

## A SUBJETIVIDADE JURÍDICA DA CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTQIA+FOBIA E A BARBÁRIE CONSTITUINTE NA JUDICIALIZAÇÃO IDENTITÁRIA NO BRASIL

## THE LEGAL SUBJECTIVITY OF THE CRIMINALIZATION OF LGBTQIA+PHOBIA AND THE CONSTITUENT BARBARY IN IDENTITY JUDICIALIZATION IN BRAZIL

Rafael dos Reis Aguiar<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar, sob a ótica daquilo que chamo de Teoria Quilombista do Estado e da Constituição a partir de Abdias do Nascimento, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 26 que entendeu por considerar a homolesbotransfobia como crime de racismo até que o Congresso Nacional não legisle sobre a matéria. Para tanto, percorreremos autoras das críticas raciais ao direito buscando interseccionar a análise com a crítica *queer* à judicialização identitária no país. A hipótese que se levanta é que a jurisdição constitucional brasileira vem instrumentalizando as reivindicações por direitos LGBTQIA+ como verniz democrático ao tempo que negligencia o encarceramento massivo da população negra no país, que também aflige pessoas LGBTQIA+ racializadas. Nessa toada, suspeita-se que, em um exercício de *pinkwashing* judicial, o Estado brasileiro oculta seu próprio racismo e *queerfobia* por meio da apropriação de pautas justas, insurgindo, portanto, a emergência de uma Teoria do Estado e da Constituição que se comprometa radicalmente com o compromisso de igualdade inaugurado em 1988.

**Palavras-chave:** Pinkwashing; Neoliberalismo; Pautas identitárias; Queerfobia.

### ABSTRACT

The scope of this article is to analyze, from the perspective of what I call the Quilombist Theory of the State and the Constitution from Abdias do Nascimento, the decision of the Federal Supreme Court in the direct action of unconstitutionality by omission n.º 26 homolesbotransphobia as a crime of racism until the National Congress does not legislate on the matter. Therefore, we will go through authors of racial criticisms of law, seeking to intersect the analysis with the queer criticism of the judicialization of identity in the country. The hypothesis that arises is that the Brazilian constitutional jurisdiction has been instrumentalizing claims for LGBTQIA+ rights as a democratic veneer while

---

<sup>1</sup>Doutorando em "Direito, Estado e Constituição" pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília. Brasília. Brasil. E-mail: [rafael\\_aguiarfdmc@outlook.com](mailto:rafael_aguiarfdmc@outlook.com)

neglecting the massive incarceration of the black population in the country, which also afflicts racialized LGBTQIA+ people. In this vein, it is suspected that, in an exercise of judicial pinkwashing, the Brazilian State hides its own racism and queerphobia through the appropriation of fair agendas, thus instigating the emergence of a Theory of the State and the Constitution that is radically committed with the commitment to equality inaugurated in 1988.

**Keywords:** Pinkwashing; Neoliberalism; Identities; Queerphobia.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 13 de junho de 2019 o pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por, historicamente, não legislar sobre a criminalização de violências com motivações homolesbotransfóbicas. O julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, doravante ADO n.º 26, relatada pelo ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção n.º 4733, doravante MI n.º 4733, por maioria de oito votos a favor e três contrários, entendeu por reconhecer a inconstitucional mora do Congresso Nacional em cumprir o mandado de incriminação, previstos ao art. 5º, XLI e XLII, da Constituição de 1988, voltados à reprimenda de atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTI+.

Essa decisão já nasceu com status de paradigmática, tendo em vista que, pela primeira vez na história institucional do STF, no período democrático, a Corte entendeu por interpretar conforme a Constituição uma conduta no sentido de criminalizá-la. A partir de um entendimento da categoria “racismo social” enquanto gênero, a homolesbotransfobia foi hermeneuticamente alocada como espécie, justificando essa possibilidade na própria jurisprudência do Supremo pelo caso Ellwanger (HC 82.424/RS).

Desde seu ajuizamento pelo Partido Popular Socialista (PPS) o entendimento sobre as benesses da criminalização esteve em disputa. No próprio movimento LGBTQIA+ é possível identificar disputas em torno da pauta. Foram admitidos como *amici curiae*, sob argumento de vocalização das reivindicações da comunidade LGBTQIA+ o Grupo Gay da Bahia (GGB), Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Intersexos (ABGLT), Grupo de Advogados pela

Diversidade Sexual (GADVS), Grupo Dignidade e a Associação Nacional de Travestis e Transsexuais (ANTRA).

A adesão à defesa da criminalização se deu majoritariamente pelos movimentos sociais *mainstream*<sup>2</sup>, ou seja, mais institucionalizados, ao tempo em que o viés crítico inflamou os debates acadêmicos, nos movimentos antirracistas abolicionistas e nas redes sociais. Aquém de qualquer possibilidade de dicotomização, a compreensão sobre a criminalização da LGBTQIA+fobia é ambígua, polissêmica e difusa. O presente trabalho elaborará seu esforço no sentido de diagnosticar uma atuação sistemática não dos movimentos sociais do estrato LGBTQIA+ mas sim do Supremo Tribunal Federal, que atualiza sua consolidação como o espaço estatal protagonista onde direitos LGBTQIA+ são garantidos.

Para tanto, comprometido com a insubordinação intrínseca a crítica, pretendo trazer perspectivas de juristas negras antirracistas, como Ana Flauzina, Thulla Pires e Angela Harris, a fim de desvelar a estratégia identitária das institucionalidades que caminha pela alocação da experiência de encarceramento do povo negro como condicionante para a defesa de vidas gays brancas cisgêneras.

Em seguida tecerei considerações a partir da crítica *queer* às estratégias de judicialização identitária pelos movimentos LGBTQIA+ *mainstream* e seus aliados, elaborando como individualidades homonormativas (brancas, cisgêneras, heteronormativas) têm sido utilizadas para cooptar a potência das reivindicações das multidões *queers*, envernizando políticas de reconhecimento higienistas e a complacência com o encarceramento massivo do povo negro sob o argumento de uma interpretação *conforme a Constituição*, estratégia que nomeio de *pinkwashing* judicial.

Por fim, concluirei o trabalho propondo um novo paradigma para a jurisdição constitucional brasileira, a partir de Abdias do Nascimento e Beatriz Nascimento, qual

---

<sup>2</sup>Michael Warner em 1990 traz uma crítica ao classismo e ao racismo presente ao antigo movimento gay e lésbico majoritário nos EUA que pode ser aplicado diretamente ao contexto brasileiro, especialmente quando vemos a maioria das partes envolvidas no julgamento da ADO n.º 26/2019: advogados, ministros, membros do Ministério Público *amici curiae*, influenciados por um liberalismo político no Direito que despolitiza a diferença e a reduz à um argumento de tolerância liberal à diversidade: "Este ambiente significa que as instituições da cultura *queer* têm sido dominadas por aqueles com capital: tipicamente, homens brancos de classe média. A política de aliança apenas começou a corrigir esse problema estrutural na política *queer*. Mas tais condições significam que os requisitos estratégicos podem ser diferentes, mesmo quando as pessoas agem com a melhor fé." (WARNER, 1990, p. 17).

