



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

GLAUBER HENRIQUE VALVERDE PEREIRA RIBEIRO

Racismo e castigo: uma análise do discurso do
Supremo Tribunal Federal sobre os crimes raciais

Brasília
2023

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

GLAUBER HENRIQUE VALVERDE PEREIRA RIBEIRO

Racismo e castigo: uma análise do discurso do
Supremo Tribunal Federal sobre os crimes raciais

Dissertação apresentada como requisito parcial de obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, na área de concentração “Direito, Estado e Constituição”.

Orientadora: Professora Dra. Beatriz Vargas Ramos
Gonçalves de Rezende

Brasília
2023

**Racismo e castigo: uma análise do discurso do Supremo
Tribunal Federal sobre os crimes raciais**

Glauber Henrique Valverde Pereira Ribeiro

Dr. GABRIEL HADDAD TEIXEIRA, CEUB

Examinador Externo à Instituição

Dra. CRISTINA MARIA ZACKSESKI, UnB

Examinadora Interna

Dr. ISAAC COSTA REIS, UnB

Examinador Interno

Dra. BEATRIZ VARGAS RAMOS GONÇALVES DE REZENDE, UnB

Presidente

À Sophia. Minha molequinha favorita.

AGRADECIMENTOS

Escrever agradecimento nunca é fácil para uma mente que sofre de TEA, mas nesse caso bastaram alguns minutos de reflexão para lembrar que tenho muito a agradecer a várias pessoas que foram importantes nessa jornada.

Primeiramente preciso agradecer aos meus pais. Na monografia das duas graduações que fiz (Comunicação Social e Direito) agradei ao meu pai por ter me ensinado que uma pessoa se faz de cadernos e livros, e à minha mãe por ter me ensinado a sonhar. Isso tudo continua sendo verdade, mas hoje vejo que preciso agradecer a eles também por serem meus melhores amigos e grandes companheiros. Eu não seria nada sem meus pais. Preciso também agradecer ao meu pai por ter me feito palmeirense, e à minha mãe pelo meu gosto musical.

Minha irmã Sophia, que ressignificou minha vida nos últimos 7 anos.

Às professoras de Direito Penal e Processo Penal da minha graduação em Direito na Universidade de Brasília, Camila Prando, Cristina Zackseski e Beatriz Vargas, todas fundamentais para o desenvolvimento do meu olhar crítico sobre o sistema punitivo. Ao professo Evandro Piza, figura fundamental no desenvolvimento das discussões sobre racismo na Faculdade de Direito da UnB, e que sempre procurou apontar aquilo que muitos não conseguem enxergar, que é o modo como as relações raciais atravessam o Direito.

Aos defensores públicos Marcus, Vinícius e Lucas, com quem tive o prazer de conviver durante anos como estagiário e advogado colaborador na Defensoria Pública do Distrito Federal. Essa pesquisa não seria possível sem as experiências compartilhadas com esses defensores.

Agradeço especialmente à minha terapeuta Arytanna Zuitá, que me ouviu durante alguns anos falar sobre objetos de pesquisa, projetos de mestrado, inquietações acadêmicas e sobre meu sonho em cursar Mestrado na Universidade de Brasília, além de ter me ajudado de maneira fundamental em meu crescimento pessoal e com minha saúde mental.

*Você tem meu orgulho pendurado na minha cama
Você está mexendo com a minha vida
Então eu trouxe minha liderança
Você até mexe com meus filhos
E você está gritando com minha esposa
Deixa-me em paz, se você quer sair daqui vivo
Liberdade!
Isso é o que eu quero agora
Liberdade!
É disso que eu preciso agora
Liberdade para viver*

Jimi Hendrix

*Deixe nosso amor ser, com nossas mentes livres
Deixe nossos corações baterem
Deixe nossos olhos verem
Deixe o universo compartilhar nosso amor
Deixe-me ser o que você está pensando*

Alvin Lee

RESUMO

Nesta dissertação, investigamos o discurso presente em dois julgamentos cruciais do Supremo Tribunal Federal sobre racismo no Brasil. Um deles rejeitou as acusações de racismo contra o ex-deputado Jair Bolsonaro (Inquérito 4694), enquanto o outro estabeleceu que a injúria constitui uma forma de racismo, tornando-a imprescritível (HC 154248). Exploramos as características do racismo brasileiro, destacando que o conceito de "crime imprescritível" é uma simplificação legal de uma questão social complexa. O racismo é um fenômeno multifacetado, enraizado em eventos históricos como o colonialismo e o imperialismo. Apresentamos a criminologia crítica, que considera o crime como uma construção política influenciada por disputas políticas e sociais, e a teoria dos sistemas sociais, que vê o Direito como um sistema social autônomo. Ambas as abordagens nos ajudam a compreender como o racismo é codificado e absorvido pelo sistema jurídico. Realizamos a análise dos discursos nos dois acórdãos selecionados, empregando a Análise Empírico-Retórica do Discurso como método. Nossa hipótese sugere que o STF sobre o racismo é um discurso que tende a tornar o racismo invisível. A dissertação conclui resumindo as descobertas e oferecendo reflexões sobre as implicações da pesquisa.

Palavras-chave: Racismo, Criminalização, Supremo Tribunal, Criminologia, Teoria dos Sistemas, Análise de Discurso

ABSTRACT

In this dissertation, we investigate the discourse present in two pivotal judgments of the Brazilian Supreme Court regarding racism. One of them dismissed racism charges against former Congressman Jair Bolsonaro (Inquiry 4694), while the other established that insult constitutes a form of racism, rendering it non-time-barred (HC 154248). We explore the characteristics of Brazilian racism, emphasizing that the concept of an "unforgivable crime" is a legal simplification of a complex social issue. Racism is a multifaceted phenomenon deeply rooted in historical events such as colonialism and imperialism. We introduce critical criminology, which views crime as a political construct influenced by political and social disputes, and the theory of social systems, which sees the law as an autonomous social system. Both approaches help us understand how racism is codified and absorbed by the legal system. We analyze the discourse in the two selected judgments using Empirical-Rhetorical Discourse Analysis as our method. Our hypothesis suggests that the discourse present in the two judgments tends to render racism invisible. The dissertation concludes by summarizing the findings and providing reflections on the research's implications.

Keywords: Racism, Criminalization, Supreme Court, Criminology, Systems Theory, Discourse Analysis.

SUMÁRIO

Introdução	10
I. Racismo e Direito	
1.1. Raça e modernidade.....	27
1.2. Termina a escravidão, permanece o colonialismo e o racismo.....	40
1.3. Especificidades do racismo no Brasil, e a negação do racismo como mito fundador da nação.....	43
1.4. Direito, colonialismo e racismo no Brasil.....	48
1.5. Resistências, disputas políticas, e a criminalização do racismo e outras inovações normativas.....	51
II. Racismo é crime?	
2.1. Criminologia crítica, e o crime como construção social.....	55
2.2. O saber penal na construção do crime: a doutrina.....	66
2.3. O saber penal na construção do crime: a jurisprudência.....	69
III. Análise do discurso do STF sobre o racismo	
3.1. Instrumento de pesquisa: Análise Empírico-Retórica do Discurso.....	73
3.2. Definição do <i>corpus</i> empírico.....	76
3.3. Definição dos indicadores da análise retórica.....	78
3.4. Análise do Inquérito 4694.....	85
3.5. Análise do HC 154248.....	103
IV. Conclusões e reflexões	
4.1. Resultados diante da hipótese inicial.....	130
4.2. O que o uso das dimensões <i>Ethos</i> , <i>Pathos</i> e <i>Logos</i> revela sobre os votos.....	134
4.3. Direito, racismo e autopoiese.....	136
V. Bibliografia	146

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país cuja população é de maioria negra (pretos e pardos correspondem a quase 56,1% das pessoas)¹. No entanto, o abismo racial está imbricado na sociedade brasileira. Conforme pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), considerando a linha de pobreza monetária do Banco Mundial, no país, 18,6% dos brancos vivem abaixo dela, contrastando com os 34,5% dos pretos e 38,4% dos pardos. Além disso, a taxa de desocupação para brancos é de 11,3%, enquanto para pretos e pardos, foi de 16,5% e 16,2%, respectivamente. As taxas de subutilização para esses grupos também indica uma desigualdade significativa, sendo 22,5%, 32,0%, e 33,4%, respectivamente. A informalidade no mercado de trabalho afetou mais a população preta e parda, com taxas de 43,4% e 47,0%, em comparação com 32,7% dos brancos. Adicionalmente, a disparidade de renda é notável, com o rendimento médio dos trabalhadores brancos (R\$3.099) substancialmente superior aos pretos (R\$1.764) e pardos (R\$1.814). A representação desigual também se reflete no cenário gerencial, no qual apesar de constituir 53,8% da força de trabalho, pretos e pardos ocupam apenas 29,5% dos cargos gerenciais, enquanto brancos detém 69,0%. No que diz respeito à habitação, pretos e pardos enfrentam maior insegurança de posse, com 20,8% das pessoas pardas e 19,7% das pessoas pretas residentes em domicílios próprios não possuindo documentação de propriedade, em comparação com 10,1% entre os brancos. A disparidade racial também é evidente no setor agropecuário, sendo que 79,1% dos proprietários de grandes estabelecimentos são brancos, enquanto pardos e pretos representam apenas 17,4% e 1,6%, respectivamente. No contexto da violência, a taxa de homicídios entre pretos (34,1 por 100 mil habitantes) e pardos (21,9 por 100 mil habitantes) é significativamente mais alta do que entre brancos (11,5 por 100 mil habitantes). A desigualdade racial também se manifesta nas áreas de educação, com cursos como pedagogia e enfermagem apresentando proporções mais elevadas de matrículas de pretos e pardos em comparação com cursos como medicina. Esses dados evidenciam a persistência de desigualdades raciais no Brasil em diversas dimensões².

¹BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em <<https://static.poder360.com.br/2022/07/populacao-ibge-2021-22jul2022.pdf>> Acesso em: 04 de novembro de 2023.

²BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Pesquisa Nacional por Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/25844-desigualdades-sociais-por-cor-ou-raca.html>> Acesso em: 04 de novembro de 2023.

Na esfera legislativa encontramos significativos exemplos de tentativa de redução desigualdade racial, como a Lei 12.711/2012, que institucionaliza as ações afirmativas para universidades federais e instituições federais de ensino técnico, e a Lei 12.990/2014 que reserva aos candidatos negros 20% das vagas oferecidas em concursos públicos, e a inclusão do crime de racismo na Constituição de 1988 (inciso XLII do art.5º), considerada uma das maiores contribuições do Movimento Negro para às políticas legislativas relacionadas às relações raciais³. Para regulamentar o mandamento constitucional de criminalização do racismo, em 1989 surgiu a Lei 7.716, também chamada de Lei do Racismo, ou Lei Caó, em homenagem a Carlos Alberto de Oliveira dos Santos, mais conhecido como Caó, parlamentar autor do projeto que deu origem a esta norma. Inicialmente a Lei Caó tipificava como crime apenas o racismo segregação⁴, posteriormente a norma foi ampliada⁵ para tipificar o racismo praticado através dos “meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza”.

Em 1997 a Lei 9.457 introduziu novas mudanças na Lei Caó ao introduzir a redação atual do art.20:

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.

A lei também criou a figura da injúria racial ao inserir o parágrafo terceiro no art.140 do Código Penal, tipificando injúria que consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.⁶⁷

³ LIMA, Lucia Maria Ribeiro de. A proteção às vítimas do crime de injúria racial no Tribunal de Justiça do Acre. Dissertação de Mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2017. p. 44

⁴NASCIMENTO, Abdias. THOTH, informe de distribuição restrita do senador Abdias Nascimento ; Abdias Nascimento n. 2 (1997) – Brasília: Gabinete do Senador Abdias Nascimento, 1997 2 131 agosto de 1997: Atuação Parlamentar. Disponível em:<<https://ipeafro.org.br/wp-content/uploads/2015/10/THOTH-2.pdf>>. Acesso em: 23/07/20.

⁵ Através da Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990, que incluiu o art. 20 à Lei nº 7.716/89

⁶ Necessário registrar que foi a própria Lei 9.457/97 que criou tanto a figura da injúria racial do Código Penal, como o crime de racismo do caput do art. 20 da Lei Caó (ambas as condutas tipificadas são extremamente semelhantes, o que levou a doutrina e os tribunais a definirem que quando a conduta é direcionada a um único indivíduo, o crime é de injúria racial e quando é direcionada a uma coletividade de pessoas é crime de racismo do art.20 da Lei Caó), de modo que são equivocadas análises que apontam que o tipo penal de "injúria racial" foi criado como forma de evitar desclassificação do crime de racismo do *caput* art.20 da Lei Caó para injúria simples, ou mesmo de evitar absolvições por atipicidade da conduta. Na realidade na redação original da Lei 7.716/89 não havia previsão criminalização de ofensas racistas, mas apenas de racismo do tipo segregação explícita em espaços públicos e privados. A criminalização primária do racismo em sentido amplo surgiu apenas com a Lei 8.081/1990 que introduziu o art.20 à Lei Caó, mas a conduta só seria considerada crime se fosse praticada através de meios de comunicação. Por tal motivo que lideranças negras como Abdias Nascimento defendiam que outras condutas de racismo fossem criminalizadas. (LIMA, 2017)

⁷ A Lei 9.457/97 também equiparou ao racismo condutas relacionadas a preconceito religioso e de procedência nacional.

A despeito da criminalização do crime de racismo e das mudanças legislativas ocorridas desde 1989, menos de 10 anos depois da entrada em vigor da Lei Caó, em agosto de 1998 a Folha de São Paulo noticiava que a “Justiça não enxerga racismo no país”:

A impunidade pode ser expressa no número incipiente de condenações por crime de racismo na Justiça brasileira. A Lei Caó, como ficou conhecida a 7.716, entrou em vigor em 5 de janeiro de 1989.

Em São Paulo, por exemplo, só há uma condenação com base na lei no Tribunal de Justiça, proferida em 95, contra um radialista de São Carlos que fez comentários racistas no ar.

No resto do país -que tem 45% de sua população de origem negra-, só haveria mais duas sentenças, segundo os serviços de atendimento a vítimas de racismo, que atuam em oito Estados.

Os dois tribunais de instância máxima do país, o STF (Supremo Tribunal Federal) e o STJ (Superior Tribunal de Justiça), nunca julgaram um recurso de uma condenação por racismo -indício da falta de condenações nos Estados.⁸

Desde então, não houve mudança significativa nesse panorama. Embora não existam levantamentos oficiais sobre o número total de processos envolvendo os crimes de racismo em todo o Brasil, segundo o canal de televisão GloboNews, desde a entrada em vigor da Lei Caó, apenas 244 processos de racismo e injúria racial “chegaram ao fim” no estado no Rio de Janeiro⁹. Em uma pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, até 30 de novembro de 2023, encontramos apenas 67 acórdãos relacionados à injúria racial, e 14 relacionados à Lei Caó.

O pequeno número de processos relacionados a crimes de racismo fica mais evidente quando o comparamos ao número de processos relacionados à violência de gênero. A Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que cria “mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”¹⁰, e que assim como a Lei 7.716/89 é um dispositivo normativo criado com o intuito de utilizar o sistema penal como mecanismo de proteção de minorias, e surgiu após o Brasil ser condenado em 2001 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. A condenação se deu em processo que surgiu após denúncia formalizada pelo Centro pela Justiça e o Direito

⁸ LOZANO, André. Justiça não enxerga racismo no país. Folha de São Paulo, São Paulo, 23 de agosto de 1998. Disponível em

<<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff23089801.htm#:~:text=%22Embora%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20nacional%20tenha,%22%2C%20diz%20documento%20do%20encontro.>> Acesso em 14 de outubro de 2023)

⁹ GLOBONEWS. Em 30 anos, apenas 244 processos de racismo e injúria racial chegaram ao fim no RJ. G1: Rio de Janeiro, 06 de dezembro de 2017. Disponível em

<<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/em-30-anos-apenas-244-processos-de-racismo-e-injuria-racial-chegaram-ao-fim-no-rj.ghtml>> Acesso em 14 de outubro de 2023.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em: 14 de outubro de 2023.

Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), na qual o Brasil era acusado de negligência e omissão no caso de Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de vários episódios de violência doméstica praticados então marido, que tentou por duas vezes matá-la¹¹. A partir da condenação, surgiu na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4.559/04, que se tornaria a Lei 11.340/2006, sancionada em 7 de agosto de 2006 e em vigor a partir de 22 de setembro de 2006¹².

A Lei Maria da Penha seguiu caminho distinto da Lei Caó nos tribunais de justiça. Apenas 12 anos após a vigência da Lei Maria da Penha, tramitam nos tribunais de justiça mais de 1 milhão de processos relacionados à violência de gênero contra a mulher, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça¹³.

Vários fatores contribuem para a discrepância entre os números de processos penais de crimes raciais e os processos penais de violência de gênero. Os estudos sobre processos de criminalização demonstram que a maioria dos crimes praticados não chega ao sistema de justiça criminal, e se perdem na chamada “cifra oculta”¹⁴. Portanto, seria simplista e equivocado concluir que a diferença entre o número de processos de violência de gênero e o número de processos de violência racial seja resultado de uma maior ocorrência de casos de violência de gênero do que de violência racial. Há uma diferença entre o número da real ocorrência das condutas descritas pelas normas criminalizadoras e a quantidade de processos penais que tais condutas geram.

Entre diferentes motivos que podem ser apontados, há a própria construção normativa dos crimes de gênero e dos crimes raciais. Ao contrário da Lei Caó, que criou um rol taxativo de condutas tidas como racistas, a Lei Maria da Penha não criou nenhum novo tipo penal, mas apenas definiu o conceito de violência doméstica contra a mulher (*caput* do art.5º):

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

¹¹DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹²Ibid.

¹³JUSTIÇA, Conselho Nacional. Relatório aponta aumento no número de processos de violência doméstica ou feminicídio em 2022. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85640-cnj-publica-dados-sobre-violencia-contra-a-mulher-no-judiciario>> Acesso em 14 de outubro de 2023.

¹⁴ZAFFARONI, Raul Eugenio, ALAGIA, Alejandro, BATISTA, Nilo, SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.¹⁵

Ou seja, em tese qualquer tipo penal pode ser classificado como violência doméstica contra a mulher. Não há um crime de gênero propriamente dito, mesmo o “feminicídio” introduzido no Código Penal pela Lei 13.104/2005 é apenas uma qualificadora do tipo “homicídio” quando este é praticado em razão de gênero. Por outro lado, apenas condutas tipificadas pela Lei Caó e pelo tipo penal do parágrafo terceiro do art.140 do Código Penal são tidas como formas de racismo. Ou seja, a diferença normativa entre as leis faz com que o sistema de justiça criminal presuma como forma de violência gênero qualquer forma de conduta criminosa praticadas contra a mulher em âmbito doméstico e familiar, enquanto apenas formas de abuso verbal e segregação explícita são consideradas como desdobramentos de formas de racismo. Assim, um caso de uma mulher que sofre violência física do marido não terá dificuldades de ser enquadrado pelo sistema de justiça criminal como crime de gênero. Por outro lado, dificilmente o mesmo sistema considerará como desdobramento de condutas racistas os inúmeros casos de violência contra a população negra.

Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2019, 77% das vítimas de homicídio no Brasil eram pretas ou pardas¹⁶. Tais crimes não se enquadram na construção normativa de racismo.

Esta diferença legal reflete a ideia normativa no Brasil a respeito do racismo: além de práticas declaradamente segregacionistas do tipo *apartheid* (aquelas que impedem expressamente que pessoas brancas e não brancas compartilhem o mesmo espaço público ou privado), apenas xingamentos de cunho pejorativo são consideradas racistas, ou seja, uma concepção individualista, que pode levar a própria negação do racismo, ao tratar tal problema como mero preconceito individual, e ao negar a natureza política do racismo¹⁷. Conforme Silvio Luiz de Almeida, o racismo não é apenas uma manifestação individual. :

Podemos dizer que o racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, o que se manifesta por meio de práticas conscientes ou

¹⁵BRASIL, op. cit.

¹⁶BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada .Atlas da Violência 2021. São Paulo: FBSP, 2021.Disponível em:<<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5141-atlasdaviolencia2021completo.pdf>> Acesso em: 18 de outubro de 2023. p. 49

¹⁷ALMEIDA, op. cit.

inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depende do grupo racial a qual pertença” (ALMEIDA, op. cit. pos.238, ebook).

Outra questão fundamental na Lei Maria da Penha, é que ela traz em seu art.41 a proibição expressa de aplicação da Lei 9.099/05 aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, independente no *quantum* da pena, o que já afasta a aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo.

A Lei Maria da Penha enquanto mecanismo normativo de punição é um dispositivo muito mais sofisticado do que a Lei Caó, e parece indicar que, pelo menos do ponto de vista de produção legislativa, as demandas por enfrentamento à violência de gênero encontram um respaldo maior do que as demandas por enfrentamento à violência racial.

Também é importante mencionar o fato de existirem mais mulheres do que negros ocupando os espaços de poder e ocupando funções de operadores do sistema de justiça criminal. Segundo dados no Conselho Nacional de Justiça, em 2023, o porcentual de magistradas no Judiciário é 38,00%¹⁸. Por outro lado, o número de magistradas e magistrados pretas(os) e pardas(os) é ainda menor: 14,6%¹⁹

Não é incomum que as análises sobre o modo como os crimes raciais são recepcionados pelo sistema de justiça criminal se concentrem apenas na baixa quantidade de processos penais e de condenações para qualificar o sistema punitivo como insensível à questão racial²⁰. Um dos problemas das obras que vão nesse sentido é a ausência de crítica ao sistema punitivo em sentido abstrato, que ignora toda a produção intelectual sobre a ineficácia do direito penal e da criminalização como forma de resolução de conflitos. É como se, caso o

¹⁸BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ aprova regra de gênero para a promoção de juízes e juízas. 26 de setembro de 2023. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/cnj-aprova-regra-de-genero-para-a-promocao-de-juizes-e-juizas/#:~:text=Embora%20constituem%20cerca%20de%2051,apenas%2021%25%20no%20segundo%20grau.>> Acesso em: 18 de outubro de 2023.

¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Diagnóstico étnico-racial do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/diagnostico-etnico-racial-do-poder-judiciario.pdf>> Acesso em: 18 de outubro de 2023.p. 32

²⁰ SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. Direitos Humanos e as práticas de racismo. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013; BECKER, Simone; OLIVEIRA, Débora Guimarães. Análise sobre a (não) caracterização do crime de racismo no Tribunal de Justiça de São Paulo. Est. Hist., Rio de Janeiro, vol. 26, nº 52, p. 451-470, julho-dezembro de 2013; SANTOS, Elaine de Melo Lopes dos. Racismo e injúria racial sob a ótica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2010. 96 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2010; SANTOS, Gislena Aparecida. Nem crime, nem castigo: o racismo na percepção do judiciário e das vítimas de atos de discriminação. Revista do Instituto de Estudos Brasileiros, Brasil, n. 62, p. 184-207, dez. 2015; MUNHÓZ, Maria Leticia Puglisi. Direitos humanos e relações raciais: uma contribuição da teoria da branquidade para a análise da jurisprudência brasileira sobre a conduta da discriminação racial prevista na legislação. 2015. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015; LIMA, Lucia Maria Ribeiro de. A proteção às vítimas do crime de injúria racial no Tribunal de Justiça do Acre. 2017. 131 f. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília, 2017; LYRIO, Caroline. Racismo Institucional E Sistema Judiciário: o impacto da atuação jurisprudencial do TJRJ na manutenção das desigualdades raciais. Monografia em Direito-PUC Rio -, 2012.

racismo fosse punido em maior quantidade, o direito estaria finalmente cumprindo sua suposta missão civilizatória em derrotar as desigualdades raciais. Conforme Vera de Andrade:

(...) como se à edição de cada lei penal, sentença, ou cumprimento de pena, fosse mecanicamente sendo cumprido o pacto mudo que opera o traslado da barbárie ao paraíso. Por isto mesmo esta ideologia legitimadora se mantém constante até nossos dias e consubstancia o que Alessandro Baratta denomina o “mito do Direito Penal igualitário”.(A Soberania Patriarcal: O Sistema De Justiça Criminal No Tratamento Da Violência Sexual Contra A Mulher. Revista Seqüência, nº 50, p. 71-102, jul. 2005. p. 78)

Também há nesses trabalhos uma ausência de diálogo entre os resultados quantitativos e as regras próprias do direito e processo penal. Por exemplo, não se pode desassociar o baixo número de processos relacionados à injúria racial dos institutos despenalizantes do Processo Penal, como a suspensão condicional do processo prevista na Lei 9.099/95, que antes da entrada em vigor da Lei 14.532/2023 era aplicável em abstrato ao crime de injúria racial, tendo em vista a pena mínima de 1 (um) ano.

A perspectiva da representatividade e da análise normativa ajudam a compreender a baixa taxa de criminalização secundária dos crimes de racismo. Todavia, fenômenos sociais complexos não podem ser reduzidos a uma explicação única. Isto seria incorrer no anacrônico pensamento das grandes narrativas da modernidade²¹. Conforme Duarte, Queiroz e Costa, modelos de controle social não pode ser visto por meio de uma crítica única de pretensão universalista:

Histórias de liberdade ou histórias de opressão, e seus respectivos modelos de controle social, necessitam ser reescritas a partir de outros novos olhares, considerando sempre que as identidades, especialmente as referentes à nacionalidade e ao discurso universalista, ocultam representações dominantes. A densidade dessa literatura não permite uma crítica única, porém, elas sugerem a releitura das categorias sobre controle social a partir de uma história das ideias que considere as novas contribuições trazidas pelo Feminismo (Criminologias Feministas), a Teoria Queer, o Pensamento Decolonial e o Pensamento Negro. Tais perspectivas trouxeram para o centro da disputa acadêmica temas importantes como a especificidade, a transversalidade e a interseccionalidade das relações de poder. A história dos “subalternos” é, e deve permanecer sendo, um “terreno minado”. (...) Os “subalternos” são múltiplos. Logo, mesmo as histórias críticas do controle social parecem insuficientes quando não consideram, por exemplo, as formas de sujeição das mulheres, a aculturação forçada dos indígenas, o genocídio, o epistemicídio, a racialização dos corpos, a heteronormatividade, a homofobia, a exploração sexual das mulheres e dos homossexuais etc. A história dos “subalternos” é, e deve permanecer sendo, um “terreno minado”.(DUARTE, Evandro Piza; COSTA, Pedro Argolo; QUEIROZ, Marco Vinícius Lustosa. A Hipótese Colonial, um diálogo com

²¹ ZAFFARONI, op. cit.; CARVALHO, Salo de. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015; CASARA, Rubens Roberto Rebello. Mitologia Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2015.

Como modo de reflexão radical sobre as possibilidades e limites do uso do sistema punitivo para enfrentamento o racismo, propomos uma ampliação da análise da relação entre racismo e Direito, que vá para além de recortes sobre a seletividade racial do sistema punitivo, e que não seja focada apenas na ausência numérica de processos penais relacionados aos crimes raciais. Portanto, para auxiliar na compreensão sobre o modo como as instituições jurídicas absorvem os crimes de racismo, produzimos uma pesquisa na qual não tivemos a pretensão de encontrar uma explicação única para tal fenômeno, ou de negar outros recortes possíveis sobre esta questão, mas sim contribuir com diferentes perspectivas a respeito do tema. Realizamos uma abordagem a partir de uma perspectiva da dimensão simbólica e ideológica do procedimento punitivo, fundamental para a compreensão dos processos de criminalização, e representada pela doutrina (o saber oficial), pelos operadores do sistema, pelo público que reproduz o senso comum punitivo, e pela ideologia penal dominante.²² Assim, emergem as funções declaradas e os compromissos legitimadores do aparato de justiça penal do Estado, baseados na proteção do “bem jurídico” e do interesse da sociedade. No Estado moderno a punição se legitima como uma forma de castigo proporcional à reprovabilidade social da conduta, combinada com as funções utilitárias de prevenção geral e especial, sendo a primeira a intimidação *erga omnes* pela ameaça da pena em abstrato, e a segunda a reabilitação do “criminoso” ao convívio social mediante a execução da pena²³. Além disso, a legitimação da pena ocorre também pela aplicação (ainda que apenas em tese) dos princípios penais e processuais penais liberais, como os da legalidade, igualdade, devido processo legal, ampla defesa e presunção de inocência.

Esta ideologia da punição estatal é “extremamente sedutora”²⁴ pois, o apelo legitimador de proteção, evitação e solução de conflitos, faz com que o sistema punitivo seja visto como algo positivo e até necessário para se enfrentar determinados problemas sociais. É como se o Direito Penal tivesse uma missão civilizatória de superar a barbárie, sendo a pena o instrumento para tanto. O par autor/vítima é um dos pilares da construção desta dimensão.²⁵ Se no processo de criminalização é construído o crime, e são selecionados aqueles que serão punidos pela transgressão à norma criminalizadora, este processo também corresponde à

²²ANDRADE, op. cit., 2005, p.77

²³Ibid.

²⁴ANDRADE, op. cit., 2005, p.78

²⁵ANDRADE, op. cit., 2005, p.82

construção dos papéis de autor e de vítima²⁶. O processo de criminalização corresponde, portanto, também a um processo de vitimização²⁷ que ocorre também de modo seletivo, com base em estereótipos de vítimas. O sistema de justiça criminal é um espaço que opera com base em papéis sociais, controle da ocupação do espaço público e privado e em estereótipos.

No caso do racismo, há dificuldade em colocar o negro no papel social de vítima, pois o negro não é visto como sujeito passivo, mas sim como sujeito ativo “negativo”. O negro causa desordem no espaço público e precisa ser controlado²⁸. O sistema de justiça criminal surge no Brasil baseado em estrutura social colonial e escravocrata que reverberam até os dias atuais²⁹. Desde o Brasil colonial até o Brasil Império, o sistema punitivo foi estruturado como máquina repressiva e de controle dos corpos negros³⁰. O sistema de justiça criminal surge para manter o *status quo* de segregação e subserviência da população negra. Assim, o negro não é “vitimizado”. Também não há a figura do autor do crime, pois o próprio mito de democracia racial disseminado a partir de Casa Grande & Senzala de Gilberto Freyre (ver Capítulo I, seção 1.3) impede a construção da ideia do sujeito racista, eis que tal mito gera a negação do próprio racismo³¹. No Brasil não há sequer o estereótipo do racista, como, por exemplo, ocorre nos EUA, em que o racista estereotipado normalmente é um homem branco das zonas rurais no sul dos EUA, os chamados *rednecks*³². Assim, sem a dualidade autor/vítima, o processo de criminalização do crime de racismo se torna precário.

Em busca de discursos sobre o par vítima/autor em decisões judiciais, produzimos uma análise da partir de 299 acórdãos publicados até 10 de maio de 2023 e nos quais as turmas criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) julgaram casos tipificados na Lei Caó e/ou injúria racial (crimes previstos na Lei 7.776 de 1989 e no § 3.º do art. 140 do Código Penal), cujos acórdãos estão disponíveis em pesquisa pública do sítio eletrônico do Tribunal. Destes acórdãos, a grande maioria dos processos (267) envolveu condutas tipificadas como injúria racial. Em apenas 32, a conduta tipificada foi

²⁶FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Tradução de Roberto Gabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes. 3ª Ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2008

²⁷ZAFFARONI, op. cit.

²⁸FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Brasília: Dissertação de mestrado em Estado, Direito e Constituição, Universidade de Brasília, 2006; MOURA, Clovis. Rebeliões da senzala (quilombos, insurreições, guerrilhas). São Paulo: Edições Zumbi Ltd, 1959; NASCIMENTO, Abdias. O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado. Editora Paz e Terra SA: Rio de Janeiro, 1978.

²⁹ALMEIDA, op. cit.

³⁰FLAUZINA, op. cit. p. 45

³¹ALMEIDA. op. cit.

³²HUBER, Patrick. Redneck: The Fashioning of a Southern White Masculine Identity. The University of North Carolina Press, Volume 1, Number 2, Winter 1995

enquadrada em algum dos delitos previstos na Lei 7.776 de 1989, o que indica que a grande maioria dos crimes raciais que chegaram ao tribunal foram verbalizações de termos racistas.

Deste universo, analisamos o discurso sobre autores e vítimas em 9 acórdãos selecionados aleatoriamente.

Nos processos 20120110758157³³ e 20130710389536³⁴, a construção discursiva a respeito do autor e da vítima se deu a partir da diferença normativa entre o crime do art. 20 da Lei Caó (racismo) e o crime de injúria racial. Nos dois casos os autores associaram pessoas negras a primatas, e o Tribunal entendeu que se tratou de crime de injúria racial. A conduta dos autores foi tida como “preconceituosa”, e as vítimas tiveram a “honra” violada.

Isso é, a ofensa racista tratada como uma mera questão individual, e atrelada à honra subjetiva. Apenas no acórdão do processo 07312328220218070001 encontramos uma construção minimamente aprofundada sobre as vítimas e os autores. Neste julgado, o voto do relator menciona Adilson Moreira e Ana Clara Ferreira para definir o conceito de racismo recreativo, e o réu é tido como preconceituoso, e alguém que se utiliza do humor para disfarçar a ação discriminatória.³⁵

Nos julgados nos quais a conduta foi tipificada como racismo, observamos um vazio argumentativo em relação aos autores e às vítimas dos crimes de racismo. Nos julgados analisados, apenas no acórdão dos autos 20120110983169 encontramos um discurso claro sobre quem são as vítimas do crime do caso concreto (“comunidade negra” e “comunidade judaica”) e o autor é definido como “racista”.³⁶

Em geral, o racismo não foi discutido para além da diferença doutrinária entre o racismo tipificado pelo art.20 da Lei Caó e o crime de injúria racial. E mesmo esta diferença em geral foi tratada superficialmente, apenas com referências a doutrinadores do próprio direito, sem qualquer discussão mais aprofundada sobre a questão racial.³⁷ Em tais momentos

³³BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal n.20120110758157. Relator: Desembargador João Batista Teixeira. 02 de novembro de 2014. Disponível em <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

³⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal n.20130710389536. Relator: Desembargador João Timóteo de Oliveira. 04 de fevereiro de 2016. Disponível em <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

³⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal n.07312328220218070001. Relator: Desembargador Robson Barbosa de Azevedo. 09 de fevereiro de 2023. Disponível em <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

³⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal n.20120110983169. Relator: Desembargador Mario Machado. 11 de março de 2015. Disponível em <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

³⁷Registre-se a pobreza da conceituação dos manuais de direito penal: o crime de racismo atingiria a "coletividade", enquanto o crime de injúria racial atingiria a honra "individual" (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais comentadas - 4ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 320/321). Devemos reconhecer que esta pobreza discursiva deve ser atribuída a própria Lei a Lei 9.457/1997, que atribui a seguinte

discursivos, as vítimas e os autores surgiam como mero instrumentos para uma discussão normativa e doutrinária, cujo objeto era a “honra individual” em contraponto à “coletividade”: quando a ofensa era ao indivíduo, o crime foi tipificado como “injúria racial” (§ 3º do art. 140 do Código Penal), em caso de ofensa à coletividade, o tipo penal foi definido como “racismo” (art. 20 da Lei Caó).

Nos processos 20140110216622³⁸ e 20140110321609,³⁹ a discussão também se deu a partir da diferença entre racismo e injúria racial, mas nestes casos o Tribunal entendeu que se tratava de crime de racismo. Nas duas situações os autores se recusaram a dividir determinados espaços/ambientes com pessoas negras. Não há discurso sobre o autor, enquanto a vítima foi descrita como “a coletividade”.

No processo 20130710313360,⁴⁰ o Tribunal também enquadrou a conduta objeto do processo no crime do art. 20 da Lei Caó. As vítimas no discurso do acórdão foram a Constituição, a harmonia social e o Estado Brasileiro. Enquanto o autor foi construído discursivamente como um sujeito de conduta “ofensiva” aos padrões cívicos esperados pelo Estado:

Assim, a prova testemunhal não deixa dúvida acerca dos fatos, denotando que a conduta do réu é ofensiva à lei penal e à própria Constituição Federal, que tem entre os seus pilares o princípio da dignidade da pessoa humana e da harmonia social. Por isso, se fez constar que objetivo maior do Estado brasileiro é "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". A injúria de conotação racial está tipificada no Código Penal, no capítulo dos Crimes Contra a Honra, mas o fim maior da Lei 9.459/97, que tipificou essa conduta, foi o de instituir um novo e mais eficaz instrumento de combate a práticas racistas e discriminatórias ofensivas à dignidade da pessoa humana. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal n.20130710313360. Relator: Desembargador George Lopes. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em: 15 de outubro de 2023. p. 5)

redação ao art.20 da Lei 7.718/1989: "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional." Por outro lado, a mesma lei criou o tipo penal de "injúria racial": "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". Ora, injuriar alguém com elementos referentes à raça e etnia é uma forma de preconceito de raça e etnia, de modo que a conduta descrita no tipo penal do § 3o do art.140 do Código Penal já está incluída no art. 20 da Lei 7.718/1989. Isto explica o contorcionismo argumentativo dos autores de manuais jurídicos quando o assunto é diferenciar "racismo"de "injúria racial".

³⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal n.20140110216622. Relator: Desembargador João Batista Teixeira. 02 de maio de 2017. Disponível em <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

³⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal n.20140110321609. Relator: Desembargador Waldir Leôncio Lopes Junior. 29 de junho de 2017. Disponível em <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

⁴⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal n.20130710313360. Relator: Desembargador George Lopes. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

Já os processos 20130710110105⁴¹ e 20160110019645⁴² e trataram o tema de modo burocrático, e se limitaram a descrever a fazer referências diretas às provas dos processos e às sentenças de primeira instância. Quando houve individualização de personagens processuais, ela se deu na forma de elogios à atuação da magistrada de primeira instância:

Em resumo: o fato em exame é típico, antijurídico e culpável. A r. sentença, proferida pela eminente Juíza Christiane Nascimento Ribeiro Cardoso Campos é um primor de técnica jurídica e de correta distribuição de justiça, merece integral confirmação, em que pesem os esforços da ilustrada defesa, que se desdobra em seus esforços por cumprir seu papel constitucional.(BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal n.20160110019645. Relator: Waldir Leôncio Lopes Junior. 29 de junho de 2017. Disponível em <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sisti>> Acesso em: 20 de setembro de 2017. p. 5)

A magistrada é a grande protagonista do julgamento.

Assim, observamos que nestes acórdãos analisados, o discurso sobre os crimes tipificados na Lei Caó é baseado na invisibilidade dos autores e vítimas de racismo. Portanto, são casos sobre racismo nos quais o racismo é invisibilizado, apesar de ser punido.

Já nos casos envolvendo injúria racial, o tratamento jurídico é o mesmo atribuído a outros crimes contra a honra, nos quais o discurso punitivo é construído a partir da premissa de lesão à honra enquanto bem jurídico. Originalmente nossa pesquisa iria investigar o discurso dos tribunais estaduais presente em acórdão criminais sobre crimes raciais, mas após esse levantamento preliminar, com base nos acórdãos do TJDFT logo percebemos uma limitação das decisões a serem analisadas, que é inerente às sentenças e acórdãos criminais: o crime é reduzido à análise de um ato, com autor e vítima, reduzidos na espécie a mero atores processuais. No caso do crime dos crimes de racismo, como a injúria racial, a potência negativa da conduta racista só pode ser compreendida no contexto social e histórico de estigmatização. Conforme Márcia Rodriguez de Assis Machado, Márcia Lima e Natália Neres:

O poder de ofender de um insulto racial não deriva da força do indivíduo que o pronuncia, nem é ele apenas que causa o dano. A força desse ato é ecoar atos anteriores, sua força e sua autoridade são cumulativas e vêm da repetição, e isso pode trazer dificuldade ao funcionamento dos critérios de responsabilização do direito penal. O xingamento racial é uma prática ritualizada, seu poder e sua violência vêm da sua história e de sua repetição por uma comunidade discursiva.

⁴¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal n.20130710110105. Relator: Desembargador Jesuino Rissato. 10 de setembro de 2015. Disponível em <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sisti>> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

⁴²BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal n.20160110019645. Relator: Waldir Leôncio Lopes Junior. 29 de junho de 2017. Disponível em <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sisti>> Acesso em: 20 de setembro de 2017.

Essa característica, como afirma Butler, impõe uma dificuldade permanente de responsabilizar pelo dano um indivíduo e um ato singular.⁴³

As mesmas autoras ainda apontam que as limitações das categorias “crime” e “pena”, por recortarem demasiadamente o conflito social, colocando as partes envolvidas no conflito em categorias fixas:

Nesse contexto, não é difícil compreender por que algumas decisões judiciais, ao isolar o fato e analisar a ofensa, perderam de vista sua lesividade e o contexto de sua performatividade. Essa reflexão, no entanto, remete não apenas a uma crítica à decisão do juiz, mas à própria premissa do direito penal que impõe a individualização do conflito. É preciso, portanto, refletir também sobre o uso de certas categorias do direito, como crime e pena, que recortam demasiadamente o conflito social, sedimentam os envolvidos em categorias fixas e têm respostas muito limitadas — a inflição de sofrimento e a pena de prisão (com pouquíssimas variações), que acabam inclusive invertendo o jogo e vitimizando o autor do insulto.⁴⁴

Assim, optamos por estudar acórdãos do Supremo Tribunal Federal, pela relevância inerente a uma Corte constitucional, e que no caso específico brasileiro, passou a ser cada vez mais relevante em diferentes temas da vida social.

A partir da análise exploratória dos acórdãos do TJDFT, partimos da **hipótese** inicial de que o discurso do STF sobre os crimes raciais é um discurso no qual ocorre a invisibilidade do racismo. Como nossa proposta de pesquisa é o estudo da dimensão ideológica do sistema de justiça criminal do Estado, a análise retórica se torna o instrumento ideal para o presente trabalho. Assim, escolhemos a análise retórica, especificamente a Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD) para investigar o discurso das instituições jurídicas a respeito de crimes de racismo. Esse método, que é apresentado no Capítulo III deste trabalho, analisa o discurso a partir da análise das dimensões aristotélicas do *ethos*, *pathos* e *logos* presentes nos votos de cada Ministro e Ministra. A pesquisa é uma construção humana, e representa uma realidade construída a partir de processos comunicativos. Não há pesquisa que possa chegar a uma “verdade” em sentido ontológico, pois a realidade ali presente será uma construção comunicativa, na qual há uma participação efetiva do pesquisador. Mesmo as ciências exatas, com pretensão de universalidade e com bases ontológicas, são na realidade construções comunicativas, a partir das quais os indivíduos interpretam o mundo natural. Analisar retoricamente a produção das instituições jurídicas

⁴³MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; LIMA, Márcia; NERIS, Natália. Racismo e Insulto Racial na Sociedade Brasileira: Dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do direito *in* Novos Estudos Cebrap. São Paulo: 2016, pg. 26

⁴⁴Ibid.

permite compreender como ocorre a construção do discurso jurídico, que deve ser compreendido não como verdade absoluta e externa ao fenômeno social, mas como fruto desse. O conhecimento produzido pelas instituições jurídicas não é uma verdade, mas sim fruto das interações linguísticas em um campo específico, que é o campo da racionalidade discursiva jurídica⁴⁵.

Nenhum processo de criminalização e nenhum outro fenômeno social pode ser compreendido a contento sem diálogo com outras disciplinas/ciências sociais. Conforme Bourdieu⁴⁶, o campo jurídico é apenas relativamente autônomo, e sofre influência e pressões do campo social, daí que as construções simbólicas a respeito das relações raciais influenciam a construção do discurso e das práticas jurídicas a respeito destas dinâmicas sociais.

A primeira etapa a ser resolvida na nossa metodologia de análise retórica é a própria seleção das decisões a serem analisadas, eis que a definição do *corpus* empírico é a primeira etapa da análise retórica⁴⁷.

Na segunda etapa da análise retórica devem ser selecionados os critérios e conceitos de análise escolhidos pelo autor da pesquisa. “Se os conceitos e critérios do analista são amplos demais – ampliar é a tendência para poder atingir unidade e coerência – ficam vagos; se são específicos demais tendem a valer apenas para determinados casos tratados pela dogmática”⁴⁸. Para resolver tal questão, a retórica analítica reconhece a interferência do pesquisador sobre o objeto, a despeito da busca por neutralidade descritiva⁴⁹, além disso não existem regras rígidas, de modo que há a possibilidade de que o pesquisador crie parâmetros para a exploração do discurso a ser analisado⁵⁰.

Para a presente pesquisa, o *corpus* será constituído pelo Inquérito 4694, no qual o tribunal rejeitou a denúncia de racismo contra o então deputado Jair Bolsonaro, e o HC 15428 no qual o Plenário sedimentou a tese que a injúria é uma forma de racismo, para fins de imprescritibilidade penal. Nossa proposta de pesquisa não é a de apresentar uma visão definitiva sobre a punição dos crimes de racismo, mas contribuir com o desenvolvimento do tema, a partir da perspectiva de que o Direito é fruto da racionalidade branca moderna, a

⁴⁵ADEODATO, João Maurício. Retórica Analítica como metódica jurídica. Revista Argumenta do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, nº 18, pg. 22, 2013; SOBOTA, Katharina. The rhetorical construction of law. in: International Journal for the Semiotics of law. Vol. V, n. 13, p. 39-54, 1992.

⁴⁶BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

⁴⁷ADEODATO, op. cit.

⁴⁸Ibid. p.22

⁴⁹Ibid.

