

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

PAOLO DIEGO DIAS MOURA GOMES

**O ETIQUETAMENTO DOS NEGROS NO RECONHECIMENTO DE
PESSOAS COMO FATOR DE SELETIVIDADE PENAL:**

O desvirtuamento da prova do reconhecimento de pessoas sob o enfoque da
teoria do *labelling approach* no contexto racista

CUIABÁ – MT

2024

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

PAOLO DIEGO DIAS MOURA GOMES

**O ETIQUETAMENTO DOS NEGROS NO RECONHECIMENTO DE
PESSOAS COMO FATOR DE SELETIVIDADE PENAL:**

O desvirtuamento da prova do reconhecimento de pessoas sob o enfoque da
teoria do *labelling approach* no contexto racista

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito, nível Mestrado, oferecido pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos e Fundamentais.

Linha de Pesquisa: Direitos Humanos, vulnerabilidades e proteção multinível.

Orientadora: Vladia Maria de Moura Soares

CUIABÁ – MT

2024

Dados Internacionais de Catalogação na Fonte.

G633e Gomes, Paolo Diego Dias Moura.

O etiquetamento dos negros no reconhecimento de pessoas como fatos de seletividade penal [recurso eletrônico] : o desvirtuamento da prova do reconhecimento de pessoas sob o enfoque da teoria do labelling approach no contexto racista / Paolo Diego Dias Moura Gomes. -- Dados eletrônicos (1 arquivo : 180 f., pdf). -- 2024.

Orientador: Vlândia Maria de Moura Soares.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Cuiabá, 2024.

Modo de acesso: World Wide Web: <https://ri.ufmt.br>.

Inclui bibliografia.

1. labelling approach. 2. escravidão. 3. racismo. 4. seletividade penal. 5. reconhecimento de pessoas. I. Soares, Vlândia Maria de Moura, *orientador*. II. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Permitida a reprodução parcial ou total, desde que citada a fonte.



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
PRÓ-REITORIA DE ENSINO DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FOLHA DE APROVAÇÃO

TÍTULO: O ETIQUETAMENTO DOS NEGROS NO RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO FATOR DE SELETIVIDADE PENAL O desvirtuamento da prova do reconhecimento de pessoas sob o enfoque da teoria do labelling approach no contexto racista.

AUTOR (A): MESTRANDO (A) PAOLO DIEGO DIAS MOURA GOMES.

Dissertação defendida e aprovada em **20/08/2024**.

COMPOSIÇÃO DA BANCA EXAMINADORA

1. _____ Doutor(a) Vlândia Maria de Moura Soares (Presidente Banca / Orientadora)
Instituição: Universidade Federal de Mato Grosso
2. _____ Doutor(a) Sérgio Salomão Shecaira (Examinador Externo)
Instituição: Universidade de São Paulo - USP
3. _____ Doutor(a) Marcelo Antonio Theodoro (Examinador Interno)
Instituição: Universidade Federal de Mato Grosso

CUIABÁ, 20/08/2024.



Documento assinado eletronicamente por **VLADIA MARIA DE MOURA SOARES, Docente da Universidade Federal de Mato Grosso**, em 20/08/2024, às 11:31, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **MARCELO ANTONIO THEODORO**, **Coordenador(a) do Programa de Pós-Graduação em Direito - FD/UFMT**, em 20/08/2024, às 11:36, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Sergio Salomão Shecaira registrado(a) civilmente como Sérgio Salomão Shecaira, Usuário Externo**, em 22/08/2024, às 11:33, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufmt.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **7061291** e o código CRC **1B4B3776**.

AGRADECIMENTOS

Em plena alegria, entrego a obra intitulada “o etiquetamento dos negros no reconhecimento de pessoas como fator de seletividade penal: uma análise do instituto do reconhecimento de pessoas sob à ótica da criminologia crítica e no contexto histórico racista brasileiro”, fruto este dos estudos realizados nestes anos de pesquisa, no âmbito do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso.

Participar da construção desta pesquisa, de fato, significou uma superação da minha capacidade científica como estudante. Mas, também representou grande alegria e responsabilidade, pois se trata do momento em que devolvo à sociedade o resultado de todo o investimento oportunizado a mim.

Não posso deixar de fazer agradecimentos.

Primeiramente, à Deus, porque toda honra, glória e majestade deve ser expressada a Ele.

À minha amada esposa, Hilana Tayná Fronza Linck, pessoa sempre muito importante em minha vida, que está sempre ao meu lado e sem a qual certamente eu não teria superado tantos desafios.

Aos meus preciosos filhos, Felipe, Ítalo e Paolla, maiores presentes dado por Deus e minha maior felicidade.

À minha orientadora, Professora Vladia, pelos ensinamentos, confiabilidade e conselhos valorosos, sobretudo pela paciência comigo. Espero não ter a decepcionado pelos contratemplos que tive durante minha jornada como acadêmico.

Gratidão aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito pelos inúmeros momentos compartilhados, de alegrias e desafios, pela força oferecida nos momentos mais difíceis. Para mim, duas pessoas foram destaques: Douglas Lindiardi e Cleiton Alves Pereira.

Para fora do âmbito do mestrado, agradeço aos meus amigos, Igor Chabalin e Alexandre Canto Melo, pelo apoio, auxílio com as obras que me disponibilizaram e pelas recomendações.

Gratidão à Luize Duarte Pivetta, especialmente pelo auxílio dado na escolha do tema.

RESUMO

A presente pesquisa aborda a teoria do *labelling approach* (etiquetamento, rotulação) em matéria do reconhecimento de pessoas previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, de maneira a analisar a criminalização secundária que se constrói sobre o segmento da população negra diante da utilização desconforme de referido instituto probatório. O panorama da teoria do etiquetamento foi sendo desenhado e as experiências jurídicas, formadas pelas culturas capitalista, positivista e neoliberalista, ao invés de trabalharem para acudir esse problema, consolidaram a questão do rótulo de criminosos atribuídos aos negros na aplicação dos métodos tradicionais de controle, vinculando o problema à esfera processual penal. A utilização da prova do reconhecimento de pessoas, sem a devida observância dos procedimentos legais, na ânsia desmedida de fomentar uma condenação judicial de indivíduos com características ligadas ao fenótipo, é um exemplo desse quadro. Muito se tem discutido sobre a prova do reconhecimento de pessoas, prevista no artigo 226 do Código de Processo Penal, seu valor probatório do ponto vista jurídico, diante dos variados casos enfrentados na esfera do Poder Judiciário e a virada de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça com o julgamento do Habeas Corpus nº 598.886, de relatoria do Ministro Rogério Schietti. A crítica feita sob o aspecto legal e jurídico decorre, por vezes, da necessidade de cautela em valorar o reconhecimento de pessoas como instrumento probatório capaz de justificar a condenação do indivíduo contra quem o sistema punitivo estatal imputa determinado cometimento de crime, dada sua grande suscetibilidade de falhas pela memória humana, por vezes, atreladas ao contexto racista do ordenamento jurídico brasileiro, além dos riscos de erro judiciário ao considerá-la como fundamento da condenação, dissociada de outros elementos probatórios concretos. O que o texto dissertativo defenderá é que a desconformidade do rito procedimental da prova do reconhecimento pessoal e fotográfico constitui postura decorrente do controle social exercido pela esfera estatal formada pela tradição seletiva e discriminatória de pessoas consideradas desviantes, contra as quais, inclusive, tem se adotado atitudes normalmente diferidas daquelas posturas naturais que se teria com qualquer pessoa.

Palavras-chave: *Labelling Approach*; Escravidão; Racismo; Seletividade Penal; Reconhecimento de Pessoas.

ABSTRACT

The present research addresses the theory of labelling approach in terms of personal and photographic recognition, provided for in article 226 of the Code of Criminal Procedure, in order to analyze the secondary criminalization that is built on certain groups, mostly the most vulnerable, predominantly those of black or brown color, due to the non-conforming use of said evidentiary institute. The panorama of the labelling theory was being drawn and the legal experiences were formed in the positivist culture of applying traditional methods of control and interpretation, instead of working to solve this problem, they consolidated the issue of the label of criminals attributed to the poor and blacks, linking the problem to the criminal procedural sphere. The use of personal and photographic recognition evidence, without due observance of legal procedures, in the unbridled eagerness to promote a judicial conviction of individuals with characteristics linked to the phenotype, is an example of such a picture. Much has been discussed about the proof of recognition of persons, provided for in article 226 of the Code of Criminal Procedure, its probative value from a legal point of view, in view of the various cases faced in the sphere of the Judiciary and the change in the position of the Superior Court of Justice with the judgment of Habeas Corpus No. 598,886, reported by Justice Rogério Schietti. The criticism made from the legal and juridical point of view sometimes stems from the need to be cautious in valuing the recognition of people as an evidentiary instrument capable of justifying the conviction of the individual against whom the state punitive system imputes a certain crime, given their great susceptibility to failures by human memory, sometimes linked to the racist context of the Brazilian legal system, in addition to the risks of miscarriage of justice when considering it as the basis for conviction, dissociated from other concrete evidence. What the essay text defends what it will argue is that the non-conformity of the procedural rite of proof of personal and photographic recognition constitutes a posture resulting from the social control exercised by the state sphere formed by the selective and discriminatory tradition of people considered deviant, against whom attitudes have been adopted that are normally different from those natural postures that one would have with any person.

Keywords: *Labelling Approach*; Slavery; Racism; Criminal Selectivity; Recognition of People.

LISTA DE SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
EUA	Estados Unidos da América
GT	Grupo de Trabalho
HC	<i>Habeas Corpus</i>
INFOPEN	Informações Penitenciárias
RHC	Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i>
SENAPPEN	Secretaria Nacional de Políticas Penais
SISDEPEN	Sistema Nacional de Informações Penais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-RJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A TRAJETÓRIA DO ETIQUETAMENTO	13
2.1 O exercício do controle social pelas instituições estatais: capitalismo, positivismo e neoliberalismo	13
2.2 O comportamento contracultural e o processo de criminalização do desviado ...	24
2.3 O desenvolvimento da teoria do <i>labelling approach</i> : as contribuições de Becker, Goffman e Chapman	34
2.4 O reflexo do <i>labelling approach</i> no processo penal	52
3 O ETIQUETAMENTO CONTEMPORÂNEO NA POPULAÇÃO NEGRA PELA SUA CONCEITUAÇÃO COMO PRINCIPAIS CRIMINOSOS.....	62
3.1 O nascimento e o fim da escravidão e suas consequências para os negros	62
3.2 O tratamento penal racial aos negros: da criminalização da cultura negra à formação de estereótipos	77
3.3 A seletividade penal da população negra expressada no encarceramento em massa.....	91
3.4. O racismo institucional no Brasil e o exemplo do caso Rafael Braga.....	105
4 O RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO MECANISMO PROCESSUAL QUE REFLETE O ETIQUETAMENTO.....	111
4.1 A fragilidade da prova do reconhecimento de pessoas pelo estudo das falsas memórias e o reflexo na criminologia do erro judiciário	116
4.2 O reconhecimento de pessoas e a posição do STJ: da seletividade racial na atipicidade procedimental à virada do paradigma vigente no âmbito dos tribunais.	122
4.3 O STF e o reconhecimento de pessoas: da política judiciária pelo exercício do poder regulamentar do CNJ ao enfoque constitucional sobre o novo regramento...	134
4.4 A necessidade de reconsideração das bases do Estado Democrático e Social de Direito no processo penal como reafirmação das bases teóricas do <i>labelling approach</i> : a dignidade da pessoa humana e o <i>due process of law</i>	141
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	151
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	153
ANEXO 1 - ACORDÃO HC STJ N° 598.886/SC	162
ANEXO 2 - ACÓRDÃO RHC STF N° 206.846/SP.....	167
ANEXO 3 - RESOLUÇÃO N° 484 DO CNJ.....	169

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a teoria do *labelling approach* (etiquetamento, rotulação) em matéria do reconhecimento de pessoas previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, de maneira a analisar a criminalização secundária que se constrói sobre o segmento da população negra diante da utilização desconforme de referido instituto probatório.