seja, a Teoria Quilombista do Estado e do Direito, como linha de fuga aos fluxos que excluem, assimilam e despotencializam as reivindicações pelo direito a se viver de forma contramajoritária. A proposta desse trabalho é um esforço rumo à qualidade das reivindicações que nós, que ocupamos posicionalidades *queers*, devemos nos atentar sob pena de recairmos em esquemas primários de opressão já superados.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 A JURIDICIZAÇÃO DA BARBÁRIE RACIAL E AS ESSENCIALIZAÇÕES GOVERNAMENTAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme dados publicados no Anuário de Segurança Pública de 2020<sup>3</sup>, realizado pelo Fórum de Segurança Pública, a proporção de pessoas negras no sistema carcerário brasileiro cresceu 14% nos últimos 15 anos, enquanto a de pessoas brancas caiu cerca de 19%. De acordo com o levantamento, no ano de 2019, dos 657 mil detentos que constam informação de raça/cor, 438.716 mil são negros, correspondendo a 66,7%, conforme se pode aferir na tabela abaixo:

Tabela 1 – Evolução da população prisional por cor/raça (Brasil – 2005 – 2019)

	Negra <sup>(1)</sup>		Branca		Amarela		Indígena	
	Ns. Absolutos	%	Ns. Absolutos	%	Ns. Absolutos	%	Ns. Absolutos	%
2005	91.843	58,4	62.574	39,8	1.046	0,7	279	0,2
2006	135.426	56,7	97.422	40,8	1.587	0,7	602	0,3
2007	199.842	58,1	137.436	39,9	2.234	0,6	539	0,2
2008	217.160	56,8	147.438	38,5	2.733	0,7	511	0,1
2009	240.351	59,0	156.197	38,4	2.026	0,5	521	0,1
2010	252.796	59,8	156.535	37,0	2.006	0,5	748	0,2
2011	274.058	60,3	166.340	36,6	2.180	0,5	769	0,2
2012	294.999	60,7	173.463	35,7	2.314	0,5	847	0,2
2013	307.715	61,7	176.137	35,3	2.755	0,6	763	0,2
2014	312.625	61,7	188.695	37,2	3.312	0,7	666	0,1
2015	289.799	63,5	162.731	35,7	3.028	0,7	770	0,2
2016	340.611	63,6	188.741	35,2	3.111	0,6	654	0,1
2017	370.976	64,5	198.244	34,5	5.022	0,9	1.090	0,2
2018	399.657	66,0	198.804	32,9	5.522	0,9	1.201	0,2
2019	438.719	66,7	212.444	32,3	5.291	0,8	1.390	0,2

---

<sup>3</sup>A íntegra do anuário pode ser conferida em: Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Atualizado em 19.10.2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 20 out. 2021.

Que o Brasil vive historicamente uma política de encarceramento da população negra já é sabido, discutido e destrinchado há décadas. O que é surpreendente é que, segundo o Anuário de 2020, "se há algum tipo de política de desencarceramento sendo realizada, ela vem atingindo com mais intensidade a população carcerária identificada pela raça/cor branca." (FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p. 306).

Se, em 2015, por meio da ADPF 347-DF o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, em 2019 tem-se como efeito dessa nova, mas não inovadora, alocação da jurisdição constitucional na centralidade da concretização dos direitos fundamentais, o favorecimento de pessoas brancas.

Ademais, mister elucidar que, segundo dados do Anuário, se em 2008 a população carcerária do sexo feminino era de 21.604, em 2019 esse valor explodiu para 36.926, o que denota um crescimento de 70,9% de prisões de mulheres (FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p. 307). Interseccionando os marcadores de raça e gênero, o estudo "Mulheres em Prisão: enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal"<sup>4</sup>, de iniciativa do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, concluiu-se que 68% das mulheres encarceradas são negras, 57% são solteiras, 50% têm apenas o ensino fundamental e 50% têm entre 18 e 29 anos.

Como afirma Thula Pires e Ana Flauzina, esse movimento que deveria ser de demolição e reconstrução infraestrutural no desenho institucional do sistema carcerário nacional, na realidade se converte em uma oportunidade para os ministros do Supremo Tribunal Federal blindarem o Poder Judiciário, sob o verniz democrático da jurisdição constitucional, de agir ativamente contra a política sistemática e generalizada de racismo encarcerador que produz vivências negras como criminosas:

De forma explícita, na ADPF 347-DF, o STF reconhece que os parâmetros normativos pactuados para permitir o funcionamento do sistema prisional do Brasil estão sendo violados de maneira estrutural por todos os poderes constituídos, de várias esferas federativas. O que, diante de tudo isso, permite que, ao invés de acabar com o sistema que produz essas violações, a opção seja a de fortalecê-lo? Como é próprio ao pacto narcísico das elites brasileiras, a falha estrutural que o sistema prisional explicita é formal,

<sup>4</sup>Relatório completo pode ser consultado em: INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA (ITTC). **Mulheres em Prisão: enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal**. Disponível em: <<http://ittc.org.br/mulheresemprisao-audiencias-de-custodia/>>. Publicado: 07/05/2019. Acesso em: 20 jun. 2021.

abstrata e conceitualmente enunciada apenas para sinalizar uma superficial nota de discordância. A “falência do sistema prisional” é repetida, sem que isso se converta na responsabilização dos órgãos públicos pelas violências e inconstitucionalidades que reproduzem e sustentam. Como Lélia Gonzalez (1988) nos alerta, o racismo por denegação se perpetua através da convivência entre institutos de igualdade jurídico-formal positivada e práticas institucionais genocidas contra corpos negros (PIRES; FLAUZINA, 2020, p. 1224).

O cínico jogo de poder que Pires e Flauzina desvelam tem origem colonial e no presente tem efeitos perversos. Nesses esquemas, as institucionalidades judiciais ocupam-se de esquizofrenias hermenêuticas para que, à medida que reconhecem o comportamento inconstitucional de um problema social, mantêm, senão reforçam, suas estruturas e, por conseguinte, as dinâmicas excludentes viabilizadas por estas estruturas, não somente ativas mas investidas de legitimidade constitucional.

Aqui, é importante destacar que além da flagrante corroboração com as estruturas instituídas do racismo e do classismo, a forma como se deu a declaração do estado de coisas inconstitucional evidencia uma especial vulnerabilidade das mulheres, cis ou trans. A normalização não nomeada da masculinidade como padrão que informa o contexto prisional (dentro das unidades e no tratamento pelo sistema de justiça dos procedimentos de execução da pena) é, portanto, um dado que precisa ser considerado. A incapacidade do STF em lidar de forma imbricada com as violações sistemáticas que ocorrem nas unidades prisionais revela, entre outras coisas, a reprodução de um olhar institucional que reduz e reforça os estigmas sobre as pessoas que vivenciam os horrores do cárcere a partir de posicionalidades sociais que se distanciam do modelo de sujeito de direito eleito (mulheres, não brancas/os, trans, gays, lésbicas ou bissexuais, de classe popular, não cristãs/ãos, com deficiência). De forma especialmente perversa, as posturas em relação às questões de gênero afetam a vida das mulheres, em especial das mulheres negras [...] (PIRES; FLAUZINA, 2020, p. 1225).

Esse movimento é fundamental para este trabalho pois é partir dele que vamos trabalhar a apropriação de pautas justas pelo STF em prol de uma governamentalidade que reafirma o espaço de privilégios da branquitude, da masculinidade, da cisgeneridade e da heterossexualidade. A compreensão homogeneizante do STF sobre as subjetividades que ocupam o cárcere é indiciária da política judicial de produção normalizadora da subjetividade jurídica investida de vida pelo ordenamento constitucional. O cárcere tem cor, etnia, corpo, desejo. O cárcere tem família, tem comunidades afetivas, tem história e tem sonhos. Abstrair essas condicionantes para universalizar o sujeito de direito consiste na violência primeva que engatilha toda a sistemática de opressão sobre dissidências raciais, de

gênero e de sexualidade no Brasil. Ao deslocalizar o sujeito de direito para torná-lo supostamente acessível, eu o alinho ao paradigma sub-reptício de humanidade que informa essas mesmas institucionalidades como se em um ciclo vicioso.