⁵⁰REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso constitucional: uma contribuição metodológica para a pesquisa de base em Direito. In: Conpedi/UFSC. (Org.). Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos. Florianópolis, SC: Conpedi, 2014

mesma sobre a qual estão estruturados o racismo e o colonialismo.

O trabalho está dividido em três partes, representadas por capítulos. No Capítulo I apresentamos nossa perspectiva sobre o racismo em sentido amplo, sua relação com o colonialismo e com a construção da racionalidade moderna, bem como as características específicas da realidade do racismo brasileiro e as disputas políticas que levaram à criminalização do racismo prevista na Constituição. Nesta primeira parte, demonstraremos que o conceito de “crime imprescritível” é apenas uma simplificação de um fato social complexo para um conceito jurídico-penal. O Estado define o que é considerado crime por meio da criação de leis que criminalizam determinadas condutas (criminalização primária) e da aplicação e interpretação dessas leis por órgãos estatais, como a polícia, o Ministério Público e o Judiciário (criminalização secundária). Portanto, ao criminalizar o racismo, o Estado está usando o sistema jurídico (especificamente o sistema penal) como ferramenta para abordar a questão racial. Isso implica invocar o Direito, um instrumento ideológico da racionalidade moderna, que, nas palavras de Vaz e Ramos e Góes, reflete e reproduz as desigualdades e exclusões da sociedade moderna⁵¹.

O racismo, contudo, não pode ser reduzido apenas ao conceito jurídico-penal de “crime” estabelecido pela Constituição. Ele é um fenômeno complexo que abrange discursos, instituições, leis, proposições filosóficas e práticas políticas, tendo raízes históricas profundas, como o colonialismo e o imperialismo. Adotamos a concepção de “racismo” como o preconceito em relação à ascendência étnica combinado com ação discriminatória, formulada por Francisco⁵². Esta percepção rompe com a ideia de que o marco inicial do racismo moderno foi a teoria das raças do século XIX, surgida a partir do racismo científico, que dividiu a humanidade em subespécies (as raças) de maneira hierarquizada, sendo a raça branca a raça superior. Mas, como adverte Bethencourt, “o racismo não pode ser compreendido nos limites da história intelectual”, mas sim através da análise das práticas sociais e políticas. Relegar a análise do racismo ao surgimento do conceito de “raça” é incorrer em uma análise nominalista, que desconsidera que o conteúdo pode existir antes do conceito. Bethencourt também rejeita a ideia de que racismo é uma prática natural e imanente dos seres humanos em diferentes períodos históricos, mas que precisa ser identificado a partir de pesquisas empíricas e dados históricos. Como veremos no Capítulo I, o racismo do europeu em relação ao resto do mundo teve sua gênese já no mundo medieval, no contato

⁵¹VAZ, Livia Sant’anna. A justiça é uma mulher negra. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito, 2021; GÓES, Luciano. Direito penal antirracista. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito, 2022.

⁵²BETHENCOURT, Francisco. Racismos: Das cruzadas ao século XX. São Paulo: Companhia das Letras,

entre europeus cristãos e islâmicos no norte da África e na Península Ibérica, e se potencializou a partir do movimento das grandes navegações do século XVI, com a “descoberta” da América, o contato com os indígenas e posteriormente o início da escravização de africanos.

No Capítulo II apresentamos a criminologia crítica como marco teórico essencial, pois adotamos neste trabalho a perspectiva de que o crime, ao invés de ser um dado ontológico, é uma construção política que envolve uma etapa de criminalização primária, ou seja, a criação de leis que definem condutas como criminosas, e também envolve uma etapa de criminalização secundária, que se refere à aplicação das normas criminalizadoras por agências estatais, como as polícias, o Ministério Público e o Judiciário, impondo sanções aos transgressores. Em seguida apresentamos a perspectiva do Direito enquanto sistema social de comunicação autônoma, construído a partir de processos de diferenciações. Doutrina e jurisprudência são pilares na construção do sistema jurídico, sendo fundamental a compreensão do discurso doutrinário e jurisprudencial sobre os crimes de racismo. Compreendemos esta pesquisa como uma investigação da construção comunicativa do sistema jurídico, a partir da análise do discurso do STF sobre os crimes raciais.

Ao fim desse segundo capítulo, fica clara a disparidade entre a concepção de racismo delineada no primeiro capítulo e a abordagem jurídica que qualifica o racismo na categoria "crime". Dentro do sistema jurídico, notadamente no âmbito do direito penal, ao invés de ser concebido como uma ideologia fundadora de uma estrutura social desigual, o racismo é relegado a um conceito analítico associado a condutas individuais. Adicionalmente, observa-se um conflito entre uma visão abrangente do racismo e outros elementos integrantes da teoria do delito, como a própria definição do objeto do Direito Penal, que visa regulamentar as ações humanas que se manifestam no mundo natural. Essa abordagem exige a materialização específica do pensamento discriminatório para ser objeto de intervenção jurídica. Dentro desse escopo, o Direito Penal não sanciona pensamentos e ideias, a menos que esses se concretizem de maneira tangível, como ocorre na publicação de uma obra que propague ideias racistas. Portanto, um indivíduo pode internalizar convicções racistas, mas não estará cometendo um delito a menos que traduza seu racismo interior em alguma ação no mundo exterior, e mais importante, que essa conduta se alinhe a um imperativo legal de uma norma punitiva.

No Capítulo III apresentamos a análise dos discursos dos acórdãos do Inquérito 4694 e do HC 15428, a partir da utilização da Análise Empírico-Retórica do Discurso como método para a análise, e sem seguida apresentamos conclusões sobre os achados da pesquisa,

e propomos reflexões sobre os limites e possibilidade do direito como forma de enfrentamento ao racismo, a partir das contribuições da teoria dos sistemas autopoieticos.

I - RACISMO E DIREITO

1.1. Raça e modernidade

O racismo só pode ser compreendido num mundo no qual a ideia de “raça” é naturalizada, e este mundo é fruto da modernidade⁵³, do capitalismo, do colonialismo e do imperialismo europeu⁵⁴. As mudanças políticas, sociais, econômicas e culturais que ocorreram a partir do século XVII na Europa trouxeram consigo ideais de progresso, individualismo, secularismo e igualdade, que não podem ser desassociados de ideais de hierarquização das raças, amplamente difundidos ao longo dos séculos com diferentes roupagens. Desde o início do período colonial, a partir de processos de racialização que exploram e subjagam povos considerados “inferiores”, as potências europeias estabeleceram impérios e colônias nos quatro cantos do mundo, para promover o seu projeto de superioridade cultural, econômica, tecnológica e militar.

O preconceito com base em características físicas é anterior ao expansionismo colonial europeu do início do século XVI. Gregos e romanos acreditavam que os indivíduos eram moldados física e psicologicamente por elementos externos. A posição geográfica da Grécia e de Roma eram vistas como fatores que tornavam gregos e romanos dotados de virtudes que justificaram expansionismos imperialistas e subjugação de povos considerados corruptos, arrogantes e servis, além de criarem um sentimento de superioridade em relação ao modo de vida e sistema de governo do Oriente⁵⁵.

Na Idade Média o preconceito étnico também existiu⁵⁶. As chamadas invasões bárbaras do antigo Império Romano fizeram surgir novas classificações étnicas, muitas delas associadas a qualidades negativas, como os vândalos, povo que entre o século X e XI se estabeleceu no norte da África e foi associado à crueldade e destruição. A sociedade europeia medieval era fundamentalmente religiosa e cristã, e o cristianismo, fornecia um sistema de

⁵³ Aqui utilizamos “*modernidade*” no sentido normalmente atribuído ao termo, ou seja, mudanças sócio culturais que ocorreram na Europa entre século XV e século XVI representado pelo “Renascimento” e que culminaria no século XVIII com o Iluminismo. Com isso, não estamos deixando de reconhecer que esse significado atribuído ao termo “*modernidade*” é eurocêntrico e representa o discurso colonial do europeu, no qual o homem branco ocidental se imagina como o ápice de um progresso civilizatório. Sabemos que moderno não é sinônimo de europeu, e modernização não é sinônimo de europeização. Trataremos disso mais adiante. Mas aqui fica o registro que utilizamos ao longo deste trabalho os termos “*moderno*” e “*modernidade*” não para reificar o discurso idealizado do europeu sobre sua própria história e suas próprias virtudes, mas para desconstruí-lo.

⁵⁴ ANDREWS, Kehinde. A nova era do império: como o racismo e o colonialismo ainda dominam o mundo. São Paulo: Companhia das Letras, 2023; QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.

⁵⁵ BETHENCOURT, op. cit., p.37

⁵⁶ Ibid. p. 24

significado e orientação moral. A cristandade medieval se dividia entre a Igreja Católica Romana (com sede em Roma) e a Igreja Bizantina (com sede em Constantinopla). Enquanto uma exercia sua influência na Europa Ocidental, a outra na Europa Oriental. Ambas as igrejas desfrutavam de autoridade espiritual e política, e os líderes religiosos ocupavam posições de destaque na hierarquia social. À medida que os “bárbaros” se converteram ao cristianismo nos séculos V e VIII, as classificações étnicas perderam relevância temporariamente, devido à pretensão universalista da Igreja Católica, fundamentada na igualdade entre fiéis de diferentes origens étnicas⁵⁷.

Este cenário mudou de maneira radical a partir da expansão islâmica a que se iniciou no século VII, quando o Oriente Médio, o Norte da África, boa parte do Mediterrâneo e praticamente toda a península ibérica foi conquistada pelos muçulmanos. A partir daí, surgiu na Europa o sentimento de guerra santa, e um modelo governança baseado na coexistência hierárquica de regiões diferentes, no qual o cristianismo estava no topo.

A guerra contra o islamismo se materializou a partir do século XI com as Cruzadas.

Por ser na tradição do cristianismo o local da ressurreição de Jesus Cristo, Jerusalém era o centro simbólico e espiritual do mundo medieval europeu, e destino de vários peregrinos cristãos, notadamente para visitar a Igreja do Santo Sepulcro. No entanto, Jerusalém desde o século VII havia se tornado uma cidade de maioria muçulmana, e uma local sagrado para o Islã, pois na tradição islâmica a Jornada Noturna de Maomé se iniciou em uma rocha localizada na cidade, na qual foi erguida o templo Domo da Rocha⁵⁸. No Concílio de Clermont realizado em 1095, com o pretexto expulsar os islâmicos das “terras sagradas”, o Papa Urbano II convocou exércitos cristãos para a terra santa:

“Franceses e homens vindos de além das montanhas; homens escolhidos e amados por Deus, como é evidente por suas muitas conquistas... é a vocês que dirigimos nosso sermão, é a vocês que apelamos... Notícias perturbadoras surgiram de Jerusalém e da cidade de Constantinopla e agora estão constantemente em nossas mentes: que a raça dos persas, um povo estrangeiro e um povo rejeitado por Deus...invadiu as terras daqueles cristãos, as despovoou com matança, pilhagem e incêndios, sequestrou alguns dos cristãos e os levou para suas próprias terras, e condenou outros a uma morte miserável, e derrubou as igrejas de Deus ou as entregou aos rituais de sua própria religião... Neste momento, o império grego foi desmembrado por eles e uma área que não poderia ser atravessada em dois meses de viagem foi submetida aos seus costumes. Então, a quem caberia a tarefa de vingar-se e reconquistar seus territórios senão a vocês - a vocês que Deus concedeu, acima de

⁵⁷ BETHENCOURT, op. cit., p. 40

⁵⁸ O Domo da Rocha foi construído entre 691 D.C. e 692 D.C. na localização do Segundo Templo de Salomão, local sagrado máximo para o Judaísmo e destruído no ano 70 D.C. pelos Romanos. A existência do Domo da Rocha é o obstáculo mais óbvio para a construção do Terceiro Templo de Salomão

outras nações, uma glória excepcional em armas, grandeza de espírito, aptidão física e a força para humilhar o escalpo peludo daqueles que resistem a vocês?” (tradução livre do original em inglês. SWEETENHAM, Robert the Monk's History of the First Crusade: Historia Iherosolimitana. Crusade Texts in Translation. Vol. 11. Farhnam, Reino Unido: Ashgate Publishing. 2005. p. 79. grifo nosso)

No ano seguinte iniciou-se a Primeira Cruzada, que culminou com a conquista de Jerusalém em 1.099 D.C. e o estabelecimento do cristão Reino de Jerusalém. A forte presença cristã europeia na região durou quase dois séculos, até 1.291 D.C., quando Acre foi retomada pelos islâmicos⁵⁹. Durante esse período, cerca de 200.000 pessoas emigraram do Ocidente para o Oriente. A presença europeia no que se denomina hoje Oriente Médio foi entremeado por guerras, e conflitos étnicos e religiosos, e a *“projeção de características psicológicas permanentes em diferentes povos e seus descendentes fazia parte do processo de criação de alianças e de definição de inimigos”*⁶⁰. As Cruzadas representaram um giro para o cristianismo medieval, por fornecerem um fundamento ideológico para expansionismo de reinos europeus e pela forte construção de novos pressupostos étnicos e retomada de ideias desenvolvidas desde a antiguidade clássica⁶¹. Embora a fé religiosa fosse o critério central para práticas discriminatórias, ao fim da Idade Média a religião já havia sido atrelada à hereditariedade. Após a retomada da Península Ibérica pelos europeus cristãos, no final do século XV judeus e muçulmanos foram expulsos ou foram forçados a se converter ao cristianismo. Mesmo convertidos, esses novos cristãos e seus descendentes recebiam tratamento diferenciado, pois não eram considerados “puro sangue”, contradizendo o universalismo apregoado pela Igreja Católica⁶². Entre fim do século XV e começo do século XVI, os cristãos-novos foram o principal alvo da Inquisição espanhola, e este grupo representou entre 60% e 80% das vítimas da Inquisição portuguesa no início do século XVI⁶³. Mais que isso, as condenações da Inquisição espanhola e portuguesa se estendiam aos filhos e netos, que ficavam proibidos de ter acesso à universidade e a cargos públicos. Isso por si só desconstrói uma das falácias sobre as quais se assenta Casa Grande & Senzala, de Gilberto Freyre, a bíblia do mito da democracia racial brasileira: na obra freyriana, o contato com os muçulmanos e a proximidade com o norte da África teriam tornado o colono português mais tolerante a diferenças culturais e raciais, e tornando-os mais receptivos à miscigenação⁶⁴.

⁵⁹ READ, Piers Paul. Os Templários. Rio de Janeiro: Imago, 2001

⁶⁰ BETHENCOURT, op. cit., p.35

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid. p. 98

⁶³ Ibid. p..209

⁶⁴ FREYRE, Gilberto. Casa Grande & Senzala: a formação da família brasileira sob regime da economia patriarcal. 50. ed. Global: São Paulo, 2005

Nada mais falso, pois as relações entre cristãos europeus e muçulmanos na península ibérica foi marcada por guerras, preconceito religioso, conquista, subjugação, expulsão, conversão religiosa forçada e posterior perseguição e discriminação baseadas em critérios hereditários, não muito diferente do que portugueses e espanhóis fariam na América nos séculos seguintes.

Quando Cristóvão Colombo chegou à América em 1492 teve início o grande genocídio colonialista⁶⁵. As estimativas mais confiáveis para a população indígena pré-colombiana variam entre 40 e 100 milhões. Esse número foi reduzido em quase 90% um século após a chegada de Colombo. Para se ter uma ideia da escala da matança europeia, a população de tainos e aruaques que habitavam a ilha na qual Colombo se estabeleceu (atual Haiti e República Dominicana) foi reduzida de 8 milhões para menos de 100 mil em um período de menos de 20 anos. Em 1542 restavam apenas 200⁶⁶. No atual território do Brasil, as estimativas para população de indígenas antes do contato com os portugueses em 1.500 variam de 2,5 milhões a 5 milhões indivíduos⁶⁷. Em 2022, o número de indígenas vivendo no Brasil era de cerca de 1,7 milhões. Necessário ponderar que aqui os números absolutos escondem a violência genocida: a população mundial em 1.500 era de cerca de 500 milhões de indivíduos, enquanto em 2022, 16 vezes maior; em 1500, indígenas representavam 100% da população do território do atual Brasil, enquanto em 2022 apenas 0,83% da população total⁶⁸.

Não há dúvidas que se trata do maior genocídio da história. No entanto, essa brutal violência colonial costuma ser apagada pela atribuição das mortes às doenças trazidas pelos europeus, para as quais as populações indígenas não tinham anticorpos. Ora, não se pode desassociar as causas biológicas de uma pandemia de suas causas sociais. O potencial genocida de doenças para a população nativa da América só foi possível graças à violência colonial.⁶⁹ A violência do colono europeu contra a população nativa ocorreu também na forma violência física direta, mediante assassinatos, estupros, escravidão e assimilação cultural forçada a partir da conversão ao cristianismo.

⁶⁵Genocídio aqui entendido como recusa do direito de existência a grupos humanos inteiros, pela exterminação de seus indivíduos, desintegração de suas instituições políticas, sociais, culturais, linguísticas e de seus sentimentos nacionais e religiosos. NASCIMENTO, Abdias. O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado. Editora Paz e Terra SA: Rio de Janeiro, 1978.

⁶⁶ANDREWS, op. cit.

⁶⁷BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Brasil: 500 anos de povoamento. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em <<https://brasil500anos.ibge.gov.br>> Acesso em: 10 de setembro de 2023; RIBEIRO, Darcy. O Povo Brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 2ª ed.

⁶⁸BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Censo demográfico de 2022. Indígenas: primeiros resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102018.pdf>> Acesso em: 18 de outubro de 2023.

⁶⁹ANDREWS, op. cit.

Com o grande genocídio dos povos originários da América, o início do século XV deu início a outra catástrofe humanitária: a escravização em massa dos africanos, trazidos aos milhares para a América para constituir mão de obra do nascente capitalismo. Durante os quase 400 anos que durou o comércio de africanos escravizados, algumas estimativas “otimistas” apontam que 12 milhões foram levados para o continente americano, dos quais quase 40% tiveram o Brasil como destino⁷⁰. Os números exatos de escravismo são apenas estimativas, e conforme apontam Clóvis Moura e Kehinde Andrews, há uma tendência entre os historiadores a minimizarem estes dados, em razão da ideologia do embranquecimento e da desconsideração do contrabando de escravizados, prática que existia antes do banimento do comércio internacional em 1850, de modo que os números reais podem ser maiores do que todas as estimativas⁷¹. Em relação aos africanos mortos nas viagens transatlânticas, os números mais modestos apontam que cerca de 2 milhões não resistiram à viagem nos navios negreiros, e pereceram no Atlântico, vítimas de doenças, assassinados como forma de punição por motins, ou mesmo por suicídio. Nas palavras de Andrews, *“não é exagero dizer que o fundo do Atlântico se tornou uma tumba, um túmulo não identificado para inúmeros africanos que faleceram cruzando o oceano acorrentados.”*⁷²

Os africanos escravizados chegaram em milhares ao Brasil através das rotas transatlânticas dos navios negreiros, que desembarcaram principalmente nos portos das cidades atlânticas do Rio de Janeiro, Salvador e Recife, e realocados para diferentes polos de produção voltadas para a exportação. No Brasil o escravismo pleno ocorreu entre 1550 até cerca de 1850, com a proibição do comércio internacional de escravizados trazidos da África.

A escravização dos africanos ocorreu em paralelo à escravização dos povos indígenas da América. No Brasil os indígenas eram conhecidos como “bugres” ou “negros da terra”. Na mitologia da identidade nacional brasileira, da qual trataremos mais adiante, o indígena foi descrito como preguiçoso e fraco, razão pela qual o colono europeu teria utilizado mão de obra trazida da África. Essa visão promove o apagamento da real história dos povos originários no Brasil. Ao longo dos séculos após a chegada dos portugueses, os indígenas foram utilizados como mão de obra escrava, obtida principalmente através das chamadas “bandeiras”, as expedições dos sertanistas descendentes de portugueses. Os bandeirantes tinham como motivação principal a captura de indígenas para uso como mão de obra escrava, tendo em vista que os colonos da região da atual cidade de São Paulo viviam em

⁷⁰ MOURA, Clóvis. *Dialética Radical do Brasil Negro*. - 2. ed - . São Paulo: Fundação Maurício Grabois/Anita Garibaldi, 2014. p.188-196; ANDREWS, op. cit., p. 133

⁷¹ MOURA, op. cit., p.188-196; ANDREWS, op. cit

⁷² ANDREWS, op. cit., p. 135

condições econômicas extremamente precárias, e não tinham condições de cobrir os custos de importação de escravizados vindos da África.⁷³

Assim, as incursões dos bandeirantes nos sertões nada tem a ver com o heroísmo do colono sertanista, mas sim com a busca por mão de obra escravizada. As bandeiras não respeitavam os limites do Tratado de Tordesilhas, ampliando assim a extensão territorial da colônia portuguesa. Certamente o território brasileiro não teria a atual extensão não fosse a violência colonial contra os indígenas.

Essa trágica e colossal violência colonial só foi possível graças às práticas que já vinham se desenvolvendo na Europa ao longo da idade média. Os colonizadores codificaram a cor como traço distintivo dos colonizados, tornando-a um símbolo da categoria racial, o que permitiu legitimar as relações de dominação estabelecidas pela conquista⁷⁴. Na América, essa ideia produziu identidades sociais novas, como “índios”, negros e mestiços, e redefiniu a própria identidade europeia. As “grandes navegações” deslocaram o centro simbólico do mundo cristão de Jerusalém para a Europa, e levou a uma reestruturação da hierarquia dos povos, a partir do olhar europeu:

“A América era definida pelo canibalismo e pela nudez, a África pela escravidão e pelo comportamento bárbaro, a Ásia pela indolência e pela sensualidade, e a Europa pelo trabalho e pela sofisticação. A hierarquia dos continentes era assim representada por uma série de estágios, desde o mais bárbaro ao mais civilizado ou controlado.” (BETHENCOURT, op. cit.,pg.220)

Esta perspectiva eurocêntrica tornou-se o critério fundamental para a distribuição da população mundial na estrutura de poder da nova sociedade colonial, o principal mecanismo de classificação social universal⁷⁵.

As novas identidades históricas baseadas na ideia de raça foram associadas aos papéis e lugares na estrutura global de controle do trabalho, embora esses elementos não dependessem necessariamente do outro para existir ou transformar-se, eles se reforçaram mutuamente. A posição privilegiada conquistada pelos brancos na América, através do controle do ouro, prata e outras mercadorias produzidas pelo trabalho não remunerado de indígenas, negros e mestiços, juntamente com sua localização estratégica na rota atlântica do

⁷³ NETO, Manuel Pacheco. A escravização indígena e o bandeirante no Brasil colonial: conflitos apresamentos e mitos. Dourados, MS: Ed. UFGD, 2015.; MONTEIRO, John Manuel. Negros da terra: índios e bandeirantes nas origens de São Paulo. São Paulo: Companhia das Letras, 1994

⁷⁴ QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.

⁷⁵Ibid.

comércio global dessas mercadorias, conferiu-lhes uma vantagem decisiva na disputa pelo controle do comércio mundial. A monetarização progressiva do mercado mundial, impulsionada e possibilitada pelos metais preciosos da América, bem como o controle desses recursos, permitiram aos europeus dominar a extensa rede de trocas que incluía principalmente a China, Índia, Ceilão, Egito, Síria e as futuras regiões do Oriente Médio e Extremo. Isso também permitiu a concentração do controle do capital comercial, trabalho e recursos de produção no mercado mundial. Essa posição foi posteriormente fortalecida e consolidada por meio da expansão e dominação colonial branca sobre diversas populações ao redor do mundo. Como centro do capitalismo mundial, a Europa não apenas controlava o mercado mundial, mas impôs seu domínio colonial sobre todas as regiões e populações do planeta, incorporando-as ao sistema-mundo que estava sendo estabelecido e ao seu padrão específico de poder. Isso levou a um processo de redefinição histórica para essas regiões e populações, pois a Europa atribuiu a elas novas identidades geoculturais.⁷⁶

Dentro deste contexto, o europeu cria o “*ocidente*” como categoria cultural, que designa a Europa como produtora da modernidade e da racionalidade. A partir daí, as relações culturais e interpessoais entre a Europa Ocidental e o restante do mundo receberam novas categorizações:

“Desse ponto de vista, as relações intersubjetivas e culturais entre a Europa, ou melhor dizendo, a Europa Ocidental, e o restante do mundo, foram codificadas num jogo inteiro de novas categorias: Oriente-Occidente, primitivo-civilizado, mágico/mítico-científico, irracional-racional, tradicional-moderno. Em suma, Europa e não-Europa.” (QUIJANO, op. cit., p. 122)

Aos olhos do europeu, apenas o “*oriente*” mereceu receber classificação como contraponto ao “*ocidente*”.⁷⁷ Os asiáticos eram classificados em uma posição elevada na hierarquia dos povos, e japoneses e chineses estavam no mesmo nível do europeu. Indígenas e africanos eram apenas primitivos⁷⁸. O Ocidente designa assim uma categoria cultural que nada tem a ver com a categoria cartográfica que divide o mundo ao meio com uma linha imaginária. Uma categoria baseada em uma hierarquização de povos, que pressupõe a superioridade ⁷⁹ europeia. A partir de categorizações de hereditariedade que já haviam surgido na idade média, “europeu” e “ocidental” se tornam categorias que pouco tem a ver com o local de nascimento individual, e designa pertencimento ao mundo civilizado, cujo berço está

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ BETHENCOURT, op. cit., p. 221

⁷⁸ QUIJANO, op. cit.

⁷⁹ Quase toda a Europa está no lado oriental do Meridiano de Greenwich.

na Europa. Com a expansão colonial da Europa sobre o mundo, esse recorte sobre as relações entre o europeu e “o outro” também se expandiu pelo globo, o eurocentrismo, que se torna perspectiva hegemônica de conhecimento. Esta concepção eurocêntrica está baseada em dois mitos fundacionais. O primeiro mito é a ideia de que a história da civilização humana evolui de um estado de natureza até culminar na Europa. O segundo mito é atribuir as diferenças entre Europa e não-Europa como diferenças naturais e não como resultado das relações de poder históricas⁸⁰.

A modernidade, enquanto construção europeia, institui o paradigma de dominação colonial, e a cria a hierarquização das raças, na qual o branco ocupa a figura central, como ser racional, e centro do universo⁸¹.

Como vimos até aqui, há diferentes fatores históricos, políticos, econômicos, sociais e culturais que explicam o terror colonial europeu contra indígenas e africanos no início do período colonial. Embora a teoria das raças, tal como a conhecemos hoje, ainda não existisse antes da “Era da Razão” no século XVIII, foram nos primeiros séculos do colonialismo que surgiu a hierarquização dos povos e a crença na superioridade racial europeia. Aqui ainda não haviam surgido os discursos justificadores da violência colonial. O europeu ainda não precisava racionalizar o colonialismo, ou apresentar justificativas morais que legitimassem o genocídio indígena e do africano escravizado. Com o Iluminismo, houve uma mudança significativa na compreensão da relação entre moral e razão. Os filósofos iluministas, como Immanuel Kant e Jean-Jacques Rousseau, buscaram estabelecer uma base racional para a moralidade, distanciando-se das concepções tradicionais baseadas na religião e na autoridade divina. A razão passou a ser vista como a principal fonte de conhecimento e guia para a ação humana, e os indivíduos conseguiriam utilizar a razão para descobrir princípios universais de moralidade, independentes de dogmas religiosos ou tradições culturais.

Nos séculos XVIII e XI surgiram as tentativas de racionalizar o racismo a partir de teorias da raça. A partir do desenvolvimento da química, anatomia comparativa, fisiologia, biologia e geologia como disciplinas, a origem dos seres humanos deixou de ser explicada pela tradição e pela religião. Surgiram teorias baseadas em estudos da natureza que hierarquizam os seres humanos em diferentes categorias, inicialmente a partir de diferenças puramente físicas, como o modelo de Lineu, desenvolvido a partir da personificação dos quatro continentes (a Oceania ainda não era considerado um continente separado da Ásia), em

⁸⁰ QUIJANO, op. cit.

⁸¹ VAZ, op. cit.

que a aparência física dos quatro povos era acompanhada por características sociais: americanos (indígenas) eram regulados pelo costume; europeus eram ágeis, perspicazes e inventivos, e eram regidos pela lei; asiáticos eram severos, orgulhosos, ambiciosos e eram governados pela opinião; africanos eram indolentes, negligentes e astuciosos, e eram governados pelo capricho⁸². Posteriormente surgiram estudos como os de Comte de Buffon, interessado na influência do clima e da alimentação nos seres humanos. Estas classificações eram hierarquizadas, e o europeu branco aparecia sempre no topo. Conforme Banton:

No século XVIII, a palavra “raça” era primeiramente usada para a descendência comum de um conjunto de pessoas; as suas características distintivas eram dadas por assentes e a categoria raça usava-se para explicar como as conseguiram. (BANTON, Michael. A ideia de raça. Livraria Martins Fontes: São Paulo, 1977. pg.39)

Já no século XVIII surgiram ideólogos do chamado “racismo científico”, baseado na suposta existência de diferenças biológicas entre grupos étnicos e raciais, visando legitimar a discriminação, a segregação e a opressão de grupos não brancos considerados racialmente inferiores. Figuras como Arthur de Gobineau, autor do “Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas”, publicado entre 1853 e 1855. A obra teve pouca repercussão na França, seu país de origem, mas foi traduzida para o inglês e publicada nos EUA em 1856, e traduzida para o alemão em 1901, países nos quais a racismo científico teve bastante influência. Gobineau apresentou um modelo de três grandes grupos raciais: brancos, negros e amarelos. Os brancos eram hierarquicamente superiores aos demais, e por sua vez existia hierarquia entre as diferentes raças brancas: os arianos eram a raça superior:

Gobineau associava as principais conquistas das várias civilizações nos diversos continentes, dos egípcios aos astecas e aos incas, passando pelos chineses e pelos indianos, à presença dos arianos. A criação de mitos tem sempre um objetivo. Nesse caso, os arianos eram úteis para promover a supremacia branca, sendo ainda usados para atribuir uma condição natural à desigualdade social de todo o mundo. Gobineau atribui várias proporções de sangue ariano aos diferentes povos para justificar a força original das elites, seguidas de um declínio inevitável devido à mistura de sangues. (BETHENCOURT, op. cit. p., 393)

O arianismo de Gobineau foi amplamente difundido na Europa, servindo também ao imperialismo britânico ao justificar o colonialismo na Ásia e na Oceania⁸³. Este racismo científico do século XIX serviu de base para políticas segregacionistas no sim dos EUA, com as chamadas leis Jim Crow⁸⁴, e também para a ideologia do nazi-fascismo.

⁸² BETHENCOURT, op. cit., p. 345

⁸³ Ibid., p. 393

⁸⁴ Nos Estados Unidos, “Jim Crow” é um termo pejorativo para designar pessoas negras.

O racismo científico é introduzido no Brasil partir de 1870⁸⁵, dando origem à ideologia da supremacia branca, com pensamentos eugenistas, como os de Nina Rodrigues⁸⁶, que foram fundamentais para atrair a imigração europeia até 1930, em um contexto em que o embranquecimento gradual da população era o objetivo. A supremacia branca como ideologia dominante só seria superada com Casa Grande e Senzala de Gilberto Freyre e a construção da mestiçagem como elemento fundamental da cultura brasileira⁸⁷, assunto sobre o qual falaremos mais adiante.

O racismo-colonialismo não só conviveu com o iluminismo-liberalismo do final do século XVII e começo do século XVIII, ideologia de pretensão emancipatória das liberdades individuais, como foi potencializado pelas três revoluções liberais (inglesa, americana e francesa). A Revolução Inglesa ocorreu entre 1642 e 1688; a Revolução Americana entre 1775 e 1783; a Revolução Francesa entre 1789 e 1799. Todavia, não houve mudança significativa na realidade colonial e escravista. Em 1700 a população de escravizados na América era de aproximadamente 330.000, em 1800 era de cerca de 3 milhões, e na década de 1850 atingiu o pico de 6 milhões.⁸⁸ O quinquênio entre 1846 e 1850 foi o período no qual o maior número de africanos escravizados desembarcou no Brasil⁸⁹. Isso é, o comércio de escravizados atingiu seu justamente no período pós-revoluções liberais, com seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. O Reino Unido e França só aboliram a escravidão no início do século XIX, e só perderam a maioria de seus impérios coloniais ao longo do século XX após insurreições dos povos colonizados em África e Ásia, mas em pleno século XXI ainda possuem colônias espalhadas pelo mundo, devidamente renomeadas para “territórios ultramarinos”. Já os EUA se transformaram em verdadeiro estado racial, marcado pela segregação entre branco e negros, que só seria superado, pelo menos do ponto de vista normativo, após o radicalismo dos movimentos de direitos civis da década de 1960.

Houve uma relação intrínseca entre liberalismo e escravidão, não por acaso figuras liberais como John Locke e Thomas Jefferson, justificaram e apoiaram a escravidão com base em concepções racistas, ao propor um discurso de defesa da liberdade individual com a aceitação e a perpetuação da escravidão⁹⁰.

⁸⁵ SCHWARCZ, Lília Moritz. *O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930*. São Paulo: Companhia da Letras, 1993

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ BETHENCOURT, *op. cit.*, p. 472

⁸⁸ LOSURDO, Domenico. *Contra-História do Liberalismo*. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2006. p. 47

⁸⁹ MOURA, *op. cit.*, p.193

⁹⁰ LOSURDO, *op. cit.*

John Locke, um dos principais filósofos liberais do século XVII, abordou a questão da escravidão em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil” (1690), Locke defende a ideia de direitos naturais e liberdades individuais, mas em outros momentos, como no Capítulo IV, seção 24, ao problematizar o direito de propriedade, o filósofo entende que, em algumas circunstâncias, a escravidão poderia ser uma punição legítima para criminosos ou prisioneiros de guerra⁹¹. Locke tentou legitimar a escravidão retratando-a como uma forma de punição por crimes cometidos onde não existe autoridade política central ou sistema de justiça. Se uma vítima de agressão tem o direito de tirar a vida de seu agressor em legítima defesa, Locke raciocinou, ele também deve ter o direito de tirar a liberdade de seu agressor⁹².

O pensamento iluminista do século XVIII operou como instrumento de propagação do racismo. Immanuel Kant foi um dos autores crucial na consolidação da teoria das raças. Kante lecionou geografia e antropologia física na Universidade de Königsberg. Nos dos debates entre poligenismo (diferentes origens para diferentes raças) e monogenismo (origem única todas as raças), Kant se encaixava no segundo grupo: acreditava que todas as raças pertenciam à mesma espécie, e as diferenças físicas eram explicadas por “germes”, que reagem a condições climáticas.⁹³⁹⁴

O surgimento do racismo moderno está umbilicalmente ligado ao colonialismo europeu que a partir do século XVI forjou uma visão racializada do mundo, na qual a raça branca europeia e o ocidente ocuparam uma posição de superioridade. As transformações políticas, culturais e filosóficas surgidas durante o período iluminista (final do século XVII e começo do século XVIII) pouco mudaram este cenário, o que houve foi o surgimento de justificativas racionais para o colonialismo, e para a supremacia branca no qual estava assentado. Ainda que não tenham formado um bloco monolítico, colonialismo, iluminismo e liberalismo tinha em comum a crença na superioridade europeia:

Nenhum conceito é mais importante para o ocidente do que raça, então não surpreende que, nas premissas principais, os homens brancos mortos que representam pedra fundamental do conhecimento cantassem segundo a mesma partitura sórdida.
A ciência racial surgiu como disciplina para explorar a superioridade da raça branca, e é revelador que basicamente todos os principais pensadores iluministas fossem arquitetos dessa estrutura intelectual. (ANDREWS, op. cit., p. 45)

⁹¹ LOCKE, John. Dois Tratados Sobre o Governo. Editora Unesp, 2001.

⁹² WELCHMAN, JENIFFER. Locke on Slavery and Inalienable Rights. Canadian Journal of Philosophy. Cambridge University Press: 1995. p. 67-81.

⁹³ BETHENCOURT, op. cit., p. 350-351;

⁹⁴ GONÇALVES, Ricardo Juozepavicius. A superioridade racial em Immanuel Kant: as justificações da dominação europeia e suas implicações na América Latina. Marília-SP: Kínesis - Revista de Estudos dos Pós-Graduandos em Filosofia, 2015. Vol. VII, nº 13. p.179-195; HAHN, Alexandre. Estudo introdutório à determinação do conceito de uma raça humana de Immanuel Kant. Kant e-Prints. Campinas, Série 2, v. 7, n. 2, p. 07-27, jul.- dez., 2012, p. 12.; ANDREWS, op. cit..

A razão que separa os homens dos animais, se tornou um domínio exclusivo do homem branco. A Europa era o centro do mundo pelo qual se difundia o conhecimento.

Após as revoluções burguesas, que proclamaram a defesa dos direitos individuais e a igualdade perante a lei, surgiu um dilema moral e ideológico para os pensadores liberais em relação à escravidão nas colônias francesas, britânicas e nos Estados Unidos. Embora os ideais liberais proclamassem a liberdade e a igualdade para todos os seres humanos, o regime escravista demorou a ser abandonado. Os liberais enfrentaram o desafio de reconciliar sua defesa dos direitos individuais com a instituição brutal da escravidão, e claro, esta racionalização da escravidão partiria da suposta superioridade racial do branco.

Entre a Revolução Gloriosa (1688) e abolição completa da escravidão nas colônias britânicas (1838), há um intervalo de 150 anos. Entre a Revolução Francesa (1789) e o fim da escravidão nas colônias francesas (1848) o hiato é de 59 anos. Entre a Revolução Americana (1776) e o fim oficial da escravidão em todo o território dos EUA, o período foi de 89 anos. Aqui necessário fazer uma ressalva: não se pode confundir o fim da escravidão com o fim do racismo. O abolicionismo do século XIX tem diferentes causas que se afastam do mito do abolicionista branco benevolente. O fim do regime de escravidão não pode ser compreendido como descolado do desenvolvimento do sistema capitalista. O surgimento do capitalismo foi um processo violento, iniciado com a apropriação e expulsão de expulsão forçada de pessoas, que privadas assim se sua fonte de subsistência, foram forçadas a fornecer mão de obra barata para os novos proprietários dos meios de produção. No século XIX esse processo levou ao surgimento do sistema fabril na Europa⁹⁵. A rápida colonização europeia das Américas resultou no genocídio de cerca de 90% dos indígenas. Isso criou um incentivo econômico para o desenvolvimento do mercado global de escravos, a fim de fornecer mão de obra barata para os colonizadores em seus negócios. O chamado comércio triangular entre África, Europa e colônias americanas foi fundamental para o processo de acumulação de capital na Europa que levou ao processo da revolução industrial. Navios europeus desembarcaram na África e ofereciam produtos manufaturados em troca de africanos escravizados, que eram levados para as colônias americanas, onde os proprietários de latifúndios compravam os negros, fornecendo como pagamento aos comerciantes europeus melão, açúcar, algodão e outros produtos agrícolas. Finalmente estes produtos eram vendidos na Europa por dinheiro, e por lá se transformaram em produtos manufaturados. O lucro do comércio triangular do Atlântico foi decisivo para a acumulação de capital, que

⁹⁵ MARX, Karl. O capital: crítica da economia política. Livro 1: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

permitiu o investimento em novas tecnologias que possibilitaram a revolução industrial⁹⁶. Conforme aponta Marx:

“A descoberta das terras auríferas e argentíferas na América, o extermínio, a escravização e o soterramento da população nativa nas minas, o começo da conquista e saqueio das Índias Orientais, a transformação da África numa reserva para a caça comercial de peles-negras caracterizam a aurora da era da produção capitalista. Esses processos idílicos constituem momentos fundamentais da acumulação primitiva.”(MARX, op. cit., p. 998)

Para além de motivos humanitários e da influência do pensamento iluminista, a abolição da escravidão ocorreu por motivos econômicos. Não por outro movimento, o movimento abolicionista britânico surgiu somente após uma mudança nas condições econômicas: a economia de plantation no Caribe estava em declínio, o capitalismo industrial estava firmemente estabelecido e o antigo sistema mercantil monopolista havia sido substituído por um método de produção de mercadorias mais eficiente e menos dependente de capital. Como resultado, o comércio de escravos deixou de ser lucrativo⁹⁷.

Não podemos deixar de considerar o fator principal que encerrou a escravidão formal no mundo: a resistência dos escravizados. Para além da importância de intelectuais negros abolicionistas como Luis Gama, os escravizados resistiram à escravidão ao longo dos séculos, por meio de revoltas, insurreições e principalmente da formação dos quilombos, verdadeiros espaços de resistência formado por escravizados que fugiram das senzalas. Esses complexos centro culturais, com organização social e econômica próprias, se espalharam por toda a América, e nas palavras de Clóvis Moura, eram “*um sinal de rebeldia permanente contra o sistema que o escravizada*”⁹⁸. O ponto máximo da resistência dos escravizados contra o escravismo veio com a Revolução do Haiti, quando escravizados protagonizaram um levante contra o domínio colonial francês na ilha de São Domingo. Com início em 22 de agosto de 1791, a revolução culminou com a independência em relação à colônia francesa em 1º de janeiro 1804. A revolução haitiana catalisou as insurgências dos levantes negros em toda a América, inclusive no Brasil. O movimento pela formal abolição da escravidão, iniciado no Reino Unido, e depois disseminado para a América, representaram uma forma das elites escravocratas de tentarem assumir o controle do fim da escravização dos negros, e assim manterem seus privilégios, pois já não conseguiam frear a rebeldia revolucionária dos escravizados.

⁹⁶ WILLIAMS, Eric. “Capitalism and Slavery”. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1994.

⁹⁷ WILLIAMS, op. cit.

⁹⁸ MOURA, op. cit., p. 11

1.2. Termina a escravidão, permanece o colonialismo e o racismo.

O fim da escravidão não significou o fim do racismo, ou a superação da ideia de raça. O próprio movimento abolicionista europeu e também o americano, para além dos interesses econômicos, traziam em si a ideia da hierarquia de raças, e os escravizados eram vistos como inferiores aos brancos. O próprio termo “abolicionismo” revela uma visão da história na qual o homem branco está em posição de protagonismo, e adota uma posição filantrópica em relação às demais raças. Esta visão positiva na superfície do europeu em relação às demais raças já existia antes do abolicionismo do século XIX, como a figura a do “bom selvagem” presente na literatura primitivista do século XVII e século XVIII, e no pensamento de iluministas como Rousseau e Voltaire. Nestes discursos, a sociedade europeia era descrita como degradada e violenta, em oposição aos povos indígenas “selvagens”, que seriam puros e viveriam em harmonia com a natureza. Essa visão eurocêntrica romantizada e aparentemente positiva relação às outras raças também pode ser identificada nos discursos sobre o fardo do homem branco do final do século XIX, já após o fim da escravidão formal, e renovada no período do “fim da história”⁹⁹ do pós-Guerra Fria, no qual os países do Norte Global adotaram postura de “donos do mundo” com discursos relacionados à promoção e proteção de direitos humanos e do regime da democracia liberal.

O fim formal da escravidão no Brasil foi marcado por um período de transição entre 1850 e 1888, período que Clóvis Moura chama de “escravismo tardio”. Essas quase 4 décadas foram marcadas por uma série de medidas políticas e institucionais que visavam a manutenção dos privilégios das elites escravocratas diante da inexorável transição gradual do trabalho escravizado para o trabalho livre ocasionada pelas dinâmicas do próprio desenvolvimento do capitalismo e dos levantes cada vez mais comuns dos escravizados, potencializados pela revolução haitiana. As elites econômicas se preparam para a nova etapa, a partir da busca de soluções para a questão da mão de obra e da propriedade. No paradigma da supremacia branca e do conseqüente objetivo de embranquecimento da população brasileira dominante no período, a mão de obra negra foi substituída pela mão de obra do

⁹⁹O “fim da história” é um termo criado pelo filósofo norte-americano Francis Fukuyama no livro “The End of History and The Last Man”, um livro de filosofia política publicado em 1992, no qual o autor argumenta que o fim da Guerra Fria e o colapso da União Soviética representaram a universalização da democracia liberal ocidental como a forma definitiva de governo humano, o que representaria não apenas encerramento de uma era pós-guerra específica, mas também representa o fim da história em si. Nesta concepção, a democracia liberal representa o ápice da evolução ideológica da humanidade.

imigrante europeu. Em relação à propriedade de terras, existia uma preocupação das elites latifundiárias na manutenção de seus interesses, a solução foi a Lei da Terra de 1850, pela qual o Estado abriu mão do seu direito de doação, e passou a atuar como vendedor de terras a partir das regras do mercado. No início da colonização, a terra era patrimônio pessoal da coroa real, e era possível adquirir um lote a partir da doação do imperador, que fazia uma avaliação do pretendente, com base no status social e serviços prestados ao império. A partir da Lei da Terra, a única forma de se adquirir a propriedade de terras passou a ser a partir da compra. Veja-se, no mesmo ano em que o comércio internacional de escravizados foi abolido no Brasil através da Lei Eusébio de Queiroz, surge a Lei da Terra, que, na prática, impedia um decreto radical de abolição escravidão que incluísse a doação de terras aos escravos libertos. Diante do alto grau de descapitalização, ao serem libertos, os escravos jamais conseguiriam adquirir terras na forma de mercadoria. Criou-se assim um mecanismo jurídico, pelo qual apenas poucos privilegiados teriam condições de adquirir um pedaço de terra¹⁰⁰. Uma lei que na aparência era mais democrática, pois em tese permitia que qualquer um tivesse acesso à propriedade de terra, na prática, funcionou como uma forma de sedimentação das estruturas da sociedade escravocrata após o fim formal da escravidão em 1.888.

