

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

VANESSA CHIARI GONÇALVES

JORGE BHERON ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Jorge Bheron Rocha; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Vanessa Chiari Gonçalves. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-858-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I teve seus trabalhos apresentados na tarde do dia 16 de novembro de 2023, durante XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Fortaleza-CE, no Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS, entre os dias 15 e 17 de novembro de 2023, com o tema ACESSO À JUSTIÇA, SOLUÇÕES DE LITÍGIOS E DESENVOLVIMENTO.

As apresentações foram realizadas em um único bloco de exposições, havendo, pelos(as) autores(as) presentes, a apresentação dos respectivos artigos aprovados em sequência. Após o término das exposições foi aberto espaço para a realização do debate dividindo-se os artigos por temática a fim de que todos os trabalhos cujos(as) autores(as) estavam presentes fossem contemplados.

Segue abaixo a descrição dos artigos apresentados, ressaltando-se que não fazem parte dos Anais do evento aqueles artigos direcionados diretamente à Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, do CONPEDI, em função de sua seleção especial para publicação na mesma.

O artigo intitulado “A (IN) VIABILIDADE JURÍDICA DAS APOSTAS DESPORTIVAS NO BRASIL”, de autoria de Henrique Barros Ferreira e Hermann Richard Beinroth da Silva, trata do crescimento das Apostas Desportivas no Brasil, percorrendo, inicialmente, a análise histórica e cultural dos jogos de loteria até a promulgação da Constituição de 1988. O ponto principal do estudo é a avaliação da mudança de paradigma no esporte, com a consolidação de novas plataformas digitais. O enfoque fixa-se no Poder Legislativo, que ainda não conseguiu regulamentar ou regularizar o sistema de funcionamento das Casas de Apostas, que cada vez mais têm crescido no país. Pela omissão legislativa do Poder Público, que ainda discute a legalidade do tema no Congresso Nacional, é possível destacar que o modus operandi das Casas de Apostas ainda é visto como uma incógnita. Diante da indeterminação normativa ocorreram severas denúncias do MPGO sobre fraudes no futebol brasileiro. Com as denúncias já oferecidas, iniciou-se uma operação em nível nacional, denominada de Operação Penalidade Máxima, que envolve apostadores e jogadores profissionais, que podem sofrer condenações cumuladas, no âmbito penal e desportivo.

O artigo “A APLICAÇÃO DO TEMA 660 DO STF E A IMPORTAÇÃO ACRÍTICA DO PROCESSO CIVIL AO PROCESSO PENAL”, de autoria de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Carolina Rebouças Peixoto, trata do Tema de Repercussão Geral n. 660 do Supremo Tribunal Federal, verificando a sua aplicabilidade em processos penais. Para isso, realiza pesquisa bibliográfica acerca do referido instituto na doutrina processual civil, confrontando-a com a doutrina processual penal sobre os recursos extraordinários e sobre a principiologia. Além disso, realiza um estudo de caso sobre o julgamento que deu origem à aprovação do Tema 660 do STF e as discussões nele travadas. Por fim, apresenta uma pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com base em 16 (dezesesseis) decisões colegiadas (que mantiveram decisões monocráticas) de negativa de seguimento de Recursos Extraordinários. A pesquisa demonstrou que os tribunais aplicam o Tema 660 do STF indistintamente, sem verificar a existência de violação reflexa ou direta ao dispositivo constitucional. Ao final, constatou que o Tema 660 do STF, por ter sido aprovado no bojo de um processo cível, sob a égide de princípios também de direito civil, é de difícil aplicabilidade no âmbito criminal.

O artigo “A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E O APROVEITAMENTO DA PROVA NA RUPTURA DE ACORDOS”, de autoria de Gabriel Gomes Babler, trata do Acordo de Não Persecução Penal que é o mais recente instituto de direito penal negocial previsto na legislação brasileira, trazido pela Lei 13.964/2019 que incluiu o Art 28-A ao Código de Processo Penal. O ANPP possibilita uma negociação direta entre acusação e acusado com o objetivo de evitar o processo penal, mas dentre suas condições exige a confissão do acusado, o que gera dúvidas sobre a natureza dessa confissão e sobre se ela poderia ser aproveitada como prova em um eventual processo penal. O estudo analisa a possibilidade ou a impossibilidade de a confissão realizada para a formalização do acordo não persecutório ser utilizada como prova no processo penal em caso de rescisão do acordo. Para tanto, utiliza a revisão de literatura, por meio do estudo bibliográfico, que revisou doutrina, legislação e jurisprudência sobre o tema por meio do método dedutivo. Ao final a pesquisa concluiu que a confissão realizada para a formalização do ANPP não pode ser utilizada como prova no processo penal, bem como a implementação do juiz de garantias e a exclusão física dos autos de inquérito se mostram essenciais para evitar a violação de garantias fundamentais.

O artigo “A PRODUÇÃO E ANÁLISE PROBATÓRIA NO ÂMBITO DO CRIMINAL COMPLIANCE”, de autoria de Rodrigo Ribeiro De Vasconcelos e Filipe Brayan Lima Correia, trata da produção de provas (lato sensu) no âmbito do criminal compliance, especialmente no que concerne à legalidade e validade, e de como deve se dar a análise probatória pelo compliance officer, em cotejo com as atribuições das polícias judiciárias, órgãos estatais que têm como atribuição primária investigar. A pesquisa constatou que o

ordenamento jurídico brasileiro carece de normas para regular tais atividades, que são essenciais para garantir o regular funcionamento das empresas, notadamente as de maior porte, por prevenir e reprimir a prática de ilícitos criminais. A pesquisa enfatiza o direito brasileiro, mas pode ser útil a sistemas jurídicos de outros países na medida em que propõe ideias inovadoras com base em experiências práticas e na doutrina especializada. Utiliza-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sendo de natureza qualitativa, com finalidade descritiva, exploratória e propositiva.

O artigo “ANÁLISE CRÍTICA À INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL EM FACE DA NEUROCIÊNCIA”, de autoria de Rodrigo Ribeiro De Vasconcelos e Filipe Brayan Lima Correia, trata dos desafios do sistema penal brasileiro diante dos avanços científicos. Um desses desafios é a compreensão dos motivos inconscientes que influenciam as decisões humanas, muitas vezes indo além da lógica racional. A neurociência tem contribuído para revelar como esses processos mentais afetam o julgamento humano e a iniciativa probatória do juiz é questionável à luz dessas descobertas, pois a exposição do juiz a vieses cognitivos e pressões sociais pode comprometer sua imparcialidade. Assim, a necessidade de um sistema acusatório puro, mantendo a coleta de provas e a decisão judicial rigorosamente separadas, se faz necessário de forma a evitar o comprometimento cognitivo prévio do juiz, assegurando um julgamento mais justo. Incorporar abordagens neurocientíficas na reforma do processo penal é essencial para melhorar a justiça e a equidade no sistema jurídico brasileiro, garantindo decisões baseadas em critérios preponderantemente objetivos e em uma compreensão sólida dos processos mentais humanos, o que contribuiria para um sistema legal mais eficiente e justo. Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

O artigo A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA APLICAÇÃO NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO: REFLEXÕES SOBRE DOLO EVENTUAL, RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA E O PRINCÍPIO NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS, de autoria de Yann Diego Souza Timotheo De Almeida e Warllans Wagner Xavier Souza, trata da teoria da cegueira deliberada, bem como de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Essa teoria busca responsabilizar indivíduos que deliberadamente se recusam a ver ou a saber de algo ilegal que está acontecendo ao seu redor. No entanto, a execução desse instituto tem sido criticada pela falta de clareza e pela inconsistência de sua aplicabilidade. A relevância do tema se justifica em razão de existir, muitas vezes, confusão com a teoria do dolo eventual. Pertinente, nesse cenário, a teoria da cegueira deliberada (willfull blindness doctrine), que aponta para, no mínimo, a incidência do dolo eventual, da seguinte forma: que o agente tenha tido

conhecimento da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade criminal; que o agente tenha tido condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade; e que o agente deliberadamente tenha agido de modo indiferente a esse conhecimento. Desse modo, indaga-se, como se dá a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, diante da ausência de legislação específica sobre o tema, para a responsabilização penal no crime de lavagem de dinheiro dentro do ordenamento jurídico pátrio? A pesquisa realizada por meio de uma pesquisa bibliográfica e da análise de entendimentos jurisprudenciais conclui que a importação da teoria tem sido realizada de forma precipitada.