Em sua crítica ao essencialismo de gênero promovido por algumas juristas feministas, Angela Harris denuncia que o tratamento fragmentário das subjetividades por meio da fixação identitária de um sujeito de direito único viabiliza todo um fluxo de visibilizações seletivas que, ao final dessa operação, ocultam as experiências de mulheres negras. E continuo: mulheres negras transgêneras e/ou dissidentes da heterossexualidade compulsória. Estratégias democráticas de correções estruturais que não identificam seus sujeitos tendem a ser inócuas e, quando realizadas pela jurisdição constitucional, tendem a reproduzir orientações hegemônicas sob o véu do universalismo, multiculturalismo, tolerância, (dentre outros motes presentes no léxico liberal das cortes supremas). Como afirma Harris:

O essencialismo é também intelectualmente fácil, porque a cultura dominante é essencialista — porque é difícil encontrar materiais a respeito das vidas de mulheres negras, porque ainda não há infraestrutura acadêmica de trabalho de e/ou sobre mulheres negras ou Teoria Negra Feminista. (HARRIS, 2020, p. 61)

Se o comprometimento do STF é com a concretização de direitos fundamentais, argumento rotineiramente utilizado para ampliar sua capilarização no social, é esperada dessa atuação um movimento de real comprometimento com a complexidade do problema e não meramente um gesto hermenêutico de auto ampliação de poderes institucionais. Ao ignorar as imbricações da raça, da classe, do gênero e da sexualidade no encarceramento massivo que sustenta a dita “falência do sistema prisional”, o STF atua como agente ativo no reforço de violências que atravessam essas mesmas imbricações, investindo de forma diferencial em determinadas vidas.

No plano fático, todo argumento de inoperância ou dano colateral cai por terra. Se existe uma política de “humanização” do cárcere no Brasil, essa política se dá deliberadamente sob as costas da população negra, pobre, *queer* e às custas do sangue e dos filhos e irmãos de mulheres cis/trans negras periféricas. A escrita de Thula Pires e Ana Flauzina mais que atingir o ponto fraco do solipsismo branco burguês cisheteropatriarcal do STF, expõe a “participação ativa do Judiciário na

conformação desse estado de dor”, reivindicando o “fim da barbárie”. Contudo, barbárie esta não “travestida”, como colocado pelas autoras, mas sim corporificada pela “civildade nos meandros do Direito.” (PIRES, FLAUZINA, 2020, p. 1235).

Não se trata de um convite, mas sim uma convocação à insurgência direcionado aos/às juristas em defesa do compromisso constitucional de igualdade radical. Igualdade esta usurpada pela juristocracia brasileira que insiste em formatar a identidade do sujeito de direitos à sua imagem e semelhança.

## 2.2 A CRIMINALIZAÇÃO DE HOMOLESBOTRANSFOBIA NA MIRA DA CRÍTICA QUEER: PINKWASHING JUDICIAL E A APOSTA DO STF NO ENCARCERAMENTO DA POPULAÇÃO NEGRA BRASILEIRA

Avançando na construção de nossa análise às respostas dadas pelo STF quanto às demandas pela concretização de direitos fundamentais de grupos vulnerabilizados, nesta seção trabalharemos a partir da crítica *queer* o corpo político-argumentativo dado pelos ministros quando do julgamento da ADO 26 e do MI 4733 em 2019. Na defesa de um constitucionalismo democrático insubordinado à sua própria instrumentalização para fins autodestrutivos, trabalharei com Richard Miskolci *et al*, Fernando Pocahy, Michael Warner para rastrear os efeitos das técnicas hermenêuticas que produzem a identidade do sujeito constitucional de forma higienizada, tanto em contextos raciais, quanto nas questões de sexo-gênero.

Quando Miskolci *et al* decide realizar um exame da relação entre a formação jurídica e as demandas por reconhecimento no Brasil seu diagnóstico é certeiro ao desvelar o papel do Direito na dinâmica de poder de produz desigualdades a partir da diferença<sup>5</sup>. Ao ver dos autores, o Direito produz o normativo ao tempo em que o normativo produz o Direito. Ou seja, tal como os demais regimes de organização social e política, o Direito também é produto de relações de poder regidas por uma racionalidade objetiva. A especificidade do Direito, contudo, é que, sob o mando da

---

<sup>5</sup>Miskolci e Maximiliano conceituam as categorias desigualdade e diferença no seguinte sentido: "Denominamos de desigualdade o contraste relacional entre sujeitos detentores de condições econômicas, culturais e mesmo de acesso privilegiado à justiça e aqueles/as que não detêm essas condições no mesmo nível. Diferenças, por sua vez, referem-se à forma como cada sociedade distingue/marca as pessoas com relação ao gênero, à sexualidade, à raça, etnia, geração, entre outras categorias." (MISKOLCI et al, 2017, p. 56).

neutralidade, imparcialidade e impessoalidade, acaba “apagando sua contingência de forma a reproduzir violências simbólicas típicas da sociedade em que ele se estabeleceu” (MISKOLCI, 2017, p. 56).

O léxico jurídico observa uma gramática governamental arraigada nas infraestruturas histórica, política e econômica do contexto espacial que deseja reger. Reflexo de seu passado e presente liberais, o Direito, geral e abstrato, universaliza seus enunciados de tal forma que é preciso analisar atentamente seus movimentos de inclusão-exclusão para enxergar o esgarçamento dos seus próprios pressupostos dados pelo constitucionalismo democrático. Acredito que uma importante contribuição das críticas *queers* é a desconfiança em torno das medidas de institucionalização tanto das subjetividades, quanto das coletividades, isso pois:

Os discursos jurídicos e a formação em Direito ainda constituem um conjunto de técnicas que buscam fazer o Outro se enquadrar ou ser reconhecido sem modificar as concepções hegemônicas de justiça e igualdade. Ou seja, demandas de reconhecimento e igualdade a partir da diferença tendem a ser enquadradas em um modelo legal inflexível e normativo. Podemos reavaliá-lo de forma que, ao invés de homogeneizar ou alocar confortavelmente cada um em uma gaveta por meio das diferenças possamos modificá-lo e atualizá-lo de forma a mudar sua histórica conformação aos interesses dos grupos dominantes (MISKOLCI, et al, 2017. p. 58).

Feito esse diagnóstico preliminar é preciso avançar na crítica. Incessantemente. Quando nos voltamos para a atuação do STF em casos que versam sobre grupos vulnerabilizados a primeira expectativa é a de que a resposta seja incisivamente alinhada com a Constituição. Isso pois, se a competência da jurisdição constitucional é salvaguardar o texto constitucional, norma estruturante do edifício legal nacional, a resposta necessariamente deveria ser estruturada, a fim de rastrear e corrigir déficits no cumprimento da pedra angular jurídico-política dessa construção: a igualdade radical. Radical pois a raiz é o firmamento que viabiliza o desenvolvimento progressivo do corpo orgânico que ali se sustenta.