O *labelling approach* pode ser concebido como estudo da criminologia crítica que defende que a criminalização de pessoas se dá por um processo seletivo determinado pelas instâncias do exercício do controle social, no qual certos grupos ou segmentos da sociedade são rotulados como criminosos, marginalizados, desviados ou delinquentes. Em outros termos, um sujeito é considerado criminoso não precisamente por questões afetas à natureza de seu comportamento de agente violador à norma incriminadora, mas sim pela definição social que ele carrega diante da imposição das instâncias de controle, que se valem de algum aspecto individual do sujeito para rotulá-lo como criminoso, seja raça, cor, poder econômico, sem que tivesse a liberdade plena e oportuna de convivência natural no meio social.

Nessa medida, o crime não é constituído como uma qualidade intrinsecamente própria do indivíduo, mas um atributo que lhe é conferido pela interação social, no que a etiqueta de criminoso, impingida amiudadamente, funciona como um trajeto invisível que o conduz a ajustar-se exatamente nesse rótulo social negativo.

A teoria do *labelling approach* teve início na década de 1960, nos Estados Unidos da América, período em que expõe um conflito existente, especialmente naquele país, em função do movimento contracultural, quando pessoas em condições vulneráveis, e majoritariamente negras, se insurgiram contra a classe dominante, porque não foram contempladas pelo *Welfare State*, o Estado de Bem-Estar Social. Suas ações insurgentes incomodaram a ponto de serem mal vistas pela classe dominante, entendidas, compreendidas e, finalmente, rotuladas como pessoas perigosas, criminosas.

Embora o tema do etiquetamento tenha ocupado lugar central nas discussões sobre a reação social ou controle social a partir dos anos 60, não se trata de pensamento criado exclusivamente com a finalidade de contrapor alguma ideologia em particular, tampouco para alterar repentinamente o foco do debate na época. Antes, significou uma resposta à observação teórica dos conflitos sociais desencadeados por indivíduos à margem da classe social com posição superior, muitas vezes, senão todas, mantidas pelas instituições formais de controle social, e que, por isso, não tinham as mesmas condições positivas asseguradas pelo já

concebido Estado de Bem-Estar Social.

Diante dessa postura reacionária, em frente à linha até então voltada a garantir o funcionamento do sistema político, econômico e cultural da outra espécie de classe, foi que esse outro segmento começou a ser tachado de inconveniente, rebelde e criminoso e, ao contrário de cuidados básicos necessários e investimentos sociais, tiveram que lidar com a figura do Estado Punitivista, tenazmente caracterizada pela postura voltada a criminalizar todo tipo de conduta identificada como revolucionária à estrutura social da classe dominante.

Esse poder de domínio que o aparato estatal, representado pelo policiamento ostensivo, exerce sobre indivíduos que infringem as normas impostas, na tentativa frustrada de procurarem usufruir os mesmos direitos que desfruta a outra parcela da população em condições de rentabilidade melhor, tem suas bases firmadas no discurso neoliberalista, cujo Estado, ao contrário de intervencionista na economia, é apresentado sobre vestes de fundo disciplinar, para se concentrar com os aspectos penais da sociedade, em detrimento das políticas de assistência social.

Nesse contexto, a atividade repressiva contra a postura de indiferença da massa de indivíduos sem acesso ao *Welfare State* era exercitada com rotulação dos grupos. Os que não estavam inseridos no plano assistencialista do Estado, ao inverso de protegidos como vulneráveis que são, eram tratados como marginais e infratores da lei, de cujo contexto os negros eram os principais protagonistas, diante do seu histórico de maior desigualdade e inexistência de condições para subsistência no mercado de trabalho.

Tal enquadramento de indivíduos, pois, não se limitou ao campo ideológico, dado que na execução de policiamento, como representante do aparato estatal punitivo, tem se observado maior contingente de indivíduos pertencentes à esfera dos etiquetados como criminosos, constituindo a pena privativa de liberdade, a prisão, o melhor instrumento de constatação dessa realidade. De fato, dentre as pessoas que se encontram no cárcere estão, em sua maioria, os indivíduos de condições de rentabilidade muito precárias e sem grau de instrução, predominantemente jovem, da cor preta ou parda.

A partir daí, o panorama da teoria do etiquetamento foi se desenhando e as experiências jurídicas, formadas pelas culturas capitalista, positivista e neoliberalista, não só deixaram de empreender um mínimo esforço que fosse para acudir o problema, mas consolidaram a questão do rótulo de criminosos atribuídos aos negros na aplicação dos métodos tradicionais de controle, inclusive vinculando o problema à esfera do ordenamento jurídico, mormente na legislação criminal e processual penal.

Dentro do processo penal brasileiro, a utilização da prova do reconhecimento de pessoas, sem a devida observância dos procedimentos legais, na ânsia desmedida de obter elementos da autoria delitiva, identificando responsáveis, para fomentar assim condenação judicial de indivíduos, desimportando a formalidade do ato, é um exemplo desse quadro.

Da leitura do artigo 226 do Código de Processo Penal, percebe-se que a prova do reconhecimento de pessoas deve obedecer a um procedimento composto por quatro fases. Primeiro, a pessoa que fará o reconhecimento é convidada a realizar a descrição do suspeito do cometimento do delito. Em seguida, o suspeito é colocado, se possível, ao lado de outras pessoas, fisicamente, semelhantes. Logo na sequência, é feita a indicação da pessoa autora do crime por parte do reconhecedor. Por último, há a elaboração de um auto pormenorizado subscrito pela autoridade que conduziu a prova e pelo reconhecedor, bem ainda por duas testemunhas presenciais do ato.

No entanto, o que sucede, no mais das vezes, em âmbito do inquérito policial, é a realização de referido meio de prova como mera identificação informal, em que policiais se valem da figura de possível agente autor do delito, quase sempre negros, e, em sede processual penal, a validação de referida prova para subsidiar condenação do sujeito, a despeito de não atendidas às exigências procedimentais recomendadas para o mencionado reconhecimento.

No Brasil, o posicionamento dos Tribunais Superiores, por um tempo, não era necessariamente no sentido de nulidade dessa espécie de prova, ainda que realizada em desconformidade com as regras definidas no dispositivo legal. A justificativa era que a formalidade não passava de mera recomendação do legislador, podendo ser flexibilizada, por vezes, com sua corroboração por outros meios de prova.

Somente depois, no Superior Tribunal de Justiça, em 18/12/2020, com o emblemático julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886/SC, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, houve uma mudança na forma de julgamento até então adotada nos tribunais, passando-se a considerar a necessidade da rígida observância das regras procedimentais da prova do reconhecimento de pessoas. Assim, o entendimento jurídico foi modificado para desconsiderar o reconhecimento de pessoas produzido em desconformidade com os requisitos da norma processual penal, em vista da falha de específico tipo de prova, seja pela falibilidade da memória humana, seja pela contaminação ligada a aspectos de seletividade penal dos indivíduos, entre outros elementos.

Não obstante, ainda não houve avanço na desconstituição da prática informal de

identificação do sujeito antes comumente realizada na fase extrajudicial, sem a rígida observância do rito procedimental próprio para reconhecimento pessoal e fotográfico. Até a própria sentença condenatória, ainda que prolatada com amparo em outras provas colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, muitas vezes está fundada unicamente em um tipo específico de prova. Dessa perspectiva, pode-se afirmar o crescente risco de quebra de credibilidade do reconhecimento de pessoas, bem ainda dos limites do poder punitivo estatal, até então assegurados em um Estado Democrático de Direito, se encontrarem adulterados por esse desrespeito ao procedimento probatório legalmente estabelecido, acarretando manifestas injustiças e violações aos valores morais e principiológicos insertos na Constituição Federal de 1988, a exemplo da presunção de inocência e o devido processo legal.

Nessa linha, mesmo com o novo posicionamento trazida pelo Superior Tribunal de Justiça, há ainda um longo caminho a ser percorrido, devendo se questionar se o sistema penal tem atuado com igualdade no controle social na produção da prova do reconhecimento pessoal e fotográfico.

Não por outra razão, senão pela preocupação com o referido meio de prova ser uma das principais causas de erro judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, recentemente, instituiu o Grupo de Trabalho denominado *GT reconhecimento pessoal*, mediante Portaria Nº 209 de 31/08/2021, destinado à realização de estudos voltados a traçar diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais.

A esse propósito, também recentemente, destaca-se o julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 206.846/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, acertadamente, reconheceu a nulidade da prova do reconhecimento pessoal realizada em desconformidade com o disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, ainda que em outras ocasiões tivesse primado pela flexibilização do rito estabelecido pela norma, mantendo a prova e os efeitos resultantes para o processo penal.

Este estudo é guiado pelo questionamento do impacto gerado pelo uso desconforme da prova do reconhecimento de pessoas no contexto brasileiro racista, em que os negros são rotulados como pessoas desviadas, perigosas e pré-julgadas responsáveis pela prática dos delitos. Assim, tem-se como objetivo responder à seguinte pergunta-problema: a utilização desmesurada da prova do reconhecimento de pessoas, em desconformidade com o procedimento legal descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal, e sua forma em que era valorado pelos tribunais, constitui uma prática de propagação de etiquetamento dos negros, dada a tradição histórica e contemporânea seletiva destes como criminosos?

O que o texto dissertativo defenderá é que a desconformidade do rito procedimental da prova do reconhecimento de pessoas constitui postura de rotulação social imposta aos indivíduos negros pelas agências oficiais de controle, componentes do sistema penal, que etiquetam pessoas dessas características, diante da cultura brasileira formada pela tradição seletiva e discriminatória. De um lado, argumenta-se que a população negra é considerada criminosa não por questões relacionadas, isoladamente, pelo comportamento violador à norma incriminadora, mas, principalmente, por uma definição social que lhe é imposta, sendo o uso desconforme do referido instituto probatório um mecanismo que contribui e acentua esse contexto de seletividade. Por outro, assinala-se que o *labelling approach* constitui um tema necessário, um debate a ser trazido à esfera processual penal, precipuamente na prova do reconhecimento de pessoas, sobretudo sua reflexão associada ao racismo, tal como alertado no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* nº 598.886/SC, que, em verdade, significou uma reafirmação das bases da teoria do etiquetamento.