Assim, as estruturas de poder e desigualdade não foram desmanteladas, e os ex-escravizados foram deixados à margem da sociedade, sem acesso a recursos e oportunidades, o que perpetuou a exclusão e a pobreza entre a população negra. Ao longo do século XX, a desigualdade racial se manifestou em diferentes aspectos da sociedade brasileira, como a segregação da ocupação dos espaços urbanos, o acesso limitado à educação, ao emprego e à saúde, a violência policial, e a criminalização de manifestações culturais associadas à cultura negra. Essa realidade é visível nas estatísticas nas quais a população negra enfrenta maiores índices de pobreza, analfabetismo, desemprego e violência.

Em 2021, 10% da população concentrava cerca de 59% da renda nacional, enquanto 50% da população mais pobre ganhava apenas 10% da renda nacional. Na distribuição de riqueza, o abismo entre mais ricos e mais pobres é ainda maior: os 50% mais pobres detinham apenas 0,4% da riqueza nacional, entre ativos financeiros e não financeiros, enquanto os 10% mais ricos no Brasil possuíam quase 80% do patrimônio privado, e o 1% mais abastado da população detinha praticamente a metade (48,9%) da riqueza nacional. Esses números fazem do Brasil um dos países mais desiguais do mundo¹⁰¹.

¹⁰⁰ MOURA, op. cit., p. 109-110

¹⁰¹ CHANCEL, Lucas; PIKETTY, Thomas; SAEZ, Emanuel; ZUCMAN, Gabriel. World Inequality Report 2022. World Inequality Lab: 2021. Disponível em < Disponível

Conforme Mário Theodoro, a desigualdade é constitutiva da sociedade brasileira, e tem na clivagem racial a sua centralidade, que ultrapassa a questão econômica da concentração de renda e riqueza, mas se manifesta também no acesso desigual aos serviços públicos, à segurança e à justiça:

“A pobreza, a miséria e, principalmente, a desigualdade são fenômenos que remontam à própria criação do Brasil, com raízes na questão racial. Os quase quatro séculos de escravidão forjaram as condições para o aparecimento, o fortalecimento e o conseqüente protagonismo do racismo como fator de organização e estruturação das relações sociais no país. Desse modo, o racismo consolidou-se como ideologia que diferencia e hierarquiza as pessoas em uma escala de valores que tem como polo positivo o biotipo branco caucasiano e como polo negativo o biotipo negro africano. É sob essa valoração que a sociedade brasileira se organiza e se opera - e é nela que se baseia o reconhecimento social do indivíduo, historicamente construído e que explica a perpetuação da desigualdade”. (THEODORO, Mário. *A sociedade desigual: Racismo e branquitude na formação do Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2022, pg. 15)

No cenário global, o fim formal da escravidão também não significou de maneira alguma o fim do racismo e da lógica colonial. Entre fins do século XIX e início do século XX houve o triunfo do espetáculo da punição e da ritualização pública da morte¹⁰², como os inúmeros massacres contra povos indígenas na América e os linchamentos contra pessoas negras nos EUA, cujas execuções eram anunciadas com antecedência em locais públicos¹⁰³.

A realidade empírica foi bem diferente do discurso oficial da modernidade, este sim, dotado de um juízo negativo em relação à espetacularização do suplício. O holocausto provocado pelo nazi-fascismo não foi uma ruptura ou um caso isolado em um moderno, e representou, na verdade, a aplicação em solo europeu da lógica colonial de desumanização do outro a partir da racialização. As imagens do massacre de Wounded Knee de 1890, quando o exército dos EUA exterminou centenas de indígenas Lacotas no estado da Dakota da Sul são perturbadoramente semelhantes às do holocausto ocorrido na Europa décadas depois. Houve paralelo até nas motivações ideológicas dos algozes, que enxergaram nas manifestações religiosas dos Lacotas uma ameaça à cultura do homem branco. Ainda nos EUA, a população negra também foi vítima de inúmeros massacres como o de Wilmington em 1898, no estado da Carolina do Norte, promovido por supremacistas brancos¹⁰⁴. O país tido como um dos

em<<https://www.theguardian.com/world/2003/jun/14/usa.comment>> Acesso em 10 de outubro de 2023.> Acesso em 10 de outubro de 2023.

¹⁰² LOSURDO, Domenico. *O marxismo ocidental (recurso eletrônico): como nasceu, como morreu, como pode renascer*. São Paulo: Boitempo, 2018.

¹⁰³ DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe (recurso eletrônico)*. São Paulo: Boitempo, 2016. DAVIS

¹⁰⁴ Ibid.

pilares da liberdade e da racionalidade, não um Estado racial, nos moldes da Alemanha Nazista.

O holocausto ocorrido na Europa motivou os países do norte global a encabeçarem a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Ou seja, foi necessário que a violência colonial fosse aplicada aos próprios europeus para que a racionalidade branca se preocupasse com a construção de um pacto universal dos direitos humanos como uma barreira à violência estatal¹⁰⁵.

Não tardou para os direitos humanos serem instrumentalizados pelo Norte Global como instrumento político, que reflete uma visão colonial e eurocêntrica do mundo. Em mais uma releitura da dicotomia “civilização europeia x barbárie não europeia”, na visão de mundo colonial dominante, os países do Norte Global se tornam os locais nos quais os direitos humanos supostamente se realizam, enquanto no restante do mundo é que ocorreriam as violações de direitos humanos. Em uma espécie de imperialismo dos direitos humanos, estes se transformaram em justificativa moral para intervenções militares dos Estados Unidos no Oriente Médio e em outras partes do mundo¹⁰⁶. Sanções econômicas para atender aos interesses políticos e econômicos dos EUA são feitas em nome da proteção dos direitos humanos. Em outra releitura da lógica colonial, o novo fardo do homem branco se transforma na necessidade de disseminar uma forma instrumentalizada dos “*direitos humanos*” que dentro desta lógica se acabam sendo reduzidos a meros valores da racionalidade europeia ocidental,¹⁰⁷ que de modo algum propõe um rompimento radical com a lógica colonial que estrutura o mundo, pelo contrário, apenas a reforça.

1.3. Especificidades do racismo no Brasil, e a negação do racismo como mito fundador da nação

A modernidade também trouxe consigo o surgimento do estado nacional moderno e com ele, a ideia de nacionalismo e a construção de identidades nacionais. O nacionalismo muitas vezes esteve vinculado ao racismo, pois a ideia de uma nação muitas vezes estava ligada à etnia e à raça. Isso levou à criação de políticas de exclusão e discriminação racial, com base na crença de que apenas certos grupos étnicos ou raciais poderiam ser considerados

¹⁰⁵ GÓES, op. cit.

¹⁰⁶ HOBBSBAWN, Eric. America's imperial delusion. The Guardian, 14 de junho de 2003. Disponível em <<https://www.theguardian.com/world/2003/jun/14/usa.comment>> Acesso em 10 de outubro de 2023.

¹⁰⁷ GÓES, op. cit.; VAZ, op. cit.

verdadeiros membros da nação¹⁰⁸, como no caso europeu, em que foram constituídos verdadeiros estados étnicos, nos quais a nacionalidade se confunde com a etnia. Assim, alemão não designa apenas uma nacionalidade, mas antes de tudo, uma etnia.

Já no caso brasileiro, um dos mitos fundantes da noção de brasilidade, é a própria negação do racismo, a partir do mito de democracia racial e da celebração da mestiçagem, formulados por Gilberto Freyre, em *Casa Grande e Senzala*¹⁰⁹. Impossível falar de racismo no Brasil sem falar sobre Gilberto Freyre. Aliás, talvez seja essa a maior especificidade do racismo brasileiro: a negação do próprio racismo é mito fundador da nação, o que por sua vez constitui um poderoso mecanismo de apagamento e invisibilidade da própria realidade que aponta para o Brasil como uma sociedade extremamente segregada racialmente.

Rompendo com a ideologia da supremacia branca¹¹⁰, *Casa Grande e Senzala* de 1933 se contrapõe ao racismo científico de bases biológicas do fim de século XIX e início do século XX, e a partir de uma perspectiva culturalista, o livro aborda diferentes relações sociais, econômicas e culturais entre senhores de engenho e escravos, e enfatiza de maneira positiva a influência da cultura africana e indígena na formação da identidade brasileira.¹¹¹ Assim como em autores anteriores, em Freyre o país é apresentado como miscigenado, fruto do encontro das três raças (indígenas, brancos e negros), mas a inovação de *Casa Grande e Senzala* é enaltecer a mistura racial. Essa noção do Brasil como um país multicultural e miscigenado passou a vigorar como uma espécie de ideologia não oficial do Estado Novo¹¹², e representou uma refundação da mitologia nacional brasileira, ao romper com o discurso da supremacia branca (fundamental para a imigração europeia entre 1880 e 1930) e ao associar o orgulho nacional às virtudes da mistura racial¹¹³.

¹⁰⁸ BETHENCOURT, op. cit.

¹⁰⁹ FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala: a formação da família brasileira sob regime da economia patriarcal*. 50. ed. Global: São Paulo, 2005

¹¹⁰Supremacia branca refere-se a atitudes, ideologias e políticas associadas ao domínio do branco ou europeu sobre populações não-brancas, e envolve “fazer distinções individuais de um tipo socialmente crucial, que se baseiam principalmente, se não exclusivamente, em características físicas e ancestralidade” (FRIEDRICKSON, George M. *White supremacy: a comparative study in american and south african history*. New York: Oxford University Press, 1981. p. xi). Nem toda forma de racismo se confunde com a supremacia branca, pois esta pressupõe um busca sistemática e auto-consciente para a construção e manutenção de diferenças baseadas na diferenciação entre pessoas brancas e não brancas (Ibid). Exemplo de ideologia da supremacia branca são as políticas de segregação normativa no sul dos Estados Unidos, o *apartheid* da África do Sul, (BETHENCOURT, op. cit.) e as políticas de embaquecimento da população brasileiro do final do século XIX e começo do século XX.

¹¹¹ Ibid. p. 333 e p.472

¹¹² SCHWARCZ, op. cit.

¹¹³ BETHENCOURT, op. cit.,p. 472

Na década de 1930, com base nas ideias de Freyre, o futebol começa a se tornar parte da identidade nacional¹¹⁴. Na Copa do Mundo de 1938 a seleção brasileira pela primeira vez teve jogadores negros e mestiços. Em entrevista para o Diário de Pernambuco, Freyre exaltava a essência do “estilo de jogar futebol” dos brasileiros, fruto da mistura das raças, chamada pelo autor de “mulatismo”, no qual jogadores brancos se misturavam com “pretalhões bem brasileiros e mulatos ainda mais brasileiros”. Esse estilo de jogo seria marcado pela “dança e capoeiragem”, e seria uma forma do brasileiro de adaptar um jogo europeu para o “gosto local”, através da “surpresa, de manha, de astúcia, de ligeireza e ao mesmo tempo de brilho de espontaneidade individual”¹¹⁵. As teses de Freyre logo ganharam espaço na imprensa a partir da década de 1930¹¹⁶. Em 1947 o jornalista Mário Filho lançou o livro “O Negro no Futebol Brasileiro”¹¹⁷, partidário das ideias de Freyre. O livro basicamente ecoa a ideia de democracia racial de Casa Grande e Senzala, aponta a brasilidade como fruto da mistura das três raças e exalta mestiçagem.

Essas ideias de democracia racial de Freyre eram fundamentais para o projeto de nação do Estado Novo, no qual deveria prevalecer uma suposta harmonia social em detrimento de ideias de classe ou raça, e o futebol foi uma ferramenta amplamente utilizada pelo Estado como ferramenta de difusão de tal projeto¹¹⁸.

Em um primeiro momento pode parecer que as ideias de Freyre são anti-racistas, afinal ele era um crítico do chamado racismo científico. No entanto, o racismo não se esgota na sua forma científica de bases biológicas. No pós-Segunda-Guerra, o racismo biológico se converte em racismo cultural¹¹⁹. Casa Grande e Senzala apresenta uma visão idealizada sobre o período escravocrata, e sobre a colonização europeia no Brasil de modo geral. Conforme Fernando Henrique Cardoso no prefácio da 50.^a edição de Casa Grande & Senzala¹²⁰, a obra de Freyre representa o olhar do senhor escravocrata da Casa Grande. O negro em Freyre é

¹¹⁴ PEREIRA, Leonar Affonso de Miranda. Domingos do Brasil: futebol, raça e nacionalidade na trajetória de uma herói do Estado Novo. *Locus: Revista de História* 13, n.2: 2007; HELAL, Ronaldo; SOARES, Antonio Jorge Gonçalves; LOVISOLO, Hugo. *A invenção do país do futebol: mídia, raça e idolatria*. Rio de Janeiro: Mauad, 2001

¹¹⁵ FREYRE, Gilberto. *Foot-ball mulato*. Artigo publicado no Diário de Pernambuco em 1938. Disponível em <https://comunicacaoesporte.files.wordpress.com/2010/10/foot-ball-mulato-gilberto_freyre.pdf> Acesso em 23 de junho de 2020.

¹¹⁶ PARDINI, Melina Nóbrega Miranda. *A Narrativa da Ordem e a Voz da Multidão: o futebol na imprensa durante o Estado Novo (1937-1945)*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História Social do Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Mestre em História. 2009; PEREIRA, Leonar Affonso de Miranda. Domingos do Brasil: futebol, raça e nacionalidade na trajetória de uma herói do Estado Novo. *Locus: Revista de História* 13, n.2: 2007

¹¹⁷ FILHO, Mário. *O Negro no Futebol Brasileiro*. Rio de Janeiro: Fimco, 1994.

¹¹⁸ PARDINI, op. cit.

¹¹⁹ FANON, Frantz. *Em Defesa da Revolução Africana*. Livraria Sá da Costa Editora: Lisboa, Portugal, 1980.

¹²⁰ FREYRE, op. cit.

essencialmente estereotipado e fetichizado e construído a partir do olhar do homem branco senhor do engenho. Conforme Cauê Gomes Flor¹²¹, a obra de Freyre é uma complexa forma de racismo cultural, que cria o mito da democracia racial, que por sua vez perpetua e reproduz desigualdades entre negros e brancos, por ser um obstáculo ideológico para a formação de uma identidade étnica, em detrimento de um ideário nacional¹²².

Assim como no Estado Novo, a ditadura civil militar instalada no Brasil a partir de 1964 adotou a democracia racial freyriana como uma das ideologias dos ideais de padrões cívicos do regime. O regime de 1964 consolidou um ideal de nação em torno de um patriotismo sustentado na ideia de democracia racial e de uma população mestiça¹²³. Para sustentar uma ideia de unidade nacional, o regime militar de 1964 suprimiu qualquer tentativa de formação de entidades étnicas¹²⁴. Falar sobre raça e denunciar o racismo estrutural no regime militar era considerado subversivo, eis que expor os antagonismos sociais do Brasil era considerado uma estratégia de “comunização” do país, e a questão racial seria uma “falsa problemática”¹²⁵.

Em “Cultura Brasileira e Identidade Nacional” e “Moderna Tradição Brasileira”, Renato Ortiz demonstra que esta “identidade nacional” se difunde no Brasil principalmente a partir do fim da década de 1960, a partir do desenvolvimento dos meios de comunicação, da urbanização e do chamado “milagre econômico”. Este contexto permitiu o surgimento de um mercado cultural, com a expansão da produção, distribuição e consumo de bens culturais. Neste mercado cultural o Estado exercia função central e privilegiada. Com base na ideologia de “segurança nacional” e a partir de uma perspectiva funcionalista da sociedade, o Estado estimula o desenvolvimento de uma “cultura nacional” massificada e baseada essencialmente em ideias de harmonia social, nas quais a “mestiçagem” freyriana desempenhou papel fundamental.¹²⁶

Ou seja, o desenvolvimento dos meios de comunicação de massa se confunde com a difusão em larga escala do mito da democracia racial. Conforme Douglas Kellner, o rádio, a televisão, o cinema, a internet e outros produtos da indústria cultural formam a “cultura da

¹²¹ FLOR, Cauê Gomes. O estereótipo enquanto prática do discurso colonial: Gilberto Freyre e a narrativa da formação da nação. *Áskesis, Revista dos Discentes do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar*, v. 4, n. 2. julho/dezembro, São Carlos: 2015, p. 43/58

¹²² GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo Classes, raças e democracia. São Paulo: Ed. 34, 2002.

¹²³ KOSSLING, Karin Sant’Anna. As Lutas Anti-Racistas de Afro-Descendentes Sob Vigilância do DEOPS/SP (1964-1983). Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2007

¹²⁴ MUNANGA, Kabengele. Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

¹²⁵ KOSSLING, op. cit.

¹²⁶ ORTIZ, Renato. A Moderna Tradição Brasileira: Cultura Brasileira e Indústria Cultural. Brasiliense: São Paulo, 2006; ORTIZ, Renato. Cultura Brasileira e Identidade Nacional. Brasiliense: São Paulo, 2006.

mídia”. Esta cultura fornece as ferramentas com as quais os indivíduos constroem identidades de classe, etnia e raça, nacionalidade, sexualidade, de “nós” e “eles”¹²⁷. Boa parte das ideias atualmente dominantes sobre relações raciais, foram desenvolvidas a partir dos ideais de Gilberto Freyre difundidos pelos meios de comunicação de massa tutelados pelo regime militar de 1964. O mito da democracia racial e suas derivações ainda permanecem enraizados em vários setores da sociedade, e funciona ainda como uma forma de legitimar silenciamentos sobre as brutais desigualdades raciais presentes no Brasil, eis que a própria ideia de raça se diluiu no ideal de “brasilidade”. Sem raça não há racismo.

Não há que se confundir a crise intelectual do mito freyriano, que já era denunciado por Abdias Nascimento como instrumento de invisibilidade do racismo nas décadas de 1960 e 1970, com a crise social da crença na democracia racial, eis que essa ainda é inexistente. A crença na democracia racial não significa crença na inexistência do racismo, mas sim uma adesão não-crítica à celebração da mestiçagem como característica fundamental da cultura brasileira, suprimindo as identidades raciais, pelo menos do ponto de vista dos discursos dominantes. Falar sobre raça no Brasil causa incômodo, e qualquer discurso que aponte as desigualdades raciais existentes na realidade social são tratados como tentativa de causar divisões sociais. A “democracia racial” assim funciona como um poderoso mecanismo de invisibilidade das brutais desigualdades raciais existentes na sociedade brasileira.

Nas palavras de Abdias Nascimento:

Devemos compreender "democracia racial" como significando a metáfora perfeita para designar o racismo estilo brasileiro: não tão óbvio como o racismo dos Estados Unidos e nem legalizado qual o apartheid da África do Sul, mas eficazmente institucionalizado nos níveis oficiais de governo assim como difuso no tecido social, psicológico, econômico, político e cultural da sociedade do país. Da classificação grosseira dos negros como selvagens e inferiores, ao enaltecimento das virtudes da mistura de sangue como tentativa de erradicação da "mancha negra"; da operatividade do "sincretismo" religioso; à abolição legal da questão negra através da Lei de Segurança Nacional e da omissão censitária- manipulando todos esses métodos e recursos - a história não oficial do Brasil registra o longo e antigo genocídio que se vem perpetrando contra o afro-brasileiro. Monstruosa máquina ironicamente designada "democracia racial" que só concede aos negros um único "privilégio": l aquele de se tornarem brancos, por dentro e por fora. A palavra - senha dêsse imperialismo da brancura, e do capitalismo que lhe é 11 inerente, responde a apelidos bastardos como assimilação, aculturação, miscigenação; mas sabemos que embaixo da superfície teórica permanece intocada a crença na inferioridade do africano e seus descendentes. (NASCIMENTO, Abdias. O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado. Editora Paz e Terra SA: Rio de Janeiro, 1978. p. 93)

¹²⁷ KELLNER, Douglas. A Cultura da Mídia - estudos culturais: identidade e política entre o moderno e o pós moderno. EDUSC: Bauru/SP, 2001. p. 9.

1.4. Direito, colonialismo e racismo no Brasil

O Direito contemporâneo se desenvolve a partir do nascimento do Estado moderno burguês e posteriormente do iluminismo. Na modernidade, o poder soberano não se sustenta apenas com a força, mas a partir de um conjunto de “axiomas valorativos, que forneçam crenças àqueles que obedecem”¹²⁸:

A mera obediência pela força se esgota com rapidez. Faz-se necessária uma justa causa que justifique quem está no poder e os métodos que esses grupos desenvolvem. Assim, os opressores precisam de uma justificativa justa para explicar sua ação de tomada do poder ou sua ação de manutenção desse poder. (AGUIAR, Roberto A.R. O que é justiça: uma abordagem dialética. Editora Alfa-Omega: São Paulo. 1993. p. 25)

O Direito desempenha um papel fundamental não só de organizar a estrutura funcional do Estado, mas também exerce o papel político de estabilização das estruturas sociais, a partir do monopólio do uso legítimo da força acompanhado do estabelecimento de um sistema judicial cujos objetos declarados são resolver conflitos e garantir a “justiça”. No Estado moderno, “a questão social se torna uma questão jurídica e tão somente jurídica”.¹²⁹

Mais que isso, o direito burguês surge como desenvolvimento da universalização das relações capitalistas de troca:

(...) é na modernidade que o princípio da identidade passa a ser a base lógica do raciocínio jurídico, como expressão da igualdade abstrata entre os sujeitos de direito, a ponto de poder ser invocada como argumento de validade do direito, ocorre o descolamento entre o fato concreto e seu sentido jurídico (permitindo, inclusive, que as normas jurídicas ganhem relativa autonomia em relação à subjetividade mesma).(AKAMINE Jr. Oswaldo. Sobre o fetichismo jurídico. Revista Páginas de Filosofias, v.8 n/1-2, 2019, pg.156).

Todavia, o Direito existe não somente nas teorias e na cabeças dos juristas como mera abstração, nem pode ser entendido como mera reprodução ideológica. O direito se desenvolve não como um sistema de ideias, mas como um sistema de relações¹³⁰.

Para além do discurso emancipatório e garantista do direito liberal contemporâneo, o direito reflete as relações de poder na sociedade. Os discursos jurídicos dominantes, são os discursos dos grupos dominantes, que procuram universalizar normas de conduta humana. Isto é, a pretensão universalizante do direito é a pretensão de grupos de

¹²⁸ AGUIAR, Roberto A.R. O que é justiça: uma abordagem dialética. Editora Alfa-Omega: São Paulo. 1993. pg.25

¹²⁹ Ibid. p. 37

¹³⁰ PACHUKANIS, E.B. Teoria Geral do Direito e Marxismo [Recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo, 2017.

poder dominantes em universalizar os seus ideais de divisão de organização social, sendo este o seu fundamento¹³¹.

O Direito existe não somente nas teorias e na cabeças dos juristas como mera abstração, nem pode ser entendido como mera reprodução ideológica. O direito se desenvolve não como um sistema de ideias, mas como um sistema de relações.¹³²

O direito como expressão de diferentes relações de poder oculta as relações sociais de exploração sob uma aparência de neutralidade e igualdade, a partir da ilusão de que as relações sociais são reguladas de forma imparcial e objetiva. Antes de ser instrumento de transformação social, o direito é utilizado como instrumento de dominação política e econômica. O direito não é neutro, imparcial ou universal, como frequentemente afirmado pelos discursos legitimadores do sistema jurídico. Em vez disso, ele é moldado por relações de poder (como a construção das hierarquias raciais) que perpetuam a dominação de certos grupos sobre outros. Se o Direito fosse um instrumento de emancipação e igualdade na prática social, não teriam existido sistemas jurídicos coloniais, ou a segregação escravidão e a segregação racial não teriam sido amparadas por textos normativos, ou o sistema punitivo (de natureza jurídica) não seria instrumento de marginalização seletiva de grupos sociais.

No Brasil, o desenvolvimento do Direito moderno ocorre a partir da independência em relação a Portugal, a partir do bacharelismo liberal, fenômeno cujo objetivo foi formar profissionais para o exercício da burocracia do nascente Estado nacional¹³³. Os dois primeiros cursos de Direito no Brasil foram implementados em São Paulo e em Recife, cujos currículos refletiam a instrumentalização do saber jurídico como forma de construção de uma independência político-cultural em relação a Portugal¹³⁴. Os bacharéis em Direito formaram a elite do Brasil império, e por vezes, magistrados ocupavam também cargos políticos, como os de senador e deputado. As mudanças políticas pelas quais o Brasil passou desde então, não alteraram o panorama do Direito como instrumento de manutenção das relações de poder, a despeito de mudanças normativas e semânticas. Atualmente prevalece no meio jurídico brasileiro do domínio de teorias importadas do norte global. Com a pretensão de superação do pós-positivismo, a academia jurídica brasileira reproduz o pensamento alemão e dos Estados Unidos, através da reprodução do pensamento de autores como Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Jurgen Habermas,¹³⁵ que por sua vez

¹³¹ BATISTA, Waleska Miguel; ALMEIEDA, Silvio Luiz. de. Teoria crítica racial e do direito: aspectos da condição do negro nos Estados Unidos da América. São Paulo: REVISTA QUAESTIO IURIS, v.14, v.3. (2021)

¹³² PACHUKANIS, op. cit.

¹³³ WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2002

¹³⁴ VAZ, op. cit. p.237

¹³⁵ VAZ, op. cit. p.239

acaba por ter influência direta nas instituições jurídicas, notadamente no Supremo Tribunal Federal, instância máxima do Poder Judiciário¹³⁶.

Conforme apontam Livia Sant'anna Vaz e Chiara Ramos:

(...) os discursos jurídicos contemporâneos ganharam complexidade, com terminologias pomposas dominadas por uns poucas/os privilegiadas/os que fazem seus mestrados e doutorados nos Estados Unidos da América e na Europa, principalmente na Alemanha, e retornam ao Brasil para lecionarem em renomadas universidades públicas, criando seus feudos - melhor dizendo, os seus grupos de estudos - com integrantes que concorrem aos raríssimos espaços de saber em programas de pós-graduação colonizadores das formas de pensar. (VAZ, Livia Sant'anna. *A justiça é uma mulher negra*. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito, 2021.pg.239)

Prevalecem atualmente os seguintes paradigmas: a) rejeição ao formalismo e à interpretação literal do texto legal, em detrimento de interpretações “criativas”, que consideram princípios (com sentido quase sempre vago) que passam e terem sua validade normativa reconhecida; b) reconhecimento do valor normativo da Constituição, que se irradia para as demais áreas do Direito; c) reaproximação entre Direito e moral; d) deslocamento de poder da esfera legislativa e executiva para a esfera judiciária, a partir da judicialização da política e das relações sociais.¹³⁷ Além disso, cria-se uma crença no papel do Judiciário em concretizar ideais emancipatórios presentes no texto constitucional, ou seja, uma releitura contemporânea da missão civilizatória da razão iluminista, agora o progresso humanista cabe aos homens brancos de toga, embora esse Poder seja nas palavras de Mário Theodoro “um dos mais poderosos mecanismos de reprodução da desigualdade em que esse Estado está ancorado”.¹³⁸ As instituições judiciárias não conseguem coibir a violência contra pessoas não brancas, conforme demonstram os inúmeros casos de assassinatos de indígenas motivados por disputas de terras com latifundiários, madeireiros e garimpeiros que não geram nenhuma mobilização do Estado para apurar tais crimes, ou os “atos de resistência” (legítima defesa decorrente de suposta troca de tiros) nas periferias urbanas, que fundamentam o arquivamento de boa parte de mortes realizadas por agentes policiais do Estado, e cuja maioria das vítimas são negras¹³⁹, além da quase total invisibilidade dos crimes de racismo perante o sistema de justiça criminal, sobre o qual falaremos mais adiante neste trabalho.

¹³⁶ SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria. Constituição contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ THEODORO, op. cit., p. 308

¹³⁹ Ibid.

1.5. Resistências, disputas políticas e a criminalização do racismo e outras inovações normativas

Apesar do Direito historicamente ser sustentáculo da sociedade desigual, existem disputas e resistências para o sistema jurídico se transforme em uma ferramenta de enfrentamento ao racismo.

Na esfera legislativa encontramos significativos exemplos de tentativa de redução desigualdade racial, como a Lei 12.711/2012, que institucionaliza as ações afirmativas para universidades federais e instituições federais de ensino técnico, e a Lei 12.990/2014, que reserva aos candidatos negros 20% das vagas oferecidas em concursos públicos. A inclusão do crime de racismo na Constituição de 1988 (inciso XLII do art.5º) é considerada uma das maiores contribuições do Movimento Negro para às políticas legislativas relacionadas às relações raciais¹⁴⁰. Para regulamentar o mandamento constitucional de criminalização do racismo, em 1989 surgiu a Lei 7.716, conhecida como Lei Caó, em homenagem a Carlos Alberto Oliveira dos Santos, parlamentar constituinte da Constituição de 1988 e autor do projeto da lei que passaria a ser conhecida pelo seu próprio nome. Antes da Lei Caó, a Lei 1390/51, conhecida como Lei Afonso Arinos tornou contravenção penal a segregação racial em espaços públicos e privados. A Lei, proposta pelo então parlamentar da Afonso Arinos de Melo Franco (filiação à conservadora União Democrática Nacional e nada ligado ao movimento negro), e sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas.

Segundo Abdias Nascimento, inicialmente a Lei Caó tipificava como crime apenas o racismo segregação¹⁴¹ do tipo *apartheid* normativo nos moldes então vigentes na África do Sul. A criminalização primária do racismo em sentido amplo surgiu apenas com a Lei 8.081/1990 que introduziu o art.20 à Lei Caó, mas a conduta só seria considerada crime se fosse praticada por meios de comunicação. Por tal motivo que lideranças negras como Abdias Nascimento defendiam que outras condutas de racismo fossem criminalizadas¹⁴². Surgiu então em 1997 a Lei 9.457, que realizou novas mudanças na Lei Caó ao introduzir a redação atual do art.20:

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.

¹⁴⁰ LIMA, Lucia Maria Ribeiro de. A proteção às vítimas do crime de injúria racial no Tribunal de Justiça do Acre. Dissertação de Mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2017. p. 44

¹⁴¹ NASCIMENTO, Abdias. THOTH, informe de distribuição restrita do senador Abdias Nascimento ; Abdias Nascimento n. 2 (1997) – Brasília: Gabinete do Senador Abdias Nascimento, 1997 2 131 agosto de 1997: Atuação Parlamentar. Disponível em:<<https://ipeafro.org.br/wp-content/uploads/2015/10/THOTH-2.pdf>>. Acesso em: 23/07/20.

¹⁴² LIMA, cit. op.

A lei também criou a figura da injúria racial ao inserir o parágrafo terceiro no art.140 do Código Penal, tipificando injúria que consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.¹⁴³ Necessário registrar que foi a própria Lei 9.457/97 que criou tanto a figura da injúria racial do Código Penal, como o crime de racismo do caput do art. 20 da Lei Caó, ambas com penas variando de 1 (um) a 3 (três) anos. Na redação original da Lei 7.716/89 não havia previsão de criminalização de ofensas racistas, mas apenas de racismo do tipo segregação explícita em espaços públicos e privados.

Originalmente o crime de injúria racial era de ação penal privada, isso é, a vítima de racismo precisava de advogados para propor ação penal. A partir da lei 12.033/2009 a ação passou a ser pública, condicionada à representação da vítima, cabendo ao Ministério Público a atribuição de denunciar o réu racista perante à Justiça.

Em 2023 houve outra mudança significativa: o deslocamento da injúria racial do Código Penal para a Lei Caó, através da inclusão nesta lei do art.2-A, cuja pena passou a ser de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, com qualificadora que prevê aumento de metade da pena em caso de concurso de pessoas:

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.

A redação do art. 20 da Lei Caó não sofreu alterações, o que a nosso ver não faz nenhum sentido, tendo em vista que a injúria racial passou a ser mais grave que outras formas de racismo que podem ser ainda mais violentas que a ofensa oral propriamente dita.

No entanto, é preciso reconhecer que quando a Constituição define o racismo enquanto “crime”, ela está reduzindo um fenômeno complexo a um conceito jurídico-penal. Crime é aquilo que o estado define como tal, a partir da criação da norma criminalizadora (criminalização primária) e a partir da aplicação e interpretação desta norma (criminalização secundária). Não só o processo de criminalização passa pela produção legislativa estatal, mas o procedimento de aplicação da sanção penal a quem pratica qualquer conduta criminalizada supõe necessariamente a mobilização de determinadas agências estatais (polícias, membros do Ministério Público e Judiciário). Ou seja, ao criminalizar o racismo, se está invocando o sistema jurídico do Estado e em específico o sistema punitivo como ferramentas de

¹⁴³ A Lei 9.457/97 também equiparou ao racismo condutas relacionadas a preconceito religioso e de procedência nacional.

enfrentamento da questão racial, se está invocando o Direito. Um Direito que é aparelho ideológico da racionalidade moderna, “um lócus de conformação das exclusões e desigualdades do mundo moderno, que replica os mecanismos de aniquilação e subalternização do outro” nas palavras de Vaz e Ramos.¹⁴⁴ Não só o Direito reflete os discursos dominantes e as relações de poder, mas especificamente (embora não exclusivamente) no caso do Brasil o Direito é o principal sustentáculo da sociedade desigual¹⁴⁵, conforme as premissas estabelecidas ao longo deste capítulo, no qual partimos da ideia geral de que o racismo moderno tem início no final do século XV e início do século XVI com o início do colonialismo europeu no resto do mundo, e envolve a construção de discursos, instituições, leis, proposições filosóficas, práticas políticas, e que não pode ser analisado como se fosse um fenômeno interdependente do colonialismo e do imperialismo. O crime que a Constituição define como “racismo” é apenas o conceito jurídico criminal para o termo, e não o esgota.

O que investigamos no presente trabalho é o discurso do Supremo Tribunal Federal sobre o racismo enquanto categoria “crime”, instituição responsável por dar a “última palavra” em termos de interpretação normativa, portanto, responsável por definir o discurso oficial acerca do racismo enquanto categoria jurídico-penal. Partimos de uma perspectiva que desnaturaliza a concepção de que “racismo é crime”. Sim, o racismo também é crime, por força normativa da Constituição, mas não podemos reduzi-lo a esta categoria. O racismo está presente na sociedade no qual o sistema jurídico opera e está interligado com ele de forma intrínseca. Isso leva a duas dinâmicas relevantes para o nosso estudo. Primeiramente, quando o racismo é incorporado pelo sistema jurídico, ele é categorizado como um “crime” e adquire um significado específico que faz sentido apenas nos parâmetros desse sistema legal. Em segundo lugar, o sistema jurídico é influenciado pelo contexto social colonial e racista em que está inserido, por manter uma constante interação com esse ambiente social. Aqui não nos interessa especificamente de que modo o ambiente social influencia nas práticas jurídicas, nem de que modo o racismo pode ser identificado e compreendido no Direito, embora essas influências serão perceptíveis na análise dos discursos presentes nos votos dos Ministros do STF nos julgamentos do Inquérito 4694 e do HC 154248. O que investigamos na presente pesquisa é a produção discursiva do STF em relação aos crimes de racismo nestes dois julgamentos, isto é, a produção comunicativa do Supremo sobre o racismo enquanto categoria jurídico-penal. No próximo capítulo apresentamos duas perspectivas fundamentais para a

¹⁴⁴ VAZ, op.cit., p. 235

¹⁴⁵ THEODORO, op. cit.

construção da presente pesquisa, uma é a percepção de crime é uma construção social, um produto de disputas políticas, e não um dado ontológico, a outra, é a ideia de que o direito é um sistema social com estrutura própria e autonomia operacional, que está em constante comunicação com o meio social. A primeira perspectiva tem como marco teórico as criminologias críticas, enquanto a segunda está amparada nas contribuições de Niklas Luhmann para a análise sociológica do Direito, o que será explorado ao longo do capítulo.

II. RACISMO É CRIME?

2.1. Criminologia crítica, e o crime como construção social

O termo “criminologia crítica” não se refere a um campo hegemônico, mas a um movimento do pensamento criminológico contemporâneo que nega o crime como um dado ontológico, e propõe a superação das criminologias etiológicas, estas, focadas em estudar o criminoso como forma de desvendar a causa da criminalidade. No recorte criminológico crítico, o “crime” deixa de ser tratado como categoria ontológica, e passa a ser analisado como produto de relações de poder¹⁴⁶, um conceito socialmente construído, moldado por fatores políticos, econômicos e culturais. Enquanto a criminologia etiológica estuda as causas do “crime”, a criminologia crítica tem como objeto os processos de criminalização, isto é, as dinâmicas envolvidas na construção e na aplicação da norma criminalizadora. O objeto de estudo é deslocado do indivíduo classificado como delinquente, para as instituições punitivas responsáveis por punir, isso é, responsáveis por criar o crime e o criminoso. “Quem pune?”, “Por que pune?”, “Como pune?”, “Quem é punido?” são alguns dos questionamentos que essa forma de saber criminológico procura responder.

O pensamento criminológico crítico surgiu no contexto político e social das décadas de 1960 e 1970 no Norte Global, a partir da influência da obra autores de diferentes vertentes epistemológicas como *Vigiar e Punir* de Michel Foucault e *Punição e Estrutura Social* Georg Rusch e Otto Kichheimer.

Nos Estados Unidos e na Europa Ocidental, o período que abrange as décadas de 1960 e 1970 foi marcado pelo surgimento de diversos movimentos sociais e grandes protestos de rua, como o movimento pelos direitos civis nos Estados Unidos, o movimento estudantil, o movimento feminista e os protestos contra a Guerra do Vietnã, que questionaram as estruturas de poder existentes e trouxeram à tona questões de desigualdade e injustiça. O governo de Lyndon B. Johnson nos EUA (1.963-1.969) representou muito bem o ocaso da promessa do Estado de Bem Estar em cumprir as promessas do pós-Segunda Guerra de promover o bem-estar coletivo. Em 1964 Lyndon lançou o programa *Great Society* (Grande Sociedade) cujos principais objetivos eram eliminar a pobreza e as injustiças raciais. No entanto, nos anos seguintes os Estados Unidos intensificaram a presença militar no Vietnã, o que exigiu

¹⁴⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. Histórias dos pensamentos criminológicos. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.p.657

considerável aumento de gastos militares, ao mesmo tempo que a pobreza e as desigualdades raciais não eram devidamente enfrentadas, o que levou ao surgimento de movimentos pelos direitos civis, como os movimentos negros contra a segregação racial e a discriminação sistêmica, movimento feminista e movimentos estudantis. Apesar de leis como o Ato dos Direitos Civis de 1964 e o Ato do Direito de Voto de 1965, os protestos e conflitos raciais se intensificaram no final da década de 1960. Na economia, uma crescente inflação resultou no aumento da desigualdade, e houve uma explosão dos índices oficiais de criminalidade, o que por sua vez trouxe visibilidade para os problemas do sistema de justiça criminal, com o encarceramento em massa, brutalidade policial e a discriminação racial. Isso levou a debates públicos sobre a eficácia e justiça do sistema.

Assim, se por um lado o Estado adotava para si a missão de resolver os conflitos sociais, por outro, a realidade demonstrava o aparato estatal mais interessado na guerra no sudeste asiático do que qualquer outra coisa. Aliada à desilusão de alguns intelectuais de esquerda com o modelo da burocracia soviética, essa conjuntura política promoveu uma crise de confiança nas instituições estatais, que abrangeu desde as políticas governamentais até a produção e aplicação da lei.

No campo da teoria social e da sociologia surgiram correntes de pensamento que rompiam com o paradigma do estrutural funcionalismo, cujo foco na função social das instituições e a ênfase na estabilidade social eram compatíveis com o paradigma do Estado de Bem Estar Social. Teóricos sociais começaram a examinar mais de perto as estruturas de poder, as ideologias e como esses fatores influenciam o comportamento humano.

A criminologia crítica emergiu desses desenvolvimentos, com a tentativa de unificação de correntes distintas, do interacionismo até o marxismo, e formaram um campo extremamente heterogêneo, “que se assemelhavam mais naquilo que criticam do que naquilo que propunham”, nas palavras de Gabriel Anitua¹⁴⁷. O que tinham em comum era o “anti-projeto” de rompimento com os paradigmas criminológicos dominantes de caráter etiológico¹⁴⁸, para focarem na investigação das estruturas macrosociológicas do poder punitivo, em oposição ao foco no criminoso e no crime.

A punição de certos comportamentos e indivíduos deixa de ser analisada apenas por meio de uma abordagem sociológica de bases liberais, como vinha sendo feito até então, e

¹⁴⁷ ANITUA, op.cit., p. 657

¹⁴⁸ Ibid.

passa a ser examinada em termos das relações de poder dentro da estrutura social e das relações materiais de produção¹⁴⁹.

O recorte sociológico do interacionismo simbólico foi determinante para o desenvolvimento dessa nova forma de pensar criminológico. O interacionismo enfatizou a importância dos símbolos e da linguagem na interação social, e destacou como os indivíduos atribuem significados aos símbolos e como estes significados influenciam suas ações e interações com os outros, além de enfatizar o papel que estas atribuições simbólicas desempenham da construção da realidade social, reconhecendo o pluralismo cultural e as diferentes relações conflituosas presentes nela. A partir deste recorte, surgiu nos Estados Unidos na segunda metade do século XX, a teoria do *labelling approach*, formulada por autores como Howard Becker, que na obra “Outsiders” de 1963¹⁵⁰ apresenta a ideia de que os grupos sociais constroem a noção de “desvio”. Ou seja, não há uma essência intrínseca ao “crime”; em vez disso, existem indivíduos cujas ações são consideradas transgressoras da normalidade por certos grupos sociais. Becker dedica-se ao estudo dos processos pelos quais certos indivíduos são rotulados como marginais, recebendo o rótulo de “criminosos”, daí o termo *labelling* (etiquetamento, em tradução livre). Assim, a ideia central da teoria do *labelling approach* é a de que o comportamento desviante é uma construção social resultante de complexas interações sociais. A própria sociedade não é vista como uma realidade objetiva conhecível, mas também como uma construção social. Assim, o olhar da análise criminológica foca na produção social do desvio e do delinquente, a partir da compreensão do sistema penal, e da construção de etiquetas e identidades sociais.¹⁵¹

Conforme Vera Regina Pereira de Andrade:

Modelado pelo interacionismo simbólico e a etnometodologia como esquema explicativo da conduta humana (o construtivismo social) o *labelling* parte dos conceitos de “conduta desviada” e “reação social”, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio e a criminalidade não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.

Uma conduta não é criminal “em si” (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio-ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a “definição” legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a “seleção” que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam

¹⁴⁹BATISTA, Vera Malaguti. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011; BARATTA, op. cit.

¹⁵⁰BECKER, H. S. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro, Zahar, 2009.

¹⁵¹SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

tais condutas. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Revista CCJ/UFSC, n.30, ano 16, pg.24-36, 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313> p.29)

Outro marco fundamental para o desenvolvimento da criminologia crítica foi a influência nas décadas de 1960 e 1970 dos livros *Vigiar e Punir* (publicado em 1975) de Michel Foucault e *Punição e Estrutura Social* de Georg Rusch e Otto Kirchheimer, publicada originalmente em 1939¹⁵², mas que teve maior visibilidade a partir de sua publicação nos EUA em 1967.¹⁵³

Em *Vigiar e Punir*, Foucault investiga como as práticas punitivas evoluíram ao longo do tempo, desde métodos cruéis e espetaculares de punição até formas mais sutis e disciplinares de controle, e aborda a transformação das práticas punitivas no contexto da sociedade moderna, explorando conceitos como o panoptismo, disciplina, poder e a vigilância, e desafia as concepções tradicionais de punição, destacando como o poder se manifesta e opera nos sistemas de justiça criminal.¹⁵⁴

Rusche e Kirchheimer propõem em *Punição e Estrutura Social* uma análise estruturalista da punição, vista como um fenômeno social moldado por fatores econômicos. A partir de um recorte marxista, os autores defendem que as formas concretas de punição correspondem aos meios de produção predominantes. Por isso, afirmam:

A pena como tal não existe; existem somente sistemas de punição concretos e práticas penais específicas. O objeto de nossa investigação, portanto, é a pena em suas manifestações específicas, as causas de sua mudança e de seu desenvolvimento, as bases para a escolha de métodos penais específicos em períodos históricos também específicos. A transformação em sistemas penais não pode ser explicada somente pela mudança das demandas da luta contra o crime, embora esta luta faça parte do jogo. Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção. É, pois, necessário pesquisar a origem e a força dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, conseqüentemente, fiscais. (RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. Coleção Pensamento Criminológico, v. 3. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004. p. 18/20)

Os autores entendem que a punição é uma forma de dominação de classe, e deve ser vista como parte de uma complexa matriz de controle social e não como um fenômeno isolado sujeito apenas a suas próprias leis especiais. Ela é uma parte integrante de todo o

¹⁵² BATISTA, op. cit., 2011. p. 91

¹⁵³ SHECAIRA, op. cit.. p. 285

¹⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir - história da violência nas prisões*. 25. ed. Petrópolis:2012

sistema social e compartilha suas aspirações e defeitos e atua para impor o poder da classe dominante.

Todo esse contexto político, social e cultural foram fundamentais para o surgimento dessa forma de saber criminológico, que, como mencionado, investiga a criminalidade não a partir do “criminoso”, mas sim a partir do processo de atribuição desse *status* a certos indivíduos, ou seja, a partir do processo de criminalização.

