



A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA/TRANSFOBIA E O RACISMO ESTRUTURAL: APONTAMENTOS PARA UMA CRÍTICA MATERIALISTA DO SISTEMA PENAL

Lucas Ferreira Piccoli

Graduando em Direito pela UFRN. Graduação em Música (UFRGS). Mestrado em Música (UFRN).

RESUMO

O presente artigo busca construir uma reflexão crítica a respeito da utilização da resposta penal como ferramenta de satisfação de demandas democráticas, tomando como ponto de partida a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO nº 26, que equiparou a conduta homofóbica e transfóbica aos crimes de racismo. Os referenciais teóricos utilizados advêm da sociologia do direito e da abordagem materialista do sistema penal. Após uma breve introdução dogmática, é apresentada uma síntese do funcionamento do sistema penal em uma sociedade de classes, problematizando a viabilidade da sua utilização no combate às opressões estruturais. Após considerar as contribuições da perspectiva materialista sobre o Estado, o direito e o racismo, conclui-se ser equivocada a utilização de ferramentas marcadamente opressoras, como o sistema penal, para a satisfação de demandas democráticas.

Palavras-chave: Análise materialista do direito. Criminalização da homofobia e transfobia. Racismo estrutural. Sistema penal.

*“Enfia a frase ‘bandido bom é bandido morto’ no seu cu!
Boy, cê sabe que não temos acesso ao conteúdo pro SISU.
Admita que só montaram siglas em cela
Porque siglas como a USP sempre excluíram a favela.
Pêsames pra Chapecó, mas não pode ser ocultado,
Que todo dia o Brasil derruba avião de favelados.
Que segue o processo de branqueamento de Dom Pedro,
Antes importando europeu, agora dizimando negro.
Presidente, vai se foder com seu drone!
Por que em vez do tráfico, não mapeia o mapa da fome?”
(Eduardo Taddeo)*

1 INTRODUÇÃO

Em 19 de dezembro de 2013, o Partido Popular Socialista propôs ao Supremo Tribunal Federal (STF) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a qual foi distribuída, na mesma data, para relatoria do ministro Celso de Mello. Sucedeu-se um amplo debate jurídico e popular, que contou com a participação, enquanto *amicus curie*, de diversas entidades, como a Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas, a Associação Nacional de Juristas Evangélicos, o Grupo Gay da Bahia e a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Em 13 de junho de 2019, após seis seções de julgamento, o Tribunal decidiu equiparar a prática de homofobia e transfobia aos crimes de racismo, seja quanto ao rol introduzido pela lei nº 7.716/1989 (crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), seja enquanto hipótese qualificadora do homicídio, considerando o assassinato por motivos de discriminação de orientação sexual como motivo torpe, conforme o art. 121, § 2º, inc. I, do Código Penal. A decisão foi sintetizada pelo órgão em três “teses”:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe [...];
2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa [...], desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;
3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social [...] resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito [...] (BRASIL, 2019c).

Confrontada com o princípio constitucional da legalidade, a decisão admite uma duplamente questionável possibilidade jurídica: promove a tipificação penal por meio de decisão judicial e realiza uma analogia *in malam partem* (analogia em prejuízo de acusados,

réus e condenados)¹. A questão é agravada ao considerar-se que a decisão se deu pela via de uma ADO, medida que, em tese, poderia resultar somente na ciência do Poder competente acerca da inconstitucionalidade verificada e da respectiva obrigação de fazer (art. 12-H da lei nº 9.868/1999). No caso analisado, julgada procedente a Ação, caberia a comunicação ao Congresso Nacional acerca da sua obrigação de adotar formas efetivas de proteção dos direitos fundamentais em discussão, o que poderia (ou não) resultar em uma lei penal criminalizadora de condutas homofóbicas e transfóbicas, a depender das discussões e deliberações empreendidas no foro próprio.

Disso, decorrem as seguintes inquietações: a) abre-se o precedente para que outras criminalizações futuras sejam feitas – por analogia e/ou decisão judicial, sobretudo considerando uma nova composição do Tribunal (que, ante a conjuntura política atual, tenderia a um pensamento menos protetivo dos direitos fundamentais); b) ao se debruçar sobre um tema dessa natureza, o Tribunal fornece uma resposta simbólica a demandas históricas do segmento político progressista, promovendo um apaziguamento desses atores em relação a outros posicionamentos do Tribunal que também representam violações aos direitos fundamentais, como o sufocamento do exercício de greve pelos servidores públicos (RE 693.456 e ARE 654432); a inércia diante da inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal (RE 635.659) e da interrupção voluntária da gravidez (ADPF 442 e ADI 5.581); o perdão aos agentes estatais envolvidos em crimes “insuscetíveis de graça ou anistia” (art. 5º, inc. XLIII, da Constituição) cometidos durante a Ditadura Empresarial-Militar de 1964 (ADPF 153).