Portanto, o objeto deste estudo é analisar a teoria do *labelling approach* e seu alcance no exame da rotulação de pessoas negras, a partir do uso da prova do reconhecimento de pessoas sem observância do regramento legal previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal.

Para essa análise, a metodologia utilizada, por evidente, privilegiou a abordagem qualitativa, a permitir uma avaliação do contributo da teoria do etiquetamento, por meio de um estudo descritivo-analítico, das mais variadas literaturas teóricas que previamente já analisaram o tema, de maneira a associá-la ao problema enfrentado pelo Judiciário no âmbito do processo penal. Logo, o objeto da pesquisa não deixará de ser fundamentalmente criminológico, de modo a questionar a legitimidade dos processos de criminalização secundária, por meio da literatura da criminologia crítica. Nesse quadro, destacam-se como principais autores: Anitua; Baratta; Becker; Goffman; Shecaira.

Busca-se, enfim, apreender percepções concernentes ao tema *in casu*, em matéria processual penal, por cuidar o reconhecimento pessoal e fotográfico justamente dessa esfera, o que atrai a necessidade de estudo dos entendimentos das Cortes Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) a respeito do caso, notadamente das divergências de posicionamento pelos membros de referidas instituições, tornando-as inclusivas.

Ressalte-se que a análise da jurisprudência foi necessária para o presente estudo, de modo a verificar, não só as razões da mudança de posicionamento, mas também para acentuar

a importância do Judiciário no enfrentamento do problema.

A pesquisa, portanto, estrutura-se da seguinte forma: no primeiro capítulo, foi realizada abordagem histórica dos pontos que antecederam o pensamento criminológico em matéria da teoria do etiquetamento; no segundo capítulo, a dissertação que ora se sustenta pretende denunciar a figura do etiquetamento nos contatos interpessoais contemporâneos, especialmente entre os negros, por causa do contexto histórico e da conduta racista para com eles, cuja estigmatização atribuída a eles como “não confiáveis” e “moralmente perigosos” é direcionada para o âmbito das políticas de controle, ultimada, por vezes, com restrição de sua liberdade junto ao encarceramento; no capítulo seguinte, desenvolve-se toda a parte teórica da investigação sobre a prova do reconhecimento pessoal e fotográfico, tal como estabelecida no Código de Processo Penal Brasileiro, bem como mostrando seus problemas e as consequências jurídicas da inobservância do rito procedimental de referido instituto probatório. Seguiu-se, ainda neste último capítulo, com a demonstração da mudança de posicionamento pelas Cortes Superiores a respeito da temática e o protagonismo judicial para resolução do impasse.

O presente estudo se justifica pela necessidade urgente de se denunciar esses pontos de tensão entre a teoria do etiquetamento e o uso desconforme do reconhecimento pessoal e fotográfico em matéria processual penal, com o objetivo claro de demonstrar o papel fundamental do Judiciário em deslegitimar demandas investigativas que não respeitam as normas previamente estabelecidas num Estado Democrático de Direito.

Por fim, o que o estudo propõe é conscientizar a comunidade jurídica sobre as consequências do emprego desconforme do referido instrumento probatório, com vistas a orientar juízes a considerar inválida prova obtida nesses termos, inadmitindo-a, inclusive, na instrução probatória, tudo isso diante do papel que o Estado Democrático de Direito lhes reserva como garantidores dos direitos tutelados na Constituição Federal.

2 A TRAJETÓRIA DA TEORIA DO ETIQUETAMENTO

2.1 O controle social pelas instituições penais na história: os pensamentos capitalista e positivista e a influência da política neoliberalista

A sociedade, em seu primeiro momento, não procura o isolamento dos indivíduos que a integram, mas sua associação comunitária, para garantir e preservar o bem comum da coletividade. O comportamento dos indivíduos, desse modo, não lhe pode fugir à estrutura do quadro conveniente almejado, sob pena de desestabilizar-se. Para isso, natural que a sociedade pretenda assegurar a estabilidade dos seus membros por meio do exercício de controle dos comportamentos no meio social, cuja maneira não é outra, senão a instituição de normas capazes de regulamentar possíveis condutas tendentes a prejudicar o meio social.

Com exceção dos bons costumes e padrões sociais, estabelecidos por valores dentro da sociedade, também existiriam normas legais, constituídas por representantes selecionados pela própria sociedade, com o escopo de manter a ordem social, sujeita infalivelmente à violação por condutas fora do padrão. Por isso, inevitável que a sociedade ou grupo social se utilizem de mecanismos de controle social para assegurar a conformidade dos indivíduos por meio de normas e pautas de condutas então estabelecidas¹.

No que diz respeito à receptividade dos sistemas normativos estabelecidos, Lola Anyar Castro registra diferenças existentes entre as sociedades primitivas ou rurais e as sociedades industrializadas. Para pessoas que compõem a comunidade primitiva ou rural, as normas são compostas por valores que foram interiorizados, de maneira que os indivíduos veem nelas algo próprio da comunidade. Para sociedades industrializadas, por seu turno, a normatividade é vivenciada como uma imposição, ou seja, a lei é imposta por quem tem mais poder e de acordo com seus interesses. Quando o aspecto é o desvio, a diferença entre as sociedades se acentua. Caso a pessoa se desvie das normas instituídas pela sociedade rural, esta procura ajudá-la e protegê-la, encarregando-se de averiguar o motivo de ter assim agido. O mesmo não ocorrerá, contudo, na outra espécie de sociedade, pois a pessoa é considerada nada mais que alguém cuja conduta desviada assinala².

Seja como for, pelas normas legais, o Estado é quem assume a função de estabelecer regras garantidoras da ordem social, além da atribuição de reprimir comportamentos que

¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Criminologia**. 8ª ed. reform., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, p. 126.

² CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense. 1983, p. 19.

desestruturam ou violem essas próprias normas criadas, sendo este último o ponto principal para identificação das causas que determinariam a prática do delito. O que se verifica é uma espécie de controle da pauta de conduta, inicialmente comedido, mas de atuação progressiva, sem acabamento, enquanto necessária para manutenção da ordem, sobretudo com o propósito de evitar afrontas ao papel estatal de garantir à ordem previamente estabelecida por ele.

A construção dessa espécie de modelo punitivo da sociedade ocorreu de forma progressivamente histórica, como medida controladora de comportamentos ameaçadores à sociedade estruturada como ideal, a partir do exercício do controle por parte da classe dominante.

O processo de controle pelas instituições de poder pode ser entendido por três sistemas históricos: o *capitalismo*, o *positivismo* e o *neoliberalismo*.

Após o regime de exploração da Idade Média sustentado pelo feudalismo na Europa Ocidental, o principal elemento para instituir a posição de dominação se encontrava no vínculo entre o poderio econômico e político, constituído pela relação de produção rural entre os servos ou camponeses, que trabalhavam no meio rural, e os nobres ou senhores proprietários, os quais se beneficiavam dos serviços prestados por aqueles. Desse modo, os nobres concentraram a economia nas mãos do Estado em troca de conservarem sua posição na esfera privada, enquanto os servos não tinham qualquer espaço.

Nesse enredo, com a necessidade crescente de novos meios de obtenção de renda entre os sujeitos, a economia não estava estruturada mais na relação econômica mútua entre senhores e servos, mas sim na comercialização de bens e valores, visando unicamente o capital. Desse modo, o modelo econômico do feudalismo e da apropriação da mão-de-obra foi deixado de lado, vindo a ocorrer o despovoamento do campo e a migração para o meio urbano, acentuada a mudança com a criação de novas cidades econômicas, que teriam suas próprias leis, visando atender melhor a classe burguesa.

O capitalismo, portanto, teve sua formação durante os finais da Idade Média, quando formas políticas e econômicas já não podiam se manter em meio às necessidades internas da sociedade diante das ofertas luxuosas propostas por empresas desenvolvidas.

Os grupos dominantes, então, buscavam novas rendas ou outras formas lucrativas que não podiam ser atendidas com o sistema de exploração feudal. Como ponto de partida, eles sujeitaram os servos a um nível de subsistência bem abaixo do comum, como forma de modificar a produtividade daquele outro método de exploração anterior. Os servos, reprimidos e explorados, passaram a emigrar até às grandes cidades.

Para acentuar o crescimento econômico, os grupos dominadores firmaram laços com o representante do poder político, rei ou monarca, a fim de reforçarem sua posição, a ponto de melhorá-la consideravelmente na esfera privada. O Estado se cria a partir deste elo entre o poder econômico e político, por meio de um valor de troca que impunha o mercado e a submissão dos sujeitos do campo a esta nova realidade. Aqueles que não aderissem a esse modelo de produção capitalista estavam sujeitos à correção advinda do direito e da jurisdição, principais armas do centralismo monárquico contra as formas locais do campo.

Diante do crescimento exponencial da população urbana e do surgimento de novas cidades ou capitais, não se podia subestimar a possibilidade de infringência à ordem social estabelecida por determinados grupos de indivíduos que porventura se recusassem a submeter ao modelo de convivência criado. O capital, como destaca Vera Malaguti Batista, começava a classificar povos inteiros, de acordo com a sua incorporação periférica.³

Essa versão pode ser compreendida também no estudo feito por Marcelo Semer ao reproduzir o detalhamento histórico da obra *Punição e Estrutura Social* de Rusche e Kichheimer, que ele nomeia de veio da economia política da pena e do qual se vale para explicar que todo o sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção⁴. Nesse aspecto, destaca o papel do capitalismo na contribuição da forma jurídica de punição, especialmente na pena prisão.

Desse contexto, a estrutura da sociedade capitalista estaria constituída por uma concepção *classista*, na qual o grupo dominante estaria representado pela parte da comunidade em que o Estado concentraria seus esforços assistencialistas, enquanto que a parte residual, denominada classe trabalhadora, receberia, em segundo plano, ou sequer teria qualquer desses benefícios, não lhe restando outra alternativa, senão o labor. A classe dominante, indiferente com a situação da outra classe, se utilizaria de instrumentos disciplinares para opressão dos trabalhadores.

No sistema disciplinar e de exclusão de indivíduos com comportamento contrário à ordem, encontra-se na Inquisição, gerida pela Igreja Católica entre os séculos XIII e XVIII, os primeiros modelos de realização de justiça penal, que colocavam o infrator como inimigo da sociedade acentuando sua personalidade pecaminosa por meio das técnicas de interrogatório, diagnóstico e construções da identidade criminal⁵. Para os indivíduos que incorporavam a

³ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Revan. 2011, p. 38.

⁴ SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: o papel dos juizes no grande encarceramento**. 2ª Ed., São Paulo: Tirant lo blanch. 2020, p. 32.