Este processo ocorre em duas etapas seletivas. Primeiro a seleção dos bens protegidos pelo sistema penal, isto é, o processo de construção das normas. Em seguida vem a aplicação destas normas, a partir de um processo de seleção daquelas que praticam condutas previamente definidas como crime, entre o universo de pessoas que realizam infrações penais:

Na perspectiva da Criminologia Crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. (BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 161)

Estas duas etapas do processo de criminalização são chamadas de primária e secundária. A criminalização primária refere-se à promulgação de leis penais que criminalizam ou permitem a punição de certas pessoas. No contexto do sistema jurídico brasileiro, isso envolve o processo legislativo responsável por criar as leis penais. Já a criminalização secundária é o processo de seleção dos indivíduos que serão criminalizados e das potenciais vítimas que serão protegidas. Essa etapa é realizada por diferentes agências envolvidas no processo primário, incluindo policiais, promotores, advogados, juízes e agentes penitenciários.¹⁵⁵ A seletividade penal está presente em ambas as etapas da criminalização. Na criminalização primária (Direito Penal abstrato), ocorre a definição das condutas consideradas crimes em termos abstratos, e essas condutas são classificadas com base nas penas que podem ser aplicadas.

A criminalização primária reflete a função básica do sistema penal: reproduzir as relações sociais e manter a estrutura hierárquica da sociedade. Isso se traduz na criminalização primária por meio dos conteúdos e “não-conteúdos” das leis, ou seja, o sistema

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Raul Eugenio, ALAGIA, Alejandro, BATISTA, Nilo, SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.p.43

de valores desse processo reflete os ideais da cultura burguesa-individualista, priorizando a proteção da propriedade privada e visando a grupos socialmente marginalizados.¹⁵⁶

A criminalização primária é um programa vasto e impossível de ser calculado em sua extensão, o que significa que nem todos os conflitos criminalizados podem ser selecionados pelas agências envolvidas no processo de criminalização secundária em sua totalidade. Assim, o processo de criminalização secundária sempre será seletivo, por ser inviável para as agências identificarem todos os indivíduos que praticam condutas consideradas desviantes e atingir esse objetivo efetivamente.¹⁵⁷ Devido a essa capacidade operacional limitada, as agências secundárias agem seletivamente, identificando apenas aqueles indivíduos que se tornaram vulneráveis ao sistema penal.

Zaffaroni identifica três categorias utilizadas pelo poder punitivo no processo de criminalização secundária:

a) pessoas que, em regra, se enquadram nos estereótipos criminais e que, por isso, se tornam vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo (criminalização conforme o estereótipo); b) com muito menos frequência, as pessoas que, sem se enquadrarem no estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular que se tornaram vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, roubos neuróticos etc.) (criminalização por comportamento grotesco ou trágico); c) alguém que, de modo muito excepcional, ao encontrar-se em uma posição que o tornara praticamente invulnerável ao poder punitivo, levou a pior parte em uma luta de poder hegemônico e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade (criminalização devido à falta de cobertura)” (ZAFFARONI, Raul Eugenio, ALAGIA, Alejandro, BATISTA, Nilo, SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.pg.45)

O aparato punitivo opera como um filtro, que seleciona um indivíduo segundo a situação de vulnerabilidade desse. Determinados indivíduos precisam de mais esforço para serem identificados pelo sistema penal que outros. Assim, abstratamente, um indivíduo que pratique um furto em supermercado e cujas características pessoais o enquadrem em estereotípias associadas às práticas de crimes, estará muito mais vulnerável ao sistema penal que um indivíduo politicamente poderoso que pratique um crime complexo como os chamados crimes financeiros.

A seletividade do sistema penal não opera de modo harmônico como se existisse algo que mantenha o sistema em sintonia. As diferentes agências do processo de criminalização secundária têm seus próprios interesses, discursos, e modo de agir, e há muito

¹⁵⁶ BARATTA, op.cit, p. 175/176

¹⁵⁷ ZAFFARONI, op. cit .p. 45

mais relação de antagonismos do que relações de operação entre elas. Como adverte Zaffaroni sobre a noção de que há algo que maneja todo o sistema penal:

Esta concepção conspiratória é falaciosa e tranquilizadora, porque identifica sempre um falso inimigo e desemboca na criação de um novo bode expiatório (classe, setor hegemônico, partido oficial, grupo econômico, quando não grupos religiosos ou étnicos). Identificar um falso inimigo é sempre útil para atenuar a ansiedade provocada pela complexidade fenomênica e desviar do caminho certo os esforços para remediar os males. Isto não significa que o funcionamento seletivo do sistema penal não sirva para uma desigual distribuição do poder punitivo que beneficia determinados setores sociais, que deles se aproveitam e em razão disso resistem a qualquer mudança, mas *não é a mesma coisa dizer que um aparato de poder beneficia alguns e pretender por tal razão que estes o organizem e o manejem. Tal erro leva-nos a concluir que, suprimindo os beneficiários, o aparato se desmonta, o que a história demonstra ser absolutamente falso*: o poder punitivo continua funcionando do mesmo modo e, às vezes, mais violento e seletivamente ainda, (ZAFFARONI, Raul Eugenio, ALAGIA, Alejandro, BATISTA, Nilo, SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. pg.45)

Essa incapacidade operacional das agências da criminalização secundária faz com que a maioria das condutas criminalizadas praticadas pela população se percam em uma “*cifra oculta*”. A criminalidade legal é uma criminalidade aparente, por representar apenas as condutas conhecidas pelo sistema penal. As estatísticas criminais representam apenas as condutas praticadas por indivíduos vulneráveis ao sistema penal. Indivíduos de estratos sociais periféricos da sociedade não são mais propensos a praticarem crimes, mas são mais propensos a serem “capturados” pelo sistema punitivo no processo de criminalização secundária.¹⁵⁸ Esse recorte de seletividade estrutural confere destaque às agências policiais, pois as agências judiciais estariam limitadas a solucionar os poucos casos selecionados pelas policiais.¹⁵⁹ Assim, o poder exercido pelas agências do sistema jurídico seria de pouca significância no quadro completo de controle social, e o verdadeiro poder político do sistema penal (ora entendido como o conjunto de agências envolvidas com o processo de criminalização) estaria nas agências policiais.

A despeito da validade deste recorte, que reduz a relevância das agências judiciais, não podemos desconsiderar o seguinte fator: embora as agências policiais exerçam um poderoso filtro de seletividade no processo de criminalização secundária, o destinatário final das normas punitivas sempre será o sistema jurídico. Toda norma incriminadora pressupõe uma pena, e no estado moderno a aplicação da pena pressupõe a existência de um procedimento judicial, o que no Brasil é mandamento constitucional, previsto no inciso LVII do art.5º da Constituição.

¹⁵⁸ ANDRADE, op. cit., 2003.

¹⁵⁹ ZAFFARONI, op. cit., 2011. p. 51/52

Em última análise, o crime será sempre um conceito jurídico, e para compreendê-lo, é necessário compreender as dinâmicas específicas do Direito. Assim, após a produção legislativa da norma criminalizadora, o delito será ressignificado pelo sistema jurídico.

O Supremo Tribunal Federal enquanto instituição jurídica está inserido no processo de criminalização secundária.

Mais que isso, o STF está inserido no sistema social “Direito”.

A complexidade inerente ao mundo que nos cerca é uma característica fundamental da realidade. O cenário que se desdobra diante de nós é repleto de possibilidades quase infinitas. De fato, há sempre mais possibilidades no mundo do que um único indivíduo pode realizar. Essa profusão de potenciais se traduz na natureza complexa do mundo, no qual, teoricamente, tudo pode acontecer. Todavia, é importante observar que nem todos os acontecimentos no mundo são predestinados ou necessários, mas, em vez disso, são potenciais ou possíveis. Aqui, reside um dilema intrigante para o observador: diante dessa abundância de possibilidades, somos confrontados com a necessidade de escolher entre inúmeras alternativas de experiência disponíveis. Isso implica que toda realidade no mundo pode tomar diferentes caminhos, adotar diferentes formas e consistir em diversas configurações do que aquelas que observamos. Os sistemas sociais desempenham um papel crucial nesse contexto. Eles atuam como estruturas organizadoras que simplificam e reduzem a complexidade do mundo que nos rodeia, e estabelecem limites e fronteiras que permitem filtrar e direcionar a atenção para elementos específicos da realidade. Esses sistemas são projetados para tornar a complexidade observável e, mais importante, para tomar decisões com base nas informações disponíveis.¹⁶⁰

Isso é, os sistemas sociais funcionam como mecanismos redutores da complexidade do mundo, com forma de tornar a realidade suscetível de ser analisada pelo observador. Em outras palavras, eles são abstrações que nos possibilitam compreender e interagir com a realidade complexa, simplificando-a a um conjunto gerenciável de informações e opções. No entanto, vale ressaltar que essa redução da complexidade é realizada conforme os critérios e lógicas internos de cada sistema social específico, refletindo suas prioridades, valores e finalidades. Esse processo ocorre de modo seletivo, pois a seleção de determina possibilidades de experiências sociais implica na exclusão de outras.¹⁶¹

¹⁶⁰LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito 1. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

¹⁶¹ Ibid.

A sociedade é repleta de possibilidades, e a complexidade é inerente a ela. Diante dessa complexidade, os observadores são confrontados com a tarefa de fazer escolhas em um cenário de múltiplas alternativas. Os sistemas sociais desempenham um papel fundamental ao reduzir a complexidade do mundo, permitindo que a realidade seja observada e interpretada. A sociedade como um conjunto complexo de sistemas sociais autônomos, como a política, o direito, a economia, a ciência, a religião e a educação. Esses sistemas sociais são autônomos porque possuem suas próprias regras, comunicações e operações internas, e não são controlados externamente, mas são autorreferenciais, ou seja, baseiam-se em suas próprias estruturas e processos para se reproduzirem e se manterem. A sociedade é caracterizada por uma multiplicidade de sistemas sociais interconectados, que se comunicam e influenciam reciprocamente. Essa comunicação ocorre por meio de elementos simbólicos, como palavras, sinais e símbolos, e é fundamental para a coordenação e a estabilidade da sociedade¹⁶².

O direito enquanto sistema social é um conjunto de operações comunicacionais autônomas que definem o que é lícito e ilícito.¹⁶³

Portanto, o discurso do Supremo sobre qualquer conduta ou fato social definido como “crime” será sempre um discurso construído a partir de processos comunicativos que estruturam e delimitam o Direito enquanto sistema social independente. O recorte do direito como um sistema social que se auto-reproduz a partir de processos comunicativos, nos possibilita compreender de que modo o Direito se relaciona com fenômenos sociais complexos, como o racismo, eis que é uma análise cujo foco é a distinção entre o sistema social e o meio no qual está inserido.¹⁶⁴

A partir desta perspectiva, em relação ao racismo, o que o sistema jurídico-penal faz é atribuir um significado a um fenômeno do meio externo, e reduzir a complexidade deste fenômeno ao encaixá-lo em suas próprias premissas estruturais. O conceito de racismo no sistema penal se desenvolve a partir de construções semânticas de autolegitimação. Assim, no sistema jurídico-penal, não há como se falar em racismo ou injúria racial (ou qualquer outra conduta criminalizada) sem se falar sobre as demais construções dogmáticas do direito penal, tais como antijuridicidade, culpabilidade, tipicidade e bem jurídico.

O princípio da culpabilidade é bastante ilustrativo dessa dinâmica. Para o sistema jurídico-penal, o crime é uma conduta reprovável, contrária aos valores e normas sociais e

¹⁶² LUHMANN, op. cit., 2016

¹⁶³ LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade [livro eletrônico]. São Paulo: Martins Fontes, 2016

¹⁶⁴ LUHMANN, Niklas. The Theory of Society, Vol. 1, transl. R Barrett. Stanford, CA: Stanford Univ. Press, 2012

fruto de uma atitude interior. A culpabilidade no discurso do direito penal tem distintas funções, tais como evitar a punição por atos de terceiros e a necessidade de vínculo de consciência e vontade entre a conduta e o resultado obtido. Assim, o racismo no direito penal se transforma em uma questão de ordem subjetiva de cada indivíduo. Racismo passa a ser tratado como um problema de ordem individual, e não um problema mais amplo, que afeta as estruturas sociais. Nas palavras de Silvio de Almeida:

O racismo, segundo esta concepção, é concebido como uma espécie de “patologia” ou anormalidade. Seria um fenômeno ético ou psicológico de caráter individual ou coletivo, atribuído a grupos isolados; ou, ainda, seria o racismo uma “irracionalidade” a ser combatida no campo jurídico por meio da aplicação de sanções civis – indenizações, por exemplo – ou penais. Por isso, a concepção individualista pode não admitir a existência de “racismo”, mas somente de “preconceito”, a fim de ressaltar a natureza psicológica do fenômeno em detrimento de sua natureza política. Sob este ângulo, não haveria sociedades ou instituições racistas, mas indivíduos racistas, que agem isoladamente ou em grupo. (ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. p. 25)

No presente trabalho, ao analisar o discurso do STF presente nos julgamentos do Inquérito 4694 e do HC 154248, estamos investigando justamente como o racismo é absorvido pelo sistema jurídico enquanto categoria de conduta ilícita e para isso é fundamental entender o Direito em suas particularidades operacionais-comunicativas, o que não é possível se ele for tratado como mera “agência” que participa de maneira residual no processo de criminalização secundária. O Direito concebido como um sistema social possibilita reconhecer o racismo como um fenômeno externo ao sistema jurídico-penal, sem deixar de reconhecer a existência deste, e sem preocupações em relação à sua legitimidade existencial. Mesmo autores críticos às teorias clássicas justificantes terminam por propor alternativas que de algum modo encontram uma razão de ser para o sistema punitivo, como ocorre na teoria agnóstica da pena proposta por Zaffaroni, baseada em um “funcionalismo redutor”.¹⁶⁵ O que pretendemos aqui é estudar a comunicação produzida pelo direito em relação aos crimes de racismo, a partir dessa concepção que o direito é um sistema com suas próprias dinâmicas internas.

Precisamos aqui esclarecer o uso de termos como “sistema punitivo” “sistema penal” ou “sistema de justiça criminal” presente em autores com Zaffaroni e Vera Regina Pereira de Andrade e a relação com a teoria dos sistemas sociais de Luhmann, e a partir daqui definir qual será a perspectiva que permeia o nosso trabalho. O conceito de sistema de Luhmann possui um caráter referencial, no qual os sistemas são unidades autônomas que operam em sua própria lógica. Esses sistemas são construídos com base em elementos que se

¹⁶⁵ ZAFFARONI, op. cit.

comunicam entre si e, ao fazê-lo, criam sua própria realidade e significado. Os sistemas sociais, como o sistema jurídico, o sistema político, o sistema econômico e outros, não têm uma existência concreta no sentido físico, mas são construídos por meio das comunicações e interações entre seus componentes. Assim, o conceito de sistema em Luhmann é referencial, no sentido de que ele se refere a uma abstração teórica que nos ajuda a compreender as complexas interações e comunicações que ocorrem na sociedade, e nos possibilita analisar como diferentes sistemas sociais processam informações, tomam decisões e se relacionam entre si. Assim, a depender do referencial, é possível enxergar um “sistema punitivo” do qual participam diferentes agências, como os meios de comunicação de massa, a polícia, o judiciário e o sistema prisional. No presente trabalho, não há a proposta de definir os limites do sistema punitivo, e nem nos interessa analisá-lo em sua totalidade, mas sim investigar o discurso do STF enquanto uma instituição inserida no sistema jurídico, que não se confunde com o sistema punitivo, pois este é mais amplo, e abrange agências que estão fora do Direito, como a polícia e os meios de comunicação, e partimos de uma concepção do direito enquanto sistema social, utilizando ferramentas da criminologia crítica para analisá-lo, especificamente em relação ao processo de criminalização secundária do crime de racismo. Assim, aderimos à concepção de que a criminalização ocorre em duas etapas, primária e secundária, mas compreendemos que diferentes sistemas interagem no processo de criminalização secundária. O sistema “direito” atua apenas nos poucos casos que já foram filtrados pela seletividade da criminalização secundária. Chegamos ao seguinte panorama: o racismo existe na sociedade na qual o sistema jurídico está inserido, e com o qual troca constantes informações. A partir daí ocorrem duas dinâmicas que nos interessam neste trabalho. A primeira é que, ao ser absorvido pelo sistema jurídico, o racismo é codificado como “crime”, e recebe um significado específico, que só tem sentido nos próprios limites desse sistema. A segunda, é que o sistema jurídico irá sofrer influência do meio social colonial e racista no qual está inserido, por estar em constante comunicação com ele. Essas duas dinâmicas estão presentes no discurso do STF sobre o racismo enquanto categoria jurídico-penal presente no julgamento do Inquérito 4694 e do HC 154248.

Existem dois saberes que são fundamentais para a compreensão desta ressignificação que o racismo recebe a ser absorvido pelo Direito enquanto crime: o saber doutrinário, presente nos livros e manuais de Direito Penal e Processo Penal, e o jurisprudencial, produzido pelas instituições jurídicas, e ambos dão suporte à (re)produção discursiva do sistema jurídico.

A doutrina fornece a racionalidade teórica da justiça criminal, na qual a pena é concebida para proteger a sociedade, punir os infratores, dissuadir futuros crimes e, cuja aplicação deve respeitar rigorosamente princípios penais e processuais penais liberais (legalidade, ampla defesa, presunção de não culpabilidade, etc.).¹⁶⁶

Já a produção da jurisprudência corresponde à consolidação dos limites do Direito em relação ao ambiente externo. Trata-se de um processo de diferenciação no qual o sistema jurídico constrói para si um ambiente intelectual, em que os processos seletivos de produção de informações do meio passam a ser orientados por regras e decisões próprias do sistema. Estruturas e acontecimentos externos ao Direito, só passam a ter validade no sistema jurídico após filtragem de informações, correspondente ao processo judicial autônomo.¹⁶⁷

2.2. O saber penal na construção do crime: a doutrina

A doutrina penal brasileira é majoritariamente influenciada por teorias produzidas na Europa continental, principalmente na Alemanha.¹⁶⁸ São extremamente influentes no pensamento doutrinário brasileiro as teorias do causalismo, positivismo, neokantismo e finalismo, sendo esta última a base da parte geral do Código Penal brasileiro, reformada a partir da lei 7.209 de 1984. Nas últimas décadas a teoria do funcionalismo ganhou visibilidade principalmente a partir da obra do também alemão Claus Roxin. Sem nos preocuparmos com toda a epistemologia do direito e a genealogia das teorias do delito, prevalece no direito brasileiro o conceito analítico de crime, para o qual o delito é o fato típico, ilícito e culpável. Esta conceituação não se esgota na definição normativa criminalizadora (crime enquanto conceito formal), de modo que o crime não é para o direito apenas aquilo que a lei define como tal.

A tipicidade é dividida em objetiva e subjetiva. A tipicidade objetiva se refere à adequação da conduta do agente aos elementos objetivos e descritivos do crime conforme definido na norma criminalizadora. Por exemplo, a Lei Caó assim define o crime injúria racial:

Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional. (Incluído pela Lei n.º 14.532, de 2023)
Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Assim, a conduta típica do ponto de vista objetivo é injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional.

¹⁶⁶ ANDRADE, op. cit. 2005, p.78

¹⁶⁷ LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980. p.53

¹⁶⁸ GÓES, op. cit; VAZ, op. cit.

A tipicidade subjetiva se relaciona ao elemento subjetivo do crime, ou seja, à intenção ou conhecimento do agente em relação à conduta criminosa. Para uma conduta ser típica subjetivamente, o agente deve agir com dolo ou culpa. O dolo é a vontade consciente e deliberada do agente em cometer a conduta objetivamente típica. Por outro lado, a culpa está presente nas situações nas quais o agente não tem intenção de agir de maneira objetivamente típica, mas o faz por imprudência, imperícia ou negligência. No Brasil, por força do Parágrafo Único do art. 18 do Código Penal, salvo nas situações em que a lei prever expressamente a possibilidade de punição pela modalidade culposa, apenas a forma dolosa de condutas normativamente definidas como crime é punível.

A antijuridicidade é definida pela doutrina dominante como a contrariedade da conduta do agente com o ordenamento jurídico. Mesmo que uma conduta seja típica (ou seja, se encaixe nos elementos objetivos e subjetivos do tipo penal), ela só pode ser considerada criminosa se for antijurídica, isso é, se for praticada em contexto que não atraia a incidência de um causa excludente de ilicitude prevista em lei, que nosso ordenamento jurídico são a legítima defesa, o estado de necessidade e o estrito cumprimento do dever legal/exercício regular de direito (art.23 ao 25 do Código Penal).

Por fim, a culpabilidade conforme é definida pela doutrina como o juízo de reprovação que recai sobre o agente que incorre em um fato típico e antijurídico. Sem entrarmos na extensa produção intelectual sobre a culpabilidade, no ordenamento normativo brasileiro existem três elementos gerais excludentes de culpabilidade: imputabilidade, potencial conhecimento de ilicitude da conduta e inexigibilidade de conduta diversa. A imputabilidade penal ocorre em duas situações: a menoridade penal, sendo 18 anos a idade padrão (art.27 do Código Penal e art.228 da Constituição). O potencial conhecimento de ilicitude é disciplinado pelo art.21 do Código Penal, que prevê a não punição em caso de desconhecimento inevitável sobre a ilicitude do fato. Já inexigibilidade de conduta diversa está prevista no art.22 do Código Penal, e ocorre em caso de cumprimento de ordem hierárquica e coação irresistível.

Percebemos haver uma desconexão entre a ideia de racismo que apresentamos no capítulo anterior, e o racismo enquanto categoria jurídica “crime”. Ao invés de ser visto como uma ideologia fundadora de uma sociedade desigual, no sistema jurídico, especificamente no subsistema “direito penal”, como toda conduta definida como crime, o racismo é relegado a um conceito analítico de condutas individuais. Além disso, há um choque entre uma concepção ampla sobre o racismo e outros elementos presentes na teoria do delito, como a própria concepção em relação ao objeto do Direito Penal, pois este se destina às condutas

humanas que se traduzem em alguma ação no mundo natural. Isso é, o Direito Penal não pune pensamentos e ideias, a menos que eles se materializem de alguma forma, como, por exemplo, na publicação de um livro. Assim, um indivíduo pode ser racista no seu íntimo, mas jamais estará praticando um crime enquanto não traduzir o seu racismo interior em alguma conduta no mundo exterior, e não toda e qualquer conduta, mas apenas aquelas que se adequam ao comando legal de uma norma punitiva.

Aqui vale um esclarecimento: continuaremos utilizando ao longo deste trabalho o termo crime como sinônimo do conceito normativo, ou como sinônimo do tipo penal. Portanto, quando nos referirmos aos crimes raciais, estaremos fazendo referência aos “tipo penais” previstos na Lei Caó e ao “tipo penal” da injúria racial.

A teoria do delito costuma aparecer nos manuais de Direito Penal baseados na “Parte Geral” do Código Penal, normalmente dedicados aos conceitos e princípios gerais da matéria. Os tipos penais são analisados em obras dedicadas aos delitos tipificados no Código Penal e na legislação extravagante (legislação penal fora do Código Penal), de modo que a doutrina penal também produz discursos específicos sobre os crimes raciais, sendo um deles a ideia de que “racismo” e “injúria racial” são delitos distintos, o que será objeto de análise da seção 3.5 do Capítulo III.

Conforme os manuais de Direito Penal, instrumentos da difusão da cultura jurídica,¹⁶⁹ a pena deve proteger os chamados bens jurídicos. Cada crime corresponde a um bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico¹⁷⁰. Embora não exista consenso entre os doutrinadores penais a respeito do conceito de bem jurídico,¹⁷¹ os manuais de Direito Penal e os tribunais tratam o bem jurídico como valor ou interesse protegido por lei, sendo o fundamento do direito penal que justifica a existência de normas penais incriminadoras.¹⁷² Assim, no caso do crime de furto, o bem jurídico tutelado é o patrimônio, no caso do homicídio, o bem jurídico correspondente é a vida. Há na doutrina penal controvérsia sobre a necessidade do conceito de bem jurídico para fundamentar as normas criminalizadoras¹⁷³. No entanto, prevalece na jurisprudência o entendimento de que não há norma criminalizadora

¹⁶⁹ BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

¹⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Robert. Tratado de direito penal: parte geral I. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010; JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2001; NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁷¹ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹⁷³ GRECO, Luis. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito dos crimes de incesto. *in* Revista Brasileiro de Ciências Criminais, n.82, jan-fev/2010. pg.166-185. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

sem algum bem jurídico correspondente. No caso de injúria racial, o bem jurídico correspondente é a honra individual, no caso de racismo é a “dignidade da pessoa humana”¹⁷⁴ ou a “igualdade dos seres humanos”¹⁷⁵.

2.3. O saber penal na construção do crime: a jurisprudência

Aquilo que se chama de jurisprudência penal é a produção do discurso das instituições jurídicas sobre o Direito Penal. Essa produção discursiva ocorre através dos procedimentos normativos que criam regras para a aplicação prática das normas penais pelas instituições do Estado.

No Brasil, o procedimento de punição é disciplinado pela Constituição, que cria princípios básicos para o processo penal, e define regras de competência para processar e julgar a ação penal. De acordo com os manuais de Processo Penal, os principais princípios do procedimento punitivo são os seguintes: a) devido processo legal, que garante que todas as partes envolvidas no processo tenham direito a um processo justo e equitativo, com a oportunidade de apresentar suas defesas e contestar as acusações, e com respeito a todas às regras e garantias legais e constitucionais; b) princípio da presunção de inocência/não culpabilidade, que estabelece que todo indivíduo é considerado inocente até que sua culpabilidade seja comprovada de acordo com a lei em um julgamento justo, o que coloca o ônus da prova sobre a acusação; c) princípio do contraditório e da ampla defesa, o qual assegura que todas as partes envolvidas no processo tenham o direito de apresentar suas alegações e provas, bem como de contestar as alegações e evidências apresentadas pela outra parte; d) princípio da publicidade, que determina que os julgamentos devem ser públicos, a menos que haja razões para a restrição da publicidade, a fim de garantir a transparência e a prestação de contas no sistema de justiça; e) princípio da igualdade da paridade de armas, que garante que as partes envolvidas no processo tenham tratamento igualitário perante a lei, independentemente de sua condição social, econômica ou política; f) princípio do juiz natural, que estabelece que o julgamento deve ser conduzido por um juiz imparcial e cuja competência seja previamente determinada pela lei, e que não tenha interesse pessoal no caso e que tenha sido designado de acordo com as normas legais, g) princípio da obrigatoriedade da ação penal, que pressupõe que é peremptório que a autoridade policial instaure inquérito policial e o órgão do Ministério Público promova a ação penal pública, desde que presentes indícios de

¹⁷⁴ Argumento presente no voto do Ministro Nunes Marques no HC 154.248

¹⁷⁵ É o que defende Guilherme Nucci em artigo disponível em <https://guilhermenucci.com.br/auto-racismo-e-legitimo-e-constitucional/>. Curiosamente, pouco antes de apresentar o bem jurídico correspondente ao crime de racismo, Nucci reproduz o discurso freyriano ao afirmar que “A democracia racial envolve todos os brasileiros”.

autoria e materialidade, h) princípio do duplo grau de jurisdição, que estabelece o direito das partes de recorrerem a tribunais superiores em caso de decisões desfavoráveis em primeira instância.¹⁷⁶

O início da persecução penal começa com a suspeita ou notícia da existência de um fato definido como crime pela norma criminalizadora, que é quando a autoridade policial irá iniciar as investigações. Esta fase é chamada de fase pré-processual, fase inquisitorial ou fase extrajudicial, na qual ainda não se formou o processo judicial. É uma fase na qual o Estado ainda não está exercendo a prestação jurisdicional. Se estiverem presentes indícios mínimos de materialidade e autoria, surge a possibilidade de se requerer ao Judiciário a prestação jurisdicional no caso concreto. Este ato de requerimento da prestação jurisdicional em matéria é a Ação Penal, que se exaure logo após ser exercida. As ações penais se dividem em pública e privada. Em caso de ação pública, compete exclusivamente ao Ministério Público a prerrogativa de exercê-la, e o instrumento adequado para isto é a denúncia. No caso de ação penal privada, o direito de ação é da vítima ou do representante legal, e o instrumento através do qual a prestação jurisdicional é requerida é a queixa-crime. Oferecida a denúncia ou queixa, a denúncia será recebida pelo Juízo competente para processar e julgar a ação, caso estejam presentes os requisitos processuais previstos em lei e se estiverem presentes indícios mínimos de autoria e materialidade. Ao analisar a denúncia, o Juízo não está analisando a culpabilidade do denunciado, apenas a presença de requisitos processuais e a existência de elementos probatórios mínimos que apontem para a possibilidade de existência de materialidade e autoria. Recebida a denúncia, surge o processo em sentido estrito. O denunciado se torna acusado, e será citado para apresentar sua defesa preliminar. Forma-se aí a relação processual, entre Acusação e Defesa. Ao longo do processo as provas serão produzidas, tendo como norte os princípios da ampla defesa e do contraditório. Chegando ao fim esta fase de instrução, as partes apresentarão seus argumentos finais, após os quais o Juízo irá proferir a sentença condenatória ou absolutória.

Obviamente o procedimento processual penal é bem mais complexo do que este resumo apresentado, além de existirem particularidades entre os diferentes procedimentos, além da existência de institutos como a suspensão condicional do processo e a transação penal. Mas em linhas gerais, este é o roteiro básico do processo penal brasileiro, pelo qual passam os poucos casos de crimes de racismo que chegam ao judiciário. Assim, os casos

¹⁷⁶ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm; LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

tipificados como crimes pela Caó (e anteriormente pelo § 3.º do art. 140 do Código Penal) passam por um procedimento específico até a eventual condenação. Há toda uma dinâmica que envolve quase sempre a necessidade da mobilização das vítimas do racismo, das agências policiais e do Ministério Público, até se iniciar o processo propriamente dito, e a partir daí surge um processo regulamentado por princípios liberais, que enfatizam a liberdade individual e a limitação do poder estatal. Como é pública a ação penal nos crimes de racismo, as vítimas sequer são partes no processo. A persecução penal tem como objeto o acusado, e o norte do processo é a pena, cujos objetivos declarados também desconsideram a vítima.¹⁷⁷

É nesse procedimento da burocracia punitiva que se produz a chamada “jurisprudência”. A jurisprudência é o conjunto de decisões judiciais e interpretações legais emitidas pelos tribunais em casos específicos ao longo do tempo, e representa a interpretação dominante estabelecida pelos tribunais sobre a aplicação das normas em uma jurisdição particular.

A jurisprudência desempenha um papel central na autopeiose (ou seja, na autorregulação e autoconstrução) do sistema jurídico. Cada decisão judicial é vista como uma unidade de comunicação que contribui para a evolução e diferenciação do sistema jurídico. As decisões judiciais estabelecem precedentes legais que orientam futuras decisões e, assim, participam da criação e manutenção do direito. O sistema jurídico opera com uma referência interna, ou seja, baseia-se em suas próprias decisões passadas para tomar novas decisões. Isso resulta em um sistema autorreferencial, no qual a jurisprudência desempenha um papel essencial para garantir a continuidade e estabilidade do sistema, e também para garantir sua autonomia funcional em relação aos demais sistemas sociais.

A jurisprudência também é fundamental na adaptação do sistema jurídico às mudanças ocorridas no meio social, adaptações estas que visam a preservação dos limites e da autonomia funcional no sistema.

Cada decisão comunica interpretações do direito, aplicações das leis e estabelecimento de precedentes legais que orientam futuras ações. Essas decisões contribuem para a autorregulação e autoconstrução do sistema jurídico, mantendo sua coesão e estabilidade enquanto permite adaptações às mudanças sociais e culturais, diante da crescente complexidade social.

¹⁷⁷CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; GALVÃO JUNIOR, Roberto Faleiros. *Estudos contemporâneos de vitimologia*. São Paulo: Cultura Acadêmica: Editora UNESP, 2011; CARVALHO, Alexandre Victor de. *Vítima e dogmática*. In: SÉGUIN, Elida (org). *Vitimologia no terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Essa produção comunicativa que ocorre no processo de criminalização secundária é o que investigamos no presente trabalho, especificamente o discurso do STF no julgamento do Inquérito 4694 e do HC 154248, nos quais o Tribunal julgou casos relacionados aos crimes raciais. No capítulo seguinte apresentaremos a metodologia utilizada para a análise do discurso, e apresentamos os resultados obtidos.

III. ANÁLISE DO DISCURSO DO STF SOBRE O RACISMO

3.1. Instrumento de pesquisa: Análise Empírico-Retórica do Discurso

Como exploramos no capítulo anterior, o sistema jurídico opera por meio da comunicação, sendo ela quem estabelece os limites, a estrutura e a autonomia operacional do Direito. A atividade jurídica se fundamenta na construção e transmissão de significados e sentidos por meio da comunicação. Conforme Luhmann:

O modo de operação, que o sistema da sociedade produz e reproduz, é a comunicação provida de sentido. Isso permite dizer que o sistema jurídico, à medida que é um sistema-parte da sociedade, utilizado como modo de operação da comunicação, não pode fazer nada que não seja – como meio do sentido mediante a comunicação – compor formas (sentenças). É trabalho do sistema social possibilitar e tornar isso evidente no curso de uma longa evolução sociocultural. (LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade [livro eletrônico]. São Paulo: Martins Fontes, 2016, pg.29).

Escolhemos a análise retórica como ferramenta para analisar empiricamente a produção comunicativa do direito em relação ao racismo.

A retórica¹⁷⁸ é uma forma de filosofia que rejeita a possibilidade de alcançar uma verdade absoluta, pois considera que conceitos como “verdade” e “realidade” são construções linguísticas. Portanto, todo conhecimento, inclusive as ciências que aspiram à objetividade cartesiana, são formas de narrativas humanas. O Direito, enquanto criação humana, é também uma construção linguística, é um fenômeno social, não sendo uma realidade externa aos indivíduos. Ele se manifesta por meio das práticas sociais que envolvem os discursos jurídicos. Essa perspectiva retórica do Direito é desenvolvida por Sobota, que rejeita a definição do Direito com base em abstrações conceituais e propõe uma abordagem metafórica, e o compara com uma teia de aranha, sustentada pelos próprios participantes do discurso jurídico. Assim como a aranha precisa constantemente tecer os fios que sustentam a teia, o Direito requer uma construção contínua por meio dos discursos jurídicos¹⁷⁹.

Esse recorte possibilita perceber o Direito como um processo linguístico, resultado das interações sociais e em constante evolução. Os indivíduos estão inseridos nesse processo, e o Direito não é externo a eles.

¹⁷⁸ ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, versão digital

¹⁷⁹ SOBOTA, Katharina. The rhetorical construction of law. in: International Journal of the Semiotics of law. Vol. V, n.13. pg.39-54, 1992.

O ponto de partida da aplicação da Retórica ao Direito consiste em pensá-lo como artefato humano e, como tal, inserido na História. Esta, por sua vez, é concebida como um lugar de disputas e conflitos pelo poder de significar o tempo, de produzir realidades, cujo intuito estratégico é o de influir nas disputas pela realidade presente e futura. (REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso constitucional: uma contribuição metodológica para a pesquisa de base em Direito. In: Conpedi/UFSC. (Org.). Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos. Florianópolis, SC: Conpedi, 2014. p. 6)

O Direito é uma prática social que se manifesta por meio da linguagem discursiva, cuja racionalidade não se baseia em conceitos ontológicos de “verdade”, “justiça” ou “certeza”, eis que linguagem é o único meio pelo qual a ação humana pode ser racionalizada, uma vez que é o único acordo possível entre os seres humanos. Nesse sentido, a retórica permite uma análise crítica do Direito, ao rejeitar noções de completude, certeza e objetividade¹⁸⁰.

A teoria do direito enquanto sistema comunicativo e o recorte retórico compartilham a perspectiva de que o ele não é uma entidade ontológica ou pré-existente, mas sim uma construção social e comunicativa. Para Luhmann, a construção, a validade e eficácia do Direito são resultados de uma complexa rede de interações comunicativas que ocorre dentro do próprio sistema jurídico¹⁸¹. Por outro lado, a retórica compreende o direito como uma construção discursiva, e ressalta que ele é resultado de discursos, argumentações e negociações sociais. Ambas essas perspectivas destacam a dimensão social e comunicativa do direito, enfatizando que sua existência e funcionamento dependem da interação humana e dos processos discursivos.

Ao analisar empiricamente o direito, o uso da retórica como instrumento de análise do discurso (retórica analítica) permite examinar os discursos jurídicos em suas diferentes manifestações, como argumentações em tribunais, redação de leis, pareceres jurídicos, entre outros. A retórica como instrumento de análise do discurso pode investigar as estratégias argumentativas utilizadas, a organização discursiva, as escolhas linguísticas e retóricas feitas pelos atores jurídicos¹⁸², permitindo assim compreender a operação básica do direito na concepção luhmanniana, a qual é justamente a comunicação.¹⁸³

Aqui, nosso objetivo é analisar o enquadramento que o sistema jurídico-penal dá às condutas racistas previamente definidas como crime pela legislação, a

¹⁸⁰REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso constitucional: uma contribuição metodológica para a pesquisa de base em Direito. In: Conpedi/UFSC. (Org.). Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos. Florianópolis, SC: Conpedi, 2014.

¹⁸¹LUHMANN, op. cit., 2016.

¹⁸²REIS, op. cit.

¹⁸³LUHMANN, op. cit. 2012.

partir de uma análise de conteúdo de decisões judiciais, na qual utilizamos a Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD)¹⁸⁴. A AERD dialoga com outra forma de análise de conteúdo, como a Análise do Discurso (AD), e tem bases no construcionismo social ou construtivismo, e apresenta uma postura crítica e cética em relação ao conhecimento, ao reconhecer que as formas de compreender o mundo são relativas e condicionais histórica e culturalmente. Assim, a AERD nega o conhecimento como algo ontológico, ou discurso como sendo neutro, pois ambos são socialmente construídos, e a própria investigação dos fenômenos de construção social fazem de uma *práxis*¹⁸⁵.

Uma vez que a AERD se concentra na compreensão da construção social de significados por meio da linguagem, ao aplicar esses métodos para analisar discursos de decisões judiciais, podemos identificar como os significados são criados, negociados e compartilhados entre os participantes do sistema jurídico, permitindo uma compreensão mais profunda de como o Direito opera enquanto sistema social, e nos possibilita compreender como o sistema jurídico constrói a compreensão a respeito de fenômenos sociais, como o racismo, e como eles são traduzidos em termos jurídicos e legais, a partir de um processo de diferenciação em relação aos demais sistemas sociais. Assim, o método utilizado possibilita não apenas uma compreensão sobre os processos de criminalização secundária do racismo, mas também nos fornece ferramentas para pensar criticamente como se dá a diferenciação do sistema jurídico dos demais sistemas sociais, a partir da análise de suas próprias regras e formas de linguagem¹⁸⁶.

A retórica e a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann são abordagens teóricas que, apesar de diferentes bases epistemológicas, podem ser aproximadas pelo foco que ambas fazem na comunicação e na construção do sentido para o Direito. A retórica concentra-se na análise e na produção de discursos persuasivos, e examina os recursos linguísticos e argumentativos utilizados para influenciar as crenças, atitudes e ações dos receptores, e considera a interação entre orador, audiência e contexto, para compreender como a persuasão ocorre através do uso da linguagem. Por outro lado, a teoria sistêmica de Luhmann enfoca a comunicação como um processo fundamental para a construção dos sistemas sociais, os quais são auto-referenciais e autônomos, e se baseiam em comunicações internas e com o meio ao qual estão acoplados para se manterem e se

¹⁸⁴REIS, Isaac Costa. *Limites À Legitimidade Da Jurisdição Constitucional: Análise Retórica Das Cortes Constitucionais Do Brasil E Da Alemanha*. Recife: Tese de doutorado, Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

¹⁸⁵Ibid., p. 67

¹⁸⁶LUHMANN, op. cit., 2016.

reproduzirem. A comunicação é a operação básica desses sistemas, sendo responsável pela geração de sentido e pela diferenciação entre os elementos do sistema¹⁸⁷.

3.2. Definição do *corpus empírico*

Uma primeira questão a ser resolvida na pesquisa qualitativa de decisões judiciais é a própria seleção dos textos a serem analisados¹⁸⁸, ou seja, de definição do *corpus empírico*.

Nesta pesquisa definimos o Supremo Tribunal Federal como corte a ser analisada. Embora não possamos reduzir o sistema jurídico a esta corte, entendo que para a proposta da investigação, o STF fornece o material mais rico para análise, pois além de exercer função de “guardião da Constituição”, também funciona como órgão de cúpula do poder Judiciário. Em termos de sistema penal, o STF julga ações penais originárias, a partir da competência estabelecida na alínea “c” do inciso I do art. 102 da Constituição; também julga Recurso Extraordinário (RE) contra acórdão proferido por tribunais de outras instâncias, Recurso Ordinário (RO) contra acórdão de tribunais superiores que não tenha concedido ordem de Habeas Corpus, bem como processa e julga os chamados Habeas Corpus substitutivos, que são aqueles impetrados em situações nas quais caberiam RE ou RO.

O Supremo é dividido em dois órgãos colegiados, a Primeira e a Segunda Turma, cada qual composta por cinco Ministros e Ministras, além do Plenário, formado pelos Ministros das duas turmas, mais o presidente.

Pela regra estabelecida no art. 9º do Regimento Interno do STF (RISTF), as Turmas são originariamente competentes para julgar todos os instrumentos pelos quais um processo penal pode chegar ao Supremo, cabendo ao relator de cada caso (art. 21 do RISTF) ou a turma (art.11 do RISTF) levar o julgado ao Plenário, conforme a relevância do tema.

Em termos de escolha das decisões do STF a serem analisadas, o principal critério para a escolha dos julgados foi a disponibilidade. Como mencionado na introdução e ao longo do Capítulo I, por diferentes motivos, condutas racistas são pouco punidas criminalmente no Brasil. Há poucos processos penais cuja matéria seja a imputação de condutas previstas na Lei Caó, ou de injúria racial, e o número de processos vai diminuindo

¹⁸⁷RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. Niklas Luhmann: a sociedade como sistema. Porto Alegre: Edipucrs, 2012

¹⁸⁸ADEODATO, João Maurício. Retórica Analítica como metódica jurídica. Jacarezinho: Revista Argumenta do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, nº 18, p, 2013

a cada novo grau de jurisdição. Até 31 de dezembro de 2022, data limite para a definição do *corpus* empírico, encontramos no Supremo onze acórdão relacionados à injúria racial, sendo cinco *Habeas Corpus* (HC), um Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* (RHC) e cinco Agravos no Recurso Extraordinário (ARE); foram encontrados vinte e cinco acórdãos relacionados aos crimes tipificados na Lei Caó, sendo quinze HC, quatro RHC, três inquéritos e três ARE. Deste universo, apenas dois forneceram material discursivo longo o suficiente para produzir uma pesquisa sobre análise discursiva relacionada ao tema do trabalho: o Inquérito 4694 e o HC 15428. Os demais julgados foram resolvidos a partir de questões processuais, como a impossibilidade de reanálise do conjunto probatório; ou foram votos que foram descartados como objeto de pesquisa por serem muito sucintos, como no caso do RHC 119.177¹⁸⁹, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que o mérito foi resolvido em dois parágrafos; ou foram votos em processos cuja matéria foge do tema central desta pesquisa (racismo contra negros e pessoas não brancas no Brasil), como o julgamento do RHC 134682, a respeito de preconceito religioso contra espiritismo kardecista, e o julgado do HC 82424, sobre antissemitismo contra réu acusado de ter publicado um livro que negava a existência do holocausto¹⁹⁰. Como apontamos no Capítulo I, é preciso reconhecer que o racismo é um fenômeno que não se esgota na discriminação contra negros, sendo que o antissemitismo é uma manifestação de racismo, mas no presente trabalho o objeto de pesquisa é racismo de maior evidência na composição da sociedade brasileira, o racismo cometido contra a população negra, mas fazemos a ressalva de que não se pretende aqui minimizar outras formas de manifestações racistas contra outros grupos sociais, muito menos criar qualquer forma de hierarquia de importância entre as diversas formas de discriminação racial. Assim, ficamos com os julgados do Inquérito 4694 (INQ 4604) e *Habeas Corpus* 154248 (HC 154248). O primeiro é um procedimento penal de competência originária, no qual a Primeira Turma analisou o recebimento de denúncia

¹⁸⁹No RHC 119.177, o recorrente estava suscitando atipicidade subjetiva, por suposta ausência de intenção em ofender a vítima, pois as ofensas foram proferidas durante um o "calor da emoção" de uma partida de futebol.

¹⁹⁰O HC 82424 ficou conhecido como "Caso Ellwanger" cujo paciente escritor Siegfried Ellwanger Castan, foi condenado às penas previstas na Lei Caó, por publicar o livro "Holocausto Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século." Nesta obra, Ellwanger negava o Holocausto, questionava a veracidade de diversos aspectos históricos relacionados ao genocídio perpetrado pelo regime nazista durante a Segunda Guerra Mundial e propagava ideias antissemitas. Ele foi condenado por praticar discriminação e preconceito contra judeus, uma vez que suas ideias, expressas no livro, atacavam a comunidade judaica e questionava a veracidade do holocausto. Ellwanger foi condenado em primeira instância, e a condenação mantida nos demais graus de jurisdição. Em 2003, ao julgar o HC 82424, o Plenário decidiu por unanimidade manter a condenação de Siegfried Ellwanger por crime de racismo, entendendo que sua obra ultrapassava os limites da liberdade de expressão ao promover o ódio e a discriminação. O tribunal considerou que as manifestações do autor extrapolavam o direito à livre expressão, caracterizando-se como um discurso que incitava o preconceito e a intolerância.

contra o então deputado federal Jair Bolsonaro, na qual a Acusação imputou ao denunciado a prática de crime de racismo do *caput* do art. 20 da Lei no 7.716/1989 (praticar, induzir ou incitar discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional), por duas vezes, na forma do 70 do Código Penal. O segundo, um *Habeas Corpus* no qual o Plenário discutiu se o crime de injúria racial previsto no § 3º do art. 140 do Código Penal se enquadra na definição de racismo prevista no inciso XLII do art.5º da Constituição para fins de imprescritibilidade penal.