O artigo DIREITO PENAL, DROGAS ILÍCITAS E COMÉRCIO DE LEGAL HIGHS: O FENÔMENO DAS “NOVAS SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS” EM 50 (CINQUENTA) ANOS DE WAR ON DRUGS (1971-202?), de autoria de Isaac Rodrigues Cunha, trata da política criminal de drogas. A história das civilizações tem sido marcada pelo uso, abuso e dependência de substâncias entorpecentes, sendo certo que a relação da sociedade com essas substâncias é complexa. Ainda que inicialmente tenha havido aceitação e mesmo promoção do uso de drogas, a atualidade é marcada por uma verdadeira “Guerra às Drogas”. Nesse contexto, tomando por base o que disciplina o Direito Penal brasileiro na matéria, notadamente a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, a pesquisa investiga o fenômeno das “novas substâncias psicoativas” ou “legal highs”, modalidades sintéticas de drogas produzidas com substâncias (ainda) não consideradas proscritas pelo ordenamento. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, notadamente de fontes nacionais e estrangeiras, chegou-se à conclusão de que a atual sistemática, na qual as “normas penais em branco” da Lei de Drogas só podem ser complementadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, malgrado o Projeto de Lei da Câmara n. 178/2015, não é suficiente para acompanhar o surgimento de novas drogas sintéticas, tão viciantes quanto perigosas em termos de efeitos colaterais.

O artigo intitulado DO RECONHECIMENTO DO DELITO DE ESTUPRO VIRTUAL: DA SUPER VULNERABILIZAÇÃO DA VÍTIMA E A NECESSIDADE DE TUTELA JURISDICIONAL, de autoria de Samara Scartazzini Awad, Josiane Petry Faria e Renato Duro Dias, trata da conduta praticada no ambiente virtual, que tem sido enquadrada como delito de estupro, do artigo 213, caput, do Código Penal. O estupro virtual, portanto, é caracterizado como uma conduta cujo objetivo é constranger alguém mediante uma grave ameaça para que realize um ato libidinoso, violando, assim, a liberdade sexual da vítima, um bem jurídico protegido pelo Direito Penal. A pesquisa realiza uma análise crítica da nova conduta e de seu enquadramento penal como estupro virtual, considerando o entendimento dos tribunais superiores nessa matéria, adotando o método de abordagem dedutivo. Diante

disso, chega à conclusão de que o conhecimento das modificações do Código Penal causadas pela utilização e popularização intensas da tecnologia é importante. Tal revolução tecnológica embora apresente muitas vantagens, também promove malefícios quando usada sem o devido cuidado, levando-se em conta a vulnerabilidade no ciberespaço que possibilita a prática do estupro virtual. Assim, mesmo que a legislação penal esteja gradativamente se ajustando à medida que o tempo passa, como uma forma de se adaptar às novas situações, inclusive aos novos delitos que vão surgindo, ainda há necessidade de aperfeiçoamento ou de inovações, a fim de evitar dúvidas na tipificação de certos crimes, como o estupro virtual.

O artigo EM DEFESA DA TUTELA PENAL DO AMBIENTE, de autoria de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, trata do meio ambiente, consagrado doutrinariamente como direito humano de terceira geração e contemplado com disposições constitucionais que o elevam à condição de direito fundamental no âmbito de diversos países. Considera o meio ambiente como um bem jurídico apto a ser efetivamente tutelado pelo direito penal que, todavia, carece de modificações em sua dogmática individualista secular para a defesa de um direito que é, a um só tempo, individual e difuso. O artigo contempla, sob o raciocínio lógico-dedutivo e com pesquisa bibliográfica, a garantia do meio ambiente pelo direito penal e apresenta propostas para a melhor tutela ambiental, correspondendo elas, para além da aptidão de normas penais mais adequadas, à criação de um Tribunal Internacional competente para as demandas penais relacionadas ao meio ambiente e à assunção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Reconhece, no ambiente, uma verdadeira garantia de estirpe constitucional, não apenas difusa, mas também individual já que diretamente relacionado à qualidade de vida de cada um dos seres e que desencadeou, nas últimas décadas, a consagração de documentos internacionais e constitucionais de efetiva tutela.

O artigo HISTÓRIA, NARRATIVA, PODER MESSIÂNICO E AS GARANTIAS PENAIS: REFLEXÕES INICIAIS ENTRE WALTER BENJAMIN E LUIGI FERRAJOLI, de autoria de Rosberg de Souza Crozara realiza reflexões iniciais sobre o paralelismo de Walter Benjamin e Luigi Ferrajoli na preocupação com a verdade consubstanciada em uma narrativa histórica. Inicialmente a proposta de diálogo entre um filósofo da história com um filósofo do direito pode causar certa estranheza, contudo se mostra possível tanto no campo da construção narrativa, o qual se propõe o artigo, como, também, no nível político. Walter Benjamin expõe uma desconfiança do direito, a qual, também é exposta pela teoria do garantismo penal de Ferrajoli. Todavia, em nota distintiva, Ferrajoli não defende a ilegitimidade como a ilegitimidade constituinte do direito. Na verdade, o Ferrajoli acredita na possibilidade de um sistema penal legítimo, ou seja, em uma possibilidade de justificação do sistema penal, de acordo com um modelo teórico do direito penal mínimo. Essa legitimidade do sistema penal passa pela verdade. Assim, argumenta que a força messiânica sustentada por

Benjamin e as garantias orgânicas do sistema de garantias desenvolvida por Ferrajoli desempenhariam idênticas funções de intervenção máxima na construção da verdade. Permite identificar, no plano teórico, que a narrativa de imputação sofre críticas por não considerar as narrativas daqueles considerados vencidos ou débeis, tal qual denota o historicismo materialista porquanto evidencia a seletividade narrativa. A metodologia é descritiva de modo a discorrer sobre o objeto de investigação acadêmica, sem, contudo, interferência na interpretação, e também explicativa, diante da proposta de correlacionar os dois pensamentos na compreensão dos seus efeitos no campo penal.