⁵ BATISTA. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2011, p. 24.

figura de herege ou bruxa, como resultado dessas técnicas inquisitoriais na busca pela verdade, não apenas se notava a pecha do ser humano como pessoa em condição inferior, mas também sua identificação como *inimigo*, o que resultava por ocasionar uma espécie de cultura do medo na sociedade. Não por outra razão, como assinala Vera Batista, conhecer o eixo dos medos é traçar o caminho das criminalizações e identificar os criminalizáveis.⁶

Essa identificação negativa do *outro* como desigual ao âmbito de convivência foi crescente na Idade Média, a ponto de estender o tratamento para fora do espaço eclesiástico, notadamente diante do crescimento populacional e o aumento das cidades. Com o ritmo de fortalecimento da classe burguesa e do Estado da época, em razão do processo de acumulação do capital, era inevitável uma postura disciplinar do sistema penal no tratamento do outro, enquanto inimigo a ser combatido, sobretudo em vista da concentração dos excluídos por questões criminalizáveis.

Dentre as novas técnicas disponíveis ao sistema pena, a legislação era a forma encontrada para lidar com as situações de criminalidade que eventualmente pudessem abalar a estrutura social. Neste viés, Anita comenta que a criação de leis dessa natureza, não apenas eram apropriadas para o progresso econômico da burguesia no período feudal, mas também adequadas ao controle da crescente aglomeração urbana, inclusive, com ares segregativos e excludentes⁷.

De um lado, como consequências das exigências do capitalismo comercial, os mercadores e o Estado se amparavam na atividade de aumentar o próprio lucro para acumulação de riqueza. De outro, havia a necessidade de fixação da ordem nas relações sociais, por meio do estabelecimento de leis, que deveriam reger essas relações.

Essa parte relacionada às leis tem suas raízes no pensamento positivista, em que Emile Durkheim é fundador. A sociedade, de acordo com ele, se traduz num corpo que atua de forma organizada à semelhança do organismo humano, por assim dizer, diferenciando-se em termos de composição (sociedade, indivíduos e família), além de uma inclinação tendenciosamente à submissão ao governo, com vistas a promover o avanço da comunidade. Com a demonstração de que o triunfo da sociedade estava consideravelmente ligado à ideia de ordem, Comte justificou as bases para o pensamento positivista e organicista, valendo-se de disciplinas como a Biologia e Antropologia.

Para o positivismo, a realidade oficial é aceita como única⁸. Logo, qualquer problema

⁶ BATISTA. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2011, p. 24.

⁷ ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias do pensamento criminológico*. Rio de Janeiro: Revan. 2019, p. 65-66.

⁸ CASTRO. *Criminologia da reação social*. 1983, p. 5.

social derivado de algum grupo social ou de um indivíduo em particular, que não conseguiu se predominar em relação a determinado estado de situação, tenta-se acomodá-lo ou mesmo eliminá-lo, na busca pela manutenção da ordem. O comportamento do indivíduo é inserido na dinâmica de causas e efeitos conforme a realidade oficial, caracterizadas pelas definições legais, independentemente das raízes por trás do comportamento do sujeito.

O positivismo, embora tenha predominado no período compreendido entre o final do século XIX e início do XX, teve seu apogeu na era do imperialismo, produzido com o enfrentamento de diferentes potências imperiais e seu trabalho expansionista. O imperialismo estava ganhando espaço no terreno europeu com o crescimento do capitalismo, que já na época da Primeira Guerra Mundial (1914 a 1917), tinha intensificado as comunicações e o transporte entre países, antes mesmo que se falasse em globalização. Além disso, com a ânsia desmedida em obter crescimento econômico, começou-se a se falar em exploração de áreas vizinhas dos países, conquistá-las para fazer parte das nações.

Aliás, essa relação entre áreas distantes, especialmente entre países da Europa, voltada, entre outros aspectos, ao expansionismo e incremento da economia, foi responsável pelo desencadeamento do imperialismo e, em última instância, à Primeira Guerra Mundial, cujas consequências foram capazes de ultrapassar o ideário do pensamento positivista, gerando uma concepção negativa, consubstanciada na crise pela falta de respeito ao progresso e ao avanço científico. Com a concentração dos objetivos estatais no aspecto econômico, não havia qualquer intenção de se lidar com as dificuldades enfrentadas pelas populações das pequenas cidades, desqualificadas de capital lucrativo, o que implicou revolta dos indivíduos por espaço de trabalho e comportamentos contrários à ordem.

Nesse cenário, pode-se dizer que o Estado vem a se tornar positivista quando começa a assumir o controle dos aspectos da vida comum da burguesia, que apresentavam algum problema social, notadamente o problema do delito em particular, fator este que encontra seu apogeu a partir da entrada imperialista do capitalismo. O positivismo é designado como a melhor via ideológica capaz de atingir o fim da *ordem e progresso* que as classes dominantes mais necessitavam.

Por isso, Vera Batista enxerga no positivismo muito mais do que uma escola de pensamento, constituindo-o como cultura diante das revoluções populares pela desigualdade empregada na forma lidada para com os problemas locais e gerais⁹. Não se pode, pois, limitá-lo como representação de uma simples ideologia em meio às outras ciências sociais, e sim

⁹ BATISTA. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2011, p. 41.

concebê-lo como cultura atualizada pelo esquema classificatório hierarquizante dispensado aos problemas, produto do sistema de colonização das nações ocasionada pelo capitalismo.

É de se reconhecer que no positivismo o delito era reconduzido a uma concepção determinista da realidade em que o homem está inserido e cuja explicação da criminalidade estava na diversidade ou anomalia dos autores dos comportamentos criminalizados.¹⁰ Assim, afigura-se determinante para a incriminação não o controle social instituído pelas instituições totais, mas questões vinculadas às características do indivíduo que viola a ordem social. Traços afetos à raça, idade, nível sociocultural, vestimenta, tatuagens, dentre outros elementos dessa natureza são exemplos disso.

Nessa direção, como comenta Ramírez, o positivismo movimentou a criminologia exclusivamente em torno do individual, tratando de distinguir entre um homem normal e um homem anormal ou perigoso¹¹. Para esse pensamento, o único estudo que importa é a figura do agente violador da lei e sua classificação como delinquente, em cuja operação são empregados fatores biológicos.

A corrente positivista, portanto, se destacou como forma paradigmática de enxergar os comportamentos humanos, mediante consideração dos aspectos externos biopsicológicos e, mais a frente, sociais. Não se identificava nada mais que o indivíduo, enquanto agente violador da norma, como problema na sociedade.

Como explicação aos comportamentos que se distanciavam das regras estabelecidas, o positivismo passou a atribuir uma concepção científica ao estado da ordem ou do poder punitivo. Haveria, então, uma base de natureza patológica no sujeito de postura delinquencial, no qual era considerado diferenciado de outros indivíduos. A justificativa para a prática da criminalidade, portanto, não estava no Estado e nem nas leis por ele criadas, tampouco na sociedade, mas tão somente na anormalidade de uma casta de indivíduos, a reclamar um instrumento de controle social.

Contudo, tanto para estabelecer um tipo de controle, quanto para realizar a identificação dos sujeitos *anormais*, não era uma tarefa fácil. Por certo, como expõe Luciano Góes¹², a eficácia do controle social estaria diretamente vinculada à prática de identificar visualmente os “Outros”, mediante estereótipos. A imagem, os traços, o diferente ou o distinto

¹⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2011, p. 39.

¹¹ RAMÍREZ, Juan Bustos. A criminologia. In: RAMÍREZ, Juan Bustos; BERGALLI, Roberto (Orgs.). **O pensamento criminológico I: uma análise crítica**. Trad. Roberta Duboc Pedrinha; Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015, p. 37.

¹² GÓES, Luciano. **A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2016, p. 120.

no outro era um ponto de partida para não equipará-lo ao grupo dos sujeitos normais, identificando-o como “feito” ou “malvado” e, depois, ultimá-lo como inferior.

Da citada expansão imperialista, a identificação do outro como distinto seria facilitada pela própria conquista colonial, em que se observavam diferenças na fala, características da cor de pele, dentre outros elementos capazes de detectar o indivíduo com estereótipos contrários ao “natural”.

Nessa senda, o pensamento criminológico positivista também era dotado de uma conotação racista, porquanto ao caracterizar sujeitos, cujos comportamentos iam de encontro com a ideia de ordem e progresso como *diferentes*, inevitavelmente, associava esses indivíduos à figura de *inferioridade*, pois, o indivíduo considerado anormal sempre teria um estereótipo, registro de ausência de condição que os normais teriam em comum.

Ainda que essa ideia de inferioridade não tenha passado ileso a críticas, especialmente por causa de sua concepção do delinquente como pessoa atrasada em termos de adaptação do avanço da sociedade moderna, o sistema punitivo não hesitou em realizar ajustes, de cunho científico, nas penas correspondentes às características, condutas e efeitos causados por cada indivíduo em particular. É que a explicação para todos os problemas de crise do paradigma positivista estava destinada ao indivíduo e suas falhas individuais.

Nesse contexto, sobressai o movimento positivista criminológico italiano, tendo como principal expoente o médico Cesare Lombroso (1836-1909) e seus estudos sobre a criminalidade a partir da anatomia, fisiologia e psiquiatria, destacadamente pelas ideias reunidas no seu livro *O homem delinquente* (1876). A partir do padrão de homem considerado “normal”, assemelhado à figura dos soldados do Exército, pessoas com quem teve familiaridade ao alistar depois de formado em medicina, Lombroso compara as características dos delinquentes, habitantes dos presídios, às pessoas com loucura ou doentes mentais, internados em manicômios.

Diante do seu trabalho realizado com autópsias, Lombroso chegou a identificar diferenças fisiológicas na estrutura do corpo, precisamente crânio, de delinquentes e, identificadas estruturas prematuras ou com falta de pleno desenvolvimento, chegou à conclusão de que o criminoso se tratava de uma pessoa *primitiva*, em vista do atraso de seu desenvolvimento, na contramão da teoria evolutiva de Darwin, por assim dizer.

O agricultor calabrés Vilella, de 69 anos de idade, condenado três vezes pela prática de furto e suspeito de incêndio, foi o ponto de partida para Lombroso começar seus estudos sobre a criminalidade.

Luciano Goés, na obra mencionada, apresenta Villela como homem negro, com barba escassa e sobrancelhas grossas, cujo crânio, segundo autópsia, demonstrava atrofia cerebral, levando a concluir que o seu cérebro era semelhante ao de um feto de apenas cinco meses e, pior do que isso, idêntico de alguns lêmures considerados ancestrais dos primatas. Neste sentido, Goés relata que Lombroso conclui que o cérebro de Villela se assemelhava não apenas a de um feto de cinco meses, conforme teoria da recapitulação, mas também semelhante a alguns lêmures, ancestrais dos primatas.¹³

Shecaira, contudo, desconstitui essa abordagem dissertando que Villela, por ser um típico habitante da Calábria, sul da Itália, jamais poderia ser negro, mas sim uma pessoa morena um pouco mais escura que o habitante mais claro do norte daquele país, conforme foto que está no Museu Lombroso de Turim.¹⁴

De qualquer modo, não se pode negar que a questão racial foi o grande tema antropológico ocupado por Lombroso, cuja maioria de suas conclusões de índole racista se encontram situadas no estudo publicado anteriormente à obra *O homem delinquente*, qual seja, *L'uomo bianco e l'uomo do colore: letture sull'origine e la varietà delle razze umane* (O homem branco e o homem negro: leituras sobre a origem e a variedade das raças humanas), considerada sua primeira obra, publicada em 1871. Neste estudo, Lombroso procura demonstrar a superioridade branca, utilizando-se dos problemas decorrentes das diferenças raciais e das ciências racistas de seu tempo. De acordo com ele, a inferioridade negra estaria no uso da tatuagem, diante da percepção de que eles poderiam suportar a dor resultante dos ferimentos causados pela tatuagem, característica cultural incomum na época, vivendo desse modo sem nenhuma preocupação.