Contudo, quando olhamos para a atuação do STF na ADPF 347/2015 e olhamos para sua atuação na ADO 26 e no MI 4733/2019 a esquizofrenia hermenêutica fica evidenciada. Adentrando ao acórdão das últimas ações é possível identificar a heurística na neutralização discursiva de uma pauta globalmente relevante: as vidas das pessoas LGBTQIA+. Isso pois, a estratégia do STF no quesito governamentalidade de dissidências (raciais, de gênero, de sexualidade etc.) é não

outra, mas a inclusão assimilacionista do léxico neoliberal. Essa é a racionalidade governamental que atravessa a judicialização identitária no Brasil:

As melhores das intenções terminam por traduzir demandas de transformação das relações de poder e diminuição das desigualdades sociais em discursos que apelam à retórica da tolerância e da incorporação de grupos sociais minoritários sem modificar os privilégios dos socialmente majoritários, leia-se, frequentemente não os mais numerosos, antes os que detém o poder regulador da ordem social (MISKOLCI et al., 2017, p. 58).

Exemplos desse movimento podem ser encontrados em diversos votos, como veremos a seguir. Tanto a ADO 26 quanto o MI 4733/2019 tiveram seu cabimento dado como procedente sob o argumento da mora inconstitucional do Congresso Nacional em não cumprir o mandado de incriminação extraído dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal. De antemão é preciso ressaltar que o presente trabalho não busca ignorar o fato de que o Brasil é o país que mais mata pessoas LGBTQIA+ no mundo, dentre as quais destacam-se as vidas trans<sup>6</sup>. O que se pretende fazer é agenciar causas para as quais medidas não podem ser pensadas de forma fragmentadas.

Diz o ministro Alexandre de Moraes em seu voto que: "A incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela Constituição e a conduta negativa do Poder Público omissa configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão." (BRASIL, 2019, p. 9). Ora, o reconhecimento da negligência do Estado brasileiro em preservar vidas LGBTQIA+ é de extrema relevância para a causa, contudo, ao entenderem que para a cidadania sexual e de gênero plenas a criminalização é imprescindível, o STF recai em outra omissão já declarada, qual seja, a que o sistema carcerário brasileiro é uma usina de desumanização de vidas, majoritariamente negras, femininas e periféricas. O que se percebe é que os problemas do povo negro recaem sempre na omissão estatal. E seu acesso à prestação jurisdicional constitucional denegado e sistematicamente inviabilizado.

Outro movimento interessante de se observar é a utilização retórica de normas internacionais não cogentes (conhecidas no Direito Internacional como *soft law*) para

---

<sup>6</sup>Afirmção baseada em: REVISTA EXAME. **Pelo 12º ano consecutivo, Brasil é país que mais mata transexuais no mundo.** Disponível em: <https://exame.com/brasil/pelo-12o-ano-consecutivo-brasil-e-pais-que-mais-mata-transexuais-no-mundo/>. Publicado em: 19 nov. 2020. Iterado em: 19/ nov. 2020. Acesso em: 22 jun. 2021.

criminalização em defesa da causa LGBTQIA+, ao tempo que temos a Convenção Americana de Direitos Humanos (“*Pacto de San José de Costa Rica*”), juridicamente reconhecida, prevenindo todas as degradações que ocorrem em nosso sistema carcerário racializado, como a vedação à tortura, às prisões arbitrárias, à seletividade penal racialmente guiada, etc. Tem-se no voto de Alexandre de Moraes:

Em que pese a complexidade do tema, trata-se de uma constatação objetiva, por meio da análise dos componentes internacionais mínimos e obrigatórios exigidos para a salvaguarda igualitária dos direitos e liberdades fundamentais, em virtude de orientação sexual e identidade de gênero, conforme destacado na “Introdução aos Princípios de Yogyakarta”, editado sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, em novembro de 2006 (BRASIL, 2019, p. 21).

Angela Harris<sup>7</sup> faz uma crítica profunda à juristas que envernizam suas escritas mencionando uma possível abordagem metodológica preocupada com a análise interseccional, mas que, ao invés de investirem nesse esforço teórico, essencializam experiências complexas para viabilizar proposições simples para apreendê-las. Esse movimento pode facilmente ser constatado no trecho do voto de Alexandre de Moraes colacionado abaixo:

Entretanto, violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extrajudiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com frequência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo. (BRASIL, 2019, p. 22)

Apesar da menção aos atravessamentos que formas de violência exercem, o ministro recobre superficialmente seu voto com uma preocupação virtual com

---

<sup>7</sup>A fonte do essencialismo de gênero e raça (e todos os outros essencialismo, pois a lista de categorias poderia ser multiplicada infinitamente) é a segunda voz, a voz que afirma falar por todos. O resultado do essencialismo é reduzir as vidas das pessoas que experimentam múltiplas formas de opressão a uma adição de problemas: ‘racismo + sexismo = a experiência da mulher negra heterossexual’, ou ‘racismo + sexismo + homofobia = a experiência da mulher negra lésbica.’ Portanto, em um mundo essencialista, a experiência das mulheres negras será sempre forçosamente fragmentada antes de ser submetida a análise, enquanto aquelas que estão ‘apenas interessadas na raça’ e aquelas que estão ‘apenas interessadas no gênero’ levam a fatia que lhes apetece de nossas vidas.” (HARRIS, 2020, p. 49).

questões interseccionais para seguir seu raciocínio rumo ao fortalecimento do sistema carcerário, sistema esse já considerado pelo próprio STF como inconstitucional, por meio de uma inclusão criminalizadora das vidas LGBTQIA+ no espaço da jurisdição constitucional.

Será que é essa a forma de inclusão que as vidas sexo-gênero dissidentes vislumbram para si? Ter novamente sua inteligibilidade social produzida pelo discurso jurídico de criminalização? Essas são perguntas que os advogados, fenotipicamente brancos e cis, parecem não ter se perguntado e nem perguntado à comunidade LGBTQIA+ racializada. Ao fim, a criminalização da LGBTQIA+fobia só reforça sentidos excludentes das relações de saber-poder que, ao tempo que beneficia o movimento LGBTQIA+ branco burguês masculino cisgenerificado, reforça a despossessão das multidões queers em relação à sua própria identidade constitucional.

O racismo por denegação, de Lélia González, que as Prof.<sup>as</sup> Thula Pires e Ana Flauzina elaboram para visibilizar a atuação ativa do STF na bárbara política de encarceramento e morte da população negra periférica brasileira também me é útil quando avançamos para o voto do ministro Luís Roberto Barroso. Ao justificar seu entendimento pela procedência da utilização do Direito Penal como forma de reconhecimento jurídico, o ministro lista uma série de formas de violência sofridas pela população LGBTQIA+ que clama pela sua iluminação:

O primeiro fator é a existência de sistemática violência, física e psíquica contra a minoria em questão. A Constituição não pode ser interpretada de costas para a realidade brasileira, que impressiona tanto pelos números quanto pela barbaridade. Somos um país em que muitas pessoas são mortas por causa de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero e em que se registram episódios de violência extrema motivados por esse tipo de preconceito. Há um cenário de reiterada violação da integridade física e psíquica da população LGBTI+, que afeta esse grupo no que há de mais essencial em sua dignidade: seu valor intrínseco como pessoa humana. A grande importância dos bens jurídicos violados, portanto, justifica a utilização da *ultima ratio* que é o Direito Penal. (BRASIL, 2019, p. 21)

Em seu relatório "A pandemia da Tortura no Cárcere"<sup>8</sup> (2021), a Pastoral Carcerária recebeu, em sintonia com a pesquisa desenvolvida pelo Fórum de

---

<sup>8</sup>PASTORAL CARCERÁRIA (CNBB). **Relatório: a pandemia de Tortura no Cárcere (2020)**.