O artigo O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL E O RACISMO ESTRUTURAL, de autoria de Lucas Gabriel Santos Costa e Eli Natália Costa Barbosa trata do Direito Penal e das Relações Raciais. A pesquisa tem como objeto a relação do sistema de controle institucionalizado operado pelo direito penal e as relações raciais, a partir de uma abordagem analítica crítica. Fundamenta-se na perspectiva do sistema jurídico-penal como um subsistema social que se produz e se desenvolve a partir das demandas postas pelo objeto de regulação (fatos), que são constituídos por relações intersubjetivas contidas em um tecido social, convencionadas a priori por uma perspectiva racializada. A pesquisa, assim, tem como objetivo analisar, através do método crítico, as estruturas que possibilitam a instrumentalização do sistema jurídico-penal como estrutura institucionalizada de controle racial, assim como compreender horizontes de expectativa do sistema penal como instrumento de contramotivação ao racismo. Nesse contexto, apresenta o fundamento material da proibição penal e a legitimidade da proibição penal de práticas racistas por meio da Lei 7.716/1989. Revela, no entanto, que a legitimidade da proibição não materializa a efetiva proteção quando o sistema penal é compreendido como um subsistema social que reproduz e protege aspectos constitutivos do racismo estrutural e institucional, agravando a liberdade e a vida das pessoas negras, bem como frustrando a proteção devida pelo próprio sistema a bens essenciais, como a liberdade e a vida.

O artigo O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A REALIDADE DO CONDENADO E DO ENCARCERADO NO CUMPRIMENTO DA PENA A PARTIR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347, de autoria de Alberto Castelo Branco Filho, Gustavo Luis De Moura Chagas e Alexandre Moura Lima Neto, trata do significado do princípio da dignidade humana no processo penal, levando principalmente em consideração as políticas contraditórias adotadas pelo Estado e pelo Judiciário em relação à situação das pessoas processadas, condenadas e presas em processos penais. Observa-se que o princípio da dignidade humana é considerado um metaprincípio uma vez que outros princípios relativos a qualquer sistema processual, especialmente o sistema penal, são por ele constituídos. Verifica como se dá a divulgação,

quais os vetores de discussão e o posicionamento do STF na cobrança de uma política judicial eficaz por meio da ADPF nº 347 por meio de estudos documentais, factuais, sociológicos e dialéticos. Conclui que, embora o assunto seja atual e não tenha uma base prática e científica sólida, o estado de objetificação, a instabilidade e a natureza do indivíduo são moderadas em favor do “bem comum” para alcançar elementos de transcendência. A análise do princípio da dignidade humana desencadeou muitas discussões morais e éticas sobre justiça e justiça.

Após mais de três horas de apresentações e debates profícuos, foram encerrados os trabalhos do grupo, com congratulações recíprocas.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - email: lgribeirobh@gmail.com

Dom Helder - Escola Superior

Vanessa Chiari Gonçalves - email: vanessachiarigoncalves@gmail.com

Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Jorge Bheron Rocha - email: bheronrocha@gmail.com

Centro Universitário Christus

O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL E O RACISMO ESTRUTURAL

CRIMINAL LAW AS AN INSTRUMENT OF SOCIAL CONTROL AND STRUCTURAL RACISM

**Lucas Gabriel Santos Costa
Eli Natália Costa Barbosa**

Resumo

O tema dessa pesquisa é o Direito Penal e as Relações Raciais. A pesquisa tem como objeto a relação do sistema de controle institucionalizado operado pelo direito penal e as relações raciais, a partir de uma abordagem analítica crítica. O estudo tem como fundamento a perspectiva do sistema jurídico-penal como um subsistema social que se produz e se desenvolve a partir das demandas postas pelo objeto de regulação (fatos), que são constituídos por relações intersubjetivas contidas em um tecido social, convencionadas a priori por uma perspectiva racializada. A pesquisa, assim, tem como objetivo analisar, através do método crítico, as estruturas que possibilitam a instrumentalização do sistema jurídico-penal como estrutura institucionalizada de controle racial, assim como compreender horizontes de expectativa do sistema penal como instrumento de contramotivação ao racismo. Nesse contexto, apresenta o fundamento material da proibição penal e a legitimidade da proibição penal de práticas racistas por meio da Lei 7.716/1989. Revela, no entanto, que a legitimidade da proibição não materializa a efetiva proteção quando o sistema penal é compreendido como um subsistema social que reproduz e protege aspectos constitutivos do racismo estrutural e institucional, agravando a liberdade e a vida das pessoas negras, bem como frustrando a proteção devida pelo próprio sistema a bens essenciais, como a liberdade e a vida.

Palavras-chave: Direito penal, Relações raciais, Crítica social, Controle social, Racismo estrutural

Abstract/Resumen/Résumé

The theme of this research is Criminal Law and Race Relations. The research focuses on the relationship between the institutionalized control system operated by criminal law and racial relations, based on a critical analytical approach. The study is based on the perspective of the criminal legal system as a social subsystem that is produced and developed based on the demands posed by the object of regulation (facts), which are constituted by intersubjective relationships contained in a social fabric, agreed a priori from a racialized perspective. The research, therefore, aims to analyze, through the critical method, the structures that enable the instrumentalization of the criminal legal system as an institutionalized structure of racial control, as well as understanding horizons of expectation of the criminal system as an

instrument of counter-motivation to racism. In this context, it presents the material basis of the criminal prohibition and the legitimacy of the criminal prohibition of racist practices through Law 7,716/1989. It reveals, however, that the legitimacy of the prohibition does not materialize effective protection when the criminal system is understood as a social subsystem that reproduces and protects constitutive aspects of structural and institutional racism, aggravating the freedom and lives of black people, as well as frustrating the protection due by the system itself to essential goods, such as freedom and life.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Race relations, Social criticism, Social control, Structural racism

1 INTRODUÇÃO

O *tema* dessa pesquisa é o direito penal e o racismo no Brasil. O *objeto* de análise é a relação entre o sistema de controle institucionalizado operado pelo direito penal e as relações raciais. O estudo tem como *objetivo* analisar criticamente a interação entre o direito penal e a modulação dos espaços sociais de liberdade tensionados pelo racismo. Busca abrir lugares para a discussão sobre a serventia (adequação e necessidade) do direito penal, especialmente quanto à sua estrutura político-criminal e normativa, no amparo dos bens das pessoas alcançadas por práticas racistas no Brasil.

O estudo compreende que a construção normativa penal deve se aproximar das relações de uma sociedade em curso: capaz orientar um sistema limitador do poder punitivo a partir do reconhecimento das vulnerabilidades sociais agravadas. Dito isso, vale informar que o estudo não tem a finalidade esgotar uma abordagem *jurídico-histórica* sobre as formas e as consequências da intervenção penal na vida da população negra no Brasil, mas lançar o olhar sobre a complexidade do direito penal nessa relação.

Um olhar que abre espaço de crítica para uma possível deficiência de proteção, a partir da não efetividade da proibição, bem como do excessivo controle das pessoas negras, tomadas menos como sujeitos de proteção que como objeto de regulação, modulação e neutralização.

O estudo tem como fundamento a perspectiva do sistema jurídico-penal como um subsistema social que se produz e se desenvolve a partir das demandas postas pelo objeto de regulação (fatos), que são constituídos por relações intersubjetivas contidas em um tecido social, convencionadas *a priori* por uma perspectiva *racializada*.

A pesquisa, assim, tem como *objetivo* analisar, através do *método* crítico, as estruturas que possibilitam a instrumentalização do sistema jurídico-penal como forma institucionalizada de controle racial, assim como desenvolver espaços de crítica de sistema penal possível a uma *contramotivação* do racismo no Brasil.

Nesse contexto, o estudo se desenvolve a partir da composição de três capítulos de desenvolvimento: i o primeiro capítulo apresenta a relação entre sociedade, sistemas de controle e pessoa, observando o racismo estrutural como fundamento ao *tecido* social brasileiro; ii o segundo capítulo apresenta o fundamento material da proibição penal e a legitimidade da proibição penal de práticas racistas por meio da Lei 7.716/1989; o terceiro capítulo apresenta a crítica construção do fato racista e a conexão com a percepção individual do injusto; iv o quarto capítulo se desenvolve como crítica ao sistema penal como um subsistema social que opera

através do racismo estrutural e sistêmico, agravando a liberdade e a vida das pessoas negras, bem como frustrando a proteção devida pelo próprio sistema a bens essenciais, como a liberdade e a vida.