De fato, como ensina Salo de Carvalho, em todo meio social instituído existe um reconhecimento de objetivos considerados legítimos e meios justos para cada estrutura social com o propósito de se alcançar determinados fins, de modo que o controle social das condutas se realizaria a partir da identificação de comportamentos considerados prescritos ou preferenciais, tolerados ou proibidos.¹⁵ Depois de catalogada a conduta tida como descontrolada, por assim dizer, as instituições encarregadas da ordem teriam maiores condições para superar a situação tomando as precauções e repressões devidas.

¹³ GÓES. A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues. 2016, p. 95-96.

¹⁴ SHECAIRA. *Criminologia*. 2023, p. 98.

¹⁵ CARVALHO, Salo. *Curso de criminologia crítica brasileira: Dimensões epistemológicas, metodológicas e políticas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2022, p. 59.

Por isso, como adverte Ramirez, a preocupação inicial, do ponto de vista criminológico, não é esclarecer a conduta desviante, mas sim tratar do processo de surgimento dos objetos de proteção¹⁶. Deve-se, pois, fazer uma leitura do que era considerado pelas relações de poder, à época de ruptura do feudalismo, como problema essencial a ser observado, ou seja, o que era primordialmente objetivado pelo aparato estatal nas suas mais diversas áreas de exercício e atuação para com os cidadãos como objeto de proteção.

Observados mais de perto os fins almejados pelo Estado, o que se percebe não é a busca pela felicidade igualitária de todos os homens, com idêntica distribuição de renda e aperfeiçoamento da educação da população na conservação da vida comum. Pelo contrário, o Estado concentra seus esforços em manter uma estrutura social que favoreça apenas um grupo, cuja classe se sobrepõe em termos de alcance de riqueza, de forma cumulativa e concentração acelerada, ignoradas as demais classes, precipuamente os pobres.

Então, os objetos a serem protegidos não são outros, senão os de interesse industriais ou comerciais, cujas relações se limitam ao campo do capital e do trabalho empregado em torno dele, isto é, enfoque do movimento ligado exageradamente aos modos de produção capitalista, sem que haja compartilhamento de metas e meios a todos os indivíduos.

Aos que não fazem parte da estrutura social, formada pela classe superior, para além de ignorados, são vistos como ameaça ao sistema e, por isso, sujeitos à disciplina, quando não úteis como força de trabalho, chegando ao ponto de serem, na visão de Alessandro De Giorgi, internados porque não são passíveis de constituir uma *massa* que as nascentes tecnologias da disciplina podem forjar e transformar em sujeitos úteis, força de trabalho¹⁷, por assim dizer.

Referido modelo disciplinar de controle social atende ao fim almejado pela sociedade capitalista, mantida a ordem e expansão econômica, a desenvolver o modelo denominado *Welfare State* (Estado de bem-estar social), sem a participação da classe inferior. A este grupo, representados por pobres, desempregados, mendigos e pessoas do gênero, as normas de controle de natureza criminal concentram a maior parte de suas funções. É o *neoliberalismo* quem se ocupa dessas situações, cuja preocupação não é mais o bem-estar social da comunidade, mas simplesmente a economia e o lucro. O *Welfare State* é deixado para trás, o que enseja o crescimento de desigualdade material e, via de consequência, a exclusão social. Zaffaroni¹⁸ até comenta que essa ideologia estaria a usurpar o nome do

¹⁶ RAMÍRES. A criminologia. In: RAMÍREZ; BERGALLI (Orgs.). **O pensamento criminológico I**. 2015, p. 40.

¹⁷ GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan. 2006, p. 27.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. 1ª Ed. – São Paulo: Tirant lo blanch. 2020, p. 67.

liberalismo propriamente dito, a pretexto de ocasionar uma confusão aos seus ouvintes e críticos, de maneira a subjugar qualquer tipo de resistência a sua imposição como uma espécie de regressão antiliberal.

Todavia, o neoliberalismo não possui nada de compatível com a antiga ideia de liberalismo político, na medida em que se pretende a restrição da liberdade para implantar a figura capitalista no mercado, em que uma classe de pessoas sobressaem sobre outras, como se houvesse uma “seleção natural”, segundo o qual se permite a eliminação dos mais fracos, ou da classe de condição rentável inferior, por assim dizer.

Além disso, o neoliberalismo é considerado uma mudança de pensamento que não se concentra apenas numa área específica, como a econômica, mas que também abrange uma perspectiva de desestruturação social, a gerar uma desigualdade em outras esferas, a exemplo de diferenças de gênero. Sob essa vertente, busca-se o exemplo estadunidense, notadamente porque é nos Estados Unidos que surge o ápice do neoliberalismo. Lá se observa a existência de um panorama de ambiguidade no começo do século XX. Vale dizer, ao mesmo tempo em que os EUA têm um discurso liberal muito forte, de estado mínimo em relação às políticas públicas aliadas ao bem-estar, eles também querem uma força atuante, um Estado forte, para controle da criminalidade.

A ascensão desse Estado penal não é uma resposta ao crescimento da falta de segurança criminalmente falando, mas sim do aumento da insegurança social. A retração do Estado de bem-estar ocasiona a busca desenfreada do indivíduo, por sua própria conta e desrespeitando as leis, por melhores condições de vida, e o Estado punitivo, de sua parte, executa o aparato penal, invasivo e proativo.

Com isso, despontou o grande crescimento das desigualdades sociais e econômicas na Europa e nos Estados Unidos, repercutindo em agravamento dessa crise na América Latina, atingindo países como o Brasil, que simplesmente aproveitaram essa cultura de penalidade neoliberal.

Partindo para o discurso da penalidade neoliberal, Loïc Wacquant a apresenta como a mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática¹⁹, o que já aponta para o tipo de enquadramento que esse modelo propõe para o tratamento do fenômeno da criminalidade. Não há mais espaço para institucionalização das bases do bem-estar social.

¹⁹ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. – Rio de Janeiro: Zahar. 2011, p. 9.

Com a entrada em cena da política neoliberalista, por meio de todas suas vertentes, o discurso daquele Estado caritativo restou minado por uma orientação de intervencionismo do Estado apenas para retribuição da criminalidade, em detrimento de qualquer atuação sua no campo assistencial.

Desse modo, começa-se a falar em desregulamentação do trabalho, desemprego em massa estrutural, privatizações, responsabilização do pobre por sua própria pobreza, promoção maciça do individualismo e do consumismo.

Outro ponto considerável abordado pelo neoliberalismo consiste na forma como a pobreza é lidada. Pela teoria, ela é vista como um fracasso individual, uma responsabilidade pessoal. O discurso neoliberal internaliza, assim, a questão da pobreza e da riqueza, como se não existissem mecanismos sociais, estruturas sociais, que fossem determinantes para que umas pessoas estivessem em uma situação e outras em posição desigual.

Diante dessas considerações é possível concluir que, com a ruptura das políticas de bem-estar, o neoliberalismo ocupou a posição de pensamento único a ser adotado pelo poder estatal, garantindo o acúmulo de capital, situação que colocou os investimentos sociais em segundo plano, e as atividades repressivas como primeiro, cujo método disciplinar encontra suas raízes no pensamento positivista. Este, por seu turno, tratou de direcionar o objeto de estudo da origem da criminalidade ao homem delinquente, e não propriamente o delito ou o fato reputado como crime, mediante destacamento das diversidades biopsicológicas no indivíduo autor do delito, considerando-o como diferente do grupo social.

Não obstante a explicação dada por todo esse processo de controle, deve-se reconhecer que ela é resultante dos pensamentos alhures expostos (capitalismo, positivismo e neoliberalismo) como se fossem uma única ideologia a ser observada, imposta à comunidade, sem qualquer amparo numa esfera polícia livre. Tal o modo de leitura da realidade e interpretação da sociedade, que se pode verificar a expressão de apenas uma ideia central a ser pensada, na tentativa de controlar possíveis comportamentos que abalasses a estrutura dominante.

Nesse enredo, não se verifica dificuldade em admitir característica totalitária no sistema de controle empregado por cada uma destas ideologias, porquanto têm por escopo ajustar todas as outras formas de pensamento às suas, como se o método de análise e desenvolvimento social existente fosse unicamente o seu.

É assim, inclusive, que Hannah Arendt (1906-1975) concebe toda ideologia que tenta fornecer explicação total do mundo e de sua história por meio da existência de uma só ideia,

considerando-a, pois, totalitária por seus elementos²⁰. Para as concepções capitalista, positivista e neoliberalista, não só a ideologia era entendida como única, mas também suas aplicações em termos econômicos, político e cultural, de forma que não se podia conceber a convivência com outro comportamento cultural que não fosse o estabelecido pelo paradigma positivista.

Todavia, a análise aprofundada das interações sociais entre os indivíduos diagnosticados como delinquentes, bem assim da existência do crime em si mesmo, gera a conclusão de que as concepções tradicionais positivistas se encontram destituídas de fundamento para o exercício do controle social.

2.2 A contraposição à cultura dominante e o processo de criminalização do desviado

Como demonstrado anteriormente, o Estado executa mecanismos oficiais de controle para manter a estrutura da ordem social, orientado pela determinação capitalista e pelas formas políticas de dominação de classe hierarquicamente inferiores. As mudanças pelas quais passaram as economias sociais afetaram a forma civilizatória de lidar com a regulação do trabalho, mormente a produção social.

Os marcos de controle de capitais enfraqueceram a capacidade de resistência dos indivíduos trabalhadores, que não tinham participação nenhuma neste processo de produção, pois sua mão de obra tinha como resultado o enriquecimento dos donos do poder, aos capitalistas, donos do negócio econômico.

Nessa medida, com o esgotamento do caráter civilizatório do capitalismo, em que o indivíduo é mecanicamente impulsionado a trabalhar para a produção econômica de alguns, houve revolta dos grupos sociais com a situação, manifestada por meio de atos de criminalidade, uma vez inconformados.

Para Marildo Menegat, quando há redução da participação do indivíduo no processo de produção social, perde-se o caráter social deste processo, que se expressa por meio da violência dos agentes sociais²¹. Agentes sociais entendidos aqui como os trabalhadores inconformados com a situação de insatisfação de não participação na produção econômica que estava centrada nos outros agentes sociais, como os empregadores e o próprio Estado.

A violência dos trabalhadores, enquanto agentes sociais inconformados, se expressava, inicialmente, como insatisfação à baixa remuneração que recebiam pelo trabalho prestado,

²⁰ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras. 2012. p. 470.