Parte da questão pode ser colocada a partir do pensamento de Bernard Edelman, o qual, ao analisar a “legalização” da classe operária, ou seja, a incorporação ao ordenamento jurídico de demandas oriundas do proletariado, evidencia uma contradição: se, por um lado, a positivação de ferramentas de resistência da classe trabalhadora – por exemplo a greve, convertida na ordem jurídica em “direito de greve” – representa uma conquista popular, por outro lado, essa mesma positivação delimita juridicamente o exercício de algo que, até então, constituía uma ferramenta “ilimitada” de resistência, incidindo em “abuso de direito” qualquer iniciativa fora desses limites (EDELMAN, 2016, p. 53). Outra consequência do fenômeno, sustenta o autor, consiste no fato de que essas concessões jurídicas às demandas democráticas, sob a forma de uma normatização que traça contornos rígidos às possibilidades

¹De acordo com o princípio da legalidade, requer-se que a criminalização seja “escrita” (decorrente de lei penal válida) e “estrita” (vedada a ambiguidade, a vagueza, a analogia ou qualquer forma de interpretação alternativa que prejudique o réu) – ver Batista (2007, p. 65 ss); em resumo: “XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º da Constituição).

de atuação direta dos reais interessados, ofuscam os entendimentos dos movimentos sociais acerca de outras estratégias de resistência que possam representar maiores avanços na luta: “a classe operária pode ser ‘desencaminhada’, precisamente por suas ‘vitórias’” (*Ibidem*, p. 18). Na mesma linha, Losurdo (2006, p. 358-359) recorda a mudança de entendimento da Suprema Corte estadunidense sobre a segregação racial (1954), utilizada como estratégia estatal para arrefecer os movimentos revolucionários e os questionamentos internos e externos às políticas e à ordem econômica daquele país, em um contexto global marcado pela união entre as principais lutas emancipatórias da época (classe, raça, gênero, libertação nacional etc.) e a crítica ao capitalismo como um todo.

Não se ignora, contudo, o potencial de que é dotada a decisão analisada, no sentido de fomentar uma eventual mobilização política do segmento progressista, sobretudo em um cenário de desequilíbrio de forças. Ainda que as evidências apontem no sentido do apaziguamento – uma pequena concessão institucional utilizada como barganha para compensar um histórico descompromisso com os direitos fundamentais, desviando as estratégias de luta dos movimentos sociais e reforçando a promessa de resolução de conflitos pela via penal, propagada pela ideologia punitivista –, a realidade, em suas múltiplas contradições, poderá vir a mostrar o contrário. No mesmo sentido, merece destaque o impacto positivo da decisão para a subjetividade dos indivíduos contemplados por ela, no sentido do reconhecimento institucional de uma realidade de preconceito, discriminação e violência sistêmicos, com a correspondente reiteração de que suas vidas e suas formas de existência são igualmente merecedoras de respeito e proteção jurídica.

2 A ADO 26: ENTRE A EFETIVIDADE E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Inicialmente, cabe recordar (e tensionar) alguns aspectos sobre a operacionalidade do sistema penal, instituto supostamente destinado à proteção dos bens-jurídicos mais relevantes à coletividade (vida, integridade física, dignidade sexual etc.) e que representa o esforço coercivo estatal mais drástico (em relação ao cerceamento das liberdades individuais), devendo ser evocado apenas quando as demais hipóteses legais de coerção se mostrarem insuficientes (SANTOS, 2012, p. 5-6). Diante da ocorrência concreta de um crime, a solução prometida pelo discurso oficial do sistema penal consiste em: a) retribuir – provocar um “mal legítimo” no autor como forma de reestabelecer a justiça (o mal causado pelo autor seria compensado pelo mal causado a ele pelo Estado, reestabelecendo um suposto equilíbrio

inicial, abalado pela prática delituosa); e b) prevenir, o que compreende as dimensões de prevenção geral – entendida em sua acepção “negativa” (intimidar os integrantes da coletividade pela exibição das consequências legais decorrentes da transgressão) e “positiva” (proteger os bens-jurídicos selecionados por meio da reafirmação da validade da lei penal) – e prevenção especial, também entendida em uma acepção “negativa” (conter o agressor no curso da execução penal) e “positiva” (“corrigir” o condenado, nele realizando uma “ortopedia moral”), correspondente ao eufemismo institucional da chamada “ressocialização” (*Ibidem*, p. 421 ss.). Contudo, o que se tem na prática é a operacionalidade de um sistema extremamente seletivo, operando em um “estado de coisas inconstitucional”, e que é incapaz de atingir os seus objetivos declarados (proteção dos bens-jurídicos mais relevantes à coletividade) – até porque são outros os seus objetivos reais.

Empreendendo uma análise materialista do sistema penal, ou seja, observando a concreta operacionalidade da instituição a partir das relações econômicas e sociais que lhe dão forma e sentido, Juarez Cirino dos Santos esclarece que a função real do sistema penal é auxiliar na manutenção de uma determinada conformação social, representada, na ordem capitalista, pela manutenção dos indivíduos em suas respectivas classes sociais:

A definição dos objetivos reais do Direito Penal permite compreender o significado político desse setor do ordenamento jurídico, como centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas. Nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas diferenciadas pela posição respectiva nas relações de produção e de circulação da riqueza material, em que os indivíduos se relacionam como proprietários do capital ou como possuidores de força de trabalho – ou seja, na posição de capitalistas ou na posição de assalariados –, todos os fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle jurídico e político do Estado devem ser estudados na perspectiva dessas classes sociais fundamentais e da luta de classes correspondente, em que se manifestam as contradições e os antagonismos políticos que determinam ou condicionam o desenvolvimento da vida social (SANTOS, 2012, p. 6-7).