No INQ 4604 a Primeira Turma por maioria rejeitou a denúncia contra o denunciado. No HC 154248 o Plenário por maioria definiu que o crime de injúria racial é imprescritível.

3.3 Definição dos indicadores da análise retórica

A segunda problemática a ser abordada refere-se aos critérios e conceitos de análise selecionados pelo autor da pesquisa. Adeodato afirma que se os conceitos e critérios adotados pelo analista forem excessivamente abrangentes, há o risco de tornarem-se imprecisos, enquanto se forem excessivamente específicos, tendem a aplicar-se apenas a casos particulares abordados pela dogmática. Diante dessa questão, a retórica analítica reconhece a interferência do pesquisador sobre o objeto de estudo, mesmo que se busque uma pretensa neutralidade descritiva¹⁹¹. Além disso, não há regras rígidas a serem seguidas, o que significa que o pesquisador tem a possibilidade de estabelecer parâmetros para a exploração do discurso que será analisado¹⁹².

Nesta fase adotamos o modelo da Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD)¹⁹³, que consiste em modelo de análise empírica do discurso produzido *ad hoc*, diante das hipóteses de cada pesquisa, evitando-se assim pretensões de totalidade e recortes essencialistas¹⁹⁴. AERD como ferramenta de análise empírica se preocupa com aquilo que o discurso comunica e aquilo que ele não comunica¹⁹⁵.

A AERD adota as dimensões de análise *ethos*, *pathos* e *logos*, do modelo retórico aristotélico.

A dimensão *ethos* refere-se ao caráter do orador, e surge no discurso para dar credibilidade, autoridade e legitimidade aos emissores, ainda que indiretamente. No caso de juízes, especialmente de tribunais superiores, o próprio cargo já atribui ao orador

¹⁹¹ADEODATO, op. cit., 2013, p. 22

¹⁹²REIS, op. cit., 2014

¹⁹³REIS, op. cit., 2013.

¹⁹⁴Ibid. p. 66

¹⁹⁵REIS, op. cit. 2014.

autoridade para falar sobre assuntos jurídicos, mas ao longo das decisões, outros elementos são utilizados para reforçar a dimensão *ethos*, tais como demonstração de erudição e necessidade de reforçar alinhamento a valores éticos e morais positivos.

Nos dois julgados analisados, encontramos a mobilização desta dimensão a partir das seguintes estratégias discursivas presentes nos votos dos Ministros e Ministras:

1. **Demonstrações de erudição:** por meio de citações em tom pessoal a obras de diferentes áreas, como música, literatura, filosofia ou figuras históricas, ou citações a autores do Direito em tom pessoal, o orador visa reforçar que é capacidade intelectual acima da média, que estão à altura da responsabilidade que o cargo de Ministro de uma Suprema Corte exige, como neste trecho do voto de Luís Roberto Barroso no Inquérito 4694: “lembro de uma passagem da Eleanor Roosevelt, em que ela dizia que ninguém nesse mundo pode fazer você se sentir inferior sem a sua colaboração”¹⁹⁶

2. **Elogios e adjetivações:** conforme Isaac Reis, os Ministros frequentemente emitem elogios veementes e exagerados aos colegas, o que, do ponto de vista retórico, tem o efeito de projetar em quem faz o elogio as qualidades atribuídas a um parceiro. Em suma, a adulação aos colegas assume características de autorreconhecimento.¹⁹⁷

3. **Demonstração de posicionamento ético e engajamento moral:** o orador procura se apresentar como alguém confiável, íntegro e comprometido com princípios morais. Nos dois acórdãos analisados isto ocorreu principalmente de dois modos distintos. Nos casos em que os Ministros votaram de modo favorável ao denunciado (IQ 4694) e à paciente (HC 154248) sempre houve a mobilização da estratégia de *disclaimer*, ou isenção de responsabilidade, utilizada para estabelecer uma distância ou diferenciação em relação às opiniões ou ideias as quais em seguida irá de algum modo aderir, ou amenizar a gravidade do teor. É o que ocorreu no julgamento do INQ 4694. Ao rejeitarem a denúncia contra o então deputado federal Jair Messias Bolsonaro, que imputou a ele a prática de crime de racismo por falas contra quilombolas, os Ministros fizeram críticas aos termos utilizados pelo denunciado descritos na peça acusatória, como estratégia retórica para evitar associação às posições ou declarações do denunciado: “Nesse meu modo de ver, o Ministro Marco Aurélio deixou bem claro que podemos ter todas as críticas a essas infelicidades e a essas manifestações intolerantes, repugnantes e arrogantes, mas não podemos criminalizá-las”¹⁹⁸. No HC 154248, a mesma estratégia foi utilizada pelo único

¹⁹⁶BRASIL, 2018, op. cit., p. 21

¹⁹⁷REIS, op. cit., 2013. p.164

¹⁹⁸Ibid. p. 21

Ministro a votar de modo favorável à paciente, em que o orador deixa explícito que considera a injúria racial um delito grave: “Sem desconsiderar a gravidade do delito de injúria racial, entendo não ser possível tê-lo como crime de racismo, porquanto as condutas desses crimes tutelam bens jurídicos distintos”.¹⁹⁹

4. Uso de fala em primeira pessoa, opiniões e experiências pessoais para criar um efeito legitimador baseado em virtudes e experiência pessoais, ou exaltando a própria coragem em ter determinado posicionamento ao votar, como surge no voto de Alexandre de Moraes ao relatar sua vivência como secretário de estado: “E digo isso porque, durante quatro anos, como Secretário de Justiça, fui presidente do Conselho do Instituto de Terras do Estado de São Paulo - ITESP, e, lá, atuávamos diretamente com os quilombolas.”²⁰⁰

5. Demonstração de preocupação com o papel do Supremo, e do próprio Ministro/Ministra, em efetivar garantias constitucionais: aqui o posicionamento ético e moralmente engajado do orador surge através da menção à missão do Tribunal (e do próprio julgador) em efetivar o texto constitucional. Nos casos em que os Ministros votaram de modo desfavorável ao denunciado e à paciente, houve forte mobilização do argumento de que o STF tem uma missão civilizatória, que nos dois casos seria, entre outros, o de combater as violências raciais, reconhecer a existência do racismo estrutural na sociedade brasileira, garantir a busca por uma sociedade igualitária e fraterna, ou mesmo permitir que o Brasil honre compromissos estabelecidos e tratados internacionais. O orador tem em vista estabelecer sua credibilidade e autoridade ao destacar a importância dessas questões e a necessidade de ações concretas para enfrentá-las. Já nos votos favoráveis aos réus²⁰¹, os Ministros destacaram a importância da proteção da liberdade de expressão, e das garantias processuais penais.

A dimensão *pathos* refere-se à capacidade do orador de evocar e despertar emoções no auditório. O uso desta dimensão no discurso envolve o uso de linguagem de modo despertar emoções como raiva, paixão, medo, entusiasmo, entre outras, a fim de criar uma conexão emocional com o receptor. Conforme Aristóteles, “os julgamentos que

¹⁹⁹BRASIL, 2021, op. cit. p. 25

²⁰⁰Este trecho está inserido em uma fala mais ampla, em que há mobilização de outras estratégias da dimensão *ethos*, e também da dimensão *pathos* (ver seção 3.5.1.5.).

²⁰¹Em matéria penal, o termo réu é usado para se referir ao acusado no curso do processo. No *Habeas Corpus*, uma ação autônoma, o termo “paciente” é o apropriado para quem sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir. No entanto, a palavra “réu” é utilizada na prática jurídica para se referir a qualquer indivíduo objeto de perseguição penal, incluindo os “pacientes” de *Habeas Corpus*.

emitimos variam segundo experimentamos sentimentos de angústia ou júbilo, amizade ou hostilidade”²⁰².

No julgamento do IQ 4694 e do HC 154248 encontramos esta dimensão sendo mobiliza a partir das seguintes estratégias discursivas:

1. **Argumento *ad terrorem***: nesse tipo de argumento, a ênfase é colocada nas possíveis consequências negativas ou danos que podem ocorrer se o resultado do julgamento diferir da posição defendida pelo orador. O objetivo é influenciar o interlocutor a concordar com determinada ideia, decidir ou adotar um comportamento específico, baseado no temor de consequências negativas, como ocorre no fim do voto do Ministro Barroso no Inquérito 4694: “Mas não receber esta denúncia, diante da gravidade das alocações significaria passar uma mensagem errada para a sociedade brasileira, de que é possível tratar com menosprezo, com desprezo, com diminuição, como se tivessem menor dignidade, sejam as pessoas negras, sejam as pessoas homossexuais”²⁰³.

2. **Ampliação do objeto a ser analisado**: os votos trazem no argumento fatos que não são objeto direito de análise em cada caso concreto, para incrementar a tese defendida por cada Ministro, e por vezes vêm acompanhados de dados empíricos (dimensão *logos*), a fim de reforçar determinado caráter positivo ou negativo. No início do voto do Ministro Fachin, relator do HC 154248, houve bastante menção aos dados sobre a desigualdade racial no Brasil, embora a apresentação dessas estatísticas não fosse essencial para resolver a questão debatida pelo Plenário

3. **Uso de linguagem do senso comum**: ao contrário do que ocorre nas demonstrações de erudição, aqui os Ministros utilizam uma linguagem mais acessível e familiar, para criar empatia com o auditório, ou como forma traduzir o “juridiquês” para uma linguagem de compreensão ampla, como neste trecho do voto do Ministro Fux no Inquérito 4694: “De sorte, Senhor Presidente, que eu, neste momento, diante do contexto de se tratar de um discurso político, não do contexto de se tratar de um discurso ‘vamos acabar com essa raça’, ‘vamos acabar com aquela raça’, não foi isso que foi dito aqui.”²⁰⁴

4. **Uso de fala em primeira pessoa, opiniões e experiências pessoais**: além de mobilizar a dimensão *ethos*, essa estratégia retórica surge como forma de apelo emocional ao envolver o auditório de forma mais direta.

²⁰²ARISTÓTELES. Retórica. Trad. de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2011

²⁰³BRASIL, 2018, op. cit., p. 22-23

²⁰⁴BRASIL, 2018, op. cit., p. 48

Por fim, a dimensão *logos* para Aristóteles é que está relacionado ao uso de argumentos lógicos e racionais para convencer e persuadir uma audiência, e envolve a apresentação de raciocínios coerentes, evidências, exemplos e inferências lógicas para sustentar uma afirmação ou argumento. O objetivo do orador ao lançar mão da dimensão *logos* é persuadir os ouvintes ou leitores por meio da força lógica e da razão, buscando convencê-los de que uma determinada posição é verdadeira ou válida.

Em decisões judiciais a dimensão *logos* normalmente é a que é mais mobilizada, pela própria pretensão do Direito em se apresentar como discurso racional, e surge a partir de citações a códigos legais, doutrina jurídica e a elementos dos próprios autos. Nos votos do Inquérito 4694 e do HC 154248 a dimensão foi mobilizada da seguinte maneira:

1- **Referências a nomas e princípios:** citações ao art. 20 da Lei Caó e à antiga redação do § 3º do art. 140 do Código Penal (anterior à Lei 14.532, de 2023) e ao inciso VII do art. 4º e XLII do art.5º da Constituição apareceram com bastante frequência no julgamento do HC 154248, principalmente por ser um julgamento de definição de teses jurídicas, e de análise de matéria apenas de “direito”, ao contrário do julgamento do INQ 4694, em que o julgamento analisou fatos específicos. Neste último, houve pouca referência aos códigos legais. No julgamento do HC 154248 houve ainda citações à Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 1968. Em relação aos princípios, no julgamento do HC 154248 prevaleceram referências ao princípio da igualdade, enquanto no INQ 4694 tiveram destaque referência aos princípios processuais penais da ampla defesa e do contraditório.

2- **Referências à doutrina:** no contexto do Direito, “doutrina” refere-se ao conjunto de ideias, conceitos, teorias e interpretações desenvolvidas por juristas, estudiosos e acadêmicos sobre determinada matéria analisada no caso concreto. Aqui, incluímos não apenas obras especificamente do Direito, ou aquelas às quais os Ministros explicitamente se referem como “doutrina”, mas também as que surgem como argumento de autoridade na construção argumentativa de cada voto, como as citações à “O que é racismo estrutural?” de Silvio de Almeida que surge em alguns votos do HC 154248, embora o autor seja professor de Direito, esta obra não é uma obra propriamente jurídica.

3- **Referências à jurisprudência do próprio STF:** surge em praticamente todos os votos dos Ministros, e por vezes de modo contextualizado. No Supremo há pouca

matéria julgada no que se refere a casos de racismo, de modo que em alguns casos os Ministros fizeram referências aos julgados nos quais o colegiado sequer analisou a matéria em questão. Por exemplo, no julgamento do HC 15428, Fux afirma que “a Primeira Turma afirmou a imprescritibilidade da injúria racial, merecendo a confirmação pelo Plenário desta Casa, como foi o caso do ARE 983.531, da relatoria de Sua Excelência o Ministro Roberto Barroso, julgado, na Primeira Turma, em 28 de agosto de 2017”²⁰⁵. Na realidade, no ARE 983.531 a Turma sequer chegou a analisar o mérito da questão, pois a imprescritibilidade da injúria racial foi considerado tema infraconstitucional, não sendo possível “rediscutir a matéria sem revolver os fatos para que se chegue à conclusão diversa da encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça”²⁰⁶. Esta necessidade de apontar outros julgamentos do próprio tribunal revela uma tentativa de demonstrar coerência e estabilidade das interpretações constitucionais. O julgamento que foi mais citado ao longo dos votos foi o do caso do HC 84.424/RS (caso Ellwanger).

Importante ressaltar que este recorte apresentado não tem pretensão de objetividade, no sentido cartesiano. Cada análise retórica reflete o olhar do pesquisador sobre o objeto. Diferentes pesquisadores chegarão à diferentes recortes e classificações retóricas. O que não significa que a análise retórica esteja imune a críticas, ou que seja feita sem qualquer critério definido e possível de ser identificado. Esta ausência de pretensão de obtenção de resultados uniformes e o reconhecimento da influência do olhar do pesquisador na construção da pesquisa é própria da Análise Empírica Retórica do Discurso:

A AERD não tem pretensão de objetividade, se por objetividade se entende a obtenção de resultados idênticos de uma análise, mesmo quando realizada por diferentes analistas. Cada análise é profundamente dependente de quem a faz, sendo, por isso mesmo, também irrepitível. Tudo sempre poderia ter sido diferente, se apenas um elemento fosse alterado.

Os indicadores produzidos por um analista podem dar lugar a outros, considerados mais importantes por outro pesquisador. O que não significa, no entanto, que não seja criticável. Como não busca produzir uma verdade sobre o discurso, a AERD toma a crítica como possibilidade de aprofundamento, e não de destruição. Nesse sentido, a sua flexibilidade opera em favor de um processo coletivo e cooperativo, o que exige, no entanto, a aceitação de suas premissas teóricas: só uma AERD pode se arvorar a criticar outra AERD, sob pena de se estabelecer um diálogo de surdos. (REIS, 2012, op. cit., 2013. p.70)

²⁰⁵BRASIL, 2021, op. cit. p. 113

²⁰⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 983.531 distrito federal. Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Brasília, 18 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501521>> Acesso em: 17 de outubro de 2023. p. 1

Outra pontuação necessária é que a AERD não se preocupa com a intenção do orador, e sim com o discurso em si, e no efeito de sentido que este provoca. O analista não está interessado em sentidos ocultos ou na intenção do orador, mas nos textos (como portas de entrada para o discurso) e no efeito de sentido que eles provocam²⁰⁷. Assim, quando ao longo deste trabalho afirmamos que os Ministros/Ministras utilizam alguma estratégia retórica para atingir determinado objetivo, não estamos inferindo como eles/elas pensam na sua subjetividade, estaremos nos referindo ao discurso, aqui entendido como a forma pela qual o orador se materializa. Sob uma perspectiva de Luhmann, estaremos analisando o processo comunicacional que cada julgador desenvolve ao longo dos votos, embora não seja possível verificar o que cada um deles pensa. Os pensamentos individuais fazem parte do sistema psíquico, que opera distintamente dos sistemas sociais, nos quais os discursos se inserem²⁰⁸. Portanto, quando nos referimos à intenção de um Ministro/Ministra, estaremos nos referindo à esfera do sistema social, e não à do sistema psíquico, isto é, estaremos nos referindo ao discurso, entendido como uma forma de comunicação pela qual o orador constrói a realidade social. No modelo da AERD apresentado por Isaac Reis, cada dimensão é subdividida em diferentes indicadores para cada estratégia discursiva, feitos a partir da leitura exploratória das decisões a serem analisadas²⁰⁹, de modo que cada decisão analisada irá apresentar indicadores próprios, e a construção destes dependerá do objeto e objetivos da pesquisa. Aqui nos interessa menos diferentes formas de dimensões *ethos*, *pathos* e *logos*, e mais o discurso sobre o racismo presente no voto de cada Ministro, afinal não se trata de um trabalho de retórica, e esta é utilizada apenas como instrumento de análise. Além disso, ao longo da leitura exploratória do inteiro teor dos votos dos Ministros, identificamos que a subdivisão das dimensões em indicadores não seria relevante para a compreensão do objeto. A AERD não é submetida a regras rígidas, e ao utilizar este instrumento de análise do discurso o pesquisador é livre para promover explorações criativas das análises²¹⁰. Assim, cada dimensão será representada por um único indicador, representados pelas letras **E** (*ethos*), **P** (*pathos*) e **L** (*logos*).

²⁰⁷REIS, op. cit., 2013. p. 67

²⁰⁸LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. São Paulo, Vozes, 2016.

²⁰⁹REIS, op. cit., 2013. p.155

²¹⁰REIS, op. cit., p. 70

3.4. Análise do Inquérito 4694

O primeiro acórdão analisado é da Primeira Turma do STF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual, por maioria, o colegiado rejeitou a denúncia contra o então deputado federal Jair Messias Bolsonaro, denunciado pelo Ministério Público Federal pela suposta prática dos crimes de racismo e xenofobia previstos no art. 20, *caput*, da Lei 7.716/1989, por duas vezes, na forma do art. 70, segunda parte, do Código Penal (concurso formal impróprio).

A denúncia narrou a seguinte conduta:

“No dia 03 de abril de 2017, em palestra realizada no Clube Hebraica do Rio de Janeiro, o parlamentar Jair Messias Bolsonaro se manifestou de modo negativo e discriminatório sobre quilombolas, indígenas, refugiados, mulheres e LGBTs. (...) extrai-se que o denunciado, de maneira livre e consciente, também praticou, induziu e incitou discriminação e preconceito contra comunidades quilombolas.

Jair Bolsonaro tratou com total menoscabo os integrantes de comunidades quilombolas. Referiu-se a eles como se fossem animais, ao utilizar a palavra “arroba”. Esta manifestação, inaceitável, alinha-se ao regime da escravidão, em que negros eram tratados como mera mercadoria, e à ideia de desigualdade entre seres humanos, o que é absolutamente refutado pela Constituição brasileira e por todos os Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário, que afirmam a igualdade entre seres humanos como direito humano universal e protegido.

Não satisfeito, o acusado afirmou que os quilombolas não fazem nada e não servem nem para procriar, depreciando-os de modo enfático e absoluto, apenas por sua condição pessoal.

Jair Bolsonaro ainda consignou, em comparação, que os japoneses são um povo trabalhador, que não pede esmola. Assim, evidenciou que, em sua visão, há indivíduos ou povos superiores a outros, tratando quilombolas como seres inferiores.

Já nos trechos 16:00, 17:16, 56:44 e, principalmente, aos 58:05 do vídeo, Jair Bolsonaro incita a discriminação entre seus ouvintes em relação aos estrangeiros, principalmente ao sustentar situações de envolvimento destes com práticas de guerrilha e luta armada, conforme se extrai do seguinte trecho, já acima transcrito no contexto integral da fala do denunciado: *Mas dentre esses uma minoria que pode fazer um estrago muito maior do que nós enfrentamos, em especial de 66 a 73, numa luta armada e na guerra e guerrilha dentro do nosso Brasil.*(...)Ao assim agir, Jair Messias Bolsonaro praticou a conduta ilícita tipificada no art. 20, *caput*, da Lei 7.716/89, vez que, em seu discurso, tratou os quilombolas como seres inferiores, igualando-os a mercadoria (discriminação) e ainda reputou-os inúteis, preguiçosos (preconceito) e também incitou a discriminação em relação aos estrangeiros, estimulando os presentes no Clube Hebraica, um público de cerca de trezentas pessoas, além de outras pessoas que tiveram acesso a vídeos divulgados do evento a pensarem agirem de igual forma (induzimento e/ou incitação)²¹¹

Ou seja, ao denunciado foi imputada a prática de xenofobia, por incitar a discriminação contra imigrantes venezuelanos, e por racismo, ao chamar quilombolas de preguiçosos e inúteis, e ao os associar com “mercadoria”, por se referir a eles com o uso de

²¹¹BRASIL, op. cit., 2018. p. 52-53

termo (arroba) que é usualmente utilizado para se referir a bovinos . Embora a denúncia não seja o objeto propriamente dito da presente pesquisa, iremos fazer algumas breves considerações sobre alguns pontos da peça acusatória e relacioná-los à investigação geral do trabalho. Observe-se que em nenhum momento a denúncia se refere à conduta do denunciado como “racista”, e não há nenhuma menção na peça acusatória ao termo “racismo”. Para o MPF, o denunciado agiu de modo preconceituoso e discriminatório, mas não mencionou expressamente a natureza do preconceito e da discriminação neste caso específico. Ao fim da denúncia, além da condenação do denunciado, a Acusação requereu a fixação de indenização por “danos morais coletivos”:

IV) a conduta imputada ao denunciado é severamente reprovável e atingiu valores e princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos nos artigos 1.º, 3º-IV e 5º-*caput* da Constituição, que garante a dignidade da pessoa, a igualdade de todos perante a lei e expressamente veda qualquer forma de discriminação. Nesse contexto, a conduta do denunciado atingiu bem jurídico constitucionalmente protegido e que transcende a violação dos direitos constitucionais específicos dos grupos diretamente atingidos com a suas manifestações de incitação ao ódio e à discriminação para revelar violação a interesse difuso de toda sociedade, constitucionalmente protegido. Assim, requeiro a condenação por danos morais coletivos, com fundamento no artigo 387-inciso IV do Código de Processo Penal, no valor indenizatório mínimo de R\$ 400.000,00.²¹²

Novamente aqui, a conduta do denunciado é descrita apenas como “reprovável”, que teria violado os valores e princípios fundamentais da República, isto é, a “dignidade da pessoa” e a “igualdade”, e ainda segundo o MPF, a conduta do denunciado transcendeu os direitos dos grupos propriamente atingidos (imigrantes venezuelanos e quilombolas) e violou interesse difuso da sociedade, razão pelo qual foi requerido um valor indenizatório de R\$ 400.000 (quatrocentos mil reais) por danos morais coletivos.

Apesar da denúncia imputar ao denunciado condutas tipificadas na Lei Caó, a peça invisibiliza o racismo e as vítimas de condutas racistas, ao tratar a questão racial por meio de lentes liberais, transformando o racismo em uma mera violação de princípios republicanos abstratos, cuja vítima principal é “toda sociedade”, quase como se a denúncia resistisse em apontar que os crimes imputados ao denunciado na peça acusatória eram crimes de racismo.

Por maioria, a Primeira Turma rejeitou a denúncia contra Jair Messias Bolsonaro. O relator Marco Aurélio votou pela rejeição da denúncia em relação ao crime de racismo e de xenofobia, no que foi acompanhado por Luiz Fux e Alexandre de Moraes.

²¹²BRASIL. Ministério Público Federal. Denúncia contra Jair Messias Bolsonaro. Disponível em <<https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/DenunciaBolsonaroTarjado.pdf>> Acesso em 05 de dezembro de 2023.

Rosa Weber votou por rejeitar em relação ao crime de xenofobia, mas recebeu em relação ao crime de racismo. Luis Roberto Barroso votou por receber a denúncia em relação ao crime de racismo, por rejeitar em relação à xenofobia, e inovou ao receber por incitação ao crime (art. 286 do Código Penal) praticado contra a comunidade LGBTQA+, embora a denúncia não imputasse tal conduta ao denunciado.

Duas teses principais embasaram a rejeição da denúncia nos votos de Marco Aurélio e Alexandre de Moraes: o denunciado estaria protegido pela imunidade parlamentar, e as condutas narradas na peça acusatória inicial não seriam típicas, pois as falas proferidas pelo denunciado não se enquadrariam no tipo penal do *caput* do art. 20 da Lei. 7.716/89. Luiz Fux votou pela absolvição sumária, por atipicidade de conduta.

O acórdão foi assim ementado:

DECLARAÇÕES – CARÁTER DISCRIMINATÓRIO – INEXISTÊNCIA. Declarações desprovidas da finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação não se investem de caráter discriminatório, sendo insuscetíveis a caracterizarem o crime previsto no artigo 20, cabeça, da Lei nº 7.716/1989. DENÚNCIA – IMUNIDADE PARLAMENTAR – ARTIGO 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INCIDÊNCIA. A imunidade parlamentar pressupõe nexos de causalidade com o exercício do mandato. Declarações proferidas em razão do cargo de Deputado Federal encontram-se cobertas pela imunidade material.
(Inq 4694, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 31-07-2019 PUBLIC 01-08-2019)²¹³

Algumas considerações, antes de entrarmos na análise retórica. A imunidade parlamentar sequer foi objeto de análise no voto de Luiz Fux, que formou maioria para rejeitar a denúncia, no entanto, esta tese aparece na ementa, que sempre é produzida pelo relator, ou por quem profere o voto divergente vencedor, conforme o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Assim, normalmente a ementa retrata o voto de quem a produz, ao invés de refletir os diferentes fundamentos apresentados pelos Ministros e Ministras.

Interessante ainda observar que, conforme o Código de Processo Penal, a atipicidade de denúncia é causa de “absolvição sumária” (art. 397) e não de rejeição de denúncia (cujas hipóteses estão previstas no art. 396), mas apenas Luiz Fux votou pela absolvição sumária. Nos votos de Marco Aurélio e Alexandre de Moraes, a atipicidade de denúncia foi utilizada como argumento para “rejeição”.

²¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa de acórdão do Inquérito 4894.. Disponível em <BRASIL. Ministério Público Federal. Denúncia contra Jair Messias Bolsonaro. Disponível em <<https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/DenunciaBolsonaroTarjado.pdf>> Acesso em 05 de dezembro de 2023.> Acesso em 05 de dezembro de 2023.

O inteiro teor do acórdão do Inquérito 4694 apresenta um total de 70 páginas. Para a pesquisa analisamos apenas os trechos dos Acórdãos classificados como “Votos”, e desconsideramos o relatório. Também não analisamos trechos nos quais o voto discutiu as duas preliminares processuais apresentadas pela Defesa, de inépcia da denúncia e de imunidade parlamentar, e também trechos dos votos nos quais o objeto foi a acusação de discriminação contra estrangeiros²¹⁴, eis que aqui nos interessa as falas proferidas contra as comunidades quilombolas.

Foram desconsideradas intervenções, pois poderia dificultar a posterior compilação dos dados, bem como os trechos do voto destinados ao mero relatório do caso concreto.

Na tabela abaixo estão destacados os trechos do Acórdão que foram analisados:

MINISTRO/MINISTRA	INTERVALO DE PÁGINAS
Marco Aurélio	9-14
Luís Roberto Barroso	19-23
Rosa Weber	25-26; 34-36
Luiz Fux	44-49
Alexandre de Moraes	65-70

Tabela 1. Partes do inteiro teor do acórdão do Inquérito 4694

A análise consistirá em examinar as decisões judiciais por meio da identificação de indicadores específicos, registrando e contabilizando as ocorrências relacionadas a cada um deles. No último capítulo, juntamente com a análise do julgamento do HC 154248, a partir do modo como o Supremo Tribunal Federal (STF) abordou o racismo nesses casos em termos de construção discursiva, faremos reflexões críticas sobre os limites e possibilidades para o enfrentamento do racismo pelo sistema de justiça de criminal.

Para a indicação das ocorrências serão considerados os seguintes critérios:

- a) a unidade da ocorrência corresponde ao parágrafo em que ela é identificada.
- b) havendo mais de uma ocorrência na mesma página, o indicador será contabilizado mais de uma vez.

²¹⁴Embora exista relação íntima entre racismo e xenofobia, não é propriamente o objeto deste trabalho.

- c) quando o parágrafo no qual se encontra determinado indicador se prolongar por mais de uma página, o indicador será contabilizado uma única vez em relação a esse parágrafo.
- d) é possível a ocorrência de mais de um indicador no mesmo parágrafo ou na mesma página.
- e) é possível que determinado trecho seja enquadrado em mais de um indicador.

3.5.1. Dimensão *ethos* (E), *pathos* (P) e *logos* (L) do INQ 4694

3.5.1.1. Voto do Ministro Marco Aurélio

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	1	14,5%
P	1	14,5%
L	5	71%
Total	7	100

Tabela 2. Quantificação das ocorrências no voto de Marco Aurélio

O argumento presente no voto de Marco Aurélio para considerar atípicas as condutas descritas na petição inicial é construído a partir da ideia de que as falas proferidas pelo denunciado não eram discriminatórias, pois não estariam presentes todos os requisitos necessários para a caracterização de um discurso discriminatório²¹⁵:

Conforme aponta a doutrina, a caracterização de discurso discriminatório exige que a manifestação preencha, sucessivamente, três requisitos, sem os quais não há falar em enfoque discriminante de caráter negativo e, conseqüentemente, em comportamento sujeito à tutela penal (p.11)

Para corroborar o raciocínio, o voto menciona Norberto Bobbio (dimensão *logos*) como argumento de autoridade. Na citação de Bobbio, retirada de “Elogio de Serenidade e Outros Escritos”, discuti-se as diferentes fases do processo de discriminação e como ele se desenvolve. Segundo consta no trecho presente no voto de Marco Aurélio, a

²¹⁵Em 2018, ainda não havia sido introduzido na Lei 7.716/1989 o art. 20-C, que define o conceito de discriminação. Isso só ocorreu em 2023.

discriminação ocorreria em três etapas, a primeira baseada em uma simples constatação da diversidade entre indivíduos ou grupos, sem que haja necessariamente um julgamento discriminatório; na segunda etapa, ocorre um juízo de valor em relação às diferenças constatadas na etapa anterior, e um dos grupos é considerado bom, civilizado, superior em aspectos intelectuais ou morais, enquanto o outro é visto como mau, bárbaro ou inferior; terceira fase seria a crucial no processo de discriminação, por ir além do mero julgamento de superioridade, e nesta etapa não bastaria que um grupo se considere superior ao outro, seria também necessário que esse julgamento de superioridade seja seguido de consequências negativas, como a escravidão, exploração ou mesmo eliminação do grupo considerado inferior. Sem estas intenções, não existiria discriminação.

Assim, Marco Aurélio entende que no caso concreto o discurso do denunciado denota diferenciação e superioridade, mas não teria a finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação:

“Consoante se depreende do discurso proferido pelo acusado em relação a comunidades quilombolas, as afirmações, embora a consubstanciar entendimento de diferenciação e até de superioridade, mostram-se desprovidas da finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação, razão pela qual, tendo em vista não se investirem de caráter discriminatório, são insuscetíveis a caracterizarem o crime previsto no artigo 20, cabeça, da Lei nº 7.716/1989.”²¹⁶

Segundo o Ministro, “não se pode confundir o interesse na extinção ou redução de reservas indígenas ou quilombolas, com a supressão e eliminação dessas minorias”²¹⁷. Em relação ao termo “arroba” utilizado pelo denunciado para se referir a um quilombola, o Ministro concluiu que o termo foi utilizado com o intuito de “ênfatar estar um cidadão específico do grupo acima do peso tido como adequado”²¹⁸, mas que não haveria conteúdo discriminatório ou preconceituoso na afirmação:

“A par desse aspecto, mostra-se relevante o que articulado pela defesa relativamente ao emprego, no discurso, do termo “arroba”. A utilização do vocábulo não configura ato de desumanização dos quilombolas, no que se teria a comparação a animais, mas sim forma de expressão – **de toda infeliz** –, evocada a fim de enfatizar estar um cidadão específico do grupo acima do peso tido como adequado. Não há conteúdo preconceituoso ou discriminatório na afirmação, não sendo possível afirmar que a fala decorre da condição subjetiva do quilombola.”²¹⁹

²¹⁶BRASIL, 2018, op. cit., p.13

²¹⁷Ibid.

²¹⁸Ibid., p.14

²¹⁹Ibid.

Nesta passagem, no trecho em destaque, encontramos a dimensão *ethos*, na qual o Ministro tenta se desvincular do discurso do proferido pelo denunciado a partir da estratégia de *disclaimer* (isenção de responsabilidade)²²⁰.

Embora o uso da dimensão *logos* (L) seja próprio da construção de decisões judiciais, é revelador que o voto tenha utilizado unicamente uma citação a um historiador-filósofo italiano para restringir o alcance de uma norma penal criada para enfrentamento do racismo no Brasil. Foi desconsiderada toda a produção intelectual sobre as particularidades das relações raciais no país, e a própria referência a Bobbio ocorre de modo descuidado, sem qualquer contextualização sobre qual tipo de discriminação a qual ele fazia referência no texto²²¹. Além disso, ainda que a aplicação no caso concreto dos critérios de Bobbio para ocorrência de discriminação autorizasse a conclusão de que as falas do denunciado não foram discriminatórias, observe-se que tipo penal do art. 20 da Lei 7.716/1989 fala em “discriminação **ou** preconceito”²²², isto é, não haveria necessidade de que a conduta descrita na denúncia fosse discriminatória, pois bastaria que fosse preconceituosa. Embora posteriormente o voto afirme que a fala do denunciado não foi preconceituosa, a citação de Bobbio se restringe a definir discriminação, e não preconceito.

No que se refere à mobilização de argumento L sobre a diferenciação entre a extinção ou redução de reservas indígenas, ou quilombolas, com a supressão e eliminação desses povos, o voto desconsidera que a relação entre indígenas, quilombolas e o território não a mesma do conceito de propriedade privada do direito civil. A territorialidade está intrinsecamente ligada à existência cultural desses povos. Mais do que apenas um espaço físico, o território é um elemento central para a identidade, história, modo de vida e preservação cultural dos povos indígenas e quilombolas²²³, e é central para a preservação da identidade coletiva e autonomia desses povos. Defender o fim das terras indígenas e

²²⁰Estratégia semelhante foi utilizada por Marco Aurélio já na condição de ex-Ministro (ele se aposentou em julho de 2021) quando em entrevista ao portal eletrônico UOL declarou voto em Bolsonaro no pleito presidencial de 2022, mas frisou não ser bolsonarista: <https://www.youtube.com/watch?v=fJjnCt07ois>

²²¹Marco Aurélio já disse publicamente que “Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio”: <https://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>

²²²Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. ([Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97](#))Pena: reclusão de um a três anos e multa. ([Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97](#))

²²³ANJOS, Rafael Sanzio Araújo dos. Cartografia e cultura: territórios dos remanescentes quilombolas no Brasil. Disponível em: < www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/rafaelsanzio.pdf > Acesso em 05 de dezembro. 2023; FERNANDES, Bernardo Mançano. Sobre a tipologia de territórios. In: SAQUET, Marcos Aurelio; SPOSITO, Eliseu Savério (Org.). Territórios e territorialidades: teorias, processos e conflitos. São Paulo: Expressão Popular: UNESP, 2009; HAESBAERT, Rogério. O mito da desterritorialização: do “fim dos territórios” à multiterritorialidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004; SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. O Brasil: território e sociedade no século XXI. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2005

quilombolas implica negar o direito desses povos à sua própria existência cultural e social, eis que a relação com o território vai além da simples posse de um espaço físico, e está intrinsecamente ligada à sua história, cultura, modos de vida, espiritualidade e subsistência. As terras indígenas e quilombolas são espaços onde essas comunidades desenvolvem suas práticas tradicionais, preservam sua língua, seus conhecimentos ancestrais, sua organização social e sua relação com a natureza. Esses territórios são essenciais para a reprodução física e cultural desses povos, garantindo-lhes a autodeterminação, a autonomia e a continuidade de suas tradições. Defender a extinção de terras indígenas e quilombolas, implica em negar a existência desses povos e sua capacidade de preservação cultural, além de perpetuar um processo histórico de colonização, expropriação e opressão que marginaliza e invisibiliza esses povos. Não faltariam fontes para mobilização da dimensão *logos*, pois a produção acadêmica sobre a relação entre territórios e comunidades indígenas e quilombolas é vasta.

Por fim, o Ministro lança mão de argumento *pathos* ao tentar vincular o resultado do seu voto com a defesa da liberdade de expressão:

A crítica também se revela inserida na liberdade de manifestação de pensamento, insuscetível de configurar crime. **A época é própria à veiculação de ideias.** Em Direito Penal, condutas passíveis de censura no plano moral são indiferentes e insuficientes a legitimarem a incidência da norma incriminadora. pg.14 (destaque nosso)

Aqui, a dimensão **P** surge de modo sutil. Ao mencionar a liberdade de expressão de modo informal e pessoal, o discurso visa criar uma conexão emocional com o auditório ao associar o entendimento de que nenhum crime foi praticado nas falas proferidas pelo denunciado à valorização da liberdade, autonomia e direitos individuais.

3.5.1.2. Voto do Luis Roberto Barroso

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	5	38%
P	7	53%
L	1	7,6%
Total	13	100

Tabela 3. Quantificação das ocorrências no voto de Luís Roberto Barroso

O Ministro Luís Roberto Barroso votou pelo recebimento da denúncia, e o discurso foi construído com forte mobilização das dimensões E e P. Logo no início do voto, o Ministro busca estabelecer um posicionamento ético, demonstrando compromisso com princípios democráticos, igualdade e combate aos preconceitos e discriminação grupos minoritários, e vulneráveis (dimensão E):

Presidente, há diversos valores envolvidos aqui, alguns, já destacados pelo Ministro Marco Aurélio: a liberdade de expressão, que, penso, num Estado Democrático, deve ser tratada como uma liberdade preferencial; a imunidade parlamentar, que, igualmente, considero uma conquista democrática relevante para o exercício independente e destemido dos mandatos; e acho que há, aqui, também, uma discussão acerca da proteção de grupos minoritários e de grupos vulneráveis, à vista dos objetivos da República de enfrentar os preconceitos, a discriminação e o racismo. (p.19)

Aqui o discurso procura transmitir uma imagem de responsabilidade e engajamento moral por parte do orador com valores iluministas e democráticos (dimensão E). Em seguida, o voto mobiliza a dimensão P, ao mencionar uma série de falas preconceituosas do denunciado que não estavam descritas na denúncia (além de verbalizações contra quilombolas e indígenas, o voto menciona falas contra mulheres, pobres e falas homofóbicas), o que sugere uma forma de despertar sentimentos de aversão em relação ao denunciado. Esta intenção fica clara logo na sequência, quando o Ministro reconhece que todas essas falas não configuram crime:

Na minha visão do mundo, elas são posições pré-iluministas, mas embora a Constituição seja um produto do iluminismo, ela não obriga a que todos assim sejam. De modo que, quanto a esses pontos, eu penso que a conduta do denunciado está abrigada pela liberdade de expressão e pela imunidade parlamentar e, conseqüentemente, não me parece que possa ser sancionável.²²⁴

Ou seja, a menção a fatos negativos não descritos na denúncia, surge como uma forma de fazer um contraponto ao iluminismo do Ministro (dimensão E), como forma gerar uma resposta emocional (dimensão P) que favoreça a argumentação seguinte: ao utilizar o termo “aroba” para se referir a um quilombola, a denúncia deveria ser recebida, pois o denunciado “comparou pessoas negras a bichos”²²⁵. Note que o voto utiliza o termo “bicho”, como forma de deixar explícito que os fatos descritos na inicial eram reprováveis. A intensidade das respostas emocionais geradas pelo termo “bicho” em comparação com o termo “animais” pode variar dependendo do contexto, das experiências individuais e das

²²⁴BRASIL, 2018. op. cit., p. 20

²²⁵Ibid. p. 21

conotações culturais associadas a essas palavras., mas nos parece que “bicho” carrega uma conotação mais coloquial, informal e, em alguns casos, pejorativa, enquanto a palavra "animais" é mais neutra e descritiva. No contexto dos fatos descritos na denúncia, em que se trata da associação de pessoas negras a “animais” e “bichos”, a palavra “bicho” adquire um significado mais carregado de preconceito e desumanização. Isso se deve ao fato de que o termo “bicho”, quando utilizado pejorativamente em relação aos seres humanos, evoca estereótipos, inferiorização e tratamento desrespeitoso. Portanto, o uso do termo “bichos” pelo Ministro tem o objetivo de destacar a dimensão ofensiva e discriminatória das falas do denunciado, buscando gerar uma resposta emocional mais intensa e enfatizar a gravidade do discurso preconceituoso (dimensão P).

O voto reforça a função do papel do Supremo como garantidor dos direitos fundamentais de minorias, a partir de citações ao ex-presidente americano Eleanor Roosevelt e ao caso Ellwanger (dimensão E), e com menção tripé iluminista “liberdade-igualdade-fraternidade” codificados em linguagem literária, para criar conexão emocional com o auditório (dimensão P) :

A proteção dos direitos fundamentais das minorias é um dos papéis e, talvez, um dos papéis mais importantes de um Tribunal Constitucional. Eu bem diria para as pessoas que podem se sentir afetadas na sua autoestima por declarações tão contundentes, lembro de uma passagem da Eleanor Roosevelt, em que ela dizia que ninguém nesse mundo pode fazer você se sentir inferior sem a sua colaboração. Portanto, para não aceitar o preconceito e a discriminação, basta não aceitar, mas eu penso que as instituições devem inaceitar esse tipo de manifestação. E o Supremo já o fez no caso "Ellwanger", em que a Corte entendeu – e fez muito bem – que a liberdade de expressão não protege o hate speech contra os judeus, de modo que manifestações antissemitas podem constituir prática do crime de racismo.²²⁶

(...)

Ninguém nesta vida é melhor do que ninguém. Talvez essa seja a verdade mais profunda do Universo negligenciada pelos pessoas: a de que somos todos iguais e devemos nos comportar com o mínimo de fraternidade, sem prejuízo da mais ampla liberdade de expressão.²²⁷

Por fim, o Ministro esclarece que o momento de análise de recebimento de denúncia não se confunde com análise da culpa propriamente dita (dimensão L), e conclui com argumento *ad terrorem* (dimensão P):

“Não receber esta denúncia, diante da gravidade destas alocações, significaria passar uma mensagem errada para a sociedade brasileira, de que é possível tratar com menosprezo, com desprezo, com diminuição, como se tivessem menor

²²⁶Ibid. p. 21

²²⁷Ibid. p. 22

dignidade, sejam as pessoas negras, sejam as pessoas homossexuais. E eu não gostaria de passar essa mensagem.²²⁸

Aqui o voto apela ao medo de que uma decisão contrária possa reforçar preconceitos, perpetuar a discriminação e desvalorizar a dignidade de pessoas negras e pessoas homossexuais, e encerra com mobilização da dimensão *ethos*, quando o Ministro se distancia de eventual decisão divergente tomada pelo colegiado.

Em suma, o voto do Ministro Barroso contém um discurso de *barbárie x iluminismo*, no qual o denunciado representa a barbárie, e o próprio orador o iluminismo, e diante dos argumentos mobilizados, as vítimas das ofensas descritas na denúncia surgem como mero objeto retórico para reforçar o papel do Tribunal (e do próprio orador) na proteção de “minorias”.

3.5.1.3. Voto da Rosa Weber

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	2	33%
P	0	0%
L	4	66%
Total	6	100

Tabela 4. Quantificação das ocorrências no voto de Rosa Weber

Rosa Weber votou pelo recebimento da denúncia em voto sucinto no que se refere à tipicidade do crime do art. 20 da Lei Caó. Logo de início, repete a estratégia discursiva de Barroso ao demonstrar preocupação com a liberdade de expressão e de pensamento, a partir de elogios ao advogado do denunciado e com uso de citação ao iluminista Voltaire:

Eu cumprimento o eminente Relator pelo substancioso voto que proferiu, cumprimento o Ministro Luís Roberto, que abriu a divergência, o eminente Vice-Procurador-Geral da República pela bela sustentação oral e, em especial, o Doutor Pitombo, que fez a defesa de uma tese que me é especialmente cara e que diz com a liberdade de pensamento e a liberdade de expressão. Gosto muito de lembrar e de citar Voltaire quando diz: “Não concordo absolutamente com nenhuma palavra que dizeis, mas defenderei até a morte o direito que tendes de dizê-la”.²²⁹

²²⁸Ibid. p.22-23

²²⁹Ibid. p. 25

Assim como no voto do Ministro Barroso, aqui o discurso transmite responsabilidade e engajamento do orador com a liberdade de expressão (dimensão E).