²¹ MENEGAT, Marildo. **Estudos sobre ruínas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2012, p. 21.

cujo resultado econômico tinha como destinatário principal apenas o dono do capital, o que os levou a abandonarem o trabalho, isto quando a sua insatisfação e conseqüente insubordinação já não gerava motivo para o desemprego. Assim, sem condições de assumirem novo emprego, tais indivíduos, desgostosos com a falta de participação econômica e oportunidade de lucro, começaram a cometer pequenos atos delituosos, afetos ao patrimônio alheio, como furto, até alcançarem patamar de grandes atos de criminalidade, como homicídio.

Em contrapartida, como resposta à desconformidade do sistema, a atividade das instituições formais representantes da coletividade, como as agências policiais, os tribunais e o próprio Estado, pautavam sua tarefa de controle criminal por meio do estilo paradigmático de criminologia tradicional, isto é, centrada nos indivíduos ou na sociedade em que inserido, empenhando-se em conter as mais diversas formas de infração praticadas. Ignoradas as razões da insurreição da classe trabalhadora, o poder estatal lidou punitivamente contra esses indivíduos.

Deve-se, contudo, consignar que estas pressões exercidas pelo sistema de controle se pautavam, para além das concepções patológicas do delito, inicialmente, por expectativas comunitárias consubstanciadas em um padrão cultural tido como ideal. Depois de aperfeiçoado o ambiente social em que estavam inseridos os indivíduos, tanto do campo, quanto da cidade, no qual eram obrigados a se adaptarem, natural que houvesse interação crescente entre as pessoas na utilização das ferramentas disponíveis para acesso à acumulação de produção do capital. Esta adaptação, constituída de meio ambiente exterior e normas vigentes que regem a atividade humana, é o que representa cultura, em seu conceito mais identificável.

Embora a cultura não possua um conceito pronto e acabado em definitivo, conhecer os elementos de definição se revela imprescindível para demonstrar a aproximação de seu conceito, sobretudo para que se compreenda a existência de seu desdobramento por outras comunidades. Lola Anyar de Castro valorizava a ideia de que cultura se traduzia num conjunto de símbolos, significados, crenças, atitudes e valores, caracterizados pelo compartilhamento e pela transmissão, em que a pessoa interioriza em sua personalidade por meio de um processo de socialização²². O sujeito se adaptava continuamente a este processo à medida que mudanças sociais eram compartilhadas na comunidade, assumindo daí obrigações para com outras pessoas, conforme as expectativas compartilhadas pela maioria.

²² CASTRO. *Criminologia da reação social*. 1983, p. 10.

Importante contributo sobressai dos estudos de Gilberto Velho²³, o qual destaca o caráter áspero da cultura ao pontuar que ela estabelece modelos rígidos para os membros da sociedade, como fator essencial para que a continuidade da vida social permanecesse vigorosa. Ainda que o meio sociocultural estivesse constituído por pluralidade de comportamentos, esta situação deveria ser observada dentro de limites bem marcados, definidos e delimitados em uma única cultura. Todavia, não quer isso dizer que a cultura seja uma entidade acabada, tampouco que esteja dotada de força coercitiva suficiente para impor padrões de comportamento humano a todos os integrantes da sociedade. Tão somente significa que a sociedade passou a integrar um específico padrão cultural a ser seguido e estruturado, em que o desenvolvimento da cultura e sua estruturação, vantagens seletivas foram dadas àqueles que integravam a população mais capacitada de subsistência em termos econômicos.

Natural que a sociedade constituída pela maioria viesse com a cultura programar determinados comportamentos, abrangidos linguagem, símbolos e modos de convivência, com indicações básicas de estilo de vida e ordem social, como evolução cultural, em sintonia com o padrão médio de um juízo.

De igual modo, também se verifica a existência de estrutura social, que não é, de toda, homogênea, sobressaindo-se do processo social tanto pessoas adaptadas ao desempenho de seus papéis pré-determinados, quanto indivíduos que a ele não se habituaram por outras questões, ligadas à individualidade e, por isso, de existência própria e distinguível do padrão social vigente. Por não se encontrar ajustável à estrutura social é que se considera esse segundo comportamento como *subcultural*. O fato é que a relação entre estes grupos e subgrupos se encontra regida por um sistema de subordinação.

A histórica expansão dos Estados Unidos da América (EUA), notadamente pela posição conquistada logo após o fim da Segunda Grande Guerra também atende à necessidade de melhor esclarecimento da relação sociocultural. Além da posição de vencedores e perdedores no âmbito externo, os países, especialmente a população estadunidense, apresentavam, semelhantemente, dois lados: os que ganharam espaço (vencedores) e àqueles que não o tinham (perdedores), diante da dominação estabelecida politicamente pelos primeiros. Por mais que a política do *Welfare State* se esforçasse para amenizar as dificuldades econômicas, garantindo políticas assistencialistas, estas não eram viabilizadas a todos os tipos de pessoas.

²³ VELHO, Gilberto. O estudo do comportamento desviante: a contribuição da antropologia social. In: VELHO, Gilberto (Org.). *Desvio e divergência: uma crítica da patologia social*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Zahar. 1985, p. 17.

Enquanto a estrutura social estava representada pelo grupo dos vencedores, ou seja, aqueles que recebiam a melhor parte, senão toda, prestação assistencial do Estado, o restante da sociedade que não se encaixava nessa cultura, era a grande massa periférica, a quem as instituições penais estavam com os olhos voltados, com o escopo de evitar as ameaças à ordem social oriundas dos subordinados.

A realidade do bem-estar social, ao contrário de significar uma sociedade pacífica com todos os indivíduos assistidos com o acesso à educação, saúde, valores econômicos, e coisas semelhantes a estas, está consubstanciada por conflitos dentro da própria sociedade, especialmente pelo grupo em condição inferior que presenciava mais de perto o insucesso do *Welfare State*.

Muito embora, em primeiro contato, as pessoas de baixa rentabilidade não estivessem preparadas para se defender da opressão social²⁴, preferindo mendigar por situações mais favoráveis no trabalho, diante das duras condições de vida impostas, em tempos de grave crise, começou a brotar sentimento de revolta que beirasse à resistência.

Existiu uma reivindicação por parte dos perdedores perante os aparelhos de controle social, criticando sua forma de operacionalização, por acharem injusto manterem-se em posições inferiores, até mesmo subordinadas, com o único propósito de manter o *sistema*.²⁵ A situação propunha a necessidade de mudança do paradigma de tratamento dos indivíduos sujeitados ao modelo clássico de repressão das condições socioeconômicas potencializadas pela política neoliberalista.

Para além das manifestações centralizadas no caráter pessoal, ou setorial, as reivindicações repercutiram nas bases do bem-estar social, que não apresentava a satisfação esperada, ao menos para aqueles cujo acesso a essa figura era negada. Àqueles que se encontravam em situação subalterna dos que conseguiam se beneficiar do bem-estar social, contudo, não se mantiveram estagnados. Tomaram posição que, para além de revoltados, chegaram a questionar o sistema da sociedade de produção, o que se desdobrava em conflitos sociais contra as instituições de dominação. O escopo era deslegitimar os aparelhos de controle social dominante que setorizava a distribuição assistencialista, isto é, que garantia o bem-estar social apenas para alguns do grupo, em detrimento de outros.

É nesse contexto histórico, marcado pelo período de pós-guerras, conflitos internos, sobretudo conflitos externos, diante da divisão entre países em dois extremos pelas grandes potências com áreas maiores de influência que provocam embates quase imperceptíveis como

²⁴ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. – Rio de Janeiro: Revan. 2004, p. 66.

²⁵ ANITUA. **Histórias do pensamento criminológico**. 2019, p. 569.

a Guerra Fria, que se desenvolveu uma abertura para pensamentos novos, caracterizados, principalmente, pela ruptura com as ideologias anteriores desse período.

Isso porque, uma vez evidenciada a situação injusta a que estavam sujeitos os grupos vulneráveis, assim concebidos por questões, inicialmente, de rentabilidade econômica e de nível social, não se percebia uma postura estatal positiva, ou seja, que fosse capaz de alterar esse quadro de distribuição setorial (desigual) do bem-estar para pessoas da sociedade. Ao revés, tamanha a indiferença do Estado com o problema social, que, ao invés de igualar a posição social entre os indivíduos, desobstruindo barreiras, tratou de acentuar o problema, engrandecendo a situação dos mais fortes.

Por causa da situação de não acessibilidade de alguns indivíduos em meio a estrutura social das grandes cidades, notadamente as norte-americanas, que não forneciam as condições de acesso aos bens sociais para todos, surge um sentimento de desilusão ao sistema de vida imposto pelo Estado, a começar pelos jovens que não almejavam seguir os passos estabelecidos pelo sistema de classes hierárquico. Manter-se em condições mais baixas apenas para sustentar uma estrutura social focada em suprir a necessidade da massa de indivíduos com rentabilidade maior já não era a opção mais desejada, ainda que fosse esta a cultura do momento.

Então, para alguns, particularmente os jovens, que integravam esse grupo inferior, ao contrário de manterem uma postura conformista, adotaram pensamento reacionário às ideias conservadoras, que até então visavam concretizar o poder econômico nos mais fortes, o que implicava uma mudança no aspecto moral como as coisas eram consideradas na sociedade, colocando em xeque questões culturais.

A postura desse grupo, caracterizado como *subcultural*, não era desorganizada e desestrutura só porque não acompanhava a estrutura social dominante. Nos dizeres de Molina, não é a desorganização da área social que produz a prática da criminalidade por indivíduos dessas classes, mas sim a condição de limitado acesso aos objetivos e às metas culturais, impostas pela cultura geral, que fazem com que aqueles adotem outros valores e normas distintas das oficiais.²⁶ A reação negativa à cultura geral, embora vista como rebeldia aos valores oficiais, possuía atitudes racionais e mecanismos de funcionamento tão utilitários quanto das classes altas e médias, somente se diferenciando destas pelo comportamento conflituoso, isto é, conduta delitiva. Desse modo, a subcultura opera como evasão da cultura geral ou como reação negativa diante dela, em razão do grau de não aceitação à estratificação

²⁶ GOMES; MOLINA. *Criminologia*. 2012, p. 312.

social de dominação.

A desobediência e o desrespeito às normas por sentimento de revolta ao Estado denotavam que a explicação para a criminalidade não estava mais em caracteres fisionômicos dos indivíduos (diferenciais biopsicológicos), nem tampouco em situação patológica da estrutura social, mas como *reação social* a um estado de desigualdade social, conforme explica Robert Merton, criador da teoria da anomia. Deste ponto de vista, a prática de atos contrários à ordem seria oriunda desta ideia de desproporção entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos no meio social para atingimento dos bens comuns e, por outro lado, os meios legítimos disponíveis aos indivíduos para alcançar referido estágio. É o que constitui a anomia, “crise da estrutura cultural, que se verifica especialmente quando ocorre uma forte discrepância entre normas e fins culturais, por um lado, e as possibilidades socialmente estruturadas de agir em conformidade com aquelas, por outro lado”.²⁷

A estrutura social era discriminadamente fechada para membros dos estratos inferiores, incapazes de obter acesso aos meios institucionais legítimos para recebimento de bem-estar e o próprio reconhecimento individual perante os fins culturais. Para este modelo de adequação individual Merton o classifica de estado de “inovação”. Disto resulta seu contributo ao conceito de conduta desviante, ao afirmar que esta constitui um produto das reações problemáticas verificadas no grau de anomia do integrante das subculturas da população sem oportunidades legítimas para atingimento de suas aspirações ao modelo consensual da sociedade estabelecida pelas estruturas de poder. Noutras palavras, a explicação mertoniana do desvio, embora não forneça todos os elementos necessários para compreensão das funções das subculturas criminais, ainda continua sendo utilizada como exame do surgimento e características de aludido subgrupo em uma determinada sociedade.