Disponibilizado em: <[https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2021/01/Relatorio\\_2020\\_web.pdf](https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2021/01/Relatorio_2020_web.pdf)>.

Acesso em: 21 jun. 2021.

Segurança Pública (2020) supramencionado, no período de 15/03/2020 e 31/10/2020, 90 denúncias de casos de tortura física e psíquica, conjugadas com diversas outras violações de direitos fundamentais em diversas unidades prisionais espalhadas pelo país. Ressaltam ainda que, para fins comparativos, em 2019 a pastoral recebeu 53 casos neste mesmo período. Se existe uma política de desencarceramento ou humanização do cárcere, não tenho dados suficientes para crer que seu público-alvo seja diferente daqueles cuja imagem se assemelham àquela refletida no espelho narcísico do Supremo.

Desde 2015 a desumanização sistemática e generalizada do sistema carcerário foi declarada, porém, contra seu próprio entendimento, o STF aposta suas fichas na criminalização para resolver violências, quaisquer que sejam. Questiono: e a população negra fixada nesses espaços? Pelos relatórios mencionados, a população encarcerada também vive tais formas de violência enumeradas por Barroso.

A suspeita que ergo é que o racismo por denegação atinge o povo negro periférico até mesmo no direito a ter uma violência reconhecida como violência. Repetidamente somos frustrados em nossas expectativas de justiça social. Se um dia foi difícil imaginar que demandas por reconhecimento identitário fossem chegar a tribunais superiores, hoje o medo é em relação a como sairão de lá. No caso da criminalização da LGBTQIA+fobia, a suspeita é que a reivindicação legítima por vidas mais vivíveis na diferença foi instrumentalizada para envernizar, com uma camada superficial de concretização democrática de igualdade, a política criminal do Supremo Tribunal Federal que contribui para o genocídio e o encarceramento da população negra feminina cis/trans periférica. Um legítimo *pinkwashing* judicial.

Nessa toada, fica evidenciado a valorização diferencial das vidas vulnerabilizadas no voto de Barroso abaixo. Ora, se a defesa é pela isonomia com o tratamento que o Direito Penal deve conferir à reprimenda de discriminações, então, é preciso que comunidade acadêmica e jurídica evidencie à opaca visão do STF qual o rosto de nosso corpo carcerário no Brasil:

Como se disse, diante de todos esses elementos, deixar de criminalizar esse tipo de discriminação violaria o princípio da proporcionalidade na sua dimensão de proibição da proteção insuficiente. Por isso, à luz da realidade brasileira, impõe-se a punição criminal das discriminações fundadas em orientação sexual e identidade de gênero, seja pela importância dos bens jurídicos afetados, pela necessidade de isonomia com o tratamento que o

Direito Penal brasileiro confere a outras espécies de discriminação ou pela insuficiência das punições administrativas estabelecidas." (BRASIL, 2019, p. 22)

O voto do relator Celso de Mello, por sua vez, não escapa do esforço *queer* de realizar uma crítica à política de reconhecimento jurídico do STF. O ministro utiliza de uma conceituação de raça que escapa ao biologismo fenotípico e que, por sua vez, identifica a fixação da “raça” em um espaço cerrado “[...] uma arbitrária construção social, desenvolvida em determinado momento histórico, objetivando criar mecanismos destinados a justificar a desigualdade”, e continua, “com a instituição de hierarquias artificialmente apoiadas na hegemonia de determinado grupo de pessoas [...]” (BRASIL, 2019, p. 97). Contudo, apesar desse pressuposto desconstrutivista que já identificamos ao longo de todo o acordão, os ministros do STF, cada qual a sua maneira, exercem um verdadeiro governo por razões de segurança, a segurança da sua própria autoridade como apropriador central do sentido dos direitos fundamentais. Afinal, como trunfos contra a maioria” poderiam ser utilizados contra essa maioria se antes, seu sentido deve ser afirmado e fixado pela hermenêutica constitucional? Afirma Celso de Mello que

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 dos direitos e garantias fundamentais, em especial das minorias. (BRASIL, 2019, p. 31)

O que se nota é que a criminalização da LGBTQIA+fobia consistiu em mais uma estratégia da governamentalidade hegemônica para renovar sua legitimidade em dar o sentido último da concretização de direitos fundamentais ao tempo em que mitiga esses mesmos direitos de populações negras periféricas, especialmente mulheres cis trans jovens e mantém uma sociedade de privilégios, tal como demanda o capitalismo branco cisheteropatriarcal.

E nesse sentido, tal como o racismo brasileiro, tem-se aí “crime perfeito”, uma vez que o fortalecimento do sistema carcerário já julgado inconstitucional encontra-se *pinkwashed* pela interpretação “Conforme a Constituição” para reconhecimento de direitos LGBTQIA+ por analogia. Não se trata da criação de um tipo penal em transgressão ao princípio da reserva legal e nem utilização de técnicas analógicas

vedadas pelo Direito Penal liberal. Trata-se de interpretação conforme a Constituição contra sua própria pedra angular: a igualdade radical. Por tal razão a ruína do edifício parece inevitável.

Criminaliza-se esperando seu efeito: o encarceramento. E com a criminalização da LGBTQIA+fobia tem-se aí o sustentáculo moral dessa estrutura de aprisionamento racial. Ao longo do acórdão fala-se em criminalização reiteradamente, mas não se fala de cárcere. Por qual razão? Quando falam é só para falar que vidas LGBTQIA+ eram criminalizadas e aprisionadas, produzindo discursivamente a prisão como problema do passado, ignorando a urgência da situação brasileira atual no que diz respeito ao racismo estrutural. Enquanto isso, nós, *queers*, temos mais uma vez nossas vidas sexo-gênero dissidentes capturadas pelos discursos e pelas institucionalidades<sup>9</sup>.

### 2.3 O *QUEERS* TENHO A VER COM ISSO? TRAÇANDO LINHAS DE FUGA DO “DESEJO DA NORMA” CISHETEROPATRIARCAL BRANCO CAPITALISTA.

As lutas reivindicatórias de reconhecimento jurídico estão continuamente em disputa. Seus pressupostos, seus termos, seus efeitos. Dentro dos próprios grupos vulnerabilizados o sentido de determinado direito ou garantia fundamentais detêm diferentes permeabilidades para atravessamentos de raça, gênero, etnia ou religiosidade.