Em seguida, o voto menciona que no momento de recebimento de denúncia, o que o julgador deve analisar é meramente se estão presentes os requisitos processuais mínimos, notadamente os indícios de autoria e materialidade (dimensão L), e ao fazer referência aos fatos descritos na denúncia, conclui que a conduta descrita na peça inicial acusatória se enquadra no tipo penal do art. 20 da Lei Caó:

Em síntese, o discurso ofensivo se refere às comunidades quilombolas, a autorizar, nesta fase preambular, a subsunção aos elementos do tipo penal descrito no art. 20 da Lei n. 7.716/1989 que exige que a conduta discriminatória se refira à “preconceito de raça, cor, etnia, religião ou precedência nacional”. Ressalto que a referência à palavra “arroba”, unidade de medida de peso utilizada principalmente na comercialização de animais e “não serve nem como procriador” juntamente às demais palavras depreciativas, por parte do denunciado, permitem impulsionar a ação penal para uma apreciação mais aprofundada sobre os fatos. O feitiço do discurso externado pelo denunciado autoriza conclusão no sentido de indícios, ao menos, de sua existência, possibilitando a deflagração do processo criminal, sem prejuízo, evidentemente, de melhor apreciação no seu decorrer.²³⁰

3.5.1.4. Voto de Luiz Fux

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	4	30%
P	1	7,6%
L	8	61,5%
Total	13	100

Tabela 5. Quantificação das ocorrências no voto de Luiz Fux

Fux votou pela absolvição sumária do denunciado, por entender que a conduta é atípica. No discurso do voto há forte mobilização de argumentos da dimensão logos (L). A partir de citações doutrinárias e precedentes do próprio STF. De início, o Ministro aponta que o tipo penal do art.20 da Lei 7.716/1989 seria “objeto de severas críticas doutrinárias”²³¹, por ser excessivamente aberto e, diante de uma suposta hierarquia de princípio fundamentais, a incidência desta norma criminalizadora deveria ser restrita aos discursos de ódios. Estes, por sua vez, só restaria configurado quando ultrapassadas três

²³⁰Ibid. p. 36

²³¹Ibid. p. 45

etapas indispensáveis, como defendido por Norberto Bobbio (mesma referência utilizada no voto do Ministro Marco Aurélio — ver item 2.5.1.1.), e como já decidiu o STF no julgamento do RHC 134.682/BA.

Aqui, essa mobilização da dimensão L se dá de modo seletivo, como no voto de Marco Aurélio, pois simplesmente naturaliza a ideia de que a “discriminação” seria um processo que ocorre em três etapas, e menciona Norberto Bobbio como argumento de autoridade e de modo simplificado e sistemático, quase como se o autor tivesse escrito um manual de como identificar uma conduta discriminatória. Não há ainda qualquer menção à qual seria a doutrina que faria severas críticas ao tipo penal do art. 20 da Lei Caó. Assim como nos argumentos apresentados por Marco Aurélio, o voto constrói a argumentação sobre a atipicidade da conduta do denunciado a partir do termo “discriminação”, mas novamente fazemos aqui a ressalva de que o *caput* do art.20 da Lei 7.716/1989 tipifica condutas discriminatórias **ou** preconceituosas, de modo que a aplicação dos critérios de Bobbio ao caso concreto não seria suficiente para motivar uma decisão no sentido compreender os fatos descritos na denúncia como atípicos.

Em seguida, o voto cita em três momentos distintos o artigo “A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*” de Daniel Sarmiento para argumentar que as falas proferidas pelo denunciado se trataram de discurso político, e que criminalizá-las seria o mesmo que atentar contra a liberdade de expressão, em particular a liberdade de expressão política:

Compreendeu-se, na ocasião, que “eventual animosidade decorrente de observações desigualadoras não configura, necessariamente, preconceito ou discriminação”, revelando-se “indispensável que se verifique o especial fim de supressão ou redução da dignidade do diferente”.

Deveras, a doutrina propugna que se evite, a todo custo, que a liberdade de expressão seja criminalizada em razão do conteúdo das ideias manifestadas, tratando-se, no que pertine à democracia, de um direito preferencial (*preferred right*), que, por isso, “*não existe só para proteger as opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela maioria, mas também aquelas que chocam e agridem*” (SARMENTO, A liberdade de expressão e o problema do hate speech, p. 4).

Em suma, deve-se distinguir o discurso efetivamente criminoso, cuja intenção deliberada seja propugnar a inferiorização de determinados grupos, com o fim de suprimir ou reduzir direitos fundamentais garantidos a todos os indivíduos (supondo legítima a dominação, exploração ou escravização), daquele discurso que, embora veiculador de ideias preconceituosas, deve estar sujeito à crítica - mas não à censura da lei penal: “*Aqui, deve valer o princípio de que o melhor remédio para combater uma má ideia é o debate público que desvele os seus desacertos e não a censura*” (SARMENTO, p. 56).²³²

²³²Ibid. p. 46-47

(...)

Por outro lado, dentre as esferas de exercício da liberdade de expressão, discurso político é aquele que merece proteção mais intensa, conforme instrumentos internacionais sobre o tema. Sobre a experiência americana, tradicionalmente protetiva deste direito fundamental, valho-me, ainda aqui, do estudo desenvolvido por Daniel Sarmento, *in verbis*: (...) ²³³

Aqui, a dimensão L é mobilizada de modo a conferir um sentido completamente diverso à obra citada. Pelas citações descontextualizadas presentes no voto do Ministro Fux se tem a impressão de que Sarmento seria um ferrenho defensor da liberdade de expressão como um direito preferencial em relação aos demais direitos fundamentais, em detrimento de uma possível punição de um discurso odioso. Na realidade, em “A liberdade de expressão e o problema do hate speech”, Daniel Sarmento faz um longo ensaio sobre os motivos pelos quais o Estado não pode simplesmente deixar de punir o discurso de ódio em nome da liberdade de expressão, e por que o *hate speech* prejudica o processo democrático:

Se adotarmos uma concepção deliberativa de democracia, que a conceba não como uma mera forma de governo da maioria, ou de agregação e cômputo dos interesses individuais de cidadãos egoístas e autocentrados, mas como um complexo processo político voltado ao entendimento, pelo qual pessoas livres e iguais procuram tomar decisões coletivas que favoreçam ao bem comum, buscando o equacionamento de diferenças e desacordos através do diálogo, veremos que o *hate speech* só prejudica o funcionamento do processo democrático.

Prejudica, porque tende a produzir dentre as suas vítimas ou o revide violento ou o silêncio humilhado. No primeiro caso, há riscos evidentes para a paz social e para a ordem pública. Ao invés de uma discussão voltada para o bem comum, corre-se o risco de deflagração de uma verdadeira guerra no espaço público, em que a política ver-se-ia reduzida ao modelo de Carl Schmitt, de batalha entre inimigos, que é tudo menos democrático.

No segundo caso, as vítimas do ódio, oprimidas, humilhadas e sentindo-se deserdadas por um Estado que se recusa a protegê-las, retraem-se e abandonam a esfera pública. O resultado é prejudicial não só a elas, que são privadas do exercício efetivo de sua cidadania, como a toda a sociedade, que perde o acesso a vozes e pontos de vista relevantes, cuja expressão na arena pública enriqueceria e pluralizaria o debate público. Neste sentido, é plausível a afirmação de que a liberação do *hate speech*, no cômputo geral, produz *menos* discurso do que a sua restrição.

(SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. p. 33-34. Disponível em:

<<https://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosupload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>
Acesso em: 18 de outubro de 2023)

²³³Ibid.

No trecho “Aqui, deve valer o princípio de que o melhor remédio para combater uma má ideia é o debate público que desvele os seus desacertos e não a censura” destacado por Fux, Sarmiento está se referindo especificamente à produção científica, ou seja, não guarda nenhuma relação com os fatos descritos na denúncia.

Após mobilizar a dimensão L para argumentar que o direito de liberdade de expressão (especialmente a expressão política) merece proteção diferenciada do ordenamento jurídico, o voto coloca a conduta do denunciado dentro desta esfera protetiva, com o pretexto que os fatos narrados na denúncia foram meros discursos políticos cuja finalidade foi propor mudanças econômicas positivas para quilombolas e indígenas:

In casu, o acusado expressou um “ponto de vista”, de natureza político e econômico, com uso de retórica contornada de preconceitos, mas com finalidade de: 1) propor mudanças nas medidas governamentais voltadas ao desenvolvimento econômico das regiões destinadas às reservas indígenas ou aos quilombos, por entender que tais políticas não são positivas economicamente;²³⁴

Ao longo do voto também não há nenhuma menção a autores e autoras que discutem as relações raciais no Brasil, ou como o discurso de ódio e de desumanização impactam populações marginalizadas, como os quilombolas, ou ainda, como “proposta para desenvolvimento econômico” podem ser apenas um eufemismo para justificar o extermínio cultural, ao invés de desenvolvimento ancorado em sustentabilidade e auto-determinação.

Mais a frente o voto adota a mesma estratégia discursiva utilizada por Marco Aurélio, quando tenta se distanciar das falas proferidas pelo denunciado (dimensão *ethos*) ao mencionar que elas foram “expressões incompatíveis com o dever ético de tratamento respeitoso e não-leviano dirigido a pessoas em situação de penúria econômica ou de exclusão social”²³⁵ e ao afirmar que as afirmações foram “intolerantes, repugnantes, intolerantes e arrogantes, **mas** que não podemos criminalizá-las”²³⁶, ou seja, uma forma de *disclaimer* (isenção de responsabilidade).

Por fim, Fux conclui com um exemplo do que ele considera que seria um discurso discriminatório:

De sorte, Senhor Presidente, que eu, neste momento, diante do contexto de se tratar de um discurso político, não do contexto de se tratar de um discurso **"vamos acabar com essa raça", "vamos acabar com aquela raça"**, não foi isso que foi dito aqui.²³⁷ (p.49, negrito nosso)

²³⁴Ibid. p. 48

²³⁵Ibid.

²³⁶Ibid. p. 49

²³⁷Ibid.

3.5.1.5. Voto de Alexandre de Moraes

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	5	45%
P	2	18%
L	4	36%
Total	11	100

Tabela 6. Quantificação das ocorrências no voto de Alexandre de Moraes

Alexandre de Moraes votou pela rejeição da denúncia por entender que as falas descritas na denúncia não configuram crime, pois teriam sido uma manifestação política contra o então governo. Após longa exposição sobre a imunidade parlamentar, o voto analisa as condutas imputadas pela Acusação ao denunciado e conclui que elas não ultrapassaram os limites da “liberdade de expressão negativa”, e justifica com citações à Dworkin e a um “célebre conceito” de um professor de Oxford:

Há um célebre conceito do Professor de Oxford, ISAIAH BERLIN, exposto em uma palestra em 1958, que, fez uma dicotomia entre liberdade de expressão negativa e liberdade expressão positiva, afirmando que a essência da liberdade de expressão negativa é a possibilidade de ofender, o que, jamais se confunde com o discurso de ódio. DWORKIN, após citar a palestra, analisa a questão da liberdade de expressão, colocando que o ideal seria que as formas de expressão sempre fosse heróicas, mas defende a necessidade de proteção das manifestações de mau gosto, aquelas feitas inclusive erroneamente (O Direito da liberdade, leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 345, 351 e ss).²³⁸

Neste trecho o voto mobiliza a dimensões *ethos* ao utilizar adjetivações elogiosas para se referir aos autores citados, pois discurso produz o efeito retórico de projetar em si as características imputadas a quem é citado. A mobilização da dimensão E também ocorre a partir do uso de referências a Isaiah Berlin e Dworkin, apresentadas de um modo a sugerir uma proximidade e familiaridade do orador com os autores (demonstração de erudição), transmitindo a ideia de que eles estão envolvidos em um diálogo mais pessoal e informal, o que termina por associar o próprio orador aos autores citados.

²³⁸Ibid. p.67

Assim como nos votos dos outros dois Ministros que votaram pela rejeição/absolvição sumária, Alexandre de Moraes mobiliza a estratégia de *disclaimer* para se distanciar do conteúdo das ofensas proferidas pelo denunciado (dimensão E), e o faz a partir de críticas aos termos narrados na denúncia, e a partir de relatos de sua experiência pessoal enquanto trabalhou como Secretário de Justiça no Estado de São Paulo (dimensão E):

Eu não tenho nenhuma dúvida sobre a grosseria, a vulgaridade e, no tocante aos quilombolas, principalmente, total desconhecimento da realidade nas declarações que foram feitas pelo denunciado. Quando se refere, de uma maneira pejorativa, com uma crítica ácida, grosseira, vulgar aos quilombolas, demonstra desconhecer a realidade dos quilombos. E digo isso porque, durante quatro anos, como Secretário de Justiça, fui presidente do Conselho do Instituto de Terras do Estado de São Paulo - ITESP, e, lá, atuávamos diretamente com os quilombolas. À época, visitei pessoalmente diversos quilombos. Eram vinte e quatro, hoje são trinta e um quilombos no Estado de São Paulo. Inclusive aquele quilombo criticado, em Eldorado, pelo denunciado é o Quilombo de Ivaporunduva, que é o mais antigo da região de Eldorado Paulista e, juntamente com um que é muito próximo, Sapatu, atua há anos, há décadas, na preservação do meio ambiente, no turismo da região, plantação de milho, feijão, inhame, cana, banana, às margens do Rio Ribeira, artesanato; possuindo, ainda, escola, posto de saúde, centro de convivência. Apesar da grosseria das expressões, apesar do erro, da vulgaridade, do desconhecimento, não me parece que a conduta do denunciado tenha extrapolado os limites de sua liberdade de expressão qualificada que é abrangida pela imunidade material.²³⁹

Neste trecho o Ministro tenta demonstrar conhecimento da realidade dos quilombolas, ao relatar sua experiência enquanto presidente do Conselho do Instituto de Terras do Estado de São Paulo. Ao descrever os quilombos de forma positiva, mencionando a preservação do meio ambiente, o turismo local, a produção agrícola, a existência de escola, posto de saúde e centro de convivência, o Ministro concede méritos aos quilombolas, reconhecendo suas contribuições e suas realizações. Essa estratégia tem o objetivo de aparentar uma abordagem imparcial e equilibrada, mostrando que reconhece os aspectos positivos dos quilombos, mas ainda assim mantendo sua posição de que o denunciado não praticou crime de discriminação. Do ponto de vista retórico, esta técnica é a da “concessão”, que se enquadra na dimensão *pathos*. Ao utilizar a concessão, o orador reconhece ou concede algo que aparentemente vai contra sua posição principal, para conquistar a confiança e a simpatia do auditório, ao demonstrar que o emissor é sensível aos argumentos contrários, no caso em específico, sensível à comunidade quilombola. Assim, o orador atenua possíveis críticas, ao apresentar o posicionamento do voto como

²³⁹Ibid. p.49

fundamentado em critérios legais e racionais, e não como resultado de seu posicionamento pessoal em relação aos quilombolas.

Lançada esta estratégia retórica, o voto conclui que as manifestações do denunciado, apesar “do erro, da vulgaridade e do desconhecimento”, não teriam extrapolado para “um verdadeiro discurso de ódio”²⁴⁰, e complementa:

Suas declarações, repito, principalmente as mais grosseiras, e vulgares, em momento algum, tiveram o intuito objetivo de negar ou ser contra o sofrimento causado aos negros e seus descendentes pela escravidão, negar os direitos dos quilombolas, negar a própria escravidão ou seus efeitos. As declarações do denunciado não defenderam ou incitaram tratamento desumano, degradante e cruel, em relação aos negros, nem fizeram apologia do que foi feito no período abominável da escravidão no Brasil. Igualmente, as declarações não buscaram, até pela grosseria e falta de conhecimento, ampliar ou propagar o ódio racial.²⁴¹

No trecho acima, o voto passa a ideia de que o que estava sendo objeto da denúncia era uma negação da escravidão ou dos seus efeitos, ou alguma forma de apologia à escravidão. No entanto, a denúncia imputa ao denunciado a prática o crime do art. 20 da Lei Caó, por utilização do termo “aroba” ao se referir quilombolas e por afirmar que eles “não fazem nada e não servem nem para procriar”, e como já mencionado na análise dos demais votos, o tipo penal em questão prevê a punição para condutas discriminatórias **ou** preconceituosas. Embora a denúncia tenha mencionado o termo escravidão, isto ocorreu no intuito de comparar a fala do denunciado ao tratamento dispensado aos negros no período de escravidão, quando eram tratados como mera mercadoria animal, e em nenhum momento a denúncia narrou que a negação da escravidão era o fato criminoso supostamente praticado.

O Ministro também afirma que as declarações não ampliaram ou propagaram o ódio racial, ainda que a denúncia não tenha imputado ao denunciado a prática de propagar “ódio racial” e ainda que a leitura do art.20 da Lei Caó não permita concluir que o “ódio racial” é a única conduta proibida pela norma:

Igualmente, as declarações não buscaram, até pela grosseria e falta de conhecimento, ampliar ou propagar o ódio racial. Aquela última frase grosseira, conforme já referido, -“*essa raça aí embaixo, uma minoria*”-, referiu-se a todos os brasileiros que recebem bolsa-família, ou seja, não foi direcionada a uma determinada ao negros e seus descendentes. Foi uma agressão gratuita, mas dentro da liberdade de opinião do denunciado protegida pela imunidade material.²⁴²

²⁴⁰Ibid. p. 68

²⁴¹Ibid.

²⁴²Ibid.

Neste fragmento do voto, o Ministro ainda minimiza a conduta do denunciado ao dizer que o termo “essa raça aí embaixo, uma minoria” fez referência a todos os brasileiros que recebem o bolsa-família. Mas aqui, o voto desconsidera que a relação entre classe social, preconceito regional (principalmente contra nordestinos) e preconceito racial presente no Brasil, e ainda o recorte racial envolvido no preconceito contra beneficiários do Bolsa-Família, afinal, cerca de 70% das famílias beneficiadas pelo programa são chefiadas por pessoas negras. Não obstante, ainda que a fala fosse realmente direcionada a todos os brasileiros que recebem a assistência de subsistência, e que este grupo fosse mais heterogêneo do ponto demográfico, isso por si só não seria suficiente para descaracterizar o aspecto de preconceito racial da conduta. O termo “raça” foi utilizado pejorativamente, associando-o a uma conotação negativa, e a racialização de pessoas brancas ocorre a partir da normalização da branquitude, isto é, da normalização da construção de identidade racial associada às pessoas brancas²⁴³, de modo que “raça” é pouco associada às pessoas brancas. A análise do discurso racista não se limita apenas à composição étnica do grupo mencionado, mas também aos estereótipos, preconceitos e a discriminação implícita ou explícita presentes na fala, o que não é mobilizado nenhum momento pelo voto.

3.5. Análise HC 154248

O caso do HC 154248 é ilustrativo de como o sistema jurídico é insuficiente para abordar a categoria de racismo. O acórdão do STF discutiu a natureza jurídica da injúria racial para fins da imprescritibilidade prevista no inciso XLII do art.5º da Constituição da República. Durante muito tempo houve intenso debate na doutrina se o tipo penal previsto no § 3º do art. 140 do Código Penal se equiparava ao crime de racismo tipificado no art. 20 da Lei Caó para fins da imprescritibilidade prevista na Constituição. Por conta da diferente localização normativa, formou-se a seguinte verdade: injúria racial não é racismo, pois racismo é aquilo que está tipificado na Lei 7.716/1989. É um daqueles discursos jurídicos reproduzidos sem maiores reflexões, e que sequer sobrevivem a uma análise minimamente criteriosa. A Lei Caó em nenhum momento faz referência ao termo “racismo”, ela “define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”, mas em

²⁴³CARDOSO, Lourenço. O branco diante da rebeldia do desejo: um estudo sobre a branquitude no Brasil. São Paulo: Tese de doutorado, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 2014; CUNHA, Rogério Sanches. Direito penal - parte especial, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 89; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Código penal interpretado, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1.131

dado momento, os juristas decidiram que “racismo” é o que está tipificado ali, e tudo que está fora tem categoria jurídica diversa. Para além da mera discussão terminológica, a negação da injúria racial como uma forma de racismo impacta a imprescritibilidade e inafiançabilidade da conduta, eis que conforme o inciso XLII do art. 5º da Constituição, racismo é crime imprescritível e inafiançável. Essa verdade se disseminou de modo tão potente, que mesmo em notícias de veículos de imprensa, sempre foi propagada a ideia de que injúria racial e racismo seriam crimes diferentes²⁴⁴. A mesma ideia é difundida em sites de instituições jurídicas, como o do CNJ²⁴⁵. Nos parece um tanto quanto pitoresca qualquer construção argumentativa na qual injúria racial não seja uma forma de racismo, e a naturalidade como tais argumentos são difundidos sem um mínimo questionamento crítico, revela os riscos de reduzir o racismo a um fenômeno pertencente a um único campo do saber, ao abstrair um fenômeno social complexo e tratá-lo como mero artigo de uma lei penal.

Registre-se aqui, que parte da doutrina nunca teve muita simpatia pela criminalização da injúria racial. Em uma edição do seu manual de Direito Penal lançada pouco depois da introdução da injúria racial no Código Penal, Damásio de Jesus lamentou que chamar alguém de “preto”, “pretão”, “judeu”, “baiano” com a intenção de ofender a honra subjetiva previa pena de 1 ano de reclusão, considerada por ele como excessiva, e também viu como desproporcional a pena do furto simples ser igual à pena por dizer “aquilo só podia ser coisa de preto”; a pena da corrupção de menores ser a mesma pena por chamar alguém “negrinho safado”; e que chamar alguém de “católico papa-hóstias” não geraria o mesmo tratamento penal.²⁴⁶ Damásio ainda defendeu que para que a injúria racial fosse punida, seria necessário não apenas a intenção de ultrajar, mas a consciência de que o agente estaria ofendendo devido a sua origem, religião ou raça²⁴⁷. Este é um argumento um tanto quanto inusitado, pois a consciência em relação à ilicitude do fato integra a própria teoria do delito.

Finalmente, com o advento da lei 14.532/2023, o legislador decidiu deslocar a injúria racial do Código Penal para a Lei Caó, que agora no art.2º-A tipifica o crime de

²⁴⁴ORTIZ, Brena. Entenda a diferença entre racismo e injúria racial. G1 DF, 26 de agosto de 2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/08/26/entenda-diferenca-entre-racismo-e-injuria-racial.ghml>> Acesso em 05 de dezembro de 2023)

²⁴⁵BRASIL. Conselho Nacional de Justiça.. Conheça a diferença entre racismo e injúria racial. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/conheca-a-diferenca-entre-racismo-e-injuria-racial/>> Acesso em 05 de dezembro de 2023)

²⁴⁶JESUS, Damásio. Direito penal: parte especial, 2. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 225-226

²⁴⁷Ibid.

“injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional”, encerrando assim qualquer possibilidade de construção argumentativa que não classifique a injúria racial como racismo. Todavia, a verdade estabelecida ainda paira: a nova lei foi anunciada pelo sítio eletrônico do Senado Federal²⁴⁸ como a lei que “equiparou” injúria racial e racismo.

Para distinguir a injúria racial do crime previsto no art. 20 da Lei Caó, em geral, os manuais de direito penal criaram a seguinte critério: quando a conduta do autor se dirige a uma única pessoa, o crime é de injúria racial, quando a conduta se volta contra um coletivo de pessoas, o crime seria de racismo. O bem jurídico tutelado também seria diverso: na injúria racial seria a honra, enquanto no racismo seria a igualdade ou dignidade da pessoa humana.²⁴⁹

Antes da Lei 14.532/2023, o Supremo Tribunal Federal já havia analisado esta questão no HC 154248, quando a condenação de uma senhora que praticou injúria racial chegou até a Corte. Em 2012, em um bairro nobre de Brasília, a ré chamou a vítima, que trabalhava como frentista em um posto de gasolina, de “negrinha nojenta, ignorante e atrevida”. A ré foi condenada por injúria racial a 1 ano de reclusão em regime aberto e 10 dias multa. A defesa recorreu, e a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Foi então impetrado *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, no qual a defesa requereu o reconhecimento da prescrição. O STJ denegou a ordem, por entender que a injúria racial é crime imprescritível nos termos do inciso XLII do art.5º da Constituição. Contra este acórdão, a defesa da ré impetrou novo HC, desta vez perante o Supremo, gerando o HC 154248, cujo relator, Ministro Fachin, afetou o julgamento ao Plenário.

O julgamento teve participação de diferentes organizações do Movimento Negro Unificado (MNU) e Instituto de Defesa dos Direitos das Religiões Afro-Brasileiras (IDAFRO), que atuaram no processo como *amicus curiae*, atores processuais que não fazem parte da relação processual, mas envolvem no julgamento com o propósito de fornecer informações ao tribunal, a partir de algum interesse no objeto da causa.

²⁴⁸CUNHA, Marcella. Sancionada lei que equipara injúria racial ao crime de racismo. Agência Senado, 16 de janeiro de 2023. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2023/01/sancionada-lei-que-equipara-injuria-racial-ao-crime-d-e-racismo#:~:text=Foi%20sancionada%20a%20lei%20que,Lei%2014.532%2C%20de%202023.>> Acesso em 05 de dezembro de 2023

²⁴⁹ANDREUCCI. Ricardo Antônio. Legislação Penal Especial, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.137

O Ministério Público Federal se manifestou por petição pela denegação da ordem, mas no plenário o parecer do Procurador Geral em sustentação oral foi pela concessão da ordem.

Por fim, o colegiado denegou a ordem, e entendeu que o crime de injúria racial é uma espécie de crime de racismo, em acórdão assim ementado:

Ementa: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade. 2. O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS, seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 3. A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo. 4. Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível. 5. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 154248, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

Apenas o Ministro Nunes Marques foi voto vencido, ao aderir à tese de que injúria racial não é racismo. Ao todo, 9 Ministros participaram do julgamento: além da ausência de Gilmar Mendes, na ocasião (28 de novembro de 2021) apenas 10 Ministros e Ministras compunham o Supremo, pois Marco Aurélio havia se aposentando, e André Mendonça assumiria o posto apenas em dezembro daquele ano.

O inteiro teor do acórdão do HC 154248 apresenta um total de 118 páginas. Para a pesquisa analisamos apenas os trechos dos Acórdãos classificados como “Votos”, e desconsideramos o relatório. Também foram desconsideradas intervenções, pois poderia dificultar a posterior compilação dos dados, bem como os trechos do voto destinados ao mero relatório do caso concreto, certidões sobre andamento do julgamento (como pedido de vista) e os extratos de ata.

Na tabela abaixo estão destacados os trechos do Acórdão que foram analisados:

MINISTRO/MINISTRA	INTERVALO DE PÁGINAS
Edson Fachin	7-21

Nunes Marques	24-31
Alexandre de Moraes	40-48
Luís Roberto Barroso	49-51
Rosa Weber	54-64
Dias Toffoli	65
Cármen Lúcia	66-68; 72-108
Ricardo Lewandowski	110-111
Luiz Fux	112-118

Tabela 7. Partes do inteiro teor do acórdão do HC 154248

Para a identificação das ocorrências serão considerados os mesmos critérios utilizados na análise do Inquérito 4694 (ver seção 3.5).

3.6.1. Dimensão *ethos* (E), *pathos* (P) e *logos* (L) do HC 154248

3.6.1.1. Voto do Ministro Edson Fachin

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	2	5%
P	8	20,5%
L	29	74,5%

Total	39	100
-------	----	-----

Tabela 8. Quantificação das ocorrências no voto de Edson Fachin

Fachin votou pelo reconhecimento da injúria racial como forma de racismo. Na primeira parte, o voto estabelece a premissa de que há racismo no Brasil. Na segunda parte apresenta como o racismo se materializa através da produção e circulação de estigmas, para ao fim concluir que a injúria racial é uma forma de materialização de racismo, portanto, um crime imprescritível.

No início do voto, a partir da mobilização de estratégias retóricas P e L, Fachin estabelece a premissa de que o caso concreto não se trata de uma mera discussão

jurídica sobre a imprescritibilidade de crime, mas sim sobre discutir a questão do racismo, e o papel que o STF desempenhará no enfrentamento da desigualdade racial:

“Há racismo no Brasil. É uma chaga infame que marca a interface entre o ontem e o amanhã.

A Constituição de 1988 rompeu o silêncio da razão e estabeleceu como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), além de enunciar como princípio norteador do ente soberano em suas relações internacionais o repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, VIII). O texto constitucional trouxe ainda mandamento de incriminação de condutas racistas, como inafiançáveis e imprescritíveis.

É imperativo constitucional, por conseguinte, não eclipsar a memória de eventos traumáticos pós-escravidão, ainda não finalizados, contra a população negra no Brasil, reconstituída especialmente com testemunhos oculares de experiências, negações e sobrevivências. Nada obstante, cumpre não olvidar as dificuldades do trabalho da história do tempo presente, conforme retrata Marieta de Moraes (FERREIRA, Marieta de Moraes. Notas iniciais sobre a história do tempo presente e a historiografia no Brasil. Tempo e Argumento, Florianópolis, v. 10, n. 23, p. 80-108, jan./mar. 2018. p. 83.).

Tomam parte destes processos, além dos historiadores, no plano de suas atuações, atores sociais e instituições se inserem na constituição desta história do tempo presente.

A trajetória das vidas que se constituem a partir da prática odiosa do racismo encontrou várias intervenções na busca de construir a cidadania racial, concebida pelo professor Adilson Moreira (Cidadania Racial. Quaestio Iuris. vol.10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017. p. 1052-1089), em duas dimensões: (...) ²⁵⁰

Em termos de *pathos* (P), o trecho evoca uma forte carga emocional ao descrever o racismo como uma “chaga infame”. Essa escolha de palavras visa transmitir a gravidade e a indignação do orador em relação ao racismo. Além disso, ao mencionar a persistência de eventos traumáticos pós-escravidão e a necessidade de reconstituir a história com base em testemunhos oculares de experiências, negações e sobrevivências, o texto busca sensibilizar o auditório sobre o impacto duradouro do racismo na população negra.

A partir daí, o voto recorre à dimensão *logos* (L) para embasar a existência do racismo no Brasil ao fazer referência às normas e jurisprudência sobre racismo; mencionar principalmente a obra “Racismo Estrutural” de Silvio Almeida e apontar dados sobre desigualdade racial no Brasil:

Neste propósito, celebram-se os 50 (cinquenta) anos de promulgação da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Sua ratificação expressou condenação e compromisso a adotar políticas de eliminação, em todas as suas formas, da discriminação racial. ²⁵¹

²⁵⁰BRASIL, op. cit., 2021, p. 7

²⁵¹Ibid. p. 8

A Lei nº 12.288/10, institui o Estatuto da Igualdade Racial, celebrado pela sua primeira década de existência e execução de algumas políticas públicas para eliminação de desigualdades de status econômico, social e jurídico, baseadas na raça. A instituição de ações afirmativas para acesso ao ensino superior e ao serviço público (Lei 12.990/14), foram conquistas deste período recente. O Brasil ainda se mobilizou para realizar atividades programadas para a Década Internacional de Afrodescendentes, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 68/237), a ser observada entre 2015 e 2024.²⁵²

A discriminação racial, por sua vez, é a atribuição de tratamento diferenciado a membros de grupos racialmente identificados. Portanto, a discriminação tem como requisito fundamental o poder, ou seja, a possibilidade de efetivo uso da força, sem o qual não é possível atribuir vantagens ou desvantagens por conta da raça (ALMEIDA, Silvio. O que é racismo estrutural? Femininos plurais. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 25).²⁵³

Há uma estratégia *pathos* mais ampla, que envolve a mobilização da dimensão *logos*: ao trazer normas, dados e literatura sobre o racismo, o Ministro amplia o objeto analisado, e transmite a ideia geral de que o julgamento era sobre o enfrentamento ao racismo, e não propriamente sobre a questão da injúria racial.

Em termos quantitativos, a dimensão *ethos* (E) aparece pouco, mas o trecho a seguir funciona como elemento que aglutina as demais estratégias mobilizadas ao longo do voto:

A adoção desses objetivos, princípios e compromissos no plano internacional e em dispositivos situados entre os alicerces do mais importante texto da vida republicana e democrática brasileira, ao pressupor a necessidade de ações do Poder Público e de todos os que vivem neste país para o combate ao racismo, reconhece, por outro lado, que além das violências raciais verbais e físicas perpetradas por indivíduos, há também uma dimensão institucional, todas resultantes do racismo estrutural que marca as relações no seio da sociedade pátria.²⁵⁴

Aqui o voto transmite a ideia de que o combate ao racismo é um dos compromissos do Tribunal e do próprio orador, personificados na figura de “todos que vivem nesse país”.

Na segunda metade do voto, com citação a obras Silvio de Almeida, Adilson Moreira e D.Sue, o voto aponta que racismo não se confunde com discriminação ou preconceito (ao contrário dos votos do Inquérito 4694), e que envolve a “produção e a circulação de estigmas raciais, sejam eles implícitos ou expressos em atos odiosos ou de desprezo, engendrados de uma discriminação que é sistemática, portanto, configuradora do racismo”²⁵⁵

²⁵²Ibid. p. 9

²⁵³Ibid. p. 15

²⁵⁴Ibid. p. 9

²⁵⁵Ibid. p. 18

Finalmente, na parte final do voto, surge o argumento que talvez fosse suficiente para resolver a questão posta:

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

Ademais, já assentei aqui que o ponto de partida para os deslinde do objeto do presente habeas corpus é a compreensão acerca do significado de discriminação racial e da sua forma de materialização.

Inegável que a injúria racial impõe, baseado na raça, tratamento diferenciado quanto ao igual respeito à dignidade dos indivíduos. O reconhecimento como conduta criminosa nada mais significa que a sua prática tornaria a discriminação sistemática, portanto, uma forma de realizar o racismo.²⁵⁶

(...)

Mostra-se insubsistente, desse modo, a alegação de que há uma distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei 7.716/1989 e aquela constante do art. 140, § 3º, do CP. Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que sócio politicamente constitui raça (não genético ou biologicamente), para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido. Sendo assim, excluir o crime de injúria racial do âmbito do mandado constitucional de criminalização por meras considerações formalistas desprovidas de substância, por uma leitura geográfica apartada da busca da compreensão do sentido e do alcance do mandado constitucional de criminalização é restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe vigência. Como bem observa o Ministério Público Federal (...) (pg.20)

(...) Penal. A diferença, desse modo, é meramente topológica, logo, insuficiente para sustentar a equivocada conclusão de que injúria racial não configura racismo. (...) ²⁵⁷

Aqui o voto desmonta o discurso dos manuais de direito penal (que seria invocado no voto seguinte de Nunes Marques), em que a injúria racial é tratada como um crime contra o indivíduo e o racismo um crime contra a coletividade. Em se tratando de racismo, não há como separar o individual do coletivo. Como apontado ao longo do Capítulo I, o racismo envolve concepções hierarquizantes sobre determinado grupo de pessoas, mas ele se materializa contra indivíduos. Um crime de injúria racial não pode ser compreendido sem construções sobre determinado coletivo de pessoas. A mera localização geográfica da injúria racial, não retira sua natureza de conduta racista.

3.6.1.2. Voto do Ministro Nunes Marques

²⁵⁶Ibid. p. 18

²⁵⁷Ibid. p. 21

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	8	30,7%
P	7	26,9%
L	11	42,3%
Total	26	100

Tabela 9. Quantificação das ocorrências no voto de Nunes Marques

Nunes Marques votou pelo não reconhecimento da injúria racial como forma de racismo. O Ministro demonstra estar ciente da estratégia mobilizada por Fachin no sentido de criar um discurso no qual o tema central do julgamento era o enfrentamento ao racismo, e não propriamente a imprescritibilidade da injúria qualificada, pois já no início do voto deixa expresso que o orador repudia o racismo:

Senhor Presidente, cumprimentando os demais integrantes deste Plenário, parabênzo, em particular, o eminente Relator, o Ministro Edson Fachin, que proferiu um denso voto expressando toda preocupação legítima e atual da sociedade brasileira, qual seja, o combate ao racismo. Chaga infame, difícil de ser extirpada.²⁵⁸

Neste trecho, Nunes Marques demonstra empatia com os males do racismo apontados no voto de Fachin. Mais a frente no voto, o Ministro votaria por considerar a injúria racial um crime diverso do racismo, portanto, concedia a ordem para considerar a ocorrência da prescrição no caso concreto, então aqui, Nunes Marques utiliza a mesma estratégia de isenção de responsabilidade utilizada por Marco Aurélio, Fux e Alexandre de Moraes no julgamento do Inquérito 4694, isso é, demonstram aversão ao racismo, mas decidem de modo a minimizá-lo. Aqui o orador define o racismo como uma “chaga infame” que é “difícil de ser extirpada”. Ao longo do voto, não surgem mais nenhum desenvolvimento sobre formas específicas de racismo, os contextos em que ele ocorre, nem as causas e as possíveis soluções para enfrentá-lo. Assim, “Chaga infame, difícil de ser extirpada” surge como uma mera frase de efeito que tem apenas a função retórica de distanciar o julgador da conduta praticada pela paciente que seria favorecida pelo voto proferido pelo Ministro. Além disso, ao sugerir que o racismo é difícil de ser extirpado, o voto sugere que estamos diante de uma questão complexa e de difícil solução, ou seja, de

²⁵⁸Ibid. p. 24

que não há muito o que ser feito ou de que não há perspectiva de mudança significativa. Neste tipo de generalização abstrata, se reconhece a existência de um problema, mas este é apresentado de modo extremamente amplo e genérico que termina por diluir a responsabilidade e a gravidade da questão posta, o que tende a obscurecer a compreensão da complexidade do racismo, pois não aborda a diversidade de experiências e manifestações do problema.

Em seguida, o Ministro evoca o mito da mestiçagem como constitutivo da nação brasileira:

Comungo da mesma preocupação manifestada pelo Relator e compartilhada pelo ilustre representante do Ministério Público Federal. Somos um povo miscigenado, oriundo de diversas etnias e culturas, mas felizmente nos vemos todos como um só povo, o povo brasileiro! E assim deve ser. Por isso, é de especial importância no nosso país, mais ainda do que em outros, que o racismo seja combatido até que dele não haja mais qualquer resquício, porquanto, além de ser um comportamento extremamente injusto e repulsivo, representa perigoso fator de desagregação social, considerada nossa realidade multiétnica.

Todavia, a questão principal que se coloca nestes autos é estabelecer se o crime de injúria racial se equipara juridicamente ao de racismo e, nesse ponto, entendo, com a devida vênia ao Relator, que não.²⁵⁹

A dimensão *pathos* está presente nesse trecho por meio da evocação de sentimentos de união, identidade nacional e pertencimento. Ao mencionar que comunga da mesma preocupação do Relator e do representante do Ministério Público Federal (que proferiu parecer no sentido de reconhecer a injúria racial como imprescritível), o trecho transmite um senso de conexão emocional e solidariedade com a causa do combate ao racismo. Essa tentativa de provocar reações emocionais no auditório é consoante com a estratégia geral do início do voto, no sentido de criar uma atmosfera de “prevenção discursiva”. Esta estratégia envolve a antecipação das críticas ou objeções que podem surgir em relação à decisão tomada e a tentativa de neutralizá-las ou mitigá-las por meio de declarações prévias ou justificativas. A exposição inicial no voto de Nunes Marques surge como um alibi para o resultado do voto, pois ele cria uma autoimagem como a de alguém que está comprometido com a luta contra o racismo, apesar da decisão tomada. Essa estratégia discursiva surge como uma forma de mitigar possíveis críticas ou acusações de parcialidade, ou insensibilidade ao racismo. Ao demonstrar publicamente seu repúdio ao racismo antes de entrar no mérito do julgamento, o orador demonstra que leva o racismo a sério e evitar que a decisão seja vista como um reflexo de preconceitos pessoais.

²⁵⁹Ibid. p. 24

Em seguida, o voto traz a estratégia de isenção de responsabilidade (dimensão E), quando deixa claro que entende que a injúria racial é um delito “grave”, para em seguida argumentar que se trata de crime prescritível:

Sem desconsiderar a gravidade do delito de injúria racial, entendo não ser possível tê-lo como crime de racismo, porquanto as condutas desses crimes tutelam bens jurídicos distintos.²⁶⁰

A partir daí, o Ministro mobiliza a dimensão *logos* argumenta que injúria racial não é racismo, pois, os bens jurídicos tutelados seriam distintos, a traz citações a manuais de Direito Penal:

É que, no crime de injúria racial, o bem jurídico protegido é a honra subjetiva, e a conduta ofensiva se dirige à lesão dela. Já nos crimes de racismo, o bem jurídico-penal tutelado é a dignidade da pessoa humana, a qual deve ser protegida independente de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Nesse caso, as condutas delituosas tratam de ações que, com fundamento e/ou finalidade discriminatórios, prejudicam (ou visam a prejudicar) pessoas pertencentes a um grupo étnico, racial e/ou religioso, ou, por vezes, todo ele.²⁶¹

Nesse sentido, cito a lição do professor Renato Brasileiro de Lima (Manual de processo penal: volume único, 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019) que explica a distinção que venho de expor: (...)²⁶²

Na mesma linha, trago as lições de Cleber Masson (Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018): (...)²⁶³

Ou seja, no crime de racismo, o bem jurídico protegido seria a “dignidade da pessoa humana”, enquanto no crime de injúria racial o bem jurídico protegido seria a “honra subjetiva”.

Esta distinção soa absurda, afinal, preconceitos abstratos contra determinados grupos sociais se materializam contra indivíduos. O racismo surge a partir de construções abstratas sobre a existência de raças e de hierarquias entre elas, e funciona como fundamento para uma série de dinâmicas discriminatórias e preconceituosas contra indivíduos. Ou seja, é o indivíduo quem sofre as consequências das concepções sobre um grupo social. Mesmo condutas direcionadas a uma coletividade abstrata afetam a individualidade. Um crime de injúria racial não é apenas um crime contra a vítima em concreto, é uma violência contra toda a coletividade do grupo social a qual o sujeito

²⁶⁰Ibid. p. 25

²⁶¹Ibid.

²⁶²Ibid. p. 26

²⁶³Ibid. p. 27

pertence. O racismo afeta a individualidade de tal modo, que atravessa até as relações afetivas, como fica claro nesse trecho de “Pele Negra Máscaras Brancas” de Frantz Fanon:

“Da parte mais negra de minha alma, através da zona de meias-tintas, me vem este desejo repentino de ser branco.
Não quero ser reconhecido como negro, e sim como branco.
Ora - e nisto há um reconhecimento que Hegel não descreveu - quem pode proporcioná-lo, senão a branca? Amando-me ela me prova que sou digno de um amor branco. Sou amado como um branco.
Sou um branco.
Seu amor abre-me o ilustre corredor que conduz à plenitude...
Esposo a cultura branca, a beleza branca, a brancura branca”. FANON, Frantz. Pele negra e máscaras brancas. Salvador: EDUFBA, 2008. p. 69)

Quando estamos lidando com o sujeito negro, estamos lidando com as fantasias do branco sobre a negritude²⁶⁴²⁶⁵. O racismo cotidiano vivenciado por pessoas negras (inclusive na forma de insulta racial) são reflexo das construções sociais em torno do “negro” coletivo e do “branco” coletivo, e funciona como obstáculo para o desenvolvimento das capacidades individuais e da personalidade, afetando negativamente a habilidade de comunicação, estabelecimento de dado sociais, autovalorização, desenvolvimento intelectual e profissional²⁶⁶. No caso analisado pelo STF, além da subjetividade da vítima, que foi chamada de “negrinha nojenta, ignorante e atrevida”, a conduta da paciente do HC analisado pelo STF afeta toda a coletividade de pessoas racializadas como negras.

Justiça seja feita ao Ministro Nunes Marques, esta tese distintiva entre injúria racial e racismo reflete apenas o discurso dominante dos manuais de direito penal, completamente descolados da realidade concreta.

Em seguida, o Ministro argumenta que, considerar pela via judicial que a injúria racial é uma forma de racismo seria uma forma indevida de ampliação das hipóteses de imprescritibilidade, o que seria uma violação da separação dos três poderes:

Ademais, acrescento outro relevante ponto ao debate em questão. É imprescindível que se observe a separação dos poderes e as regras de competência legislativa, postulados básicos para o bom e regular funcionamento das instituições da República. Ou seja: apenas ao legislador é dada a faculdade de prever delitos imprescritíveis, os quais são absoluta exceção no direito penal.²⁶⁷

²⁶⁴FANON, Frantz. Pele negra e máscaras brancas. Salvador: EDUFBA, 2008.

²⁶⁵KILOMBA, Grada. Memórias da Plantação [recurso eletrônico]: episódios de racismo cotidiano. Rio de Janeiro: Cobogó, 2020.

²⁶⁶COSTA, Mônica Rodrigues; JESUS, Laís Gonçalves de. Impactos do racismo na subjetividade de indivíduos negros. SER Social, Brasília, v. 19, n. 41, p. 314-335, jul.-dez./2017

²⁶⁷Ibid. p. 26

E assim o são tendo em vista as finalidades do instituto da prescrição que, uma vez configurado, acarreta a extinção do direito de punir do Estado, um dos maiores poderes decorrentes da soberania estatal. Por isso mesmo, nas democracias modernas, há grande preocupação com sua regulação, o que se dá, nos Estados de Direito, pela Constituição e pelas leis²⁶⁸.