Também em *Delinquent Boys the Culture of the Gang* (1955), de Albert Cohen, encontra-se a explicação dada ao nascimento da organização da sociedade subcultural a partir do comentário de que a razão pela qual o índice de criminalidade era mais elevado nas classes baixas dos bairros pobres do que na organização social geral estava justamente no sentimento de revolta contra as classes médias, que o impediam de ter acesso ao bem-estar pelas vias legais da mesma forma que a eles eram disponibilizadas. Dessa maneira, a prática do delito estaria relacionada a esses outros meios, por vezes não legais, de se obter o bem-estar que se valem as classes subculturais. A subcultura, então, constitui uma espécie de “cultura de recâmbio que certas classes menos favorecidas criam dentro da cultura oficial para dar vazão

²⁷ BARATTA. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2011, p. 63.

a ansiedade e frustração que sentem ao não poder participar, por meios legítimos, que teoricamente seriam oferecidas a todos pela sociedade”.²⁸

O sujeito do meio subcultural de baixa renda passa, pois, à experiência de conflito interior e sentimento de rejeição de comportamento pessoal ao se deparar com o sistema econômico de posturas e condutas estruturados pela cultura dominante, acompanhado dos mecanismos de controle instituídos. Ao invés de se sujeitar à perda pessoal de suas raízes e concepção moral em direção à reorganização de posturas e novas metas traçadas pela cultura moderna, ele se revolta, por vezes, deixando os meios convencionais de obtenção de ascensão social, como trabalho, labor cotidiano e economias pessoais, para concentrar seus esforços na realização de atitudes delituosas.

Não é que a atuação dos grupos de índole subcultural para melhores condições de vida estivesse fora dos pontos característicos que constituem a existência de uma cultura na forma como é concebida naturalmente, mas que um indivíduo pertencente a um grupo subcultural faça interpretações distintas de valores então empregados da cultura dominante, agindo contrário à esta, estruturando outros meios para atingimento dos seus fins.

Dito de outro modo, a subcultura consiste numa resposta dos indivíduos à frustração da estrutura social estabelecida em termos de *status* econômico e não utilitária, o que leva à procura de novos meios para atingimento dos fins culturalmente constituídos, que, na sua maioria, são ilegais, situação que classifica esta subcultura de *delinquente*.

Além destes aspectos fundamentais, a subcultura delinquente já acaba por não considerar mais os fins culturais da estrutura dominante. Como escrevem Figueiredo Dias e Costa Andrade, devido à sua índole negativista, não se deve considerar a subcultura delinquente apenas como uma procura de *novos* meios, mas também de novos fins, uma vez que é normal a rejeição dos fins culturalmente sancionados²⁹.

Diante dessa perspectiva, pode-se dizer que as classes menos privilegiadas sejam, para além de subculturas delinquentes, consideradas grupos de *contraculturas*, porquanto pretendem contestar e se rebelar contra todo e qualquer valor e padrão de comportamento da sociedade dominante que não garanta o interesse de todos, para introduzir, desse modo, novas formas sociais de organização e distribuição de renda, colocando outros conceitos a partir do indivíduo, como respeito às diferenças econômicas ou sociais.

Exatamente por essa postura contracultural caracterizar um rompimento com os

²⁸ GOMES; MOLINA. *Criminologia*. 2012, p. 313.

²⁹ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª Reimpressão. Coimbra Editora. 1997, p. 36.

principais valores oficiais, sejam eles políticos ou culturais da época, em constante crescimento, é que Shecaria denomina esse cenário como *fermento da ruptura*³⁰, estágio no qual se observa a presença de constantes conflitos e inusitadas reivindicações, que, por sua vez, foram palco para que as sociedades de classe inferior se reunissem para desenvolver a forma de pensar a respeito da condição de dominação a que estavam sujeitos.

Assim, a reação da subcultura não se limitou a uma posição de resistência, tampouco de conformação com o sistema de controle estruturado, tendo aquela sido mais ativa ao deixar, cada vez mais, de seguir as normas pré-estabelecidas e impostas pela cultura oficial economicamente estruturada para apenas um grupo. Pessoas da subcultura começaram a desobedecer, ainda que discretamente no início, as leis que exigiam obrigações maiores, senão inalcançáveis, para consecução de seus direitos, uma vez que o estado de condições a que se encontravam era bastante limitado.

Nesse cenário, importante trazer à tona o pensamento contracultural, a partir da criação da palavra *contracultura*, na década de 1960, para expressar o significado que ela contempla, para expressar uma situação, que era a oposição sistemática de uma sociedade que era racista, machista e que não preservava os direitos dos jovens, que eram mandados ao Vietnã. Os movimentos *contraculturais* deram ensejo à mudança do estilo de vida de grupos sociais, que se destacavam pelas músicas politizadas, que afrontavam o autoritarismo das instituições, e pelo consumo de substâncias entorpecentes pelos jovens, ultimada com a desobediência civil às instituições diárias, como escola, empresas e família. Por isso, indivíduos dessa categoria já não eram considerados como comuns, e sim perigosos, principais problemas sociais responsáveis pelo conflito entre os integrantes da sociedade.

O exemplo estadunidense, polo da sociologia criminológica, desde a década de 60, bem demonstra o crescimento de movimentos contraculturais, a partir da revolta da população por melhores condições de vida às pessoas negras e mulheres, quanto das condições desumanas a que estavam submetidos os presos, especialmente no presídio de *Attica* em Nova York, local em que, em 9 de setembro de 1971, houve a maior rebelião prisional da história dos Estados Unidos da América. Além disso, a contracultura norte-americana sobressai das frentes de conflito criadas pelos negros, enquanto cidadãos representantes de manifestações visando a concessão de direitos civis, no mercado, na política e na educação. O não atendimento às necessidades é o que originavam as formas de vida coletiva à margem da respeitabilidade dominante, pelo já comentado cultivo de músicas contrárias ao autoritarismo

³⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 11ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2023, p. 260.

e o estilo de vida *hippie* dos jovens.

Não se cuida aqui de traçar e descrever cada característica inerente do grupo cultural e subcultural, mas de expor a relação que se estabelece entre eles quando já se encontram definidas estruturalmente suas posições. O que se percebe da insurgência do subgrupo não é, necessariamente, uma postura visível de inadaptação ao comportamento tido como *normal*, programado do grupo de indivíduos que detêm maior poder e espaço, mas sim um conflito político vinculado à identidade que diverge da estruturada. É como assinala Gilberto Velho, ao advertir sobre a postura excessivamente rígida esperado pelo antropólogo no estudo do comportamento desviante, esclarecendo que os indivíduos e subgrupos fazem leituras particulares de sua cultura, em função de suas características próprias.³¹

Por isso, não se pode conceber que os indivíduos contrários à cultura estabelecida sejam desviantes unicamente porque estão fora da cultura predominante ao fazerem uma leitura divergente no seu particular. Tampouco deveriam ser interpretados como sujeitos destituídos de qualquer cultura ou com estados de “incultura”, hipótese segundo a qual estaria a justificativa para a produção de criminalidade. É a maneira pela qual as sociedades e suas instituições formais ou informais reagem diante do comportamento cultural de um sujeito como avesso à normalidade, mais do que a própria natureza do fato, que desencadeou questionamentos referentes às condições determinantes para definir um comportamento como desviado.

Nessa diretriz, o desvio é socialmente construído, a depender, pois, da resposta do grupo social da maioria, seja aprovação, desaprovação ou mesmo tolerância dispensada a um fato público, ou seja, que tenha sido trazido à tona, já que as coisas realizadas em segredo ou isoladamente, justamente por não correrem o risco de rejeição quando descobertas, não terão qualquer reação social pela sua visibilidade comunitária. Nessa toada, ao comentar sobre a essência do comportamento desviante, Lola Castro assevera que “ela passa despercebida até que alguém solta o grito, dá o alarme, torna os outros participantes da sua opinião sobre o ocorrido e desperta a reação social: só neste momento pode-se dizer que o comportamento é desviante”³².

Entretanto, quando desvendada uma conduta que transcende o padrão dominante, sem qualquer chance de tolerância de acolhimento posterior, ela é repudiada e classificada como desviante. Em outros termos, a conduta desviada era concebida como uma reação social do organismo social contra a atividade anormal dos seus membros levada ao público.

³¹ VELHO. O estudo do comportamento desviante. In: VELHO (Org.). **Desvio e divergência**. 1985, p. 27.

³² CASTRO. **Criminologia da reação social**. 1983, p. 89.

No mesmo compasso, Baratta entende que o desvio é uma realidade construída, pois o fato só adquire a qualidade de desviante a partir do momento em que há uma reação social (informal) ou uma resposta institucional (formal) negativa.³³ Quando o Estado cataloga determinados bens jurídicos em prol de uma estrutura social, estaria com isso contribuindo, em certo sentido, para fixação de condutas rotuladas como desviantes, porquanto o inconformismo por parte dos sujeitos desprovidos de condições de alcance dessa estrutura os obrigaria a procurar outros meios, sejam legítimos ou não, para que pudessem atingir esses fins culturalmente exigidos. Então, o desvio também resultaria desse processo de atribuição de comportamentos que tem sua origem nos aparatos de controle, precipuamente o estatal, enquanto órgão de controle máximo.

Não obstante a compreensão a respeito do que significa subcultura, os manifestantes e pertencentes ao grupo tipicamente identificado desviante não deixaram de ser considerados problemas sociais e fontes de conflito pelas instâncias de controle, que, pela posição de poder e interesse suficientes na manutenção dos padrões sociais, adotaram formas opressivas para neutralizar a existência daqueles membros. A conduta desviante passa, assim, a ser considerada delitativa, isto é, imposta de cima pelo grupo ou pessoa detentora de mais poder, que se utiliza dos mecanismos de controle social, a exemplo da lei, justiça e demais instrumentos similares, para prevenir e penalizar a conduta do subgrupo.

Sem esgotar eventuais estudos direcionados ao campo do sistema penal destinados à aplicação das subculturas criminais, dado que a presente pesquisa não se ocupa dos meios instituídos para operacionalização do direito penal, compreensível que a aplicação da lei sujeitasse mais o grupo subalterno. A existência de subsistemas culturais diferentes entre as pessoas de alto *status* e indivíduos comuns, além de ocasionar conflitos de cultura, implica no direcionamento da aplicação da lei às práticas delituosas. A depender do subsistema cultural a que pertencem, a lei seria seletivamente aplicada por meio das representações da reação do sistema penal e não propriamente dos delitos cometidos. A criminalidade, nesse sentido, constitui um *status* atribuído por mecanismos de definição e de reação, é um bem negativo, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social dos indivíduos.