Nesse sentido, a crítica *queer* nos exige enquanto pesquisadores comprometidos com a não hierarquização, um olhar insubordinado em relação àqueles que vocalizam as lutas de gênero-sexo dissidências. Isso pois, desde Foucault sabemos que a sexualidade é um campo altamente investido de poder e, desde sua captura pelo discurso, o poder reage, instrumentaliza, apreende o sexo para controlá-lo. A disputa crítica, então, torna-se uma importante estratégia das dissidências do movimento LGBTQIA+ institucionalizado pois a desconfiança *queer* não se satisfaz com inclusões analógicas à heterossexualidade branca

---

<sup>9</sup> Para uma leitura mais ampla do processo de captura da sexualidade pelo discurso no contexto brasileiro para fins de produção de uma identidade cívico-patriótica recomenda-se o seguinte trabalho: AGUIAR, Rafael dos Reis. **O estado policial-securitário e as violências anti-queer no Brasil: a governamentalidade sexual da ditadura civil-militar à redemocratização (1964-1985)**. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2020.

cisgenerificada, como no caso do casamento homoafetivo e da própria criminalização da LGBTQIA+fobia. A insubordinação contra qualquer violência normalizadora deve também atingir o direito. Nesse sentido, Marcelo Maciel Ramos afirma:

Ainda que as táticas de luta contra violências e discriminações através do direito sejam limitadas, contraditórias ou precárias, conforme veremos mais a frente, elas expressam sempre, em alguma medida, um uso transgressor ou profanador dos dispositivos e aparatos jurídicos hegemônicos. (RAMOS, 2020, p. 4)

Infiltrando as institucionalizações sexo-gênero dissidentes, a crítica *queer*, aquém do léxico da tolerância liberal, apropriada do político no sexo e, ao fazê-lo, assume compromissos com a temporalidade e a espacialização. Ou seja, compreende que o corpo, o gênero e a sexualidade estão imbricados com outras relações de poder historicamente produzidas, temporalmente geridas e espacialmente condicionadas que se agenciam para enunciá-los em um determinado sentido hegemônico (essencialista, cartesiano e a partir do paradigma do cisheteropatriarcado branco capitalista). Identificar essas confluências é reconhecer que o Direito e o Estado constituem o gênero, a sexualidade, a raça, à mesma medida que estes são mobilizados como variáveis integrantes da dinâmica de produção naturalizada de sentidos do hegemônicos no social que informam o próprio Direito.

A crítica *queer* se ocupa de cartografar essas dinâmicas e traçar as linhas de fuga contra os fluxos que retiram determinadas experiências históricas, temporais e espaciais, da circulação social. O que se suspeita é que o sentido de forma-de-vida inteligível vocalizado pelo movimento LGBTQIA+ *mainstream* pode ser atravessado, infiltrado e transgredido por enunciações insubordinadas advindas de agenciamentos contra-hegemônicos: "o *queer* representa um esforço teórico que luta contra os efeitos da institucionalização, que recusa as conclusões definitivas sobre si e que tenta se manter no processo ambíguo de se tornar e se desconstruir." (RAMOS, 2020, p. 14-15). Nessa toada, a separação sujeito-objeto gestada na filosofia moderna e reproduzida nas metodologias que criam ciências sociais é insuficiente para os objetivos aos quais nos propomos. A crítica *queer* ao Direito nos demanda analisá-lo como um saber-fazer, trazendo à tona os agenciamentos enunciativos que compõem o social de forma hierarquizada.

Contra toda e qualquer autoridade impessoal, universal, homogeneizante, abstrata, imperial, a crítica *queer* ao Direito expõe a contradição performativa que o próprio Direito, geral e abstrato, sustenta ao incidir na microfísica das relações de poder, negando sua aplicação meramente subsuntiva e universalizante. Esse processo de saber-fazer tempo-espacializado torna a micropolítica *queer* um *antimétodo* de concretização de direitos, por cessar a negligência que a concretização jurídica de direitos comete ao ignorar a dimensão interseccional do sujeito de direito. Nesse sentido, nos diz Fernando PocaHy:

As insubordinações *queer*, assim como os (trans)feminismos interseccionais e pós-modernos, desarrumam e desfazem as certezas ordinárias - denunciando os desejos de norma e aqueles movimentos mais apegados a formas de dominação. Seu contragolpe privilegiado parece ser a abertura a espaços-conexões para multidões em devir (multitudes) e para saberes-práticas que instauram outras epistemologias de mundo - notadamente aquelas formas de conhecer que se estabelecem na interpelação de raça/etnia, gênero e sexualidade em uma crítica contundente a esses dispositivos de saber-poder. (POCAHY, 2016, p. 10)

Nessa perspectiva insurge na teoria crítica do Direito uma obrigação em complexificar os escopos de análise, superando caminhos analíticos fáceis universalizantes e optando pelo esforço de abraçar a complexidade ontológica do sujeito de direito, mesmo que a jurisdição constitucional entende o contrário. O presente trabalho passará, então a analisar aquilo que compreendo como Teoria Quilombista do Estado e da Constituição, como um saber-fazer apto a oxigenar o Direito e o constitucionalismo com respiros democráticos rumo à promessa constitucional da igualdade radical. Sustentarei a seguir que o pensamento jurídico afrodiaspórico carrega todos os pressupostos materiais e metodológicos para incorporar a crítica *queer* e radicalizá-la em termos de resistência às formas jurídicas que produzem e sustentam desigualdades estruturais. Contra qualquer hermetismo, contra qualquer essencialização, a Teoria Quilombista propõe uma nova relacionalidade jurídica ampliando a identidade do sujeito constitucional para entendê-lo como necessariamente em diáspora permanente. A partir dessa constatação, trabalharemos seu potencial para produzir novas circulações a partir das rotas de fuga, dos agenciamentos de exclusões e da politização dos marcadores corporais e subjetivos que produzem uma concepção de humano a partir do cisheteropatriarcado branco capitalista.

## 2.4 A TEORIA QUILOMBISTA DO DIREITO E DO ESTADO: ESTRATÉGIAS DIASPÓRICAS CONTRA UM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOMOSFÉRICO.

Nesta seção realizarei um esforço para sugerir uma nova formatação interessante ao diagnóstico que fizemos nas seções anteriores, qual seja, que a jurisdição constitucional, tal como o Direito em si, é um agente ativo na manutenção e reprodução das desigualdades estruturais imbricadas, utilizando-se de essencializações de marcadores sociais para tanto. Tendo esse problema em vista, o instrumental político teórico preconizado por Abdias de Nascimento e Maria Beatriz Nascimento com a categoria quilombo me será útil.

Em sua teoria quilombista, Abdias de Nascimento (1985) traz a emergência da necessidade de uma retomada da memória da negritude brasileira e do agenciamento com outras minorias étnico-raciais, especificamente os povos indígenas, a fim de resistir ou superar a herança da modernidade colonial racista trazida pelos europeus. Alinhada proposição da necessidade de superação da dicotomização cartesiana, o quilombismo mais que propor, exerce o saber-fazer espacializado histórico dos povos negros resistentes à escravização branca cisheteropatriarcal.

O quilombismo concretiza o realinhamento ético do compromisso de igualdade radical trazido pelo constitucionalismo que se exercer em sociedades desiguais. Suspeita-se que a contribuição quilombista para o constitucionalismo é a sua obrigação ética de proteger os levantes contra autoritarismos raciais, de gênero e de sexualidade, e nesse sentido, reativar a politização dos povos negros. Reconhecendo as vidas negras como uma dissidência produzida pela modernidade colonial, tem-se a abertura cognitiva para reconhecê-las como também passíveis de sofrer com o autoritarismo racial, rastreando o caráter político do racismo estrutural em superação ao argumento culturalista de que o genocídio negro é mero dano colateral das desigualdades sociais.

Afirma Maria Beatriz Nascimento que a experiência dos quilombos se constituiu como uma forma institucional gerada a partir da experiência brasileira de resistência à escravização. Os quilombos constituíram-se como espaço de iniciação, socialização e resistência de negros escravizados fugitivos. Por tal razão, por ser uma experiência espacial de agenciamento, de evasão da circulação expropriatória branca e de social-

politização de dissidências raciais precarizadas, suspeita-se que o constitucionalismo democrático tem muito a aprender. Segundo ela, tanto no século XVIII, quanto no XIX: “esta instituição procedia como uma frincha no sistema, muitas vezes convivendo pacificamente; ao ser vista globalmente, ou seja, em todo o espaço territorial e em todo o tempo histórico, traduzia uma instabilidade inerente ao sistema escravagista (NASCIMENTO, 2018, p. 283).