O orador se coloca como preocupado com o bom funcionamento da República (dimensão E), e lança mão de argumento *ad terrorem* (dimensão P), ao sugerir que considerar a injúria racial como imprescritível seria uma forma de ampliação do poder punitivo do Estado, em detrimento do instituto da prescrição. O voto continua fazendo alusão à importância do instituto da prescrição a partir da mobilização da dimensão *pathos*:

A pena, por sua vez, tem finalidade preventiva e deve buscar a ressocialização do condenado. Não se admite, nas democracias atuais, que a sanção penal seja vista como mera vingança. Por isso, é consenso que, após certo decurso de tempo, a pena perde seu sentido, transmutando-se em pura vingança estatal. Esse é um dos fundamentos da existência do instituto da prescrição penal, o qual existe no interesse da sociedade e não como mero privilégio do indivíduo, conforme alguns poderiam, equivocadamente, pensar.²⁶⁹

Surgem aqui menções à vingança estatal e à democracia, colocadas como opostos, e se relacionam com o caso analisado da seguinte forma: considerar a injúria racial como uma forma de racismo seria uma forma de vingança, além de ser antidemocrático. Além disso, o voto traz referência à ressocialização do condenado e faz reprimenda a quem considera a prescrição como um “privilégio”. Esta ampliação do objeto analisado (indicador P) reforça o caráter negativo da tese defendida presente no voto Fachin, ao associá-la à violação de garantias individuais, da separação dos três poderes e ao Estado de Direito:

A regulação legal dos fatos definidos como crime e das hipóteses de extinção de sua punibilidade é matéria de reserva legal nos Estados Democráticos de Direito e garantia dos indivíduos em face do poder de império estatal.²⁷⁰

Ao utilizar esta estratégia retórica fundamentada em referências ao instituto da prescrição, o voto termina por desviar o foco da discussão sobre o crime de injúria racial ser ou não ser uma forma de racismo. A diferenciação entre racismo e injúria racial surge de maneira pobre, baseada exclusivamente na ideia do bem jurídico tutelado (honra subjetiva x dignidade da pessoa humana), e com referências a dois manuais de direito

²⁶⁸Ibid. p. 26-27

²⁶⁹BRASIL, op. cit., 2021, p. 27

²⁷⁰Ibid. p. 29

penal. Não há nenhuma referência à literatura sobre o tema “racismo”, ainda que superficialmente, como feito por Marco Aurélio, Fux e Moraes no julgamento do Inquérito 4694. Ao ampliar o escopo da argumentação e trazer à tona considerações sobre a importância da prescrição e de garantias individuais para a democracia, a república e Estado de Direito, o voto desloca a discussão para uma esfera mais abstrata e distante da análise do caso concreto, isto é, discutir se injúria racial é uma forma de racismo para fins da imprescritibilidade prevista no inciso XLII do art.5º da Constituição. O racismo não foi discutido no voto de Nunes Marques.

3.6.1.3. Voto do Ministro Alexandre de Moraes

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	17	51,5%
P	3	9,0%
L	13	39,0%
Total	33	100

Tabela 10. Quantificação das ocorrências no voto de Alexandre de Moraes

Alexandre de Moraes votou pelo reconhecimento da injúria racial como forma de racismo. O voto repete a estratégia retórica do voto de Edson Fachin, no sentido de apresentar forte mobilização no início do voto da dimensão *ethos* para reforçar o papel do Supremo (e conseqüentemente do próprio Ministro/Ministra) em efetivar garantias constitucionais, o que ocorreu a partir de menções aos “objetivos gerais da República Federativa do Brasil” previstos no art. 3º da Constituição e às finalidades da Lei Caó. Assim, de início o Ministro demonstra que o seu voto terá como norte a efetivação do enfrentamento ao racismo previsto na Constituição, e uma contraposição ao voto de Nunes Marques, que estava centrado na ideia de proteção de garantias individuais em relação ao poder punitivo do Estado. É o que observamos nos seguintes trechos ao longo do voto:

Entendo que devemos dar aqui a interpretação que venha a permitir a efetivação plena porque somente com essa interpretação plena, que permita a efetivação do combate ao racismo, nós poderemos produzir efetivos e inúmeros resultados positivos para extirpar essa prática secular no Brasil, promovendo - e aqui vem a ideia de reparação, de redistribuição, de reconhecimento - uma espécie de

compensação pelo tratamento aviltante historicamente aplicado à população negra no Brasil - a ideia de reparação -, viabilizando, dessa forma, um acesso diferenciado à responsabilização penal daqueles que tradicionalmente vêm desrespeitando e discriminando os negros - a ideia de redistribuição. E somente com isso nós poderemos atenuar, por meio dessas condenações penais - e aqui sempre o sentido de retribuição, mas o sentido de prevenção também -, esse sentimento de inferiorização que as pessoas racistas querem impor às suas vítimas.²⁷¹

A interpretação do texto constitucional não pode ser legitimada sem que se aprecie o conjunto das normas vigorantes, em uma necessária homogeneidade equilibrada de todo o ordenamento jurídico, sob pena de grave lesão a dispositivo constitucional, não só quando é violentada a sua literalidade, mas também quando sua aplicação é apartada de seu espírito e de seu conteúdo.²⁷²

O exercício da jurisdição constitucional por esta SUPREMA CORTE, portanto, tem como ponto fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos, afirmados livremente pelo povo em Assembleia Nacional Constituinte, em especial, a defesa dos direitos e garantias (sic) fundamentais de todos, de maneira igualitária e sem quaisquer discriminações entre grupos majoritários e minoritários, (...) E é dever constitucional do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL garantir e concretizar a máxima efetividade das normas constitucionais, em especial dos direitos e garantias fundamentais (...)²⁷³

Há, portanto, necessidade de direcionarmos as regras hermenêuticas para garantir a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante o governo da maioria, (...) Portanto, as previsões constitucionais, e em especial os direitos humanos fundamentais e os princípios fundamentais da República, não são meros enunciados teóricos desprovidos de coercibilidade jurídica.²⁷⁴

No voto de Alexandre de Moraes, a pena está fundamentada não apenas em suas tradicionais funções retributivas e preventivas, mas também na reparação às vítimas de racismo. Mas, ao longo do voto, não há desenvolvimento sobre a figura da vítima de racismo. O orador baseia o voto majoritariamente na necessidade de proteção de princípios liberais constitucionais, do Estado de Direito e da democracia. Mesmo quando o Ministro conclui por meio de um raciocínio lógico que a injúria racial é um gênero da espécie racismo: “Isso, a meu ver, é gênero racismo, espécie injúria racial, mas é do gênero racismo. Consequentemente, imprescritível.”²⁷⁵ Não há maiores considerações sobre a questão racial. As referências doutrinárias (dimensão *logos*), nas quais não há nenhuma literatura sobre racismo, surgem como reforço do papel da Corte na proteção da Constituição e da democracia:

Como se sabe, o exercício da jurisdição constitucional baseia-se na necessidade de respeito absoluto à Constituição Federal, havendo, na evolução das Democracias modernas, a imprescindível necessidade de proteger a efetividade

²⁷¹Ibid. p. 42

²⁷²Ibid. p. 43

²⁷³Ibid. p. 45

²⁷⁴Ibid. p. 46

²⁷⁵Ibid. p. 42

dos direitos e garantias fundamentais, pois, como recorda JORGE MIRANDA (...) ²⁷⁶

maioria, inclusive compatibilizando-se as lições de FERDINAND LASSALE e KONRAD HESSE, no sentido de que uma Constituição tem caráter informador de todo o ordenamento jurídico, e se em sua gênese é “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação” (A essência da constituição: o que é uma constituição? 3.ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 37), após sua edição, “graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social”(A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 24). ²⁷⁷

Muito mais que um voto sobre injúria racial e racismo, o discurso do orador é um reforço do papel do Judiciário como superego da sociedade.

A dimensão *pathos* (P) é pouco mobilizada, mas surge para apontar a necessidade de efetivação do texto constitucional e proteção da ordem democrática e do Estado de Direito:

Sem respeito a essas regras não haverá Estado de Direito, desaparecendo a liberdade e, conseqüentemente, a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama todo o poder emanar do povo, com a conseqüência nefasta do fim da Democracia. ²⁷⁸

Em conclusão, negar ao crime de injúria qualificada a imprescritibilidade equivaleria a diminuir a máxima efetividade das normas constitucionais, às quais deve ser atribuído o sentido de maior eficiência possível, conforme as regras hermenêuticas de interpretação constitucional. ²⁷⁹

Nestes trechos, o argumento *ad terrorem* é evidente. O orador associa o seu voto a proteção do Estado de Direito, liberdade e participação popular, que seriam prejudicados caso prevaleça tese contrária, eis que negar a imprescritibilidade ao crime de injúria racial resultaria em diminuir a efetividade das normas constitucionais, desencadeando potencialmente a fragilização da justiça ou da ordem legal.

Assim, o voto aborda a questão racial de maneira superficial, e têm como foco a efetividade e proteção da Constituição e da estrutura do Estado democrático.

Esta constatação não deve ser confundida como uma crítica específica ao voto aqui analisado, mas sim como uma limitação própria ao direito moderno, que desempenha exatamente o papel de estabilização da ideologia burguesa liberal dominante, e do seu aparato burocrático: o Estado de direito.

3.6.1.4. Voto do Ministro Roberto Barroso

²⁷⁶Ibid. p. 44-45

²⁷⁷Ibid. p. 46

²⁷⁸Ibid. p. 47

²⁷⁹Ibid. p. 48

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	06	60,0%
P	03	30,0%
L	01	10,0%
Total	10	100

Tabela 11. Quantificação das ocorrências no voto de Roberto Barroso

Roberto Barroso apresentou apenas o voto oral, no qual acompanhou Edson Fachin e Alexandre de Moraes. O teor do sucinto voto vai de encontro a ideia central dos votos de Fachin e Alexandre de Moraes: considerar a injúria racial como forma de racismo é uma forma de reforçar a imposição constitucional de enfrentamento ao racismo, ficando evidente no seguinte trecho em que há o uso de argumento *ad terrorem* (dimensão *pathos*):

De modo que penso que a condescendência de considerar aqui uma prescrição reduzida e impedir a possibilidade de repreensão adequada seria uma má solução. Ainda que se admitisse, pela literalidade dos textos, a possibilidade de mais de uma interpretação razoável, penso que a Constituição impõe a interpretação que ajuda no enfrentamento ao racismo estrutural brasileiro.²⁸⁰

Destaque-se ainda o seguinte trecho, no qual o Barroso apresenta um breve histórico sobre discursos sobre a raça no Brasil, mencionando o projeto de embranquecimento da população e o mito da democracia racial:

Ao longo da história republicana brasileira, houve três posições distintas nossas em relação à questão racial. Em um primeiro momento, por chocante que possa parecer, prevaleceram as teorias vindas da Europa de que havia raças superiores e raças inferiores – crença de que uma sociedade mestiça não poderia progredir – e houve tentativas de branqueamento da população. Essa tese contou com a (sic) apoio de intelectuais expressivos, como Sílvio Romero, Euclides da Cunha, Oliveira Vianna e Monteiro Lobato. Hoje em dia, já não há mais quem professe abertamente essa crença, mas, aqui e ali, vez por outra, a gente ainda encontra gente que pensa assim. Uma segunda fase, que prevaleceu no Brasil durante muito tempo, talvez até pouco tempo, foi a tese do humanismo racial brasileiro, para usar uma expressão do Professor Adilson Moreira: a crença de que somos efetivamente uma sociedade miscigenada, portanto não há racismo aqui, porque somos todos, em alguma medida, miscigenados; adotar políticas de ações afirmativas seria uma racialização da sociedade brasileira, uma importação de algo não inerente à nossa formação.²⁸¹

²⁸⁰Ibid. p. 51

²⁸¹Ibid. p. 49

E a passagem na qual o Ministro acrescenta uma narrativa que ouviu de uma juíza (presumivelmente negra):

Essa é uma visão que igualmente merece crítica, porque se conversarmos quinze minutos com uma pessoa negra, ela lhe dirá quantas vezes, cotidianamente, a cor da pele fez diferença no tratamento que mereceu. Eu mesmo, uma juíza maravilhosa, que trabalhou comigo, Doutora Adriana Cruz, que narrava uma história curiosa de que o pai ensinava os filhos a estarem sempre bem vestidos e nunca correrem na rua, para não correr o risco de se supor que tivessem feito alguma coisa errada. Vocês imaginem, portanto, o que é crescer sob a intimidação de, em algum momento, sofrer algum tipo de agressão ou divisão discriminatória.²⁸²

Ambos os trechos são fortes na mobilização da dimensão E. O Ministro se esforça para demonstrar que conhece a história da questão racial no Brasil, e também que, a partir da proximidade com pessoas negras, possui compreensão sobre a realidade subjetiva de pessoas que sofreram violência racial.

3.6.1.5. Voto da Ministra Rosa Weber

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	09	32,0%
P	0	0,0%
L	19	68,0%
Total	28	100

Tabela 12. Quantificação das ocorrências no voto de Rosa Weber

Rosa Weber votou pelo reconhecimento da injúria racial como forma de racismo, portanto, crime imprescritível.

Assim como nos votos de Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, no discurso da Ministra há forte presença da dimensão *ethos*, ao reforçar o papel do Supremo como guardião da Constituição, e quase nenhum discurso sobre o racismo em si.

Entendo, bem por isso, que a igualdade meramente formal – aquela que permite que todos sejam tratados da mesma forma perante a lei, perante a Administração Pública e perante os Juízes e Tribunais – não é suficiente para o adimplemento dos deveres do Estado, para a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais, para a erradicação da pobreza, para a eliminação de todas as

²⁸²Ibid. p. 50

formas de discriminação e preconceito, para atingir, em geral, os objetivos elencados na Constituição.

(...)

É preciso ir além. É preciso caminhar na direção da igualdade material. É preciso que o Estado intervenha, para assegurar condições materiais mínimas de subsistência, de dignidade, de amparo, a todos os grupos sociais vulneráveis. Assim, mediante tratamento diferenciado – legitimado pela existência de desigualdades socioeconômicas e culturais –, aqueles grupos conseguirão ultrapassar a barreira da desigualdade de oportunidades e, dessa forma, realizar-se-ão os objetivos insculpidos em nossa Lei Fundamental.²⁸³

Ao longo do voto, há o reforço ao voluntarismo do Supremo, como no trecho em que Ministra destaca que a “Corte tem compreendido que a prática do racismo engloba não apenas o preconceito decorrente de cor ou raça, mas também o resultante da discriminação religiosa, da etnia ou da procedência nacional”²⁸⁴, e complementa:

O âmbito conceitual da noção de racismo tem sido, pois, densificado pela atividade interpretativa jurisdicional, de modo a garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, sem violar, em momento algum, o princípio da legalidade estrita penal.²⁸⁵

Observe-se que no primeiro trecho destacado, o voto apenas cita o conteúdo do art.1º da Lei Caó, sem mencionar a norma legal, de modo que o voto transmite a ideia de que foi Supremo quem ampliou o significado do crime de racismo, a partir de uma “*atividade interpretativa jurisdicional*” cuja finalidade é garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Mas, na realidade, o núcleo do crime de racismo foi ampliado desde 1997 pelo legislador ordinário, a partir da entrada em vigor da Lei 9.459, que alterou a redação do art.1º da Lei 7.716/1989.

Em relação à dimensão *logos*, o voto também foca em referências e argumentos lógicos que vão de encontro com o papel do STF na garantia de direitos e garantias constitucionais:

Cumprir assinalar a recomendação da doutrina jurídica de que, diante de normas constitucionais que visam a implementar proteções a direitos fundamentais, seja evitado método interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais (FREITAS, Juárez. 2007). Na lição de Jorge Miranda, a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação (MIRANDA, Jorge, 1998), imperativo que assume, na lição de Konrad Hesse, a seguinte sistematização: (...)

²⁸³Ibid. p. 60

²⁸⁴Ibid.

²⁸⁵Ibid.

É por essa razão este Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.424/RS (Tribunal Pleno, Relator p/ o acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ 19.3.2004), rejeitou a tese da defesa de Siegfried Ellwanger, segundo a qual, por não constituírem, os judeus, uma raça, não poderia o paciente, ao produzir e divulgar materiais com conteúdo antissemita, ser enquadrado na Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, tampouco aplicar-se-lhe-ia a imprescritibilidade afirmada no art. 5º, XLII, da CF.²⁸⁶

Não há nenhuma referência a obras ou argumentos relacionados à questão racial em si.

A dimensão *pathos* não se faz presente.

Se no voto do Alexandre de Moraes houve ao menos uma tentativa de explicar de qual seria a importância de punir o racismo, a partir da mobilização de argumentos utilitaristas em relação às funções da pena (reparação simbólica às vítimas e preservação da crença no Estado de Direito), no voto de Rosa Weber não há nenhuma construção argumentativa sobre qual seria a importância de considerar a injúria racial imprescritível, ou ainda, de que modo a punição seria importante no enfrentamento ao racismo, embora a Ministra lance mão de argumentos abstratos sobre a necessidade de interpretação constitucional que efetive garantias constitucionais.

3.6.1.6. Voto da Ministra Cármen Lúcia

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	02	22,0%
P	07	78,0%
L	00	00,0%
Total	09	100

Tabela 13. Quantificação das ocorrências no voto oral de Cármen Lúcia

Cármen Lúcia acompanhou o relator, e votou pelo reconhecimento da injúria racial como forma de racismo, portanto, crime imprescritível.

O voto está dividido em partes: voto oral, proferido em plenário, e o voto escrito, juntado ao inteiro teor do acórdão.

²⁸⁶Ibid. p. 58

No voto oral, há forte presença de argumentos *pathos* e *ethos*. A Ministra menciona dados e informações sobre a desigualdade racial no Brasil para criar uma conexão emocional com o auditório ao demonstrar conhecimento e empatia com as vítimas de racismo:

Senhor Presidente, este é, seguramente, um dos temas mais graves e da crueldade exposta na sociedade brasileira, que é de manter, ainda hoje, um racismo que é causa de tantos crimes e, neste caso, o crime é contra a humanidade. Não é apenas a pessoa que sofre e que passa pelo constrangimento e que é vítima do crime, mas todo e qualquer ser humano dotado de sensibilidade haverá de se achar atingido em sua dignidade, porque aqui não é a dignidade de uma pessoa, mas é a dignidade do humano, que, neste caso, é atingido pelas práticas.²⁸⁷

Ao descrever o racismo como “um dos temas mais graves e da crueldade exposta”, o voto utiliza palavras carregadas de negatividade e peso emocional para enfatizar a seriedade da questão. Além disso, ao afirmar que o racismo é “causa de tantos crimes” e que o crime em questão é “contra a humanidade”, a Ministra sensibiliza o público para a gravidade do racismo e a necessidade de combatê-lo.

Em seguida, Carmen Lúcia traz dados sobre a taxa de homicídios contra pessoas negras, e menciona violência de gênero contra mulheres negras:

E trago em meu voto - de que não farei leitura - que, pelo Atlas da Violência, por exemplo, em 2018, nós tivemos que os negros - a soma de pretos e pardos, segundo a classificação do IBGE - representaram 75,7% das vítimas de homicídio, com uma taxa de homicídio enorme e, comparativamente, com aqueles que não estão nesta classificação do IBGE, a taxa corresponde a 13,9% por 100 mil habitantes. Isto evidencia que para cada indivíduo não negro morto, em 2018, 2,7 negros foram mortos.

Esse processo é identificado entre homicídios femininos também. A diferença é enorme a atingir homens e mulheres. O preconceito, incluído aí um preconceito de outra natureza, como o preconceito em razão do gênero da mulher, porque quando se trata da mulher negra é ainda mais atingida, como se tem neste caso.²⁸⁸

Essa ampliação do objeto a ser analisado, é uma forma de criar uma conexão emocional com o auditório, a partir da demonstração dos efeitos negativos do racismo presente na sociedade, e criar um ambiente no qual a questão analisada pelo plenário (imprescritibilidade da injúria racial) se relaciona a fatos mais graves como assassinatos e violência contra mulheres, e assim criar um ambiente de constrangimento para quem se opõe a ideia de imprescritibilidade da injúria racial.

²⁸⁷Ibid. p. 66

²⁸⁸Ibid. p. 67

Ao final a Ministra complementa com argumento *ethos*, no qual a imprescritibilidade da injúria racial seria fruto de uma autoridade moral da oradora, atenta e sensível ao problema da desigualdade racial:

Por isso é que me parece ser um crime contra toda a humanidade, que não pode, evidentemente, obedecer a nenhum critério temporal fixo de prescritibilidade. E é por isso, Senhor Presidente, que eu farei a juntada do voto, assinalando essa desigualdade que atinge não apenas este princípio, mas também o da dignidade humana.²⁸⁹

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	04	17,4%
P	01	4,3%
L	18	78,3%
Total	23	100

Tabela 14. Quantificação das ocorrências no voto escrito de Cármen Lúcia

Por outro lado, o voto escrito há uma abundância de argumentos *logos*, com citações doutrinárias e às normas e princípios legais, e está estruturado em três partes. Primeiro, associa o caso concreto à proteção de direitos fundamentais, ao apontar que a Constituição determina a prevenção e a repressão ao racismo:

Os direitos fundamentais à vida e à liberdade, em seus múltiplos aspectos, declarados e garantidos pelo art. 5º da Constituição da República, são inerentes à condição humana, sendo autoaplicáveis e, nessa condição, independentemente de regulamentação para seu pleno exercício.

O art. 3º, inc. IV, da Constituição da República declara ser objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tem-se, pois, no sistema constitucional brasileiro vigente a proibição de se permitir a manifestação do preconceito e a atuação contra outro ser humano fundado em discriminação. Compete ao Estado impedir se leve a efeito comportamento contrário àquele, impondo-se a ele adotar as providências legais e administrativas necessárias a punir quem transgredir a ordem jurídica no ponto específico.²⁹⁰

²⁸⁹Ibid. p. 68

²⁹⁰Ibid. p. 72-73

Em seguida, define o racismo a partir concepções antropológicas, e menciona as especificidades do racismo contra pessoas negras, mencionando, assim como no voto oral, dados empíricos que demonstram a desigualdade racial presente no Brasil.

Por fim, na terceira parte, finalmente chega ao debate colocado no *Habeas Corpus* analisado pelo plenário: se a injúria racial é uma forma de racismo para fins da imprescritibilidade prevista no inciso XLII do art. 5º da Constituição. A Ministra expressa, por meio de um argumento lógico (dimensão *logos*), que a Constituição não define o conceito do crime “racismo”, e que tal definição caberia ao poder legislativo, e que, embora a Lei Caó defina os crimes resultantes de preconceito de raça e cor, ela não pode ser considerada fonte única de crimes raciais:

Constituição da República não definiu em que consiste “a prática do racismo”, mas positivou comando expresso ao legislador infraconstitucional de constituir ela crime inafiançável e imprescritível, impondo-lhe o dever de tipificar as respectivas condutas.²⁹¹

O racismo manifesta-se das mais variadas formas: estereotipização, ridicularização, erotização, satirização, entre outras. Para ser caracterizada como crime, a conduta racista deve enquadrar-se em tipo legal específico, previamente definido pelo legislador. Exige-se a cominação legal, mas não é necessário que o tipo penal esteja previsto na Lei n. 7.716/89.²⁹²

Pensar diversamente, segundo a Ministra, seria incorrer em deficiência em relação ao mandamento constitucional de enfrentamento ao racismo (argumento *ad terrorem* - dimensão *pathos*): “Interpretação diversa, além de contrariar o comando constitucional, incidiria em atuação estatal deficiente.”²⁹³

O voto de Cármen Lúcia é interessante para observarmos duas dinâmicas distintas que operam no STF: de um lado há um voto oral, proferido em plenário, em sessão com imagens transmitidas ao vivo. Daí um voto carregado de dimensão *pathos*, afinal, aqui o auditório é mais amplo, e o voto não é direcionado especificamente ao sistema jurídico. Já o voto escrito, é o voto “*jurídico*”, forte em argumentos racionais e em referências a autores de diferentes ramos do Direito, à lei e à jurisprudência.

Assim como Fachin, Cármen Lúcia entrou na questão da injúria racial enquanto forma de racismo, mas também reforçou por diversas vezes ao longo do voto que

²⁹¹Ibid. p. 99

²⁹²Ibid. p. 107

²⁹³Ibid.

o Supremo deve ter um papel ativo no enfrentamento ao racismo, como no seguinte trecho no fim do voto:

A prática do racismo, nos termos em que constitucionalmente definida e interpretada por este Supremo Tribunal Federal, impõe a observância de componentes específicos, para se superar a tragédia histórica de submissão, opressão, perseguição de grupo de humanos não respeitados em sua dignidade.²⁹⁴

É como se o julgamento representasse uma espécie de marco civilizatório em relação ao enfrentamento ao racismo, a partir do reforço da crença no sistema jurídico.

3.6.1.7. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	01	25,0%
P	0	0,0%
L	03	75,0%
Total	04	100

Tabela 15. Quantificação das ocorrências no voto de Ricardo Lewandowski

Ricardo Lewandowski acompanhou o relator, votou pelo reconhecimento da injúria racial como forma de racismo, em um voto curto de apenas duas páginas.

Logo de início, o Ministro enfrenta a questão central do *Habeas Corpus* e menciona que, embora a Constituição determine a imprescritibilidade do crime de racismo, não define nenhum tipo penal, e que tal definição compete ao legislador infraconstitucional, e ainda, que a Lei Caó não é a única fonte formal de tipificação do crime de racismo (dimensão *logos*):

Começo dizendo que o inciso XLII do art. 5º da nossa Constituição, quando estabelece a imprescritibilidade do crime da prática do racismo, não definiu nenhum tipo penal. O legislador constituinte deixou essa tipificação para a legislação ordinária. E nem poderia ser diferente, Senhor Presidente, porque a realidade cotidiana vai revelando novas formas da prática de racismo, e é por isso mesmo que essa tarefa tem que ser deixada ao Congresso Nacional.

²⁹⁴Ibid. p. 108

É por isso que a tipificação do crime de racismo não se esgota na Lei nº 7.716/1989, até porque, se nós entendêssemos assim, estaríamos frustrando, apequenando a vontade do legislador constituinte de 1988.²⁹⁵

Assim, como os demais Ministros que votaram pelo reconhecimento da imprescritibilidade de injúria racial, Lewandowski faz questão de pontuar, ainda que brevemente, o papel do STF (a partir do uso de “Brasil” como metonímia) no enfrentamento ao racismo:

Observo que o Brasil se comprometeu não apenas constitucionalmente no plano interno, mas também no plano externo, pelo combate ao racismo. E o fez não apenas assinando tratados e convenções internacionais que combatem essa prática abominável, mas eu lembro, Senhor Presidente, que o art. 4º da nossa Carta Magna diz o seguinte:

"Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...)
VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;"²⁹⁶

3.6.1.8. Voto do Ministro Luiz Fux

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	04	30,7%
P	05	38,6%
L	04	30,7%
Total	13	100

Tabela 16. Quantificação das ocorrências no voto de Luiz Fux

Fux votou pelo reconhecimento da imprescritibilidade do crime de injúria racial.

Enquanto Lewandowski entendeu que cabe ao legislador infraconstitucional definir a tipificação do crime de racismo, Fux fundamenta seu voto na ideia de que cabe à Constituição e ao STF enfrentar o racismo.

Ao longo do voto, o Ministro repete a estratégia dos pares, e evocar a história da escravidão no Brasil, não apenas para sensibilizar o auditório em relação à necessidade

²⁹⁵Ibid. p. 110

²⁹⁶Ibid. p. 110

de considerar a injúria racial como imprescritível (dimensão *pathos*), mas também para demonstrar engajamento moral e de reforçar o papel do Supremo no enfrentamento ao racismo (dimensão *ethos*).

Então, a efetividade das normas constitucionais que visam à construção dessa sociedade, que já foi escravocrata, com um péssimo exemplo para todo o mundo, foram 400 anos, ela, com essa promessa constitucional, só pode tornar efetivo esse comando constitucional, não só através da especificação em abstrato do crime de racismo, mas da punição.²⁹⁷

Ao final, o Ministro menciona que a Primeira Turma do STF (da qual ele faz parte) já teria decidido anteriormente pela imprescritibilidade da injúria racial no julgamento ARE 983.531:

In casu, especificamente sobre o tema objeto do presente writ, recentes julgados pela Primeira Turma afirmaram a imprescritibilidade do crime de injúria racial, merecendo confirmação pelo Plenário desta Casa, como foi o caso do ARE 983.531, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado pela Primeira Turma em 21/08/2017 (“caso Paulo Henrique Amorim”, que em referência ao jornalista Heraldo Pereira afirmou se tratar de “um negro de alma branca” e mais “de que não conseguiu nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde”).²⁹⁸

Todavia, no referido julgamento Primeira Turma nada decidiu sobre a imprescritibilidade da conduta. De fato, no Agravo Recurso Especial 983.531, a Defesa de réu condenado por injúria racial argumentou perante o STF que o crime já teria prescrito, pois a injúria racial não seria imprescritível. Mas, a Primeira Turma negou seguimento ao Agravo porque a questão da imprescritibilidade da injúria racial seria matéria infraconstitucional!:

EMENTA: DIREITO PENAL. AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIME DE INJÚRIA RACIAL. IMPRESCRITIBILIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL AMPLAMENTE ANALISADA NA ORIGEM. NEGATIVA MONOCRÁTICA DE SEGUIMENTO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. Como afirmado na decisão monocrática ora atacada, os fatos foram detida e profundamente apreciados nas instâncias ordinárias. De modo que não se pode rediscutir a matéria sem revolver os fatos para que se chegue à conclusão diversa da encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça. De se salientar que não se trata de manter a decisão, com exame da questão de fundo, mas da impossibilidade de proceder à revisão nesta via recursal. 2. Por outro lado, como também explicitado na decisão, a questão relativa à imprescritibilidade é insuscetível de reapreciação por se tratar de matéria infraconstitucional, objeto de profunda análise pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão constitucionalmente vocacionado para o exame da matéria. 3. recurso de agravo em recurso extraordinário que se mostra inadmissível, na medida em que, para se chegar à conclusão diversa do acórdão recorrido, seria necessária a análise da legislação infraconstitucional pertinente, o que é inviável em recurso extraordinário.

²⁹⁷Ibid. p. 113

²⁹⁸Ibid. p. 116

Precedentes: ARE 1.003.873, Rel. Min. Gilmar Mendes; ARE 717.165 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; AI 768.779, Rel. Min. Cezar Peluso; AI 792.585, Rel. Min. Ayres Britto. 4. Agravo a que se nega provimento.

(ARE 983531 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 31-08-2017 PUBLIC 01-09-2017)

Aqui cabem algumas reflexões sobre algo que extrapola a questão do racismo em si: a fragilidade argumentativa de algumas decisões judiciais. Em 2017 a questão da imprescritibilidade da injúria racial foi considerada matéria infraconstitucional. Quatro anos depois, o plenário discutiu o mesmo tema, e os mesmos Ministros proferiram votos nos quais apontaram uma relação íntima entre a Constituição e a imprescritibilidade da injúria racial. A necessidade do reforço do sistema jurídico a partir da citação de precedentes, por vezes, ocorre de maneira superficial, apenas como mero reforço de autoridade, ao invés da construção de sólidas bases argumentativas, o que, por sua vez, leva a citações como às do caso em análise, na qual Fux menciona de maneira equivocada que uma das Turmas do STF já havia decidido o mérito da questão em análise.²⁹⁹

²⁹⁹MINISTÉRIO Público do Paraná. STF admite a injúria racial como crime imprescritível. Disponível em: <<https://mppr.mp.br/Noticia/STF-admite-injuria-racial-como-crime-imprescritivel>> Acesso em: 18 de novembro de 2023.

IV. CONCLUSÕES E REFLEXÕES

4.1. Resultados diante da hipótese inicial

A invisibilidade do racismo está presente nos votos do julgamento do Inquérito 4694, confirmando a hipótese inicial da pesquisa em relação a este acórdão. Nos votos que formaram a maioria pela rejeição da denúncia contra o denunciado, os Ministros minimizaram o racismo presente nas afirmações descritas na denúncia e proferidas contra as comunidades quilombolas. Ao partirem da perspectiva de que o termo “arropa” não configura desumanização dos quilombolas, os votos desconsideraram o contexto e a história de desumanização racial associados à comparação de pessoas negras a animais. E isso ocorreu, pois nos votos pela rejeição da denúncia, tanto o racismo em sentido amplo como o racismo enquanto conceito jurídico-penal tipificado na Lei Caó foram invisibilizados.

Particularmente problemática a construção dos votos de Marco Aurélio e Luiz Fux a partir de uma conceituação de discriminação formulada pelo filósofo italiano Norberto Bobbio. Esta concepção descreve o processo de discriminação em três fases distintas e progressivas, que começa com a constatação da existência de diferenças entre “os homens”, seguida de um juízo a partir do qual as diferenças entre grupos sociais passa a ser sinônimo de inferioridade e superioridade, e por fim, o processo de discriminação culmina em uma terceira e decisiva etapa, na qual ocorre o domínio de um grupo sobre outro.³⁰⁰

Ora, conforme esta concepção, a “discriminação” é um termo amplo que pressupõe uma ideia de “superioridade”, que pode significar inclusive que a percepção de o “superior” deve ajudar o “inferior” a alcançar um nível mais alto de bem-estar, não há necessidade da presença de um objetivo de supressão, eliminação e subjugação do “superior” em relação ao “inferior”:

Da relação superior-inferior podem derivar tanto a concepção de que o superior tem o dever de ajudar o inferior a alcançar um nível mais alto de bem-estar e civilização, quanto a concepção de que o superior tem o direito de suprimir o inferior. Somente quando a diversidade leva a este segundo modo de conceber a relação entre superior e inferior é que se pode falar corretamente de uma verdadeira discriminação, com todas as aberrações dela decorrentes.³⁰¹

³⁰⁰BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 108/110

³⁰¹Ibid. p. 110

Ou seja, Bobbio deixa claro que faz parte da discriminação a concepção de que um grupo “superior” tem o dever moral de guiar, educar ou “civilizar” os grupos considerados “inferiores” em um esforço para melhorar seu nível de vida e cultura, inclusive foi esta uma das justificativas ideológicas para o colonialismo/imperialismo e o conseqüente extermínio físico e cultural do “inferior”, com os genocídios, escravização, imposição de sistemas políticos, econômicos e sociais e as tentativas de “ocidentalizar” ou “modernizar” culturas consideradas menos desenvolvidas (não europeias). Portanto, pelo contexto das falas do denunciado, é evidente que ele associou quilombolas ao atraso e os descreveu como um empecilho ao desenvolvimento econômico, como o próprio Ministro Fux reconheceu, a conduta do denunciado foi “uma crítica às políticas públicas que, na visão dele, afastam uma proteção ao desenvolvimento econômico para proteger, segundo a sua visão, uma parte da população que não contribui.”³⁰²

Portanto, a conceituação de discriminação apresentada por Bobbio não corrobora a conclusão dos votos dos Ministros no sentido que a conduta do denunciado não foi discriminatória.

Além disso, no modo como utilizado no voto, o conceito discriminação num modelo simplista que não captura completamente a complexidade das formas contemporâneas de racismo, pois se restringe à discriminação explícita, à crença em superioridade racial d no domínio ativo de um grupo sobre outro e/ou na necessidade de “civilizar” o outro. Não obstante, o racismo contemporâneo muitas vezes opera de forma sutil e estrutural, o que significa que não requer necessariamente a crença explícita em superioridade racial. A discriminação racial pode ser percebida em áreas como habitação, emprego, educação e justiça criminal, resultante em desvantagens persistentes para grupos racialmente minoritários, ainda que o discurso dominante seja pelo fim das desigualdades. Além disso, o racismo não surge apenas de avaliações individuais de superioridade e inferioridade, mas também é construído ao longo da história, a partir de hierarquias raciais arraigadas e estruturas de poder, o que significa que não pode ser reduzido apenas a um processo linear de discriminação baseado em juízos de valor. Nada disso aparece ao longo dos votos do Inquérito 4694, pois não houve qualquer tentativa de dialogar minimamente com a realidade do racismo presente no Brasil.

Além do apagamento em sentido amplo, nos votos dos Ministros que votaram pela rejeição da denúncia, também está presente a invisibilidade do racismo tipificado na Lei Caó, pois mesmo que aplicação dos critérios de Bobbio para determinar a ocorrência

³⁰²BRASIL, op. cit. 2018, p. 49

de discriminação no caso concreto levasse à conclusão de que as declarações do denunciado não foram discriminatórias, é importante observar que o tipo penal estabelecido no artigo 20 da Lei 7.716/1989 menciona tanto “discriminação” quanto “preconceito”. Isso significa que não é estritamente necessário que a conduta descrita na denúncia seja discriminatória; basta que seja preconceituosa. A citação de Bobbio se concentra na definição de discriminação e não aborda o conceito de preconceito. Isso é, os Ministros deixaram de lado o texto legal e se concentraram em uma definição abstrata de racismo, que acabou sendo reduzida a uma ideia de discriminação vazia de sentido.

Destaque-se ainda a tentativa do Ministro Alexandre de Moraes em minimizar a fala “essa raça aí embaixo, uma minoria” que segundo o Ministro foi uma forma de se referir a todos os brasileiros que recebem o Bolsa Família.

Por outro lado, o reforço do sistema jurídico surgiu ao longo dos votos do Inquérito 4694 a partir da mobilização das dimensões *ethos* e *logos* com ênfase na defesa da liberdade de expressão. Se por um lado os Ministros se prontificaram em repudiar e repreender as declarações do denunciado, como forma de demonstração de integridade moral e ética (dimensão *ethos*), por outro minimizar a conduta do réu diante da necessidade de proteger os limites legais e constitucionais a partir da defesa da “liberdade de expressão”. Ou seja, os Ministros reconheceram como negativa a conduta do denunciado, mas enfatizaram que antes de tudo é necessário defender o ordenamento jurídico, a partir do reconhecimento da efetividade do inciso IV do artigo 5º da Constituição da República (dimensão *logos*). Antes de serem votos sobre o racismo, os votos dos Ministros Marco Aurélio, Fux e Alexandre e Moraes, são votos sobre a liberdade de expressão. A partir da percepção de naquele julgamento que era fundamental a proteção à liberdade de expressão do então parlamentar Jair Bolsonaro, os votos foram desconstruindo a denúncia para minimizar as falas proferidas pelo denunciado, e concluir pela não ocorrência de racismo. O termo “racismo” surgiu 10 vezes ao longo dos votos, enquanto o termo “liberdade de expressão” surgiu 20 vezes.

Veja-se que a construção da autonomia operacional do Direito não pressupõe necessariamente respeito à integridade das normas, pelo contrário, possibilita inclusive que o sistema jurídico atribua à lei um significado diverso do significado literal atribuído pelo legislador, como ocorreu no caso concreto, em que o art. 20 da Lei Caó foi reduzido a um esquema linear da dinâmica da discriminação, e em que atipicidade da conduta se transformou em causa de rejeição da denúncia, ainda que a lei processual penal determina que atipicidade de conduta é causa de absolvição sumária (inciso III do art. 397 do Código

de Processo Penal). O que importa para a construção e reforço do sistema jurídico é que a decisão judicial esteja amparada em argumentos racionais, em referências do próprio Direito e em uma pretensa interpretação legal, assim a mobilização da dimensão *logos* é fundamental para a atribuição do caráter jurídico a uma decisão. Ao longo dos votos, os argumentos da dimensão *logos* representaram proporcionalmente cerca de 60% dos indicadores encontrados no inteiro teor do acórdão do Inquérito 4694.

Já o julgamento do HC 154248 seguiu um caminho discursivo diverso, e encontramos resultados que eram inesperados no início da pesquisa, pois há um forte discurso sobre o racismo ao longo dos votos, mesmo no voto vencido de Nunes Marques, que votou pela prescritibilidade da injúria racial, ao entender que o crime então tipificado no § 3.º do art. 140 do Código Penal não era uma forma de racismo. Esperávamos encontrar votos centrados em discussões doutrinárias sobre as diferenças entre injúria racial e racismo a partir dos discursos dominantes dos manuais de direito penal, centrados na ideia de que a injúria racial se dirige a um indivíduo, enquanto o “racismo” se dirige a uma coletividade de pessoas. Com exceção do voto de Nunes Marques, que foi quase que inteiramente baseado nesta obtusa distinção, os demais votos todos foram votos em que houve discurso sobre o racismo em sentido amplo, para além das definições de manuais de Direito Penal sobre o significado do termo, isso é, o “racismo” não foi reduzido do ponto de vista discursivo a um mero tipo penal, a ponto de os Ministros e Ministras deixarem de lado qualquer discussão relacionada a bem jurídico ou às diferenças normativas entre o crime de injúria racial e os crimes tipificados pela Lei Caó. Surgiram ao longo dos votos várias referências a respeito da história de injustiças raciais no Brasil, e também das persistentes desigualdades raciais ainda persistentes no Brasil, com referências a dados empíricos e literatura específica sobre o racismo brasileiro (mobilização da dimensão *logos*). Inclusive, foi a necessidade de enfrentar o racismo de modo efetivo que baseou todos os votos dos Ministros e Ministras que votaram no sentido de reconhecer a injúria racial como forma de racismo.

No entanto, como veremos na seção seguinte, o discurso sobre o racismo presente no julgamento do HC 154248 está fortemente atrelado a um discurso sobre a importância do próprio Supremo Tribunal Federal, ou seja, é um discurso de autolegitimação.

4.2. O que o uso das dimensões *Ethos*, *Pathos* e *Logos* revela sobre os votos

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	17	34 %
P	11	22 %
L	22	44 %

Total	50	100
-------	----	-----

Tabela 17. Quantificação das ocorrências em todos os votos dos Ministros e Ministras no julgamento do Inquérito 4694

INDICADOR	Número de ocorrências	%
E	53	28,6 %
P	34	18,3 %
L	98	52,9 %

Total	185	100
-------	-----	-----

Tabela 18. Quantificação das ocorrências em todos os votos dos Ministros e Ministras no julgamento do HC 154248

Em relação à divisão do uso das dimensões *ethos*, *pathos* e *logos*, o indicador L foi o mais utilizado, correspondendo a 44% das ocorrências nos votos do julgamento do Inquérito 4694, e a 52,9% no julgamento do HC 15249. O resultado é esperado, tendo em vista que é a partir do uso de argumentos racionais e lógicos que se constrói uma decisão judicial. A mobilização de argumentos que formam um discurso lógico e racional, através do uso de referências às normas, à doutrina jurídica e à jurisprudência, faz parte do processo de construção do Direito enquanto sistema social autônomo. Não há discurso jurídico que não seja baseado de algum modo em argumentos da dimensão *logos*. Nos dois julgamentos, a dimensão *logos* foi a mais utilizada por todos os Ministros e Ministras, com duas exceções: o Ministro Alexandre de Moraes e o Ministro Barroso. Nos dois julgados analisados, a dimensão *ethos* foi a mais utilizada por Moraes. A dimensão *pathos* foi a

mais utilizada por Barroso no julgamento do Inquérito 4694, e a dimensão *ethos* foi a mais utilizada por ele no julgamento do HC 154248.

Nos dois julgamentos, a dimensão *ethos* foi a segunda mais utilizada, embora tenha sido mobilizada de maneira distinta em ambos os casos, para além das costumeiras demonstrações de erudição e elogios aos pares. No Inquérito 4694 a dimensão *E* surgiu principalmente como uma forma dos Ministros demonstrarem repúdio em relação às falas do denunciado, a despeito de votarem no sentido de entenderem que não configura racismo a conduta de comparar quilombolas a animais. Já no HC 154248, a dimensão *ethos* foi mobilizada principalmente para reforçar a importância do Supremo Tribunal Federal na resolução de conflitos e problemas sociais graves. Nos votos dos Ministros e Ministras que votaram pela denegação da ordem, o enfrentamento ao racismo surge como dever do STF. Assim, embora nos votos do julgamento esteja presente um discurso sobre o racismo, isso ocorre a partir de uma autolegitimação: aos homens e às mulheres brancos de toga recai a missão de enfrentar o racismo. O julgamento perde, ao menos do ponto de vista discursivo, a características de um julgamento de um caso de processo penal no qual se analisa em regra uma possível violação por parte do Estado do direito de ir e vir de um indivíduo, e ganha ares de um momento decisivo no enfrentamento ao problema do racismo (reduzido a um legado da escravidão). É como se o julgamento daquele *Habeas Corpus* fosse um momento fundamental no caminho que leva ao fim da barbárie (racismo) e rumo à civilização (igualdade racial). O enfrentamento ao racismo, dentro do discurso presente nos votos, passa necessariamente por instituições como o STF. Aqui está uma das limitações do Direito como ferramenta de enfrentamento racismo, pois o sistema o jurídico tem uma função fundamental, que é definir aquilo que lícito ou ilícito, a partir de um conjunto comunicativo autônomo (dimensão *logos*), de modo que para o Direito, qualquer questão só será relevante ao ser transformada em categoria jurídica. No entanto, categorias jurídicas são limitadas para definir fenômenos como o racismo. Ainda que no julgamento HC 154248 os Ministros e Ministras trataram discursivamente o racismo em sentido amplo, isso se deu maneira extremamente abstrata. Nos votos, houve preocupação em apontar que o racismo é um problema grave e que precisa ser solucionado, mas não há nenhum argumento que demonstrou concretamente de que modo o resultado daquele julgamento iria impactar a questão racial no Brasil. No caso concreto, a questão central a ser analisada, era se o crime de injúria racial é uma forma de racismo para fins de imprescritibilidade, o que, a princípio, tornaria dispensáveis discursos sobre a realidade das desigualdades raciais presentes no Brasil. O modo como a dimensão *ethos* foi mobilizada

no julgamento aponta que o discurso sobre o racismo surgiu muito mais como uma forma de demonstrar que o Tribunal está atento aos problemas sociais e à realidade do país, do que propriamente para solucionar a controvérsia central do *Habeas Corpus*. Assim, os julgadores discursivamente reiteraram a importância da existência do sistema jurídico, ao sugerirem que a mera produção de uma decisão judicial tem vigor o suficiente para ter impacto significativo em uma questão que está muito além dos limites do Direito.