A análise se desloca: superadas as perspectivas teóricas que legitimam o discurso oficial, busca-se compreender como os processos de criminalização primária e secundária articulam-se na defesa pública da propriedade privada:

A criminalização primária realizada pelo Direito Penal (definição legal de crimes e de penas) e a criminalização secundária realizada pelo Sistema de Justiça Criminal constituído pela polícia, justiça e prisão (aplicação e execução de penas criminais) garantem a existência e a reprodução da realidade social desigual das sociedades contemporâneas. [...] Assim, através das definições legais de crimes e de penas, o legislador protege interesse e necessidades das classes e categorias sociais hegemônicas da formação social, incriminando condutas lesivas das relações de produção e de circulação da riqueza material, concentradas na criminalidade patrimonial comum, característica das classes e categorias sociais subalternas,

privadas de meios materiais de subsistência [...]. Em consequência, a proteção penal seletiva de bens jurídicos das classes e grupos sociais hegemônicos pré-seleciona os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal – os indivíduos pertencentes às classes e grupos sociais subalternos, especialmente os contingentes marginalizados do mercado de trabalho e do consumo social, como sujeitos privados dos bens jurídicos econômicos e sociais protegidos na lei penal (SANTOS, 2012, p. 10-11).

Operando esse mecanismo, tem-se o ilustrativo quadro da população carcerária brasileira, composta majoritariamente de jovens negros sem acesso à educação formal – do total de presos, 54% possui entre 18 e 29 anos, 63,6% são negros e 88,8% não possui sequer o ensino médio completo –, que respondem, em sua maioria, por crimes contra o patrimônio (49,65%) e por tráfico de drogas (29,26%)². Nessa mesma lógica, os indivíduos que compõem os grupos habitualmente perseguidos pelo sistema penal são também aqueles que, genericamente, são considerados “matáveis”, termo utilizado por Orlando Zaccone (2015) para designar os sujeitos elegidos pelo Estado como inimigos internos; aos matáveis, é direcionada a omissão do sistema de proteção de bens-jurídicos – como exemplo, no ano de 2017, os negros representaram 75,5% das vítimas de homicídios, crime que conta com uma taxa de elucidação estimada em apenas 10% (BRASIL, 2019a) – e a eliminação direta promovida pelo aparato repressivo oficial.

Evidenciando ainda mais a discrepância entre o discurso oficial e a operacionalidade concreta do sistema penal, recorre-se a uma reflexão baseada na “efetividade” das normas legais: considerando o universo de possibilidades nas quais a incidência de determinada norma estaria prevista, avalia-se o seu percentual de efetiva aplicação (SABADELL, 2002, p. 65 ss.). As reflexões até aqui apresentadas já permitem presumir que a criminalização da homofobia e transfobia possuirá uma efetividade delimitada pelas características essenciais do sistema penal: seletividade em relação aos autores perseguidos e em relação às vítimas protegidas. Contudo, buscando respaldar esse prognóstico, resgata-se o estudo feito por Matos (2016) acerca do entendimento dos “operadores” do direito sobre os crimes de injúria racial e racismo³. Analisando casos criminais envolvendo ofensa contra negros na cidade de São Paulo entre os anos de 1989 e 2011, a autora encontrou 77 (setenta e sete) inquéritos passíveis de análise – 66 (sessenta e seis) sobre injúria e 11 (onze) sobre racismo. Desses inquéritos,

²Os números citados correspondem à população carcerária masculina; no caso das mulheres, o tráfico é responsável por 64,48% do encarceramento, enquanto os crimes contra o patrimônio computam 22,41% (BRASIL, 2019b).

³A “injúria racial” é definida pelo art. 140 do CP: “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: [...] § 3º se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”; o racismo, nesse contexto (art. 20 da lei 7.716/1989), é considerado: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

resultaram 37 (trinta e sete) processos penais, sendo 26 (vinte e seis) sobre injúria e 8 (oito) sobre racismo – outros 3 (três) foram desclassificados para outros crimes. De pronto, salta aos olhos a diminuta quantidade das ocorrências, evidenciadora da baixa efetividade das normas penais localizadas fora do eixo “crimes contra o patrimônio/tráfico de drogas”: considerando um período total de 22 anos, apenas 77 casos de racismo (incluindo injúria racial) resultaram, ao menos, em inquéritos, o que corresponde a uma média de 3,5 casos anuais de racismo em uma cidade em que habitaram entre 9 e 11 milhões de pessoas no período. Além disso, os casos analisados dizem respeito tão somente ao crime definido pelo art. 20 da lei 7.716/1989, não havendo notícia de procedimentos envolvendo os demais tipos penais nela previstos (p. ex. o art. 4º: “negar ou obstar emprego em empresa privada”). A realidade observada pela autora permitiu-a concluir que “os operadores do Direito são influenciados por um discurso hegemônico pautado no mito da democracia racial capaz de afetar a sua percepção dos crimes raciais” (MATOS, 2016, p. 174); ou seja, que, diante de uma situação concreta em que seja necessário distinguir a injúria racial do racismo, os atores do sistema penal são incapazes de reconhecer a existência de práticas racistas. Cabe ressaltar, contudo, que tal distinção é fundamental para a compreensão do tratamento jurídico dado ao racismo: enquanto a injúria ofende a honra subjetiva da vítima (considerada individualmente), o racismo configura a prática de uma discriminação em relação à coletividade dos indivíduos de determinada raça, mesmo nos casos em que a manifestação é direcionada a uma vítima específica. Tal distinção não significa um puro preciosismo jurídico; ao contrário, a incapacidade em realizá-la reflete a incorporação do mito da democracia racial pelos operadores do direito, relutantes em reconhecer a permanência do racismo na sociedade brasileira, o que contribui para a sua perpetuação nas instituições. Apenas para ilustrar a “racionalidade jurídica” percebida pela autora:

No processo nº 2594172, a vítima, negra, trabalhava como enfermeira em um Hospital. Ao fazer sua rotina de atendimentos, dirigiu-se ao quarto 402, momento em que foi impedida pela filha da paciente de entrar no quarto, e esta, naquela ocasião, proferiu o seguinte comentário: ‘Preta não serve para cuidar de ninguém’. Neste caso, o Ministério Público entendeu que a conduta descrita se encaixava no crime previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89 e fez a denúncia baseando-se no crime de racismo. Porém, na sentença, o Juiz considerou que o comentário feito se enquadrava na dicção do art. 140, §3º do Código Penal. Nas palavras do Magistrado: ‘[...] não se verifica, na conduta da ré, efetivo interesse de desprestigiar toda uma raça – requisito indispensável para a caracterização do crime previsto na Lei nº 7.716/89 – mas de, tão somente, ofender a enfermeira que atenderia sua mãe, comportamento igualmente inaceitável, mas que, na verdade, tipificaria o crime do artigo 140, §3º, do Código Penal [...] antes de pretender atacar toda a coletividade, visava, na verdade, ofender a honra da própria vítima’ (MATOS, 2016, p. 121).

Em sentido semelhante, partindo de uma análise crítica do discurso jurídico criminal utilizado pelo Poder Judiciário paulista para referir-se à população LGBTI+ (seja enquanto vítima, seja enquanto autor/a), Victor Serra conclui que, ao contrário da prometida proteção de bens-jurídicos, o sistema penal reproduz um cenário de permanente estigmatização e criminalização dessa parcela dos sujeitos eleitos pelo Estado como “matáveis”:

Entre os elevados índices de violência e os indícios sólidos de reprodução de desigualdades pelo sistema de justiça criminal, a tutela penal para travestis e outras dissidências de gênero parece cada vez mais uma contradição. Ao desprezar a identidade feminina, construir a travesti como personalidade deturpada e pessoa afeita ao crime, valorar diferencialmente as narrativas apresentadas e legitimar o funcionamento seletivo de agentes da segurança pública, o discurso judicial criminal [...] reproduz e aprofunda os processos de marginalização e estigmatização de travestis que, combinados com as desigualdades no acesso à justiça durante o processo criminal, produz o efeito de criminalização do ser travesti. A expectativa de que sejam criminosas faz com que o TJSP as condene, num círculo vicioso que as deixa cada vez mais vulneráveis (SERRA, 2018, p. 108-109).

Em resumo, e considerando a operacionalidade concreta do sistema penal, presume-se que, do mesmo modo como ocorreu em relação à inserção do feminicídio como hipótese qualificadora do homicídio (lei nº 13.104/2015), a contribuição mais significativa da decisão do STF seja no sentido de possibilitar análises mais precisas sobre os crimes contra a vida motivados pela discriminação contra a população LGBTI+, a partir de uma observação direcionada das estatísticas oficiais.

3 HOMOFOBIA, TRANSFOBIA E RACISMO: É POSSÍVEL SUPERÁ-LOS COM AS SUAS PRÓPRIAS FERRAMENTAS?

Ante o exposto, passa-se a uma análise mais aprofundada dos fenômenos abordados, colocando-os em perspectiva junto à base material concreta sobre a qual se estruturam, a fim de compreendê-los em sua real complexidade. Afinal, conforme pontua Netto (2011, p. 21), o processo investigativo deve buscar a superação daquilo que provê a simples aparência dos fenômenos; assim, uma teoria deve realizar-se na “reprodução ideal do movimento real do objeto pelo sujeito que pesquisa”, o que implica que:

O objetivo do pesquisador, indo além da aparência fenomênica, imediata e empírica – por onde necessariamente se inicia o conhecimento, sendo essa aparência um nível da realidade e, portanto, algo importante e não descartável –, é apreender a essência (ou seja: a estrutura e a dinâmica) do objeto. Numa palavra: o método de pesquisa

que propicia o conhecimento teórico, partindo da aparência, visa alcançar a essência do objeto (NETTO, 2011, p. 22).

Portanto, somente considerando a totalidade dinâmica do objeto tratado é que se vai superar uma análise restrita à sua aparência, realizando aproximações sucessivas da essência mesma desse objeto. Dito de outra forma, somente uma análise que considere o sistema penal, o direito, o Estado, a sociedade de classes e as opressões que lhes são próprias em sua real complexidade, historicidade e concretude, e que leve em conta as suas múltiplas determinações e contradições poderá fornecer uma resposta mais precisa sobre o problema da utilização de ferramentas marcadamente opressoras como forma de combate às opressões estruturais.

