jurídico adquire contornos específicos nos países periféricos, como o Brasil, pelas suas formações sociais marcadas por desigualdades estruturais, pelo racismo histórico e a fragilidade institucional, onde, por vezes, o Direito inclui formalmente e por vezes exclui materialmente grandes parcelas da população. Luhmann (1996, p. 131), explica que os sistemas sociais modernos, entre eles o jurídico, operam com base um código binário de inclusão e exclusão, definindo quem participa ou não das comunicações dentro de cada subsistema, ajudando a entender a exclusão concreta de sujeitos no processo jurídico.

Afirma-se que a inclusão nos sistemas funcionais das sociedades periféricas não ocorre de modo generalizado, resultado de dois padrões característicos, a subinclusão e a sobreinclusão (RIBEIRO; RIBEIRO, 2016, p. 125). A primeira referindo-se a sujeitos que são alcançados pelos deveres e sanções jurídicas, mas não usufruem dos direitos que deveriam acompanhá-los,

e a segunda aqueles que usufruem de prerrogativas e imunidades escapando da pela submissão à lei (RIBEIROS; RIBEIRO, 2016, p. 125-126).

Logo, essa lógica evidencia que o Estado de Direito nos países periféricos opera com inclusões assimétricas (RIBEIRO; RIBEIRO, 2016, p. 131). De acordo com Neves (2007, p. 185), existe uma profunda distância entre o texto constitucional e sua concretização social, denominando esse fenômeno como “constitucionalização simbólica”, uma vez que, a Constituição seria rica em promessa normativas, mas pobre em concretização efetiva, principalmente no que se refere à garantia de direitos fundamentais de grupos vulneráveis.

À vista disso, o Direito Penal é considerado um dos poucos sistemas capazes de produzir efeitos simbólicos de inclusão, mesmo que limitados. Uma vez que, ao criminalizar condutas discriminatórias, neste caso a injúria racial, o Estado visa reconhecer a dignidade desses grupos historicamente marginalizados e tenta corrigir, no plano normativo, a exclusão social.

Assim, mesmo que represente o Direito Penal Simbólico, esse endurecimento da repressão penal, se torna relevante ao reafirmar que tais sujeitos são destinatários plenos de proteção constitucional também. Contudo, essa inclusão pode ser definida como ambivalente.

Por um lado, representa o reconhecimento jurídico da diferença, se tratando da inclusão do outro como princípio essencial da democracia deliberativa (HABERMAS, 2002, p. 40), por outro, ainda mantém-se depende de um sistema de coerção, reforçando desigualdades por sua natureza excludente e seletiva. Ferrajoli (2002, p. 30), por sua vez, adverte que o poder punitivo, quando se afasta da racionalidade garantista tende a reproduzir violência institucional.

Assim, a função simbólica do Direito Penal deve ser reinterpretada à luz do Estado Democrático de Direito, onde, a criminalização da injúria racial, especialmente após a Lei nº 14.5232/2023, não pode ser vista apenas como um mecanismo de repressão, mas também como um ato político de reconhecimento. No entanto, é necessário reconhecer os limites dessa função, pois a inclusão obtida pelo Direito Penal ficará apenas no plano formal se não for acompanhada por políticas públicas estruturantes (RIBEIRO; RIBEIRO, 2016, p. 126).

#### **4.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: A INCLUSÃO DISCURSIVA COMO FUNDAMENTO DA TUTELA PENAL**

Para que a análise da injúria racial e de sua equiparação ao racismo fique completa é necessária uma reflexão sobre os limites de expressão e sobre a proteção do discurso público inclusivo. À vista disso, destaca-se que a liberdade de expressão é um dos pilares do Estado

Democrático de Direito, condição essa essencial para a formação da opinião e da vontade coletiva, no entanto, esse direito fundamental não é absoluto e encontra limites quando seu exercício viola outros valores constitucionais.

No contexto contemporâneo, o discurso de ódio representa uma das maiores tensões desse desequilíbrio, pois apresenta como aparente manifestação de opinião, mas carrega em si intenções de inferiorizar, silenciar e excluir grupos historicamente marginalizados. No Brasil, os debates sobre os limites da liberdade de expressão ganhou relevância a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF).