Ou seja, por materializar a possibilidade de povos negros escravizados se politizarem e autogerarem suas vidas a partir da violência, superando-a pelo saber-fazer quilombista, a contribuição para o constitucionalismo fica evidenciada: o quilombo, ao espacializar encontros, viabilizar as trocas de informações e recursos em prol da fuga e da insurreição, um porvir cada vez mais presente pela aproximação da experiência da liberdade através da politização. Nesse sentido, o quilombo presentifica o devir da liberdade, sob um efeito talvez performativo em que a experiência discursiva contra o saber-poder hegemônico, viabilizado pelas circunstâncias produzidas por ele, ressoa como uma experiência constituinte de uma nova humanização não branca, contingencial, marcada pela coabitação produzida pela violência da diáspora:

É esta tensão, a tensão da luta – repressão e resistência – que consubstancia a essência e o processo do quilombismo. Assegurar a completa condição humana das massas afro-brasileiras é o fundamento ético do quilombismo. O quilombismo tem seu ponto focal e seu pivô no ser humano, como ator e sujeito, dentro de uma visão de mundo em que a ciência constitui apenas uma entre outras vias de conhecimento. (NASCIMENTO, 1985, p. 31)

Mister elaborar as circunstâncias que viabilizam o quilombismo como encontro político-espacial. Negando qualquer romantização da experiência escravagista, mostra-se fundamental identificar que, na relação entre poder e subjetividade, a consequência é sempre produtiva. Mais que essencialmente repressora, é criadora, de certa forma. Em contextos de violência extrema, por mais que os efeitos corporais sejam incapacitadores de reação, a subjetividade é reativa, se potencializa na precariedade e, ao politizá-la, promove barricadas, interrupções no sentido da circulação que sustenta a complexa (política, econômica, social, ambiental etc.) edificação do regime governamental escravista cisheteropatriarcal branco capitalista.

Sobre as formas de resistência das mulheres negras na versão contemporânea desse regime governamental, nos elucida Sueli Carneiro:

Os efeitos do racismo e do sexismo são tão brutais que acabam por impulsionar reações capazes de recobrir todas as perdas já postas na relação de dominação. O efervescente protagonismo das mulheres negras, orientado num primeiro momento pelo desejo de liberdade, pelo resgate de humanidade negada pela escravidão e, num segundo momento, pontuado pelas emergências das organizações de mulheres negras e articulações nacionais de mulheres negras, vem desenhando novos cenários e perspectivas para as mulheres negras e recobrando as perdas históricas. (CARNEIRO, 2003, p. 129)

As teorias raciais críticas, corrente presente na Teoria Quilombista do Estado e da Constituição, mas sem deixar-se limitar por ela, ao complexificarem as análises a partir dos atravessamentos de violências transversais, interseccionais, incitam reconfigurações em movimentos *mainstream* com mais acesso às institucionalidades. Essa recusa à tradução integral, assimilacionista, normalizadora, é explorada como efeito da apropriação politizadora da categoria diáspora. Como afirma Brent Edwards:

Se um discurso da diáspora articula a diferença, então é preciso considerar o status dessa diferença — não só a diferença linguística, mas, de modo mais amplo, o vestígio ou o resíduo, talvez, daquilo que resiste à tradução ou que às vezes não tem como evitar a recusa da tradução entre as fronteiras da língua, da classe, do gênero, da sexualidade, da religião, do Estado-nação (EDWARDS, 2017, p. 68).

O deslocamento forçado de pessoas negras africanas para que a modernidade pudesse crescer sobre suas constas, aquém diferentes etnias e organizações sociais, passa a ser útil ao pensamento jurídico comprometido com a crítica antirracista, anticapitalista e contracisheteropatriarcal. O pensamento afrodiaspórico é comprometido com a crítica ao "vínculo entre produção de conhecimento e nação" (EDWARDS, 2017, p. 57). Superando toda fixação territorial na produção do conhecimento, a diáspora é um movimento político-epistêmico de espacializar saberes e sentidos constituídos no deslocamento espacial, temporal, subjetivo.

Pensar o quilombismo afrodiaspóricamente, enquanto saber-fazer, é ao mesmo tempo uma metodologia estratégica, para se desvendar dispositivos que subjazem e informam o Direito e o constitucionalismo em prol da hierarquização interseccional; quanto uma prática de resistência às traduções assimilacionistas que fragmentam

experiências e justificam respostas às reivindicações dissidentes palatáveis ao hegemônico. Mais que qualquer metáfora, a Teoria Quilombista do Estado e da Constituição pensada afrodiaspóricamente tende a atuar como obstrução constitutiva às políticas identitárias contemporâneas de embranquecimento e cisheteromasculinização da subjetividade jurídica passível de ter a vida cognoscida pelo Direito, em um movimento que entendo compatível com aquilo que Beatriz Nascimento chama de “correção de nacionalidade”:

Chamamos isto de correção da nacionalidade: a ausência de cidadania plena e de canais reivindicatórios eficazes, a fragilidade de uma consciência brasileira do povo, todos esses fatores implicaram numa rejeição do que era então considerado nacional e dirigiu esse movimento para a identificação da historicidade heroica do passado (NASCIMENTO, 2018, p. 291)

Como uma insubordinação crítica, ao negar o lugar da convivência com essa política constitucional, presentifica a herança constitucional transmitida em 1988 e garante acesso àqueles despossuídos da promessa constitucional de igualdade. Uma recusa à um controle de constitucionalidade racista machista e transfóbico, como aquele expressado pela criminalização da LGBTQIA+fobia que *pinkwash* o encarceramento em massa e o genocídio da juventude negra feminista cis e trans periféricas.

Melinda Benson apresenta a categoria “regras de engajamento” para trabalhar princípios operacionais da litigância em sede de controle de constitucionalidade a fim de identificar a produção espacial decorrente da hermenêutica constitucional, criando fronteiras, limites, permeabilidades, circulações e estatismos. Segundo Benson “as regras de engajamento são processos dinâmicos que simultaneamente se desdobram, expandem e contraem os espaços jurídicos formais” (BENSON, 2014, p. 214) refletindo pressuposições culturais de privilégios e de autoridade, como problemas do acesso à justiça.

Nessa dinâmica de poder interna à jurisdição constitucional, Benson atribui ao controle de constitucionalidade uma capacidade nomosférica, ou seja, técnicas de fazer-mundo (BENSON, 2015, p. 228) voltados para a gestão “tática” (BENSON, 2015, p. 229) por meio de reestruturação de dimensões, mudanças de entradas-saídas, além de saídas que conduzem aos mesmos lugares inicialmente pensados. Nessas alterações espaciais, o acesso à jurisdição constitucional se vê cada vez mais

inviabilizada para determinados grupos vulnerabilizados. É por meio dessas técnicas que “procuram afirmar o controle e ditar os resultados dentro das configurações judiciais como um meio de avançar e consolidar suas várias agendas” (BENSON, 2015, p. 229).

Mais que uma negligência técnica, o uso instrumental de hermenêutica constitucional para ampliar acesso ao recorte privilegiado de uma minoria vulnerabilizada acaba por traduzir não uma conquista democrática, mas uma reafirmação dos privilégios da elite com seus representantes no Poder Judiciário.