3.1 Reflexões críticas sobre racismo, Estado e forma jurídica

Adentrando, parte-se à análise de algumas contribuições de autores que, também a partir do materialismo histórico dialético, estudam o racismo. Nesse sentido, o filósofo Silvio Almeida (2018, p. 25 ss.) traz delimitações conceituais imprescindíveis: de um lado, distingue preconceito racial, discriminação racial e racismo; avançando, classifica o racismo segundo diferentes concepções – individualista, institucional e estrutural. Segundo o autor, preconceito racial é o conceito prévio que um indivíduo possui acerca dos sujeitos dotados de determinadas características raciais, formado com base em estereótipos socialmente construídos; discriminação racial, por sua vez, é a conduta (interna e externa) diferenciada, ou seja, o tratamento diferenciado dispensado a um indivíduo – que pode se dar sob a forma de discriminação positiva (p. ex.: cotas raciais, que tratam de forma diferenciada determinados grupos raciais para garantir-lhes um acesso mais equânime a direitos que lhes foram historicamente subtraídos) ou discriminação negativa (a exemplo da “injúria racial”); por fim, o racismo consiste no processo (sistemático) de atribuição de condições de subalternidade entre grupos raciais. Avançando, o autor distingue três concepções sobre o racismo: a concepção individualista preocupa-se com a relação entre o racismo e a subjetividade, ou seja, o racismo encarado como um desvio de comportamento ou patologia, “um fenômeno ético ou psicológico de caráter individual ou coletivo, atribuído a grupos isolados; [...] uma irracionalidade” (*Ibidem*, p. 28), que seria “tratável” mediante sanções civis ou penais – perspectiva hegemônica na racionalidade do direito brasileiro; a concepção institucional analisa a relação entre o racismo e o Estado, especificamente por meio do funcionamento das instituições nele constituídas (escola, igreja, poder público etc.), as quais “são hegemônicas

por determinados grupos raciais que utilizam mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos” (*Ibidem*, p. 30); por fim, a perspectiva estrutural considera o racismo em sua dimensão mais ampla e profunda, enquanto mecanismo de atribuição sistemática de condições de subalternidade a determinados grupos raciais, imbricado na totalidade das relações existentes em um determinado modelo de sociedade, e que resulta de um processo histórico, econômico e social fundado na exploração racial – cujas origens remontam ao colonialismo europeu do século XVI:

É nesse contexto que a raça emerge como um conceito central para que a aparente contradição entre a universalidade da razão e do legado iluminista e o ciclo de morte e destruição do colonialismo e da escravidão possam operar simultaneamente como os fundamentos irremovíveis da sociedade contemporânea. Assim, a classificação de seres humanos serviria, mais do que para o conhecimento filosófico, como uma das tecnologias do colonialismo europeu para a destruição de povos nas Américas, da África, da Ásia e da Oceania (ALMEIDA, 2018, p. 22).

Assim, o racismo encontra-se na base do Estado e da sociedade, sendo continuamente reproduzido pelas instituições e pelas pessoas porque faz parte da totalidade social, em sua dimensão econômica – à dominação de classe corresponde também uma dominação racial, cujas raízes estão na própria formação socioeconômica de países como o Brasil –, política, institucional e ideológica:

É fundamental que as instituições sociais, especialmente o Estado, sejam capazes de produzir narrativas que acentuem a unidade social, apesar de fraturas como a divisão de classe, o racismo e o sexismo. É parte da dimensão política e do exercício do poder a incessante apresentação de imaginário social de unificação ideológica, cuja criação e recriação será papel do Estado, das escolas e universidades e dos meios de comunicação em massa (ALMEIDA, 2018, p. 42).

Por fim, contrapondo-se à concepção individualista, que resume o racismo à transgressão individual a uma norma de conduta, Silvio Almeida conclui que o comportamento racista (individual e institucional) constitui o funcionamento regular de uma sociedade como a brasileira, fundada na exploração racial: “o racismo é regra, não exceção” (ALMEIDA, 2018, p. 38). Em sentido semelhante, ao analisar a política de extermínio da população negra e pobre (os “matáveis”), levada a cabo por – dentre outros meios – agentes policiais a serviço da “guerra às drogas”, Zaccone (2015, p. 5) conclui que:

A violência policial não é um erro de procedimento de alguns policiais despreparados. É uma política de estado no Brasil, que recebe o apoio e o incentivo de parcela da sociedade. Punir policiais que são identificados no abuso do uso da força, inclusive a letal, não irá resolver o problema. Muito pelo contrário, punir os

policiais é a forma que o estado tem de não se comprometer com a sua própria política.

Com base nessas contribuições, retoma-se a decisão do STF: a terceira “tese” da sentença diz considerar o racismo “compreendido em sua dimensão social [...], enquanto manifestação de poder”, ou seja, um mecanismo destinado “à dominação política”, relegando os indivíduos racialmente identificados “à condição de marginais do ordenamento jurídico” e expondo-os “a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito”. Uma análise superficial daria a entender que o conceito de racismo admitido pelo Tribunal aproxima-se da concepção “estrutural” – ou seja, de algo que permeia as relações sociais como um todo; contudo, é no confronto entre o conceito presumível na terceira “tese” e a decisão final (responsabilização individual) que a concepção individualista do racismo adotada pelos ministros é evidenciada, ecoando a perspectiva hegemônica da racionalidade jurídica brasileira:

Nas teorias liberais sobre o Estado há pouco, senão nenhum espaço para o tratamento da questão racial. O racismo é visto como uma irracionalidade em contraposição à racionalidade do Estado, manifestada na impessoalidade do poder e na técnica jurídica. Nesse sentido, raça e racismo se diluem no exercício da razão pública, onde deve imperar a igualdade de todos perante a lei. Tal visão sobre o Estado se compatibiliza com a concepção individualista do racismo, em que a ética e, em último caso, o direito, devem ser o antídoto contra atos racistas (ALMEIDA, 2018, p. 69).