Dessa forma, ressalta-se o julgamento do Habeas Corpus (HC) 154.248/DF (2021), o qual reafirmou que o discurso de ódio não é protegido pela liberdade de expressão, pois atenta contra os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial, ainda, reconheceu a imprescritibilidade da injúria racial, equiparando-a ao crime de racismo. Ademais, essa consolidou o entendimento de que o discurso de ódio, mesmo que dirigido à pessoa específica, não constitui mera ofensa privada, pois fere interesses difusos da coletividade e ameaça o próprio núcleo ético da convivência democrática, comprometendo a integridade da esfera pública.

Sob ótica habermasiana (HABERMAS, 1997, p. 153), a legitimidade democrática depende da existência de uma esfera pública discursiva, onde todos os participantes possam dialogar em condições de simetria e respeito. O discurso de ódio, nesse sentido, rompe essa simetria, pois exclui determinados sujeitos da possibilidade de fala legítima, rompendo o diálogo racional e inviabiliza a deliberação democrática.

Assim, a repressão penal quanto às condutas discriminatórias não representa censura, mas sim garantia das condições comunicativas necessárias à democracia onde, o Estado ao punir manifestações racistas, por exemplo, assegura inclusão discursiva aos oprimidos. A jurisprudência do STF e o avanço legislativo demonstram uma tentativa de reconstrução inclusiva da esfera pública, em consonância com o ideal habermasiano de comunicação livre de dominação.

Essa inclusão, de tal modo, não representa apenas um avanço normativo, mas simbólica e comunicativa. Conforme destaca Ferrajoli (2002, p. 36), o Direito Penal deve proteger valores fundamentais da convivência, mas sem converter em instrumento de arbitrariedade, assim, a criminalização dessas condutas discriminatórias encontra sua legitimidade expressão ao

escolher o caminho racional e democrático, destacando a intervenção penal como mínima, necessário e proporcional.

A fim de ampliar a análise, aborda-se a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (1990, p. 245), onde para o autor a comunicação jurídica não se confunde com a comunicação política ou moral, respondendo o sistema jurídico suas demandas segundo seu próprio código binário de que é legal e ilegal. Podendo, assim, enxergar o tratamento penal do discurso de ódio como um mecanismo de autopoiese normativa, em que o sistema jurídico incorpora as reivindicações de inclusão social transformando-as em categorias jurídicas.

A criminalização do discurso de ódio, portanto, ocorre em dois níveis, de uma lado a proteção comunicativa da democracia e de outro como resposta jurídica limitada. O primeiro buscando impedir que o espaço público seja dominado pela violência simbólica e o segundo incapaz de resolver as causas estruturais da discriminação.

Desta maneira, o fortalecimento da tutela penal é um passo importante e necessário, mesmo não sendo o suficiente para a construção de uma esfera pública verdadeiramente inclusiva. Sendo preciso que o Direito Penal dialogue com outras áreas, a fim de promover a diversidade e a representatividade.

Nesse sentido, a expansão penal não deve ser vista como restrição indevida à liberdade de expressão, mas sim como instrumento de realização do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa inclusão discursiva pressupõe que cada sujeito seja reconhecido como interlocutor válido e respeitado na diferença, sendo precisamente essa condição que o discurso de ódio busca destruir.

Portanto, a tutela penal contra o discurso de ódio não se limita a proteger indivíduos ofendidos, mas assegurar a integridade da comunicação democrática e a legitimidade do Estado de Direito.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise realizada ao longo do artigo permitiu compreender que o fenômeno da expansão do Direito Penal, embora frequentemente criticado sob a perspectiva garantista, assume contornos específicos quando examinado à luz da proteção da dignidade humana e do combate às práticas discriminatórias. A equiparação da injúria racial ao crime de racismo pela Lei nº 14.532/2023 marca um avanço emblemático, pois ao mesmo tempo que amplia a tutela

penal, reafirma o compromisso do Estado brasileiros com os valores constitucionais da igualdade e do respeito à diferença.

A abordagem habermasiana da legitimidade discursiva ofereceu uma chave interpretativa indispensável para compreender a legitimidade democrática dessa ampliação punitiva. Assim, a criminalização da injúria racial só se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito quando decorre de um consenso social racional, orientado pela comunicação inclusiva e pela reciprocidade entre os sujeitos de direitos. Desse modo, a expansão do Direito Penal não deve ser vista como simples expressão de populismo punitivo, mas sim como uma resposta discursivamente construída às demandas de reconhecimento de grupos historicamente marginalizados.