A *metodologia* aplicada é de caráter dedutivo, a partir de uma exploração bibliográfica crítica, tendo como finalidade contribuir para o desenvolvimento de um direito penal menos repressivo e protetor da dignidade humana, especialmente a comunidade negra no Brasil.

2 DO FIO AO TECIDO: A ESTRUTURA SOCIAL E RACISMO

Pense numa tapeçaria contemporânea. Ela comporta fios de linho, de seda, de algodão e de lã, com várias cores variadas. Para conhecê-la seria interessante conhecer as leis e os princípios de cada um desses tipos de fios. Entretanto, a soma dos conhecimentos sobre cada um desses tipos de fios da tapeçaria é insuficiente para conhecer não somente essa nova realidade já tecida, ou seja, as qualidades e propriedades próprias a esta textura, mas também é incapaz de ajudar a conhecer sua forma e configuração (ALMEIDA, 2006. P. 30)

O *tapete* que possa ser tomado como um símbolo da sociedade brasileira é capaz de informar a imagem de um país de desigualdades e de racismo. Talvez a construção da *tapeçaria social* venha representar a importância de se compreender a conexão entre as *partes* e o *todo*: entre a existência individual e a reprodução do coletivo, a conexão entre a sociedade e a pessoa.

Uma conexão que gradativamente se desenvolve por meio de um programa ideológico¹ que reitera aspectos culturais discriminatórios como base e fundamento de correção às relações intersubjetivas: o racismo que resulta do processo de discriminação/diferenciação negativa é o projeto que orienta a passagem dos *fios* que forma a *tapeçaria* brasileira².

A ideologia reforça os parâmetros culturais que sustentam a demonstração de uma imagem, ela serve como um espelho para que a sociedade crie a visualização, uma representação de si mesma. A ideologia é o elo que conecta cada indivíduo com o seu semelhante, enquanto iguais, reafirmando convenções culturais. (COSTA, 2015).

¹ Nota explicativa: “O sistema das ideias, das representações, que dominam o espírito de um homem ou de um grupo social.” IN: ALTHUSSER, 1970. P. 69). “A verdade de nossa condição é que o elo analógico que faz de todo homem o meu semelhante só nos é acessível através de um certo número de práticas imaginativas, tais como a ideologia e a utopia. [...] Na minha opinião, este critério pressupõe que os indivíduos, do mesmo modo que as entidades coletivas (grupos, classes, nações, etc.), estão em princípio e desde sempre, ligados à realidade social de um modo diferente do da participação sem distância, segundo figuras de não-coincidência que são precisamente as do imaginário social.” (RICOEUR, P. 228).

² Nota explicativa: Termo tomado como representação da estrutura social brasileira, sua imagem e composição.

É essa conexão, entre o todo e as partes, que alimenta o constante enlace da complexidade presente na interação entre o caráter pessoal da existência individual e a estrutura social que se desenvolve e se mantém através de sistemas de controle social, como o direito penal. Somos formadores e formados pelo contexto “toda doação de sentido desse mundo por *mim* realizada toma como referência original a doação de sentido feita pelo *tu* em seu vivenciar e, assim, se constitui sentido enquanto fenômeno intersubjetivo” (SCHÜTZ, 2018, p. 162). Nesse processo de formação, somos conduzidos e conduzimos ações a partir de modelos de correção *a priori* que, aqui, tem como conteúdo o preconceito de cor e o racismo (ALMEIDA, 2019).

Desse modo, por exemplo, ao analisar as estatísticas de composição da população brasileira, das pessoas alcançadas pelo sistema penitenciário, bem como a renda *per capita* dos mesmos, “pode-se afirmar que existe uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme à lei dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estratos inferiores” (BARATTA, 2011, p.178), afinal como afirma MOREIRA (2019) existe uma relação estrutural entre as desigualdade de *status* cultural e *status* material.

Não é possível compreender o *tecido*, a *tapeçaria*, ao lançar o olhar apenas para um *fio*. Também não conseguimos entender a relevância de um *fio*, se lançarmos a análise apenas ao todo: essa relação revela a nossa incompletude e a necessidade de interação entre o individual e o coletivo, compreendida em complexidade: um elo que une o todo às partes (MORIN, 2006, p. 11).

Essa relação de complexidade, não exclui a importância de se analisar cada *fio* tomado isoladamente, e daí se compreender a relevância jurídica das ações, dos fatos e da responsabilidade pessoal que advém de manifestações individuais. Aqui é possível abarcar os fatos que advém de manifestações individuais de racismo e que, se dolosas, têm o potencial de produzir responsabilidade penal³.

A *tapeçaria* da sociedade brasileira contemporânea, no entanto, não permite a aquisição de sua imagem apenas pelo olhar, ainda que atento, para os *fios* isoladamente. É aqui que se demonstra o potencial constitutivo da ideologia, não apenas como o sistema de ideias, mas como guia orientador das relações, das passagem de *fios*, que molda a forma como se constitui o tecido social.

Não se compreenderia mesmo que a ideologia pudesse conferir a uma imagem invertida da realidade uma tal eficácia, se, antes, não tivesse reconhecido o caráter

³ Nesse sentido, a Lei 7.716 de 1989 (BRASIL, 1989)

constituente do imaginário social. [...] É a este nível radical que a ideologia se constitui. Ela parece ligada à necessidade de um grupo qualquer construir uma imagem de si mesmo, de 'se representar', no sentido literal da palavra, de se pôr em jogo e em cena (RICOEUR, 1990, P. 209).

Por isso, para além da expressão individual, é importante lançar o olhar sobre o programa/imagem que fundamenta o processo de socialização e orienta o sentido de correção das ações e relações individuais: é o guia que molda e determina a construção, o desenvolvimento e a correção da imagem do *tecido* social, que no Brasil é o racismo.

A partir daí, é possível pensar em uma expressão racista para além do plano individual, tomada *fio-a-fio*, existe um racismo de caráter estrutural: “é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas, econômicas e jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional” (ALMEIDA, 2019, p. 24).

Um modelo base, um fundamento, um programa reitor ao sistema social brasileiro. Aqui, vale ressaltar que compreender o racismo enquanto fator estruturante da sociedade brasileira (ALMEIDA, 2019) é importante para entender as razões do sistema penal quando, através das suas instituições, estigmatiza a população negra e periférica no país. O sistema penal que pune e encarcera as mesmas pessoas, os diferentes, evidenciando que “as ‘crises’ do sistema prisional e criminal sequer poderiam ser denominadas como tal, porque se tratam, na verdade, de uma engrenagem funcionando a todo vapor” (BORGES, 2020, p.76).

Um programa reitor que é tomado por instrumentos ajustados à correção e ao desenvolvimento do tecido: são as ferramentas, *agulhas* e *tesouras* que formam, desenvolvem e corrigem a *tapeçaria* social brasileira. Instrumentos, sistemas de controle, que mantêm e desenvolvem padrões de relação criando e acirrando desigualdades que alimentam a perpetuação do racismo. Aqui se tem o racismo institucional, operado pelos *subsistemas sociais*, pelos instrumentos de controle social voltados à correção e manutenção do tecido racista, como o sistema de controle penal.