Essa limitação do Direito não é conjuntural, e sim essencial. No Estado moderno, a função que o Direito exerce na sociedade é a de definir o que lícito e ilícito a partir da produção de decisões judiciais, sendo essa a razão da existência do sistema jurídico. Quando questões raciais são judicializadas, o que se está requerendo nada mais é que a produção de decisões judiciais relacionadas ao racismo. Os impactos que tais decisões terão no enfrentamento às desigualdades raciais são na maioria das vezes imprevisíveis, e dependerão de dinâmicas que estão no meio social, e não no sistema jurídico.

Embora a dimensão *pathos* tenha sido a menos utilizada, a sua ocorrência correspondeu ao significativo percentual de 19,1% de todos os indicadores encontrados. Nos dois casos analisados, o uso desta dimensão exerceu funções distintas, para auditórios diferentes. A partir do uso de linguagem informal e de fala em primeira pessoa, opiniões e experiências pessoais, os Ministros e Ministras aparentam se comunicar com o meio externo ao direito. Por outro lado, o uso de argumentos *ad terrorem* e da ampliação do objeto a ser analisado funcionaram como forma de convencimento dos pares. Nos dois julgados, não houve diferenças significativas na distribuição dessas duas estratégias retóricas.

4.3. Direito, racismo e autopoiese.

Há uma discrepância entre o teor dos votos do Inquérito 4894 e do HC 154248. No primeiro, há a invisibilidade do racismo, enquanto no segundo, temos um acórdão com forte discurso sobre a necessidade de se enfrentar o racismo, a ponto da própria discussão que estava ali posta (imprescritibilidade da injúria racial) se tornar periférica. Esta diferença não se explica apenas pela diferença de colegiado (Inquérito 4894 foi julgado pela Primeira Turma e o HC 154248 pelo Plenário), eis que Fux e Alexandre de Moraes participaram dos dois julgamentos, e nos votos de ambos também há esta mudança no tom discursivo. Não temos a pretensão aqui de encontrar as causas dessa transformação argumentativa, mas propomos algumas reflexões. No HC 154248, o STF estava analisando condutas em abstrato. Em sede de *Habeas Corpus* o STF não analisa provas, mas apenas

uma tese jurídica. A culpabilidade da paciente do caso concreto já havia sido formada nos tribunais de instâncias inferiores, e a tese defensiva era sobre a ocorrência da prescrição. O Tribunal não estava analisando se a tipicidade da conduta, diferentemente do Inquérito 4894, no qual a discussão central foi justamente sobre a tipicidade de uma conduta em concreto. É muito mais simples repudiar o racismo em abstrato do que reconhecê-lo no caso concreto. Pesquisa realizada pelo Ipec em 2023 apontou que 81% dos brasileiros consideram o Brasil um país racista, mas apenas 51% afirmaram já terem presenciado alguma forma de racismo. Isso significa que apenas 63% das pessoas que acreditam viver em um país racista acreditam que já vivenciaram algum caso de racismo, ou seja, quase 40% das pessoas acreditam que o racismo existe, mas nunca o viram. Se a pesquisa perguntasse aos entrevistados se eles se consideram racistas, não é difícil imaginar que quase 100% das respostas seriam negativas, o que geraria outro paradoxo: ninguém ser racista em um país racista. Do mesmo modo, é mais simples proferir um voto de repúdio ao racismo em abstrato, do que reconhecer uma conduta racista em concreto.

Não se pode desconsiderar que o Inquérito 4894 foi julgado em setembro de 2018, já em clima de eleição presidencial, da qual Bolsonaro sairia eleito Presidente da República. Considerando toda a conjuntura política daquele momento, podemos supor que preocupações com impactos eleitorais influenciaram os votos dos Ministros ao longo do julgamento.

Para além dessa visão mais pessimista, nos parece que a diferença temporal entre o julgamento do Inquérito 4894 (2018) e do HC 154248 (outubro de 2021) reflete mudanças ocorridas no meio social relacionadas às pautas raciais. Houve um aumento considerável da visibilidade sobre a questão racial no Brasil a partir dos abalos sísmicos provocados no Norte Global pelo assassinato brutal de George Floyd em maio de 2020 na cidade de Minneapolis no estado do Minnesota nos Estados Unidos. George Floyd, um homem negro, foi vítima de homicídio por parte de um policial branco durante uma prisão que ocorreu após um atendente de loja suspeitar que Floyd pudesse ter usado uma nota falsificada de vinte dólares. Derek Chauvin, um dos quatro policiais presentes na cena, ajoelhou sobre o pescoço e as costas de Floyd por 9 minutos e 29 segundos, resultando em falta de oxigênio. Após esse crime, protestos contra a brutalidade policial, particularmente em relação às pessoas negras, se disseminaram rapidamente pelos Estados Unidos e pelo mundo, o que foi seguido por um aumento da visibilidade sobre relações raciais. Até

mesmo empresas passaram a dar relevância para a questão racial³⁰³. Assim como o capitalismo (outro produto da modernidade), o Direito possui a capacidade de ir se adaptando às modificações no meio social. Essa influência que conflitos raciais nos Estados Unidos causam no Brasil é reflexo não apenas de um país que é incapaz de enxergar os seus problemas internos relacionados à violência racial (como se não tivéssemos exemplos o suficiente de pessoas negras sendo assassinadas pelo Estado diariamente), mas também das relações coloniais que ainda predominam no mundo, como fica claro na macabra manchete do jornal Valor Econômico, na qual se lê que “assassinato de George Floyd deu impulso às políticas raciais em empresas brasileiras” e que “profundas relações comerciais entre países levaram o mercado financeiro americano a influenciar o brasileiro”.³⁰⁴ Isso é, a questão racial só interessa às empresas brasileiras, se isso for de interesse do mercado financeiro dos Estados Unidos, que obviamente irá tratar sobre o tema “racismo” a partir de uma lógica mercadológica.

Enquanto sistema social fechado e autônomo, o sistema jurídico precisa ser capaz de se adaptar às mudanças na sociedade, no entanto, essa adaptação ocorre dentro de sua própria lógica interna³⁰⁵. Isso é, o Direito não muda em resposta direta a eventos ou demandas sociais, mas sim através de sua própria dinâmica interna de desenvolvimento de conceitos jurídicos, precedentes legais e interpretações. À medida que a sociedade se torna mais complexa, com novos problemas e desafios surgindo constantemente, o sistema jurídico precisa desenvolver respostas e soluções complexas para lidar com essas questões.³⁰⁶

Observamos essa dinâmica ao longo dos julgamentos do HC 154248, em que o forte discurso sobre o racismo esteve sempre conjugado com a mobilização da dimensão *ethos* cuja finalidade foi reforçar a legitimidade do STF para enfrentar o racismo, mais que isso, a necessidade do Direito para enfrentar o racismo. Pelo discurso geral presente nos votos, é como se fosse impossível superar o racismo sem a participação do Supremo.

Assim, diante da maior visibilidade dos debates e demandas relacionados às desigualdades raciais no Brasil, o Direito começa a se adaptar a essas novas dinâmicas. Notamos no levantamento preliminar mencionado na introdução, que houve um aumento

³⁰³SIMÕES, Eduardo. Como o assassinato de George Floyd deu impulso às políticas raciais em empresas brasileiras. Valor Econômico. São Paulo: 12 de março de 2023. Disponível em: <<https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2023/03/12/como-o-assassinato-de-george-floyd-deu-impulso-as-politicas-raciais-em-empresas-brasileiras.ghtml>> Acesso em: 18 de outubro de 2023.

³⁰⁴Ibid.

³⁰⁵LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade [livro eletrônico]. São Paulo: Martins Fontes, 2016

³⁰⁶Ibid.

nos últimos dois anos dos casos de racismo e injúria racial julgados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, e referências a termos como “racismo recreativo” já começaram a surgir ao longo de acórdãos nos quais estes crimes tenham sido julgados.

Chegamos ao fim dessa pesquisa com reflexões sobre as possibilidades e limites do uso do Direito como instrumento para enfrentamento ao racismo. O Direito é fruto da modernidade e da racionalidade europeia, e sua função principal é a manutenção e a estabilização da realidade social moderna, colonial e racista, sendo responsável pelo encarceramento em massa e pelo extermínio anual de pessoas não brancas. Assim, como poderia um sistema que reproduz racismo ser utilizado como ferramenta para enfrentá-lo?

Como instrumento de reflexão crítica sobre a relação entre direito e racismo, iremos utilizar o conceito de autopoiese de Humberto Maturana, Francisco Varela e Niklas Luhmann. Maturana e Varela propõe os sistemas vivos como sistemas autopoieticos, isto é, sistemas, com a capacidade de produzirem internamente os elementos que os constituem e de se reproduzirem por meio de suas próprias operações. Os sistemas vivos são sistemas fechados em termos de sua organização, mas estão em constante comunicação com o meio externo, isto é, são fechados, porém, não isolados. A autopoiese implica que os sistemas vivos são fechados em relação ao ambiente em termos de sua organização, ou seja, eles operam como unidades autônomas e auto-organizadas, que se distinguem do meio externo. Nas células, a membrana plasmática representa o limite entre o sistema celular e o meio externo. Embora os sistemas vivos estejam em constante interação com o ambiente, essa interação ocorre nos limites do sistema e mediada por sua estrutura e processos internos. Estes sistemas mantêm sua integridade estrutural através da constante troca de energia e de informações com o ambiente, buscando a autossustentação. Um sistema autopoietico apresenta três principais características: (1) presença de componentes que produzem e mantêm a estrutura interna do sistema; (2) limites que distinguem o sistema do ambiente; e (3) processos de troca que permitem a interação com o ambiente. Esses componentes trabalham em conjunto para estabelecer e preservar a identidade e a integridade do sistema. Outro aspecto crucial da teoria da autopoiese é a noção de acoplamento estrutural, o qual é a interação constante entre sistema e o meio ambiente pela qual ocorrem trocas de

informações, energia e materiais. É uma relação de interdependência, pela qual o sistema molda e é moldado pelo meio no qual está inserido.³⁰⁷

A identificação do sistema autopoietico depende dos processos internos e das estruturas tomadas como referência. Por exemplo, se tomarmos como referência os processos internos e as estruturas de uma célula do corpo humano, ela será um sistema autopoietico, enquanto o restante do corpo humano será o meio. Nesta hipótese, a interação do sistema (célula) com o meio (resto do corpo) forma o acoplamento estrutural, isto é, uma troca de informações entre sistema e meio, trocas estas fundamentais para o funcionamento do meio, isso é, a existência do sistema depende do acoplamento estrutural. Por outro lado, se as estruturas e dinâmicas internas do corpo humano forem a referência, o corpo será o sistema, e a mesma célula que foi anteriormente analisada como um sistema, será identificada como parte do sistema “corpo”, e o meio será o ambiente externo ao corpo humano. Neste caso, corpo humano e meio ambiente formarão o acoplamento estrutural.³⁰⁸

Niklas Luhmann, por sua vez, desenvolveu a teoria dos sistemas sociais autopoieticos, a qual é uma aplicação da teoria sistêmica de Maturana ao estudo da sociedade. Luhmann considera a sociedade como um conjunto complexo de sistemas sociais autônomos, como a política, o direito, a economia, a ciência, a religião e a educação. Esses sistemas sociais são autônomos porque possuem suas próprias regras, comunicações e operações internas, e não são controlados externamente, mas são autorreferenciais, ou seja, baseiam-se em suas próprias estruturas e processos para se reproduzirem e se manterem. Luhmann argumenta que a sociedade é caracterizada por uma multiplicidade de sistemas sociais interconectados, que se comunicam e influenciam reciprocamente. Essa comunicação ocorre por meio de elementos simbólicos, como palavras, sinais e símbolos, e é fundamental para a coordenação e a estabilidade da sociedade. Assim como em Maturana e Varela, a teoria de Luhmann adota a concepção de sistemas fechados, porém não isolados, que estão em constante comunicação com o meio, mas que, a partir de processos de diferenciação operacional, criam dinâmicas próprias de funcionamento e estruturas que os distinguem do meio social externo, e assim como na teoria dos chilenos, o conceito de sistema é analítico e implica uma distinção entre o próprio sistema e está além de seu limite, isto é, o ambiente. Além disso, o meio sempre

³⁰⁷ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A Árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001; MATURANA, Humberto R.; VARELA, J.

Autopoiesis and cognition: the realization of the living. Dordrecht, Holanda: D. Reidel Publishing, 1980

³⁰⁸ *Ibid.*

será referencial a um sistema. O Direito é um sistema social, mas em relação a outros sistemas sociais, ele fará parte do meio. Meio é tudo aquilo que está para além dos limites de um sistema social.³⁰⁹

Também está presente em Luhmann o conceito de acoplamento estrutural.³¹⁰ Luhmann define acoplamento estrutural como um elo entre sistema e ambiente através do qual o sistema se comunica com o ambiente e depende deles estruturalmente. Por exemplo, os sistemas econômico e jurídico acoplados por meio da propriedade e dos contratos, os sistemas político e jurídico estão acoplados através da constituição.

A diferença entre sistemas psíquicos e sistemas sociais é essencial para a compreensão da teoria de Luhmann: o sistema psíquico é a consciência individual de cada, e não participa da sociedade, pois os indivíduos se inserem no meio social a partir da externalização das dinâmicas do sistema psíquico, isso é, através da comunicação. Ao ser externalizada, a comunicação não se confunde mais com o emissor, e adquire independência. Através da comunicação surgem os sistemas sociais, que promovem a autopoiese a partir dos fluxos comunicacionais. Assim, na formulação de Luhmann, o Direito enquanto sistema social não é formado por operadores do direito e juristas, mas sim pela comunicação produzida pelo próprio Direito. Estudar Direito, é estudar a produção comunicativa jurídica.

Luhmann não possui uma teoria ou nenhum desenvolvimento teórico específico ao sistema punitivo, embora em sua concepção o direito penal seja um subsistema do sistema jurídico, surgido a partir da diferenciação interna do Direito.³¹¹

A tentativa mais conhecida de se aplicar a teoria da autopoiese ao sistema penal veio com Jakobs, conhecido no direito brasileiro principalmente pelo infame “direito penal do inimigo”.³¹²

Por isso, aqui é importante fazer uma distinção: enquanto Jakobs é um autor inserido na dogmática do próprio sistema penal, a teoria de Luhmann não é uma teoria sobre o sistema punitivo, mas uma teoria sobre a sociedade.³¹³ A dogmática jurídico-penal é uma abordagem no campo do direito penal que se baseia na interpretação e aplicação das normas jurídicas estabelecidas pelo sistema penal. Ela descreve e analisa o sistema penal

³⁰⁹ LUHMANN, op. cit., 2016

³¹⁰ Ibid.

³¹¹ Ibid. p. 237

³¹² JAKOBS, Gunther. Direito Penal do inimigo: noções e críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

³¹³ BARREIRA, César Mortari. Entre Direito Penal e Criminologia Crítica: Uma Nova Agenda de Pesquisa a partir da Relação entre Günther Jakobs e Niklas Luhmann. São Paulo: Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014. p. 301

de forma autônoma, utilizando as distinções normativas estabelecidas pelo próprio sistema. Isso significa que a dogmática jurídico-penal não questiona a estrutura fundamental do sistema penal, mas sim trabalha nos limites e premissas estabelecidas por esse sistema. Ela utiliza as semânticas tradicionais e os conceitos estabelecidos pelo direito penal para construir sua identidade e sua justificativa de existência,³¹⁴ daí as inúmeras teorias justificativas da pena. A dogmática jurídico-penal não trata a norma jurídica como um mero fato social, mas sim como uma exigência jurídica que reflete o status normativo atribuído pelo Direito à sua reflexão. Ela promoverá uma interpretação flexível do material jurídico, mas sempre dentro dos parâmetros estabelecidos pelo sistema penal.³¹⁵ Por outro lado, a teoria dos sistemas sociais autopoieticos oferece uma descrição externa do direito (entendido como sistema), o que significa que não está vinculada aos pressupostos dogmáticos do próprio sistema. Essa teoria parte da diferença fundamental entre sistema e ambiente, o que lhe permite observar, em primeiro lugar, as inúmeras controvérsias que surgem da busca pelos fundamentos da ordem jurídica no sistema ou no ambiente. Em segundo lugar, a partir de suas próprias premissas, a teoria dos sistemas sociais autopoieticos reconhece que o problema da unidade está relacionado à distinção entre observação e descrição, ou seja, a unidade é o resultado da realização da própria operação do sistema. Nesse sentido, a abordagem luhmanniana não ignora as interdependências sociais e “ecológicas” do direito. Por essa razão, a teoria de Luhmann, ao analisar o direito, foca no como esse sistema opera, e como as operações deste sistema se relacionam de forma contínua com o meio social.³¹⁶

O sistema proposto por Luhmann observa aspectos que não são objeto da análise da semântica interna dos sistemas, apontando assim que “as condensações de sentido construídas são fruto de uma processo seletivo, isto é, constituem-se como uma possibilidade entre outras, então a repressão da contingência ocultada na realidade produzida da defesa da sociedade como função do direito penal poderia ser observada e, assim, criticada e desenvolvida.”³¹⁷ A teoria dos sistemas sociais autopoieticos permite um questionamento sobre os dogmas básicos do direito penal. O “crime” não é o comportamento desviado, mas sim é produto do próprio sistema jurídico-penal, que define que a pena será a consequência para a prática de determinadas condutas.³¹⁸

³¹⁴Ibid.

³¹⁵Ibid.

³¹⁶LUHMANN, op. cit., 2012; LUHMANN, op. cit., 2016.

³¹⁷BARREIRA, op. cit., p. 8

³¹⁸BARREIRA, op. cit., p. 276-279

A partir desta perspectiva, em relação ao racismo, o que o sistema jurídico-penal faz é atribuir um significado a um fenômeno do meio externo, e reduzir a complexidade deste fenômeno ao encaixá-lo em suas próprias premissas estruturais. O conceito de racismo no sistema penal se desenvolve a partir de construções semânticas de autolegitimação. Assim, no sistema jurídico-penal, não há como se falar em racismo ou injúria racial (ou qualquer outra conduta criminalizada) sem se falar sobre as demais construções dogmáticas do direito penal, tais como antijuridicidade, culpabilidade, tipicidade e bem jurídico.

O princípio da culpabilidade é bastante ilustrativo dessa dinâmica. Para o sistema jurídico-penal, o crime é uma conduta reprovável, contrária aos valores e normas sociais e fruto de uma atitude interior. A culpabilidade no discurso do direito penal tem distintas funções, tais como evitar a punição por atos de terceiros e a necessidade de vínculo de consciência e vontade entre a conduta e o resultado obtido. Assim, o racismo no direito penal se transforma em uma questão de ordem subjetiva de cada indivíduo. Racismo passa a ser tratado como um problema de ordem individual, e não um problema mais amplo, que afeta as estruturas sociais. Nas palavras de Silvio de Almeida:

O racismo, segundo esta concepção, é concebido como uma espécie de “patologia” ou anormalidade. Seria um fenômeno ético ou psicológico de caráter individual ou coletivo, atribuído a grupos isolados; ou, ainda, seria o racismo uma “irracionalidade” a ser combatida no campo jurídico por meio da aplicação de sanções civis – indenizações, por exemplo – ou penais. Por isso, a concepção individualista pode não admitir a existência de “racismo”, mas somente de “preconceito”, a fim de ressaltar a natureza psicológica do fenômeno em detrimento de sua natureza política. Sob este ângulo, não haveria sociedades ou instituições racistas, mas indivíduos racistas, que agem isoladamente ou em grupo. (ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo Estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. p. 25)

Podemos questionar por que fazer uma análise do sistema punitivo a partir de uma perspectiva de Luhmann, afinal a criminologia crítica seria suficiente para desconstruir o discurso crítico em relação ao sistema jurídico-penal, por ter como objeto o sistema de controle social e os processos de criminalização. Aliás, autores e obras do campo da criminologia crítica no Brasil mencionam raramente a teoria sistêmica de Luhmann em suas obras, e quando o fazem é para associá-la ao direito penal do inimigo e denunciá-la como uma forma discurso criminológico neoconservador.³¹⁹

Não temos aqui a pretensão de apontar a compatibilidade da teoria dos sistemas de Luhmann com escolas do pensamento que se desenvolveram nas últimas

³¹⁹ OLIVEIRA, David Barbosa de; MAIA, Vinicius Madureira. Niklas luhmann no brasil: resistências acadêmicas ao estudo da teoria dos sistemas. Niterói: Revista Brasileira de Sociologia do Direito. v. 5, n. 3, set, 2018

décadas, pois esse esforço já vêm sendo feito por outros autores,³²⁰ mas, na presente pesquisa partimos de uma perspectiva na qual há complementaridade entre recortes da criminologia crítica e a teoria sistêmica de Luhmann. Adotamos a percepção de que o crime é uma construção política, e que o processo de criminalização ocorre em duas etapas, a primária e a secundária, sendo que o Direito se insere nessa última, mas não a resume, eis que a criminalização secundária é promovida por diferentes agências, como as polícias e os meios de comunicação de massa. No entanto, entendemos que o sistema jurídico possui especial relevância, por ser o responsável pela aplicação prática das normas, inclusive, a aplicação normativa a partir da definição do binômio lícito-ilícito é a razão da existência do Direito enquanto sistema social. No presente trabalho, ao analisar o discurso do STF presente nos julgamentos do Inquérito 4694 e do HC 154248, investigamos justamente como o racismo é absorvido pelo sistema jurídico enquanto categoria de conduta ilícita, a partir das particularidades operacionais-comunicativas do Direito. A teoria sistêmica da autopoiese possibilita reconhecer o racismo como um fenômeno externo ao sistema jurídico-penal, sem deixar de reconhecer a existência deste, e sem preocupações em relação à sua legitimidade. Mesmo autores críticos às teorias clássicas justificantes da pena terminam por propor alternativas que de algum modo encontrem uma razão de ser para o sistema punitivo, como ocorre na teoria agnóstica da pena proposta por Zaffaroni, baseada em um “funcionalismo redutor”.³²¹ O que realizamos nesta pesquisa foi uma investigação da comunicação produzida pelo direito em relação aos crimes de racismo, a partir dessa concepção que o direito é um sistema social fechado, com suas próprias dinâmicas internas.

Embora a teoria de Luhmann não possa ser reduzida a uma mera metáfora biológica³²², vamos concluir a reflexão com uma analogia entre o Direito e um sistema biológico: um peixe, enquanto sistema vivo, forma o acoplamento estrutural com o meio no qual habita; um peixe que se desenvolve em um rio contaminado por substâncias tóxicas provavelmente não será um animal totalmente saudável e irá apresentar uma série de problemas que não seriam encontrados em um peixe que vive em um rio sem poluição. Ainda assim, o peixe adoecido continuará sendo um sistema biológico, e continuará guardando características específicas que permitirá que ele seja identificado como um

³²⁰SIQUEIRA, Thiago dos Santos. Raça sob uma perspectiva sistêmica : observações à luz de uma aproximação entre a teoria dos sistemas e os estudos pós-coloniais. Brasília: dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, 2020

³²¹ ZAFFARONI, op. cit.

³²² BAXTER, Hugh. Niklas Luhmann 's Theory of Autopoietic Legal Systems. Boston: Univeristy School of Law, 2013.

peixe. Do mesmo modo, os sistemas sociais na concepção de Luhmann permanecem com características fundamentais que os definem, embora o funcionamento de tais sistemas dependerá do acoplamento estrutural que formam com o meio. O sistema jurídico brasileiro (e seus diferentes subsistemas, como o penal) não irá operar do mesmo modo que o sistema jurídico de outro país. Embora os sistemas punitivos de diferentes países apresentem características essenciais em comum que os definam como tal, o meio social terá influência direta no modo como cada aparato punitivo irá operar.

Assim, as disputas políticas e o contexto histórico e sócio-político terão influência direta no funcionamento operacional do sistema jurídico. Dessa maneira, se o sistema jurídico no Brasil funciona como pilar de sustentação de uma sociedade desigual³²³, isso ocorre, pois o nosso sistema jurídico está imerso em um meio social fundamentalmente desigual e racista. Mas isso não significa, ao nosso ver, que o sistema punitivo deva ser abandonado como um dos focos de determinadas disputas políticas, pois o próprio sistema jurídico tem capacidade de ontogenia, a qual é a história de mudanças estruturais de uma sistema sem que este perca sua identidade organizacional. Enquanto o Estado moderno for uma realidade, o Direito irá continuar existindo com sua identidade autônoma em relação aos demais meios sociais, e com limitações inerentes a um sistema que pretende não a resolução de conflitos, mas a própria autorreprodução. O Direito é um sistema dinâmico, cuja construção e manutenção acontece de modo constante, e à medida que vai se construindo, vai se modificando não apenas para se adaptar ao meio social, mas também a partir de mudanças na suas estruturas internas. Essas mudanças não devem ser vistas como uma forma de progresso, isso seria incorrer no equívoco moderno de que a história sempre caminha para algo mais positivo. As disputas políticas exigem práticas constantes.

³²³ THEODORO, op. cit.

4- BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, versão digital.

_____. **Retórica Analítica como metódica jurídica**. Revista Argumenta do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, nº 18, pg. 22, 2013

AGUIAR, Roberto A.R. **O que é justiça: uma abordagem dialética**. Editora Alfa-Omega: São Paulo. 1993

AKAMINE Jr. Oswaldo. **Sobre o fetichismo jurídico**. Revista Páginas de Filosofias, v.8 n/1-2, 2019

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003

_____. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Revista CCJ/UFSC, n.30, ano 16, pg.24-36, 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313>

_____. **A Soberania Patriarcal: O Sistema De Justiça Criminal No Tratamento Da Violência Sexual Contra A Mulher**. Revista Sequência, nº 50, p. 71-102, jul. 2005

ANDREUCCI. Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial, 12. ed.** São Paulo: Saraiva, 2017.

ANDREWS, Kehinde. **A nova era do império: como o racismo e o colonialismo ainda dominam o mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2023.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANJOS, Rafael Sanzio Araújo dos. **Cartografia e cultura: territórios dos remanescentes quilombolas no Brasil**. Disponível em: < www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/rafaelsanzio.pdf > Acesso em 05 de dezembro. 2023;

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BANTON, Michael. **A ideia de raça**. Livraria Martins Fontes: São Paulo, 1977.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. **Principios del Derecho Penal Mínimo (Para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)**. In *Criminología y Sistema Penal* (Compilación in memoriam), Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 299-333

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARREIRA, César Mortari. **Entre Direito Penal e Criminologia Crítica: Uma Nova Agenda de Pesquisa a partir da Relação entre Günther Jakobs e Niklas Luhmann**. São Paulo: Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014. p. 301

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Brasileiro**. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Waleska Miguel; ALMEIEDA, Silvio Luiz. de. **Teoria crítica racial e do direito: aspectos da condição do negro nos Estados Unidos da América**. São Paulo: REVISTA QUAESTIO IURIS, v.14, v.3. (2021)

BAUER, Martin W., GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som – um manual prático**. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2008

BAXTER, Hugh. **Niklas Luhmann 's Theory of Autopoietic Legal Systems**. Boston: Univeristy School of Law, 2013

BECKER, H. S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro, Zahar, 2009.

BECKER, Simone; OLIVEIRA, Débora Guimarães. **Análise sobre a (não) caracterização do crime de racismo no Tribunal de Justiça de São Paulo**. Est. Hist., Rio de Janeiro, vol. 26, nº 52, p. 451-470, julho-dezembro de 2013.

BEDA, Caroline Ataíde de Figueiredo. **A busca da verdade real como uma estratégia retórica: a legitimação do poder punitivo através da promessa de segurança jurídica**. 2015. 96 f. Monografia (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

BERGER, C. **Campos em confronto: a terra e o texto**. Porto Alegre, Editora da Universidade, 1998. BERGER, P. e LUCKMAN, T. **A Construção Social da Realidade**. Petrópolis, Editora Vozes, 2ª edição, 1974.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo**. 1989. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

BETHENCOURT, Francisco. **Racismos: Das cruzadas ao século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

BITENCOURT, Cezar Robert. **Tratado de direito penal: parte geral I**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ aprova regra de gênero para a promoção de juízes e juízas. 26 de setembro de 2023. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/cnj-aprova-regra-de-genero-para-a-promocao-de-juizes-e-juizas/#:~:text=Embora%20constituam%20cerca%20de%2051,apenas%2021%25%20no%20segundo%20grau.>> Acesso em: 18 de outubro de 2023.

_____. **Conselho Nacional de Justiça. Conheça a diferença entre racismo e injúria racial.** Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/conheca-a-diferenca-entre-racismo-e-injuria-racial/>> Acesso em 05 de dezembro de 2023)

_____. **Conselho Nacional de Justiça. Diagnóstico étnico-racial do Poder Judiciário.** Brasília: CNJ, 2023. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/diagnostico-etnico-racial-do-poder-judiciario.pdf>> Acesso em: 18 de outubro de 2023

_____. **Conselho Nacional de Justiça. Relatório aponta aumento no número de processos de violência doméstica ou feminicídio em 2022.** Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85640-cnj-publica-dados-sobre-violencia-contr-a-mulher-no-judiciario>> Acesso em 14 de outubro de 2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 jul. 2017.

_____. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.** Brasil: 500 anos de povoamento. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em <<https://brasil500anos.ibge.gov.br>> Acesso em: 10 de setembro de 2023.

_____. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.** Censo demográfico de 2022. Indígenas: primeiros resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102018.pdf>> Acesso em: 18 de outubro de 2023.

_____. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.** Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em <<https://static.poder360.com.br/2022/07/populacao-ibge-2021-22jul2022.pdf>> Acesso em: 04 de novembro de 2023.

_____. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.** Pesquisa Nacional por Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/25844-desigualdades-sociais-por-c-or-ou-raca.html>> Acesso em: 04 de novembro de 2023.

_____. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada . Atlas da Violência 2021.** São Paulo: FBSP, 2021. Disponível

em:<<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5141-atlasdaviolencia2021completo.pdf>> Acesso em: 18 de outubro de 2023. p. 49

_____. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 14 de outubro de 2023.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** 2016. Disponível em <<http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciar-ias>>. Acesso em 17 de agosto de 2018.

_____. **Ministério Público Federal.** Denúncia contra Jair Messias Bolsonaro. Disponível em <<https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/DenunciaBolsonaroTarjado.pdf>> Acesso em 05 de dezembro de 2023.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 983.531 distrito federal. Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Brasília, 18 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501521>> Acesso em: 17 de outubro de 2023

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ementa de acórdão do Inquérito 4894.. Disponível em <BRASIL. Ministério Público Federal. Denúncia contra Jair Messias Bolsonaro. Disponível em <<https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/DenunciaBolsonaroTarjado.pdf>> Acesso em 05 de dezembro de 2023.> Acesso em 05 de dezembro de 2023.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Habeas Corpus nº 154248. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 28 de outubro de 2021. Disponível em:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759332240>> Acesso em: 17 de outubro de 2023.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Inquérito nº 4694. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 18 de setembro de 2018. Disponível em:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>> Acesso em: 17 de outubro de 2023.

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.** Acórdãos julgados pelas turmas criminais do TJDF. Teor disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 15 de novembro de 2023.

CALAZANS, Márcia Esteves de; PIZA, Evandro; PRANDO, Camila; CAPPI, Riccardo. **Criminologia crítica e questão racial.** Cadernos do CEAS, Salvador, n. 238, p. 450-463, 2016.

CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e direito penal. 2. ed.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CARDOSO, Lourenço. **O branco diante da rebeldia do desejo: um estudo sobre a branquitude no Brasil.** São Paulo: Tese de doutorado, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 2014.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. **O ofício do antropólogo, ou como desvendar evidências simbólicas**. Série Antropologia Vol. 413. Brasília: DAN/UnB, 2007.

CARVALHO, Alexandre Victor de. **Vítima e dogmática**. In: SÉGUIN, Elida (org). Vitimologia no terceiro milênio. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do Preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHANCEL, Lucas; PIKETTY, Thomas; SAEZ, Emanuel; ZUCMAN, Gabriel. **World Inequality Report 2022**. World Inequality Lab: 2021. Disponível em <Disponível em <<https://www.theguardian.com/world/2003/jun/14/usa.comment>> Acesso em 10 de outubro de 2023.> Acesso em 10 de outubro de 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório aponta aumento no número de processos de violência doméstica ou feminicídio em 2022**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85640-cnj-publica-dados-sobre-violencia-contr-a-mulher-no-judiciario>> Acesso em 14 de outubro de 2023.

COSTA, Mônica Rodrigues; JESUS, Laís Gonçalves de. **Impactos do racismo na subjetividade de indivíduos negros**. SER Social, Brasília, v. 19, n. 41, p. 314-335, jul.-dez./2017

CUNHA, Marcella. **Sancionada lei que equipara injúria racial ao crime de racismo**. Agência Senado, 16 de janeiro de 2023. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2023/01/sancionada-lei-que-equipara-injuria-racial-ao-crime-de-racismo#:~:text=Foi%20sancionada%20a%20lei%20que,Lei%2014.532%2C%20de%202023.>>> Acesso em 05 de dezembro de 2023

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe (recurso eletrônico)**. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência dom doméstica e familiar contra a mulher**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DUARTE, Evandro Piza; COSTA, Pedro Argolo; QUEIROZ, Marco Vinícius Lustosa. **A Hipótese Colonial, um diálogo com Michel Foucault: a modernidade e o Atlântico Negro no centro do debate sobre racismo e sistema penal**. Universitas JUS, v. 27, n. 2, p. 1-31, 2016.

FANON, Frantz. **Em Defesa da Revolução Africana**. Livraria Sá da Costa Editora: Lisboa, Portugal, 1980.

_____. **Pele negra e máscaras brancas**. Salvador: EDUFBA, 2008.

FERNANDES, Bernardo Mançano. **Sobre a tipologia de territórios**. In: SAQUET, Marcos Aurelio; SPOSITO, Eliseu Savério (Org.). *Territórios e territorialidades: teorias, processos e conflitos*. São Paulo: Expressão Popular: UNESP, 2009

FERRAJOLI, Luigi. **Direito Penal e Razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, Mário. **O Negro no Futebol Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forno, 1994.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006

FLOR, Cauê Gomes. **O estereótipo enquanto prática do discurso colonial: Gilberto Freyre e a narrativa da formação da nação**. *Áskesis, Revista des Discentes do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar*, v. 4, n. 2. julho/dezembro, São Carlos: 2015, p. 43/58

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Gabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes. 3ª Ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2008

_____. **Vigiar e Punir - história da violência nas prisões**. 25. ed. Petrópolis:2012

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; GALVÃO JUNIOR, Roberto Faleiros. **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: Cultura Acadêmica: Editora UNESP, 2011.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Editora Paz e Terra: Rio de Janeiro, 2014.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala: a formação da família brasileira sob regime da economia patriarcal**. 50. ed. Global: São Paulo, 2005

_____. **Foot-ball mulato**. Artigo publicado no Diário de Pernambuco em 1938. Disponível

em<https://comunicacaoesporte.files.wordpress.com/2010/10/foot-ball-mulato-gilberto_freyre.pdf> Acesso em 23 de junho de 2020.

FRIEDRICKSON, George M. **White supremacy: a comparative study in american and south african history**. New York: Oxford Univesity Press, 1981. p. xi

GILROY, Paul. **O Atlântico negro: modernidade e dupla consciência**. Editora 34 : São Paulo, 2001.

GLOBONEWS. **Em 30 anos, apenas 244 processos de racismo e injúria racial chegaram ao fim no RJ**. G1: Rio de Janeiro, 06 de dezembro de 2017. Disponível em <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/em-30-anos-apenas-244-processos-de-racismo-e-injuria-racial-chegaram-ao-fim-no-rj.ghtml>> Acesso em 14 de outubro de 2023.

GÓES, Luciano. **Direito penal antirracista**. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito, 2022.

GONÇALVES, Ricardo Juozepavicius. **A superioridade racial em Immanuel Kant: as justificações da dominação europeia e suas implicações na América Latina.** Marília-SP: Kínesis - Revista de Estudos dos Pós-Graduandos em Filosofia, 2015. Vol. VII, nº 13. p.179-195

GRECO, Luis. **Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito dos crimes de incesto.** in Revista Brasileiro de Ciências Criminais, n.82, jan-fev/2010. pg.166-185. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo **Classes, raças e democracia.** São Paulo: Ed. 34, 2002.

HAESBAERT, Rogério. **O mito da desterritorialização: do “fim dos territórios” à multiterritorialidade.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

HAHN, Alexandre. **Estudo introdutório à determinação do conceito de uma raça humana de Immanuel Kant. Kant e-Prints.** Campinas, Série 2, v. 7, n. 2, p. 07-27, jul.-dez., 2012, p. 12

HALL, Stuart. **Da diáspora: identidade e mediações culturais.** Editora UFMG: Belo Horizonte/MG, 2013.

HELAL, Ronaldo; SOARES, Antonio Jorge Gonçalves; LOVISOLO, Hugo. **A invenção do país do futebol: mídia, raça e idolatria.** Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

HOBSBAWN, Eric. **America's imperial delusion.** The Guardian, 14 de junho de 2003. Disponível em <<https://www.theguardian.com/world/2003/jun/14/usa.comment>> Acesso em 10 de outubro de 2023

HUBER, Patrick. **Redneck: The Fashioning of a Southern White Masculine Identity.** The University of North Carolina Press, Volume 1, Number 2, Winter 1995

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA . **Censo demográfico de 2022. Indígenas: primeiros resultados do universo.** Rio de Janeiro: IBGE, 2022.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas. 6. ed.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2001

KELLNER, Douglas. **A Cultura da Mídia - estudos culturais: identidade e política entre o moderno e o pós moderno.** EDUSC: Bauru/SP, 2001.

KILOMBA, Grada. **Memórias da Plantação [recurso eletrônico]: episódios de racismo cotidiano.** Rio de Janeiro: Cobogó, 2020.

KOSSLING, Karin Sant'Anna. **As Lutas Anti-Racistas de Afro-Descendentes Sob Vigilância do DEOPS/SP (1964-1983).** Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2007

LIMA, Lucia Maria Ribeiro de. **A proteção às vítimas do crime de injúria racial no Tribunal de Justiça do Acre**. Dissertação de Mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2017.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Editora Unesp, 2001.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal. 17. ed.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 9ª Edição** revisada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LOSURDO, Domenico. **Contra-História do Liberalismo**. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2006.

_____. **O marxismo ocidental (recurso eletrônico): como nasceu, como morreu, como pode renascer**. São Paulo: Boitempo, 2018.

LOZANO, André. **Justiça não enxerga racismo no país**. Folha de São Paulo, São Paulo, 23 de agosto de 1998. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff23089801.htm#:~:text=%22Embora%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20nacional%20tenha,%22%2C%20diz%20documento%20do%20encontro.>> Acesso em 14 de outubro de 2023

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade [livro eletrônico]**. São Paulo: Martins Fontes, 2016

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980. p.53

_____. **Sociologia do direito 1**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **The Theory of Society, Vol. 1**. Stanford, CA: Stanford Univ. Press, 2012

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política. Livro 1: o processo de produção do capital**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A Árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001

_____. **Autopoiesis and cognition: the realization of the living**. Dordrecht, Holanda: D. Reidel Publishing, 1980

MINISTÉRIO Público do Paraná. **STF admite a injúria racial como crime imprescritível**. Disponível em:

<<https://mppr.mp.br/Noticia/STF-admite-injuria-racial-como-crime-imprescritivel>> Acesso em: 18 de novembro de 2023.

MONTEIRO, John Manuel. **Negros da terra: índios e bandeirantes nas origens de São Paulo**. São Paulo : Companhia das Letras, 1994

MOURA, Clóvis. **Dialética Radical do Brasil Negro**. São Paulo: Fundação Maurício Grabois/Anita Garibaldi, 2014. 2ª ed

_____. **Rebeliões da senzala (quilombos, insurreições, guerrilhas)**. São Paulo: Edições Zumbi Ltd, 1959.

MUNANGA, Kabengele. **Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra**. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MUNHÓZ, Maria Leticia Puglisi. **Direitos humanos e relações raciais: uma contribuição da teoria da branquidade para a análise da jurisprudência brasileira sobre a conduta da discriminação racial prevista na legislação**. 2015. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado**. Editora Paz e Terra SA: Rio de Janeiro, 1978.

_____. **THOTH**, informe de distribuição restrita do senador Abdias Nascimento ; Abdias Nascimento n. 2 (1997) – Brasília: Gabinete do Senador Abdias Nascimento, 1997 2 131 agosto de 1997: Atuação Parlamentar. Disponível em:<<https://ipeafro.org.br/wp-content/uploads/2015/10/THOTH-2.pdf>>. Acesso em: 23/07/20.

NETO, Manuel Pacheco. **A escravização indígena e o bandeirante no Brasil colonial: conflitos apresamentos e mitos**. Dourados, MS: Ed. UFGD, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado. 10. ed.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, David Barbosa de; MAIA, Vinicius Madureira. **Niklas luhmann no brasil: resistências acadêmicas ao estudo da teoria dos sistemas**. Niterói: Revista Brasileira de Sociologia do Direito. v. 5, n. 3, set, 2018

ORTIZ, Brena. **Entenda a diferença entre racismo e injúria racial**. G1 DF, 26 de agosto de 2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/08/26/entenda-diferenca-entre-racismo-e-injuria-racial.ghtml>> Acesso em 05 de dezembro de 2023)

ORTIZ, Renato. **A Moderna Tradição Brasileira: Cultura Brasileira e Indústria Cultural**. Brasiliense: São Paulo, 2006.

_____. **Cultura Brasileira e Identidade Nacional**. Brasiliense: São Paulo, 2006.

PACHUKANIS, E.B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo [Recurso eletrônico]**. São Paulo: Boitempo, 2017.

PARDINI, Melina Nóbrega Miranda. **A Narrativa da Ordem e a Voz da Multidão: o futebol na imprensa durante o Estado Novo (1937-1945)**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História Social do Departamento de História da Faculdade

de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Mestre em História. 2009

PEREIRA, Leonar Affonso de Miranda. **Domingos do Brasil: futebol, raça e nacionalidade na trajetória de uma herói do Estado Novo**. Locus: Revista de História 13, n.2: 2007

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012

READ, Piers Paul. **Os Templários**. Rio de Janeiro: Imago, 2001

REIS, Isaac. **Análise empírico-retórica do discurso constitucional: uma contribuição metodológica para a pesquisa de base em Direito**. In: Conpedi/UFSC. (Org.). Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos. Florianópolis, SC: Conpedi, 2014

_____. **Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha**. Recife: Tese de doutorado, Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 2ª ed.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Coleção Pensamento Criminológico, v. 3. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma Leitura Externa do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

SANTOS, Elaine de Melo Lopes dos. **Racismo e injúria racial sob a ótica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. 2010. 96 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2010.

SANTOS, Gislina Aparecida. **Nem crime, nem castigo: o racismo na percepção do judiciário e das vítimas de atos de discriminação**. Revista do Instituto de Estudos Brasileiros, Brasil, n. 62, p. 184-207, dez. 2015.

SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. **O Brasil: território e sociedade no século XXI**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. **Direitos Humanos e as práticas de racismo**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Filosofia e Teoria. Constituição contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. p. 33-34. Disponível em: <<https://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosupload/4888/material/a-li>

berdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>Acesso em: 18 de outubro de 2023

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Companhia da Letras, 1993

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SIMÕES, Eduardo. **Como o assassinato de George Floyd deu impulso às políticas raciais em empresas brasileiras**. Valor Econômico. São Paulo: 12 de março de 2023. Disponível em:

<<https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2023/03/12/como-o-assassinato-de-george-floyd-deu-impulso-as-politicas-raciais-em-empresas-brasileiras.ghtml>> Acesso em: 18 de outubro de 2023.

SIQUEIRA, Thiago dos Santos. **Raça sob uma perspectiva sistêmica : observações à luz de uma aproximação entre a teoria dos sistemas e os estudos pós-coloniais**. Brasília: dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, 2020

SOBOTA, Katharina. **The rhetorical construction of law. in: International Journal for the Semiotics of law**. Vol. V, n. 13, p. 39-54, 1992.

SWEETENHAM, Robert the Monk's. **History of the First Crusade: Historia Iherosolimitana. Crusade Texts in Translation. Vol. 11**. Farhnham, Reino Unido: Ashgate Publishing. 2005

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal. 10. ed**. Salvador: Editora Juspodivm.

THEODORO, Mário. **A sociedade desigual: Racismo e branquitude na formação do Brasil**. Rio de Janeiro: Zahar, 2022

TRAQUINA, N. (org.). **Jornalismo: Questões, Teorias e ‘Estórias’**. Lisboa, Vega, 1972/1993.

VAZ, Livia Sant’anna. **A justiça é uma mulher negra**. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito, 2021

WELCHMAN, JENIFFER. **Locke on Slavery and Inalienable Rights**. Canadian Journal of Philosophy. Cambridge University Press: 1995. p. 67-81.

WILLIAMS, Eric. **“Capitalism and Slavery”**. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **O inimigo no Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Raul Eugenio, ALAGIA, Alejandro, BATISTA, Nilo, SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Direito penal brasileiro II**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010

_____. **Derecho Penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume I, parte geral**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.