As partes entram no espaço jurídico para manifestar realidades jurídicas que, por sua vez, ordenam o mundo. Desse modo, esses espaços de direito são portais pelos quais os significados jurídicos são modificados. Inseridos no mundo social de maneiras que contornam e configuram o mundo material. Quando o acesso é negado, a busca por justiça pode ser truncada e intervenções desejadas, bloqueadas. (BENSON, 2014, p. 234)

O quilombismo, de Abdias de Nascimento e Maria Beatriz Nascimento, diasporicamente praticado não é uma metáfora para entender o constitucionalismo e o Estado. É uma teoria do Estado e da Constituição autônoma. Abdias de Nascimento defende a implantação de um “Estado Nacional Quilombista” inspirado no modelo da República dos Palmares no séc. XVI. A partir dessa experiência histórica, mas sem reduzir-se a ela, a crítica quilombista afrodiáspórica demanda que o controle de constitucionalidade concretize a democracia constitucional de forma necessariamente “antirracista, anticapitalista, antilatifundiária e antineocolonialista” (NASCIMENTO, 1985, p. 37), com a abertura permanente da diáspora para a aversão contra todas as violências sistemáticas, inclusive a LGBTQIA+fobia, sem vírgulas, entendendo a imbricação necessária dessas posturas como indissociáveis da hermenêutica constitucional.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O esforço teórico que busquei realizar nesse trabalho foi no sentido de propor a coligação necessária da análise de sexualidade, raça e gênero em todo exercício hermenêutico sob pena de sustentar regimes de hierarquização social em detrimento de outro grupo vulnerabilizado. Da alocação da política como intrínseca ao

constitucionalismo ao reconhecimento da judicialização identitária como artimanha da política para produzir sentidos hegemônicos por meio da retórica da inclusão cartesiana, a Teoria Quilombista do Direito e do Estado desvenda a necessidade de analisar de forma não-essencial opressões estruturais dadas como inatingíveis.

A crítica de Michael Warner sobre a institucionalização da política identitária dos movimentos gays e lésbicos tem aplicação quando analisamos o contexto de judicialização identitária pelo STF. As vocalizações acessíveis ao espaço de concretização de direitos constitucionais são, de certa forma, as mesmas que detém o poder para decidir. A partir dessa suspeita, o pacto narcísico da branquitude que nos conta Maria Aparecida Silva Bento (2002)<sup>10</sup> parece encontrar na hermenêutica constitucional um terreno fértil. O enquadramento identitário reflete a “comunidade de intérpretes” aptos a dizer a verdade-da-Constituição. Logo a subjetividade jurídica incitada pela jurisdição constitucional caminha sob o paradigma branco cisheteropatriarcal capitalista e eurocentrado: "O que podemos estar menos preparados para reconhecer é que o enquadramento da própria política de identidade pertence às tradições anglo-americanas e tem algumas influências distorcidas" (WARNER, 1990, p. 17).

Feito esse exercício de crítica interseccional é possível afirmar que a governamentalidade judicial que utiliza da criminalização para promover alguma forma de inclusão das vidas LGBTQIA+ aloca a experiência de encarceramento do povo negro como condicionante para a defesa de vidas gays e lésbicas brancas, o que enseja em nova omissão constitucional. A essa forma de política governamental constitucional chamamos de *pinkwashing* judicial. Nessa toada, a essencialização judicial de identidades para atribuição de subjetividade jurídica de certa forma desterritorializa o povo negro dos espaços de reconhecimento jurídico e de reconhecimento como subjetividade jurídica protegida pela lei, ao tempo em que se faz uso difuso da Lei do Racismo para criar uma “inclusão por criminalização” e ocultar o reforço ao caráter estrutural do encarceramento em massa da população negra feminina cis trans periférica.

---

<sup>10</sup>A completude da teoria de Cida Bento pode ser encontrada em: BENTO, Maria Aparecida Silva; CARONE, Iray. **Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público**. 2002.Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

Compete à essa instrumentalização das pautas LGBTQIA+, o *pinkwashing* judicial embranquecer a identidade constitucional do sujeito de direito: se a identidade é um enquadramento espaço de reconhecimento produzido pelo Direito e pelo Estado, esta é estilizada para se conformar ao paradigma hegemônico de subjetividade jurídica, qual seja, branca cis androcêntrica heterossexual capitalista. Ademais, criam-se óbices (biológicos, estéticos, econômicos, políticos, ou seja, estruturais) de acesso à esse espaço de proteção jurídica a fim de inviabilizar a identificação da mulher negra cis trans periférica com o sujeito de direito

Dessas chaves de leitura, insurge a emergência de repensarmos a prestação jurisdicional no que diz respeito às pautas identitárias no Brasil de forma crítica, diaspórica e quilombista a fim de democratizarmos a construção da identidade constitucional brasileira. Concluo afirmando que a ADO n.º 26/2019 oportunizou uma discussão interessante em torno do reconhecimento das vivências sexo-gênero dissidentes no Brasil, em termos de argumentação. Contudo, o efeito final só reforça a tese de que o Supremo Tribunal Federal é agente ativo na política de criminalização da população negra feminina cis trans periférica, especificamente as mulheres negras transsexuais e travestis, afinal, aposta todas as suas fichas em um sistema já declarado inconstitucional em 2015.

## REFERÊNCIAS

BENSON, M. H.. Rules of engagement: the spatiality of judicial review. In: BRAVERMAN, Irus et al. (ed.). **The expanding spaces of Law**: a timely geography. Stanford: Stanford University Press, 2014, p. 215-238.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 26**. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 13 jun. 2019. Publicação: 06 out. 2020. Acesso em: 20 jun. 2021.

CARNEIRO, S. Mulheres em movimento. **Estudos Avançados**, v. 17, n. 49, p. 117-133, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9948>. Acesso em: 27 jun. 2021.

EDWARDS, B. H.. Os usos da diáspora. **Translatio**, n. 13, p. 40-71, jun. 2017.

FLAUZINA, A. L. P.; PIRES, T. R. O. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, n. 2, p. 1211-1237, jun. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50270>. Acesso em: 20 out. 2021.

HARRIS, A. Raça e essencialismo na teoria feminista do direito. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 10, n. 2, pp. 42-73, 2020.

MACIEL RAMOS, M. Teorias feministas e teorias queer do direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. **Revista Direito e Práxis**, set. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50776>. Acesso em: 22 out. 2021.

MISKOLCI, R.; CAMPANA, M. Direito às diferenças: notas sobre formação jurídica e as demandas de reconhecimento na sociedade brasileira contemporânea. **Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, v. 6, n. 2, abr. 2017, p. 55-64.

NASCIMENTO, A. O quilombismo: uma alternativa política afro-brasileira. **Afrodiáspora: Revista de estudos do mundo negro**, a. 3, n. 6 e 7, p. 19-40, 1985.

NASCIMENTO, M. B. O conceito de quilombo e a resistência cultural negra. In: NASCIMENTO, M. B. **Beatriz Nascimento, quilombola e intelectual: possibilidades nos dias da destruição**. Diáspora Africana: Filhos da África, 2018, p. 273-294.

POCAHY, F. (Micro)políticas queer: dissidências em pesquisa. **Textura**, v. 18, n. 38, p. 8-25, 2016.

WARNER, M. Introduction. In: WARNER, M. (ed.). **Fear of a queer planet. Queer politics and social theory**. Minneapolis, London: University of Minnesota Press, 1991.

**Artigo recebido em: 02/12/2021**

**Artigo aprovado em: 14/12/2021**

**Artigo publicado em: 04/03/2022**