Assim, a solução penal oferecida não somente é ineficaz para o combate do racismo, homofobia e transfobia – mesmo que a criminalização fosse dotada de efetividade, combateria tão somente os atos individuais de violência e discriminação, sem enfrentar efetivamente o sistema de atribuição de condições de subalternidade enraizado na estrutura da sociedade –, como se utiliza precisamente de uma ferramenta cuja operacionalidade é baseada na opressão econômica, de raça, gênero e orientação sexual.

Nessa perspectiva, questionando a estratégia de se utilizar, para a resolução das crises do sistema capitalista, ferramentas fornecidas pelas correntes teóricas que dão sustentação ideológica ao próprio sistema que produz essas mesmas crises, Mascaro (2013) fornece subsídios para a problematização acerca da razoabilidade de se confiar em ferramentas legitimadoras dos mecanismos de perpetuação da desigualdade social, da dominação de classe e do racismo – como o sistema penal – para erradicar a violência decorrente dessas próprias opressões estruturais: “é como tomar o próprio corpo para ser içado de um buraco no qual caiu, valendo-se para tanto das forças das próprias mãos do caído ao puxarem seus cabelos”

(MASCARO, 2013, p. 8); afinal, o Estado burguês como um todo, longe de ser “um poder que se impôs à sociedade de fora para dentro”, constitui uma tecnologia social historicamente localizada, forjada sob a égide dos antagonismos de classe.

Como o Estado nasceu da necessidade de conter o antagonismo das classes, e como, ao mesmo tempo, nasceu em meio ao conflito delas, é por regra, o Estado da classe mais poderosa, da classe economicamente dominante, classe que, por intermédio dele, se converte também em classe politicamente dominante e adquire novos meios para a repressão e exploração da classe oprimida (ENGELS, 2010, p. 215-216).

Foi na busca pela legitimação de uma conformação social fundada na exploração, que a ideologia liberal alçou o Estado à posição de um ente perene, a-histórico, neutro e desinteressado, cuja finalidade essencial seria a busca do “bem comum”, administrador de uma comunidade de indivíduos iguais (ocultando os antagonismos, portanto), vinculados entre si e entre o Estado por um pacto ao qual todos deveriam se submeter (MASCARO, 2016, p. 162 ss.). Pela própria natureza supostamente pactual da relação estabelecida, bem como pela característica eminentemente mercantil desse modelo de sociedade, logicamente equiparada a um grande mercado, os indivíduos – comerciantes de todas as coisas existentes, inclusive das próprias forças, mediante o contrato de trabalho – passaram a ser conceitual e juridicamente considerados livres (para contratar) e (formalmente) iguais:

A sociedade capitalista tem como característica fundamental a troca mercantil. Desse modo, a existência da sociedade capitalista depende que os indivíduos que nela vivem relacionem-se entre si, predominantemente, como livres e iguais. Só é garantida esta condição aos indivíduos quando a troca mercantil pode se generalizar e se tornar a lógica constitutiva da sociedade. Por isso, caberá ao Estado assegurar o direito à liberdade individual, à igualdade formal – apenas perante a lei, não a material – e principalmente à propriedade privada. Sem liberdade individual, igualdade formal e propriedade não poderia haver contratos, mercado e, portanto, capitalismo (ALMEIDA, 2018, p. 71).

Na mesma direção, Angela Davis problematiza a relação entre a ideia de igualdade formal – categoria central da forma jurídica – e a dissimulação das desigualdades reais, inerentes a uma sociedade de classes, sobretudo no contexto próprio da persecução penal:

Pelo fato de a pessoa que se põe diante da lei ser uma abstração, um sujeito portador de direitos, o direito é incapaz de dissociar as realidades sociais injustas nas quais muitas pessoas vivem. [...] precisamente pelo fato de a lei ser incapaz de levar em consideração as condições sociais que tornam certas comunidades muito mais suscetíveis ao encarceramento do que outras, o mecanismo do devido processo formal justifica o caráter racista e de classe das populações carcerárias. A lei não se importa se esse indivíduo teve acesso a uma boa educação ou não, ou se ele/ela vive sob condições de pobreza porque fábricas em suas comunidades fecharam as portas

e se mudaram para um país de Terceiro Mundo, ou se pagamentos da previdência social disponíveis anteriormente chegaram ao fim. A lei não se importa com as condições que levam algumas comunidades a uma trajetória que torna as prisões inevitáveis. Embora cada indivíduo tenha direito a um processo adequado, a chamada cegueira da justiça possibilita que o racismo latente e preconceitos de classe resolvam a questão de quem tem que ser preso ou não (DAVIS, 2009, p. 110-111).