Deve-se lembrar que a própria legislação já criminalizou práticas culturais afro-brasileiras, como a capoeira e os cultos de religiões de matriz africana, além disso, criminalizava a “vadiagem”, em um período posterior a abolição da escravatura, em que se demonstrou a inadequação política quanto à disposição de oportunidades de materialização de direitos de cidadania à população negra (BORGES, 2020).

A construção de uma bela tapeçaria necessita de um projeto em complexidade, que alcance a crítica ao fato individual, às agências de controle penal e ao programa do sistema social. Isso requer a mudança e a correção de cada fio tomados individualmente, a utilização de institutos de construção da *tecelagem* por instrumentos menos lesivos e mais humanos, que sejam guiados por um fundamento antirracista capaz de promover igualdade em sentido material, especialmente quanto à proteção da liberdade, da integridade física e da vida das pessoas negras.

3 A MITOLOGIA E O SISTEMA PENAL COMO INSTRUMENTO DE ENFENTAMENTO AO RACISMO

O mito é um termo polissêmico, que abarca diversos significados. Para alguns, o mito é o produto inferior ou deformado da atividade intelectual; outros, porém, vislumbram no mito uma forma distinta, embora autêntica, de pensamento ou de vida, que tem no sentimento o seu substrato real. Isto é, um modelo cuja coerência depende mais do sentimento do que de regras lógicas. Há, ainda, os que tomam como instrumento de controle social, verdadeira justificação retrospectiva dos elementos fundamentais da cultura e da tradição de um grupo. O termo pode indicar, tanto uma fábula quanto uma história verdadeira, uma ilusão, ou mesmo uma tradição sagrada. (CASARA, 2015, P. 21)

O *mito* é capaz de criar verdades sobre uma realidade. A *mitologia* pode ser o arcabouço dessas verdades, das histórias que em determinado espaço ou período histórico podem ser tomadas como referência e condição de existência: há uma aproximação contemporânea com a vivência dos *mitos*.

Aproximação com modelos de controle que se fundamentam mais no sentimento (perfil ideológico socialmente compartilhado) que nas regras lógicas. Talvez um deles, dos *mitos*, seja do sistema penal como instrumento suficiente para solução de problemas sociais: a pena como realização de justiça. Segundo Casara, no entanto, o termo pode indicar, tanto uma *fábula* quanto uma *história verdadeira*, uma *ilusão*, ou mesmo uma *tradição sagrada* (CASARA, 2015, P. 21).

Sobre o *mito*, enquanto *fábula*, (sem desprezar a existências de outras teorias fundamentadoras)⁴, atualmente atribuímos importância à *teoria do bem jurídico*⁵ como um necessário ponto de partida para o desenvolvimento de um sistema penal menos repressor. Nesse sentido, é possível pensar em uma abertura do direito penal, e dos institutos que tentam reconstruir normativamente o fato socialmente intolerável e normativamente proibido, para a compreensão da política criminal ou de uma realidade social em curso.

O que se pretende é que os espaços de proibição penal sejam fundamentados pela necessidade de preservação da liberdade. Nesse contexto, a partir de um olhar funcional é possível afirmar que a proibição penal tem como fundamento a adequada e necessária proteção de um bem, em última instância, considerado essencial ao livre desenvolvimento do ser humano em sociedade⁶. Bens que devem possuir uma raiz, ou seja, buscar a sua legitimação, em uma Política Criminal decorrente de um Estado Democrático de Direito (ROXIN, 2000). Através dessa construção, é possível ancorar a proibição penal à necessidade de proteção da Dignidade Humana e, conseqüentemente, dos espaços de liberdade pessoal (COSTA, 2017, p. 31).

Nesse sentido, para além da proteção do caráter ético social do comportamento humano, o sistema penal atual deve assumir a função de limitar a expressão punitiva ao espaço de vida necessário à *evitação* de lesões, em *ultima ratio*, aos bens considerados essenciais à humanidade, como, por exemplo, a liberdade e a honra da população negra no Brasil.

Essa construção só é possível a partir do conhecimento de uma sociedade em concreto, bem como com o aprofundamento e aproximação crítica entre os saberes penais. A partir daí, o *Mito* como *realidade* justifica a construção de instrumentos normativos voltados à *contramotivação* do racismo no Brasil. Por ela, é possível demonstrar a necessidade específica de proteção de bens essenciais à população negra como a liberdade, a honra e a igualdade (SILVA JR, 2002, P. 59-98).

⁴ Nota explicativa: “O conceito de bem jurídico, entendido como objeto de proteção da norma de comportamento positivamente vigente, é um instrumento multifuncional de argumentação do Direito Penal. [...] Ao lado dessa teoria do bem jurídico pode-se conceber uma teoria sociológica da lesividade social, que compreenda a lesão social não como a destruição de objetos, e sim retome a antiga ideia de que o crime atinge as condições de organização da convivência humana”. IN: (AMELUNG, 2011. P. 157-158).

⁵ Nota explicativa: “O *ancoramento* na concepção de contrato social, à luz da ideia reitora de que o Estado deve assegurar a possibilidade de livre desenvolvimento do indivíduo, fornece uma linha de orientação a respeito de o que pode o Estado proteger por meio do Direito Penal: primeiramente, os bens que o indivíduo necessita para o seu próprio desenvolvimento dos demais e, além disso, os bens por todos compartilhados, necessários para uma convivência pacífica, que se distinguem das específicas formas de vida religiosas ou éticas, as quais não podem ser dirigidas pelo Estado nem por ele garantidas enquanto tais, mas apenas no que se refiram à possibilidade de escolha e exercício pelos indivíduos”. (SCHÜNEMANN, 2011, p. 33).

⁶ Nota explicativa: Uma compreensão que supera o pensamento penal formalista e orienta a edificação de um sistema teleológico, em que as categorias do delito sejam orientadas por valores. Nesse sentido, (ROXIN, 2002).

Como a missão de proteção desses bens foram editadas Leis que caminham na direção da promoção de práticas antirracistas como a Lei 7.716 de 1989⁷ e a Lei 14.532 de 2023⁸, especificamente destinadas à proteção da liberdade e da igualdade através da proibição de ações discriminatórias.

São construções incriminadoras político-criminalmente ajustadas a um sistema penal democrático, uma vez que, mostram-se como medidas institucionais adequadas, necessárias e proporcionais ao enfrentamento do racismo no Brasil. Vale ressaltar que a proibição, e a consequente restrição de espaços de liberdade, justifica-se na medida em que se torna imprescindível para a proteção da pessoa. Aqui, vale destacar a importância das mudanças promovidas pela Lei 14.532 de 2023⁹, que conduziu a proteção da honra, quando violadas por práticas racistas, a um viés necessário à própria proteção e projeção do *tecido* social que se deseja: *tecido* antirracista.

Foi nesse sentido, que a lesão à honra quando provocada através de insultos racistas, tomando como elemento, por exemplo, aspectos fenotípicos referentes à raça, tornou-se um tipo constante na Lei Antirracismo, orientando uma nova dimensão (pública) da lesão provocada pelo agente. Devendo se observar, assim, as circunstâncias típicas de um crime de ação penal pública incondicionada quando da manifestação da persecução penal.

Os dispositivos trazidos na Lei antirracismo não excluem a possibilidade da incidência de normas incriminadoras de caráter geral, presentes na parte especial do Código Penal, no contexto de proteção penal da liberdade e do enfrentamento à intolerância, ao racismo e ao preconceito racial no Brasil. Nesse sentido, a conduta racista gera um fato social intolerável que não deve se esgotar na Lei 7.716 de 1989, podendo também violar as proibições constantes em outros tipos penais que, por exemplo, protegem a vida, a integridade física e a saúde e a liberdade.