Já pela perspectiva sistêmica de Niklas Luhmann é possível compreender as limitações estruturais dessa inclusão. O sistema jurídico, como subsistema funcionalmente diferenciado, opera por códigos binários de inclusão e exclusão, o que implica reconhecer que a ampliação da tutela penal, ainda que formalmente inclusiva, não elimina as assimetrias sociais e simbólicas que produzem a exclusão. Assim, o fortalecimento do Direito Penal contra a discriminação racial representa uma forma de inclusão simbólica, necessária e relevante mas insuficiente enquanto não acompanhada por políticas públicas de transformação estrutural eficazes.

A análise dos países periféricos marcada pela coexistência de subinclusão e sobreinclusão reforça a leitura de que o Direito se aplica seletivamente, incluindo parcialmente os vulneráveis e excluindo-os de forma estrutural. Essa criminalização da injúria racial, portanto, simboliza uma tentativa de corrigir o déficit de cidadania e de reconhecimento jurídico desses grupos, no entanto, enfrenta os limites de uma modernidade periférica, não configurando a igualdade formal em igualdade substancial.

Dessa forma, a hipótese inicialmente levantada se confirma parcialmente, uma vez que, a expansão do Direito Penal pode representar um avanço inclusivo e democrático, desde que fundamentada em processos discursivos e acompanhada por garantias constitucionais. Contudo, sua eficácia material depende da articulação de outros sistemas sociais, como o político, econômico e educacional, sendo capazes de promover a inclusão de forma concreta e sustentável. Aqui, portanto, a racionalidade comunicativa de Habermas e a teoria sistêmica de Luhmann convergem para evidenciar que o Direito Penal, por si só, não é capaz de realizar a promessa de justiça social, mas pode desempenhar um papel relevante de sinalização e reconhecimento.

Por fim, a tutela penal da dignidade humana, especialmente por meio do combate à injúria racial, deve ser compreendida não como mero instrumento repressivo, mas como um elemento integrante do processo de construção democrática do Direito. A proteção penal contra o racismo, quando orientado por princípios garantistas e legitimado discursivamente expressa o compromisso ético e político de uma sociedade com inclusão e o respeito à alteridade. Dessa forma, o desafio não é apenas punir condutas discriminatórias, mas transformar as condições estruturais que as perpetuam, para que a justiça penal se converta em verdadeira justiça social.

Afinal, o Direito Penal, sozinho, não é capaz de eliminar o racismo estrutural ou de promover igualdade substancial, ele apenas espelha o estágio de maturação moral e discursiva da sociedade. A ampliação da tutela penal contra práticas discriminatórias representa uma tentativa de resposta inclusiva do sistema jurídico à exclusão histórica da população negra e de outras minorias. Contudo, sua legitimidade democrática depende de uma base discursiva sólida, de uma sociedade que reconheça, argumente e reafirme, por meio da deliberação pública, o valor da diversidade, assim, a ampliação da proteção penal não deve ser entendida como censura, mas como garantia de uma esfera pública plural, racional e justa, em que nenhuma voz é silenciada pela violência simbólica da discriminação.

## 6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen Produção Editorial, 2019.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 22 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em 22 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 jan. 1989. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm)> Acesso em 18 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023. Altera o Código Penal e a Lei nº 7.716/1989 para dispor sobre os crimes de injúria racial e de racismo. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 jan. 2023. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/lei/14532.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/14532.htm)> Acesso em 18 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 154.248/DF*. Rel. Min. Edson Fachin, j. 28 out. 2021. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 8 out. 2025.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal simbólico e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo. Edições Loyola. 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1 v.

LUHMANN, Niklas. *A inclusão do outro? Notas sobre a teoria dos sistemas sociais e a questão da inclusão/exclusão*. In: NEVES, Marcelo (org.). *Inclusão e exclusão: sociologia e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan; RIBEIRO, Douglas Cunha. *Inclusão e exclusão: acesso aos direitos sociais nos países periféricos*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 53, n. 210, abr./jun. 2016.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.