Nesse contexto, Alysson Mascaro recorda que sequer é necessário que a dominação política do Estado pela classe que detém os meios de produção da vida material se dê pela via direta e explícita, hipótese que conflitaria inclusive com a ideologia liberal hegemônica; ao contrário, essa dominação encontra amparo em uma autonomia meramente relativa do poder político em relação ao poder econômico, em que todas as relações constituídas no âmbito da instituição se dão nos contornos próprios da lógica capitalista:

Tomado a partir da forma política, o Estado revela-se relativamente autônomo em relação à totalidade social. De fato, há uma separação entre o poder político e o poder econômico. A reprodução do capitalismo só é possível apartando-se o poder político da miríade de agentes econômicos, tanto burgueses quanto trabalhadores. Nisso reside o fundamental da autonomia da forma política. Mas tal autonomia se exerce justamente numa cadeia de relações sociais específicas, capitalista. O Estado é autônomo mediante condições de reprodução capitalistas. Assim, sua forma é capitalista e sua posição existencial e estrutural depende dessa contínua reprodução. Sendo uma entidade relacional, condensando específicas dinâmicas sociais, o Estado não é autônomo diante dessa estrutura geral das relações do capitalismo, daí a relatividade da sua autonomia (MASCARO, 2013, p. 49).

Concluindo o raciocínio e localizando na origem e no desenvolvimento histórico do direito burguês os traços essenciais da forma jurídica, Mascaro constata a indissociabilidade entre as opressões engendradas na estrutura do sistema capitalista e a forma jurídica nela constituída: “não se trataria de dizer apenas que capitalismo é legalidade, porém, mais ainda, que legalidade é capitalismo” (MASCARO, 2003, p. 69-70).

3.2 Contradições da “solução” penal

Essa discussão tenciona o questionamento apresentado, colocando-o em termos mais diretos: é possível utilizar ferramentas racistas – como o sistema penal – para combater práticas igualmente racistas? Em outro notável trabalho sobre o cárcere, Angela Davis analisa a resistência cultural existente ao se debater propostas de satisfação de demandas democráticas sem que, para isso, seja necessário apelar ao recurso da lógica penal, tida como um fenômeno natural, a-histórico e que se auto-legitima. Parte dessa dificuldade poderia ser atribuída a uma construção ideológica que vem de longa data, e que gera a sensação de

permanência da prisão (e da punição em geral) enquanto instituição cuja necessidade é inquestionável – mecanismo que se vale, dentre outros recursos, de produtos culturais de massa que se anunciam como fiéis retratistas da realidade prisional, a exemplo das séries televisivas ou dos filmes de grande circulação. Paradoxalmente, fora do mundo ficcional, constata-se um desejo de distanciamento de tudo aquilo que diga respeito ao sistema penal, gerando no senso comum uma presença (oriunda das narrativas) e ausência (em relação à realidade) simultâneas dessas instituições no cotidiano das pessoas: “ao mesmo tempo, há relutância em enfrentar a realidade que se esconde nas prisões, medo de pensar no que acontece dentro delas” (DAVIS, 2018, p. 20); fora dos muros e das grades, o encarceramento em massa opera ainda no sentido de ocultar as tragédias sociais oriundas de um modelo de sociedade fundado na opressão, na exploração e na desigualdade:

A prisão é a solução punitiva para uma gama completa de problemas sociais que deveriam ajudar as pessoas na conquista de vidas mais satisfatórias. Esta é a lógica do que tem sido chamado de farra de aprisionamento: em vez de construir moradias, jogam os sem-teto na cadeia. Em vez de desenvolverem o sistema educacional, jogam os analfabetos na cadeia. Jogam na prisão os desempregados decorrentes da desindustrialização, da globalização do capital e do dismantelamento do *welfarestate*. Livre-se de todos eles. Remova essas populações dispensáveis da sociedade. Seguindo essa lógica, as prisões tornam-se uma maneira de dar sumiço nas pessoas com a falsa esperança de dar sumiço nos problemas sociais latentes que elas representam (DAVIS, 2009, p. 47-48).

Disso, conclui-se que a resposta oferecida pelo sistema penal, observada na sua materialidade, é incompatível com qualquer possibilidade real de satisfação de demandas democráticas. Sendo o sistema penal operacionalizado em uma estrutura baseada em opressões de classe, raça, gênero e sexualidade, a superação dessas opressões jamais se dará nos termos próprios dessa estrutura:

No modo de produção capitalista não será possível alcançar a igualdade entre os gêneros, assim como não será possível alcançar a igualdade entre as pessoas de modo geral. Conforme a teoria marxista, esse modo de produção é baseado na acumulação de valor, o que significa que é essencial para o capitalismo que haja desigualdade. Para que haja desigualdade entre as classes, a classe dominante se utiliza de desigualdades internas da classe trabalhadora, aprofundando-as e aumentando a exploração de mais valia, como a opressão da mulher, utilizando, para isso, a forma jurídica como maneira de legitimar a suposta igualdade entre donos dos meios de produção e trabalhadores, assim como a liberdade para vender a força de trabalho, sua única propriedade (MOLITOR, 2018, p. 153).