⁷ Nota explicativa: “Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.” IN: (BRASIL, 1989).

⁸ Nota explicativa: “Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público.” (BRASIL, 2023)

⁹ Nota explicativa: “Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas.” (BRASIL, 2023).

Adequação, necessidade e proporcionalidade da intervenção punitiva¹⁰, a partir de uma perspectiva *vitimológica*¹¹ e político criminal *afrocentrada*¹², é um passo importante para a reconstrução da *tapeçaria* brasileira, mas está distante de alcançar o horizonte de expectativa da orientação de uma perspectiva criminal antirracista, que ultrapasse o plano normativo e conduza uma modificação do perfil ideológico das agências de controle penal. A compreensão diversa direciona o sistema penal a um *mito* que produz expectativas próximas à *ilusão*.

O sistema penal e a materialização da política criminal reflete a forma que se projeta ideologicamente um Estado e a sociedade. A construção de um instrumento normativo penal antirracista encontra um ponto de parada (limites) nas *agulhas* do sistema e no modelo do *tecido* social brasileiro: eles são programados pelo racismo sistêmico e estrutural e influem nas condições de baixa efetividade inerentes à permissividade social e jurídica das lesões à igualdade e à liberdade por meio do racismo.

Aqui é preciso refletir para além da construção de um *mito* do direito penal como uma *tradição sagrada*: como um instrumento indispensável de proteção à liberdade, à vida e à integridade física. É pensar na realidade social e no contexto que orienta a complexidade da relação entre o sistema penal, e suas agências de controle, e a população negra. Isso só é possível com um olhar sobre a realidade social brasileira.

4 SISTEMA SOCIAL, VULNERABILIDADE E UM PROJETO DE PROTEÇÃO PENAL

As relações sociais contemporâneas são marcadas pelo amplo grau de impessoalidade e complexidade. A impessoalidade se caracteriza pela objetividade das relações interpessoais, dinamizada a partir da expansão do potencial da comunicação: a revolução tecnológica, sobretudo com a robótica e a *internet*, abriu ao ser humano caminhos a um potencial de realização de sua subjetividade em sua identidade.

¹⁰ Nota explicativa: “Os limites do comportamento proibido [...] decorre de uma construção legal de um núcleo de proibição após um juízo de proporcionalidade entre a liberdade do comportamento arriscado e a necessidade de manutenção de condições seguras à conservação dos bens jurídicos.” IN: (COSTA, 2017. P. 31.)

¹¹ Nota explicativa: Perspectiva criminológica centrada na crítica e valorização dos interesses das vítimas. Nesse sentido: (MOLINA, 2018).

¹² Perspectiva epistemológica (possível crítica metodológica) com a centralidade dos interesses, valores e perspectivas das pessoas negras. Nesse sentido (LARKIN, 2009).

A complexidade marca o desenvolvimento social a partir da multiplicidade de fenômenos significativos, que causam dificuldades de assimilação pelos subsistemas de controle, como o sistema penal.

Nesse contexto social, fenômenos sociais ampliam cada vez mais a sua importância *supraindividual*, sendo observados a partir de uma relevância estrutural, institucional e normativa. Nessa sociedade impessoal e complexa, valores culturais reforçados por uma ideologia racista passam a se manifestar, para além da ação individual *desvalorada* (pessoal), a partir de um contexto sistêmico: integram as estruturas que formam os padrões que indicam os valores sociais de qualidade e subordinação nas relações interpessoais e institucionais.

Ao se propor reduzir a complexidade do meio, compreendendo as novas relações, os sistemas sociais tornam-se complexos em si. Assim, o próprio sistema observa a necessidade de construção de instrumentos para lidar com o nível de complexidade alto.

Todo o sistema vai buscar a redução da complexidade, analítica, para gerar a capacidade de apreensão e compreensão da realidade, pois a representação da realidade resulta na redução da complexidade do mundo que se reproduz (LUHMANN, 2016, P. 161). Isso indica a necessidade de reconhecimento e enfrentamento dos ideais racistas presentes no processo de socialização no Brasil, ou seja, é necessário a evidenciação e modificação do programa civilizatório que institui as estruturas da sociedade brasileira a partir da atribuição de poder simbólico por meio de uma valoração racial da população.

O critério raça, nesse contexto, tomado socialmente, sustentado por caracteres fenotípicos e que, tipicamente, não se orientam pela observação genética capaz de determinar a ascendência prevalente. A raça, no âmbito de uma análise social, no espaço da sociologia, ou de uma ciência social aplicada, como o direito, é uma construção social, formada por caracteres significativos da cultura brasileira para orientar as expectativas que se relacionam aos papéis exercidos em sociedade.

A vulnerabilidade é inerente ao ser humano, decorre da sua essência e se vincula à finitude da natureza e o esgotamento do ser. No entanto, o sistema social ancorado uma perspectiva racista, cria vulnerabilidades agravadas. Esse agravamento institui obstáculos que implicam na universalização do reconhecimento e fruição de direitos sociais.

A vulnerabilidade agravada se orienta pela eugenia simbólica praticada institucionalmente a partir do signo social do indivíduo, acompanhada do processo de criação de espaços de favorecimento pessoal, que acabam por reforçar um discurso de poder e

invencibilidade com a destinação de poder simbólico a partir de expectativas sociais vinculadas à raça dos indivíduos.

A ideologia racista reverberada pelas instituições sociais e passa a orientar as perspectivas civilizatórias da nação, conseqüentemente a discriminação racial passa a ser um limite ao desenvolvimento humano de toda sociedade. Limites que são expostos nos indicadores de desenvolvimento humano sobre a sociedade brasileira.

Nesse sentido, a proibição penal do racismo no Brasil cumpre uma função de ressaltar o *desvalor* normativo da prática racista no país. Essa referência caminha ao lado do desenvolvimento da sociedade em prol da proteção das convenções que ideologicamente formam o sistema social. Nesse sentido, o sistema penal opera segundo o programa estabelecido pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), que *desvalor*a a existência de práticas racistas.

Nesse sentido, o sistema jurídico-penal brasileiro proíbe a prática de fatos atentatórios às expectativas normativas antirracistas, bem como de vilipêndio à honra a partir do ultraje por adjetivações fundadas na raça.

O fundamento material dos fatos puníveis, nesse sentido, passa a ser a garantia das expectativas de um sistema normativo antirracista. A partir desse fundamento, justifica-se a restrição da liberdade social, com a criação de um espaço de proibição destinado à extinção de alguns fatos definidos em Lei como racismo, para proteção de um sistema social igualitário e de respeito à liberdade.

Assegura-se, a partir dessa análise, a expectativa de não violação ao direito à igualdade no acesso aos cargos públicos, à igualdade nas relações trabalhistas, especificamente de trabalho e emprego, à igualdade nas relações de consumo, à educação, a partir da igualdade de acesso e permanência nas instituições de ensino, à igualdade e liberdade de circulação, à igualdade no acesso ao serviço militar; igualdade no direito à convivência familiar; à igualdade e à paz pública.

5 ESPAÇO DE EXPERIÊNCIA: O SISTEMA PENAL E REALIDADE SOCIAL

A compreensão dos fenômenos que produzem a manutenção e o desenvolvimento da sociedade, e suas relações, é objeto das ciências sociais aplicadas, dentre elas o Direito Penal. O produto dessa compreensão influi no modo em que se concebem as estruturas, programas e

sistemas de controle que permeiam a relação entre o ser humano e o sistema social em que se vive e se identifica enquanto sujeito.

O sistema social, especialmente o brasileiro, nas últimas décadas tem institucionalizado ações para materialização da igualdade e, conseqüentemente, proteção da humanidade, a partir do enfrentamento ao racismo. O enfrentamento que parte do reconhecimento de um problema comum, que afeta todo o sistema social: a desigualdade sustentada pelo preconceito racial.

Nesse sentido, seguindo a um programa internacional de proteção e desenvolvimento humanitário, o Brasil passou a adotar políticas públicas direcionadas à supressão da intolerância, da discriminação e do preconceito constituídos por critérios raciais: fenômenos que obstam à eficácia da materialização de direitos sociais e agrava a desigualdade social e a pertença institucional no país.

Uma forma de controle social utilizada nessa missão é o direito penal, instrumento de controle social formal, que cria um núcleo de proibição em que se dispõe a *contranormatização* de comportamentos discriminatórios que formam o conteúdo de algumas práticas de racismo no país. A proibição penal manifesta a inadequação do racismo ao sistema social brasileiro, que deve ser acompanhada por uma série de políticas públicas direcionadas a essa missão.

É importante ressaltar o caráter protetivo decorrente da ampliação do viés simbólico e *contramotivador* da normatização penal antirracista. Vale ressaltar também a relevância da crítica sobre o exercício do poder punitivo, sobretudo em face dos grupos socialmente *vulnerabilizados* (WACQUANT, 2005, P. 21-47): olhar o direito penal como instrumento de proteção não deve velar o *gravame jushumanista* que caracteriza a relação entre o sistema social, o poder punitivo e a população negra no Brasil. Nesse sentido, é importante resgatar que o sistema penal é um instrumento que opera com a orientação de manutenção e desenvolvimento do sistema social, fundamentado por vieses ideológicos.

É aqui que importa observar que na *tecelagem* do nosso sistema social, o sistema jurídico-penal é um instrumento que corrige os *fiões* inaptos ou inadequados por meio de sistema de valores *a priori*, que pode se orientar por uma perspectiva discriminatória e racista. Nesse ponto, o racismo institucional/sistêmico é capaz de frustrar a materialização da proteção penal pretendida (gerando a não efetividade da norma incriminadora) quando da proibição de condutas lesivas à liberdade e/ou à igualdade, ressaltando a proteção ineficiente de bens considerados essenciais ao livre desenvolvimento da comunidade negra no Brasil.

Sobre o racismo institucional, Silvio de Almeida afirma que: "o racismo não se resume a comportamentos individuais, mas é tratado como o resultado do funcionamento das

instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente desvantagens e privilégios com base na raça" (2009, p. 22).

Nessa relação, a normatização penal sempre esteve orientado pela ideologia fundante do programa social do período histórico e a comunicação com os agentes envolvidos, afinal, os temas tratados no direito são qualificados porque existem determinadas relações sociais específicas que conferem ao direito os mais variados temas (MASCARO, 2022).

A consideração de suas raízes históricas prepara o caminho para refletir sobre alguns dos seus aspectos sociais e ideológicos. A singularidade destes está na operação do sortilégio da cor, que transforma dominação em democracia e lança a identidade nacional numa busca permanente do simulacro da brancura, que denomino branco virtual. (NASCIMENTO, 2003. P. 113.)

Deste modo, a mudança do sistema econômico do país afetou diretamente quais assuntos devem ser tratados pelo direito, trazendo consigo a compreensão de que o direito é a relação entre sujeitos de direito (ALMEIDA, 2019). Isso não significa que deve desconsiderar o impacto da concepção de sujeito estabelecida aos grupos *racializados* – *brancos, negros, indígenas* – no regime anterior porque estas ainda continuaram fazendo parte do imaginário coletivo brasileiro, inclusive nas instituições jurídicas. Nesse sentido:

O direito como relação social apontará para a dimensão estrutural do racismo, que não pode ser dissociado do direito, embora nem todas as manifestações racistas sejam jurídicas. É certo que atos de discriminação racial direta – e, às vezes, até indireta – são, na maioria das sociedades contemporâneas, considerados ilegais e passíveis de sanção normativa. Entretanto, principalmente a partir de uma visão estrutural do racismo, o direito não é apenas incapaz de extinguir o racismo, como também é por meio da legalidade que se formam os sujeitos radicalizados (ALMEIDA, 2019, p.86).

Portanto, mesmo ocorrendo avanços legislativos, tanto no sentido de criminalizar práticas discriminatórias direcionadas a população negra, quanto na criação de normas que venham a estabelecer políticas de ações afirmativas, como as cotas nas universidades, além das diretrizes que visavam valorizar a cultura Africana e Afro-Brasileiras no ensino básico de história, deve-se observar que a manutenção de controle, vigilância de repressão da população negra continua sendo operada nas agências de controle penal. (BORGES, 2020, p.).

Por isso, a lógica e o *mito* enquanto *realidade* sobre os resultados do sistema penal não esgotam o conteúdo indispensável para legitimar a intervenção penal. Essa legitimação depende da função que cumpre o sistema de controle, que não deve ser a função de produção e estabilização de uma comunidade racista (ALMEIDA, 2019).

Para respeitar as diferenças, no horizonte de expectativa do postulado de justiça, o sistema de controle deve alcançar o sentido social do fato que tem como base as relações de uma sociedade em curso. Nesse sentido, “não é crível que se possa compreender o conteúdo da norma sem recorrer à criminologia, ciência que lhe dá o substrato último do conhecimento pré-jurídico” (SHECAIRA, 2018).

Criminologia que deve alcançar uma perspectiva *afrocentrada*, em que, (LARKIN, 2009, p.42) pode ter como a característica principal, e o foco central a agência da população negra do Brasil em sua própria narrativa.

A manutenção do sistema social com base no *desvalor* sócio-racial cria um obstáculo no acesso de grupos de pessoas às instituições, influenciando na fragilização do processo de integração e socialização da população e do desenvolvimento humano do Brasil. Esse *desvalor* possui repercussão na fragilização do acesso aos direitos sociais básicos inerentes ao reconhecimento do indivíduo como pessoa, como cidadão.

Nesse sentido, a prática de racismo contido no rol estabelecido pela Lei 7.716/89 se constitui como uma transgressão da norma penal por um comportamento que o agente tinha competência e o poder de evitar: expressa a não motivação do agente conforme uma norma que deveria, com o seu comportamento, reafirmar através de sua organização, mas não exaure todas as práticas de racismo constantes na sociedade brasileira.

No entanto, o direito penal, em uma perspectiva racional, tem a sua legitimidade reforçada quando a sua intervenção segue a fragmentariedade e subsidiariedade, sendo instrumento último de controle social. Tomado como sistema, ainda é importante considerar, o direito penal tem a capacidade reduzida pela limitação de sua estrutura para apreender e valorar todas as manifestações socialmente significativas.

O que se evidencia é que o conteúdo das normas que proíbem práticas racistas deve ser difundido para outras estruturas sistêmicas. A superação do racismo requer, para além da intervenção penal, programas institucionais de promoção da igualdade. Nesse sentido, as políticas públicas de promoção da igualdade são instrumentos essenciais para formação de um gabarito comportamental pautado em uma ideologia humanitária e democrática. Os efeitos do *desvalor* sócio-racial contido na base ideológica que orienta as estruturas sociais alcançam os programas que dirigem o processo civilizatório nacional. O sistema penal cumpre importante função nesse processo, no entanto a sua natureza subsidiária já o orienta como um último e restrito instrumento de controle.