Ao demonstrar a relação existente entre a escravidão, o linchamento, a segregação racial e a prisão enquanto expressões históricas do racismo, Davis questiona: “as prisões são instituições racistas? O racismo está tão profundamente entranhado na instituição da prisão

que não é possível eliminar um sem eliminar o outro?” (DAVIS, 2018, p. 28). Refletindo sobre as possibilidades concretas de atuação da luta antirracista, a autora conclui:

O desafio do século XXI não é reivindicar oportunidades iguais para participar da maquinaria da opressão, e sim identificar e dismantelar aquelas estruturas nas quais o racismo continua a ser firmado. Este é o único modo pelo qual a promessa de liberdade pode ser estendida às grandes massas (DAVIS, 2009, p. 34).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando como ponto de partida o julgamento da ADO nº 26, foi possível observar a existência de uma grande quantidade de questões complexas envolvendo o problema, para as quais faz-se necessário analisar em profundidade suas determinações, implicações e contradições, não sendo satisfatória a solução simplista e idealista prometida pelo sistema penal; baseada no mito da democracia racial e na concepção individualista do racismo, ela mascara o problema, centralizando-o no desvio de conduta individual, supostamente tratável pela via do dever ser da lei penal.

Partindo de uma análise baseada na aparência dos fenômenos, foi possível observar com clareza que a lei penal voltada ao “combate” ao racismo possui baixa efetividade, inclusive pela atuação enviesada (leia-se: alinhada à racionalidade jurídica hegemônica) dos agentes estatais responsáveis pela sua aplicação. Aprofundando a análise, depara-se com uma atuação extremamente seletiva do sistema penal, seja no processo de criminalização primária, seja na aplicação e execução da lei penal, ambos reveladores da sua real função de promover a defesa pública da propriedade privada, auxiliando na manutenção de uma determinada conformação social; afinal, o sistema penal é uma ferramenta de persecução dos objetivos do Estado, instituição na qual o poder político é estruturalmente dominado pelo poder econômico – ao contrário do que sustenta uma visão idealista da instituição, que o anuncia como ente neutro e desinteressado, destinado a promover o bem comum de indivíduos livres e iguais.

Dessa contradição, passa-se ao questionamento: seria possível que uma ferramenta marcadamente opressora (classicista e racista) conduzisse à superação dessas mesmas opressões que a constituem? A resposta negativa implica o redirecionamento da luta, iniciando pela adoção de uma perspectiva teórica condizente com os caminhos que se pretende seguir, rejeitando a resposta penal, desmascarando o conceito de igualdade formal e reconhecendo a estruturalidade do racismo.

Em síntese, uma luta verdadeiramente emancipatória deve buscar na radicalidade dos meios a superação de todas as formas de opressão e exploração. Nesses termos, a construção de uma “utopia” passa a se dar não no sentido da ilusão sobre uma sociedade inalcançável, mas sim enquanto horizonte possível: “a compreensão das reais situações históricas, suas contradições, suas razões e as possibilidades de sua superação constituem a utopia concreta” (MASCARO, 2016, p. 575).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da violência 2019**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019a. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf. Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciária: atualização - junho de 2017** (Infopen 2017). Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019b. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 14 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019c]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 14 ago. 2019.

DAVIS, Angela. **A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura**. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

_____. **Estarão as prisões obsoletas?** Rio de Janeiro: Difel, 2018.

EDELMAN, Bernard. **A legalização da classe operária**. São Paulo: Boitempo, 2016.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

LOSURDO, Domenico. **Contra-história do liberalismo**. Aparecida: Ideias & Letras, 2006.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. São Paulo: QuartierLatin, 2003.

_____. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. **Filosofia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MATOS, Camila Tavares de Moura Brasil. **A percepção da Injúria Racial e Racismo entre os operadores do Direito**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em:

<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-03102017->

[153049/publico/CamilaTavaresdeMouraBrasilMatos_PercepcaoInjuriaRacialeRacismo.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-03102017-153049/publico/CamilaTavaresdeMouraBrasilMatos_PercepcaoInjuriaRacialeRacismo.pdf).

Acesso em: 10 nov. 2019.

MOLITOR, Thamíris Evaristo. Forma jurídica e gênero: uma análise pachukaniana. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Recife, v. 5, n. 3, p. 132-156, set./dez. 2018. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/267>. Acesso em: 10 nov. 2019.

NETTO, José Paulo. **Introdução ao estudo do método de Marx**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SERRA, Victor Siqueira. **“Pessoa afeita ao crime”**: criminalização de travestis e o discurso judicial criminal paulista. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2018. Disponível em <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/182087>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida**: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA/TRANSPHOBIA AND STRUCTURAL RACISM: NOTES FOR A MATERIALISTIC CRITICISM OF THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

ABSTRACT

This article seeks to build a critical reflection on the use of criminal response as a tool to satisfy democratic demands, taking as its starting point the decision of the Brazilian Supreme Federal Court in ADO No. 26, which equated homophobic and transphobic conduct with racist crimes. The theoretical references used come from the sociology of law and the materialistic approach of the penal system. After a brief dogmatic introduction, a synthesis of the functioning of the penal system in a class society is presented, questioning the viability of its use in the fight against structural oppression. After considering the contributions of the materialistic perspective about the state, law and racism, it is concluded that the use of markedly oppressive tools, such as the penal system, to satisfy democratic demands is mistaken.

Keywords: Criminalization of homophobia and transphobia. Materialistic analysis of law. Penal system. Structural racism.