Nesse caso, a construção de uma identidade social antirracista pode se desenvolver por meio de processos de socialização que se estabeleça a partir de aparelhos ideológicos, ou instrumentos de formação da identidade social diversificados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção do saber penal se estabelece com a apreensão da realidade social, ou seja, com o olhar sobre as múltiplas circunstâncias que formam o contexto do objeto de regulação penal. Os fatos sociais, objetos dessa regulação, devem ser valorados em rede: considerando a importância das relações que se inter cruzam entre a *pessoa*, o *sistema jurídico* e a *sociedade*.

Um sistema penal menos repressor requer a abertura de espaços de discussão para uma aproximação crítica entre a *o sistema do direito penal* e o *sistema social*. Aproximação que tem um *lugar de experiência* caracterizado pelo desafio de proteger vulnerabilidades agravadas, sobretudo pelo racismo, na busca de um equilíbrio entre espaços de liberdade e núcleos de proibição, ou melhor: o equilíbrio entre o respeito aos direitos e garantias fundamentais individuais das pessoas negras e os limites da intervenção punitiva relacionados à necessidade social de proteção.

Esse *lugar de experiência* atravessa áreas, academicamente constituídas, do saber criminal: i é o ponto de partida para uma crítica da expressão punitiva sobre os fenômenos do ser, é o *lugar* da pesquisa criminológica; ii indica os espaços de regulação que devem ser alcançados pelo controle penal, servindo à política criminal; iii deve orientar a dogmática penal na compreensão do fundamento da proibição penal, e na orientação das construções analíticas que pretendem reconstruir normativamente o fato criminoso.

Com isso, é essencial o levantamento e análise dos fundamentos político-criminais e criminológicos presentes no contexto social em que se desenvolveram as construções normativas que contribuíram para a formação interna do sistema penal brasileiro, aproximando a dogmática penal, a criminologia e a política-criminal.

Um levantamento que indicará o nível de adequação das construções normativas em direito penal, e de suas agências de controle, voltadas ao enfrentamento do racismo, com o sistema social brasileiro, promovendo uma filtragem dos institutos, em dois níveis: i nível jurídico-constitucional, com a limitação da intervenção punitiva modulada pelo respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais postos na Constituição da República Federativa do Brasil de

1988; ii nível crítico-social, com a releitura das categorias do delito a partir da necessidade de *contramotivação* das vulnerabilidades sociais agravadas pelo racismo inerente.

A partir daí, é possível compreender e sistematizar caminhos para desagrar as crises: i científica (problema epistemológico); ii sociológica (problema crítico); iii metodológica (problema estrutural); iv de legitimação (problema existencial), presentes na relação entre o sistema penal e a população negra no Brasil.

A pretensão não é esgotar o problema ou fechar portas e caminhos, mas abrir espaços de discussão sobre o papel do direito penal na sociedade atual. Uma abertura que requer um *método crítico*, capaz de alcançar e analisar as vulnerabilidades sociais agravadas pelas *funções não declaradas* da Política Criminal brasileira.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuição para um novo núcleo de administração dos conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALMEIDA, Maria da Conceição de. **Complexidade, do Casulo à Borboleta**. IN: CASTRO, Gustavo de. *Ensaios de Complexidade*. Porto Alegre: Sulina, 2006.

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

_____. **O que é racismo estrutural?** São Paulo: Sueli Carneiro: Editora Jandaíra, 2020.

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, 1970.

AMELUNG, Knut. **O Conceito de Bem Jurídico na Teoria Jurídico-Penal da proteção de bens jurídicos**. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 157-158.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6. ed, 2021.

BARCELAR, Jeferson. **A Hierarquias das Raças: negros e brancos em Salvador**. RJ: Pallas, 2001.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em Massa**. São Paulo: Sueli Carneiro: Editora Jandaíra, 2020.

BRANDÃO, André Augusto. **Cotas Raciais no Brasil: A primeira avaliação.** Rio de Janeiro: DP&A, 2007.

BRASIL. Lei Nº 7.716, de 1989. **Código Civil.** Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em 01 de julho de 2023.

BRASIL. Lei Nº 14.532, de 2023. **Código Civil.** Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114532.htm. Acesso em 01 de julho de 2023.

CARNEIRO, Sueli. **A mulher negra na sociedade brasileira.** O papel do movimento feminista na luta anti-racista. In: Kabengele Munanga (org.) **O Negro no Brasil: o negro na sociedade brasileira.** Resistência, participação, contribuição. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2001.

CASARA, Rubens. **A mitologia processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Lucas Gabriel S. **Heterocolocação em Perigo Consentida em condutas imprudentes de trânsito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 31.

A utopia de Liberdade como parâmetro da expectativa de um direito penal democrático. IN: Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Gustavo Noronha de Avila, Marília Montenegro Pessoa De Mello, Tulio Lima Vianna – Florianópolis: CONPEDI, 2015

GONÇALVES E SILVA, Petronilha Beatriz. SILVÉRIO, Valter Roberto. **Educação e Ações Afirmativas: Entre a Injustiça simbólica e a injustiça econômica.**

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade.** 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os Tempos Hipermodernos.** São Paulo: Barcarolla, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Globalizacion o Sociedad mundial: ¿como concebir la sociedad moderna?** IN: International Review of Sociology Mar97, Vol. 7 Issue 1.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito.** Barueri: Atlas, 8. ed, 2022.

MOLINA. Antônio Garcia-Pablos de. **La aportación a la criminología.** IN: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2163271/09+-+La+aportacion+de+la+criminologia.pdf>. P. 79. Acesso em 20 de julho de 2018.

MOREIRA, Adilson José. **Pensando Como Um Negro: ensaio de ermenêutica jurídica.** São Paulo: Editora contracorrente, 2019.

MORIN, Edgard. **Complexidade e Ética da Solidariedade.** IN: Ensaio de Complexidade. CASTRO, Gustavo de. Porto Alegre: Sulina, 2006.

MUNANGA, Kabengele. **Rediscutindo a Mestiçagem no Brasil**. Identidade Nacional versus Identidade Negra. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

NASCIMENTO, Elisa Larkin. **Afrocentricidade**: uma abordagem epistemológica inovadora. São Paulo: Selo Negro, 2009.

_____. **O Sortilégio da Cor**. São Paulo: Summus, 2003.

RICOEUR, Paul. **Da Hermenêutica dos Textos à Hermenêutica da Ação**. IN: Do Texto à Ação: Ensaio de Hermenêutica II. Tradução: Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando. Porto: RES.

_____. **Interpretação e Ideologias**. 4ª Ed. Organização, tradução e apresentação de Milton Japiassu. Rio de Janeiro, F. Alves, 1990. P. 209.

ROXIN, *Claus*. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SANTOS, Ivanir dos. ROCHA, José Geraldo. (orgs) **Diversidade e Ações Afirmativas**. Rio de Janeiro: CEAP, 2007.

SANTOS, Saulo Augusto. **Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O Princípio da Proteção de Bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos**. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar? Rio de Janeiro: Lumenn Juris, 2011.

SCHÜTZ, Alfred. **A Construção Significativa do Mundo Social**: Uma introdução à sociologia compreensiva. Tradução de Tomas da Costa. Petrópolis, Rj: Vozes, 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 7ª Edição. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 39.

WACQUANT, Loïc. **As Duas Faces do Gueto**. São Paulo: Boitempo, 2008.