Os sujeitos desviantes acabavam sendo separados da comunidade pela qual era destinada o bem-estar, até mesmo neutralizados por meio do cárcere. Havia uma pretensão de cunho ressocializador que se ocupava dos indivíduos aparentemente recuperáveis,

³³ BARATTA. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2011, p. 161.

identificados como não agentes reincidentes do desvio. Entretanto, esse lado reabilitador do controle punitivo, para além se encontrar em segundo plano, não passava de utilização do trabalho como medida disciplinadora, não desnaturando a ideia de desviado.

Nessa perspectiva do controle social, o positivismo também significou adoção de medidas de cunho corretivo pela polícia como forma de governabilidade da população pobre concentrada na cidade. Ao se utilizarem dessa estratégia, de cunho penalista, as instituições estatais não teriam, a propósito, que se preocupar com as questões sociais, que deveriam ser tratadas de forma mais profunda, podendo, desse modo, concentrar seus esforços na alavanca burocrática da vontade coletiva da classe econômica.

A pena prisão, então, muito mais do que a ideia de significar uma reprimenda ao indivíduo, era consubstanciada numa tentativa de definir um espaço de contenção, capaz de traçar um perímetro em torno das populações excedentes, seja a nível global ou nível metropolitano, tudo isso em relação ao sistema de produção vigente.³⁴

Portanto, a causa determinante para o aumento considerável da prisão estava, não necessariamente no simples crescimento da criminalidade, mas sim na necessidade de controle de meio, de modo a restaurar a ordem diante da crise de insegurança social, instalada, por sua vez, pela falta de atuação estatal em políticas públicas voltadas ao assistencialismo, saúde e outras questões mínimas para todos os indivíduos que fazem parte da sociedade, não só os pertencentes à via da cultura dominante, mas também aos grupos desviados.

Sucedo, todavia, que, por se encontrarem as instituições formais de controle mais sintonizadas com as concepções positivistas, a necessidade de se defender mais acentuadamente o corpo social contra ações possivelmente delinquentes, mais do que opção, constituía uma imposição, especialmente quando a priorização eram os interesses sociais em detrimento dos individuais. Daí a tendência da utilização do direito criminal pelos detentores do poder para fins de sancionar os grupos subculturais, mediante a criminalização das condutas tipicamente pertencentes a estes últimos.

2.3 O desenvolvimento da teoria do *labelling approach*: as contribuições de Becker, Goffman e Chapman

Depois de circunscrito o campo histórico explicativo sobre comportamento desviante e sua forma comumente indicada de tratamento dos indivíduos pelo modelo positivista, importa

³⁴ GIORGI. *A miséria governada através do sistema penal*. 2006, p. 28.

assinalar as razões pelas quais se propagou a necessidade de variação do rumo criminológico, por meio de avanço na pesquisa no campo da teoria da reação social. A par do olhar crítico que recaía sobre a concepção positivista criminológica, notadamente pela sua incapacidade para solução do problema da criminalidade que assolava a ordem social vigente, desinteressado o interesse na continuidade do enfoque sobre o sujeito desviado e suas características biopsicológicas como causas para o desvio comportamental ou, até mesmo, para a conduta delitiva.

Se a significação de um comportamento como desviante dependia mais da reação social pela estrutura cultural dominante e seu tratamento pelas instituições formais de controle, do que propriamente o sujeito autor do desvio, compreensível que o estudo se deslocasse para os mecanismos empregados para definição dos desvios e realização dos processos de criminalização, na medida em que é nas ações das instâncias oficiais que ressaem efeito de maior incidência estimulação da reação negativa àquele que é selecionado como desviado.

É como acentua Baratta³⁵, quando expõe que a distinção entre os comportamentos “conforme à lei” e aqueles considerados “desviados” ou “criminosos” estaria a depender mais da definição legal dada exteriormente em uma determinada sociedade, do que propriamente de uma atitude afeta à interior intrinsecamente boa ou má, social ou antissocial.

Em meio ao contexto de crítica à ordem de desigualdades, as explicações causais da criminalidade (determinismo) e os conceitos biopsicológicos do modelo lombrosiano sobre a existência de criminoso nato foram superados, para dar abertura a questionamentos a respeito do processo de formação do desviante mediante por meio de uma perspectiva de *dimensão da definição*. O paradigma do estudo etiológico do criminoso foi sucedido pelo modelo do controle como forma de criminalização³⁶. Ao invés de se reportar ao delinquente ou ao crime por ele praticado, a criminologia do período se desloca para o sistema de controle, consubstanciado por um conjunto articulado de instâncias de produção normativa e audiência de reação³⁷.

A criminalidade, sob essa nova roupagem de estudo, já não era concebida como consequência da qualidade etiológica do indivíduo (paradigma etiológico), mas característica da repressão dirigida aos grupos considerados tipicamente desviados por questões

³⁵ BARATTA. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2011, p. 85-86.

³⁶ RAMÍREZ, Juan Bustos. Criminologia e evolução das ideias sociais. In: RAMÍREZ, Juan Bustos; BERGALLI, Roberto (Orgs.). **O pensamento criminológico I: uma análise crítica**. Trad. Roberta Duboc Pedrinha; Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015, p. 72.

³⁷ DIAS; ANDRADE. **Criminologia**. 1997, p. 42.

relacionadas à revolta cultural (paradigma da reação social). Não se poderia compreendê-la sem antes estudar a ação do sistema penal encarregado de defini-la e contra ela reagir, a começar pela a normatividade e a legitimidade da ação das instâncias oficiais responsáveis pela aplicação das normas. É dizer, “o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controla da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias.”³⁸

Após expostos os eventos considerados mais essenciais no período do estudo da criminologia de cunho causal-naturalista, a virada histórica, a partir da década de 70, para o que se convencionou denominar de *criminologia crítica*, estava assentada na teoria do etiquetamento, também denominado teoria da reação social, *labelling approach* ou rotulacionismo, e nas *teorias do conflito*. Importante destaque faz Shecaira quando diz que, já nos anos 60, os pensadores responsáveis pela instalação da teoria do etiquetamento eram chamados de autores *críticos*, uma vez que a perspectiva *labelling* era, de fato, crítica ao direito penal e à criminologia tradicional.³⁹

De modo não de todo assemelhado, Dias e Andrade⁴⁰, concebem a *criminologia crítica* como conjunto de três relevantes perspectivas: *labelling approach* (perspectiva interacionista), etnometodologia e criminologia radical. Seja como for, o substrato comum entre elas se encontrava na forma como as questões relativas ao crime são formuladas. Ao invés de se reportarem ao delinquente ou ao crime praticado, deslocam-se para o sistema de controle, consubstanciado por um conjunto articulado de instâncias de produção normativa e audiência de reação.

A proposta da presente dissertação, ao menos neste capítulo, é analisar a espécie da criminologia crítica denominada *teoria do etiquetamento*, adotando-se as outras nomenclaturas empregadas em curso pelo grupo de pensadores que a introduziram, citando, desse modo, *labelling approach*, teoria interacionista, teoria da reação social, teoria da etiquetagem, teoria da rotulação social. Identificado como o primeiro *corpus* crítico do positivismo⁴¹, o *labelling approach* constitui condição necessária para a consolidação da criminologia crítica, uma vez que trabalha o centro do problema criminalização mediante a atribuição do comportamento desviado ou criminal a um grupo específico de pessoas.

³⁸ BARATTA. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2011, p. 86.

³⁹ SHECAIRA. *Criminologia*. 2023, p. 261.

⁴⁰ DIAS; ANDRADE. *Criminologia*. 1997. p. 42.

⁴¹ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6ª ed. – São Paulo: 2015, p. 76.

De se ressaltar que, embora a teoria tenha se destacado nos anos 60, algumas práticas de rotulação o indivíduo desviante e reprovação social foram percebidas anteriormente por vários grupos de teóricos mediante publicação de artigos, ensaios e livros, tratando da perspectiva da interação social.

Frank Tannenbaum está entre os estudiosos que considerados relevantes ao desencadear a pesquisa acerca do *labelling approach* no final dos anos 30. A partir da análise histórica das relações entre a escravidão e o castigo penal, sobretudo da caracterização dos regimes escravistas que instalaram nas Américas, especialmente pela situação dos negros dos Estados Unidos, o professor Tannenbaum, em seu notável trabalho publicado em 1938, a saber, *O crime e a comunidade*, veio a descrever o processo de educação e formação da carreira delituosa a partir do comportamento desviado.⁴² Neste ponto, ele chegou a demonstrar a separação de crianças do grupo por meio da dramatização do diabo, o que fez com que assumissem um papel de construção da criminalidade por meio da rotulação e identificação.⁴³

Segundo ele, a formação dessa carreira tem início com aquilo que denomina de *dramatização do mau*, bastando que o sujeito venha ser preso e julgado por uma única e primeira vez. Com isso, o indivíduo é tratado como delinquente pela sociedade tida como honesta, que o expulsa e o rotula como pertencente a grupo dos desviados. O sujeito rotulado, por sua vez, não se vendo como sobressair numa sociedade que o condena, não tem outra alternativa senão fazer parte do grupo daqueles que estão em mesma situação que a sua, ou seja, outros delinquentes, local em que encontra reconhecimento, aceitação e prestígio. Neste momento é que se pode dizer que o indivíduo se adapta praticamente ao rótulo de delinquente e passa a se comportar como tal, vivendo como se fosse seu modo natural.

O outro enfoque que antecipava o que se chamaria de *etiquetamento* foi a abordagem de *Edwin Lemert*, nos anos 50, o qual negava que o desvio era o responsável pela produção do controle social. Antes, acreditava na ideia reversa, ou seja, o controle social é quem leva ao desvio. Por meio do estudo da patologia social (*Social Pathology*), publicado em 1951, foi conferido outro sentido à pesquisa do comportamento desviado. Sua principal crítica se devia à ideia de base médica de separação entre desviados e não desviados, por meio de aspectos mais vinculados à condição biológica de cada indivíduo.

Além disso, para *Lemert*, o comportamento desviado estaria representado por dois níveis de criminalização: *desvio primário* e *desvio secundário*. São distintos ao tratar da

⁴² SCHECAIRA. *Criminologia*. 2014, p. 255.

⁴³ ANITUA. *Histórias do pensamento criminológico*. 2019, p. 589.

identificação do processo de categoria da carreira desviante. Enquanto o desvio *primário* tratava do ato inicial de tipificação legal, ou seja, a norma penal positivada e constituída por causas sociais, culturais e psicológicas, a figura *secundária* do comportamento surge a partir de uma atitude pessoal concebida como reacionária frente às instâncias que impõem as normas e, por consequência, o rótulo de desviado. Neste particular, desvio secundário estaria caracterizado como meio de defesa aos problemas instalados pela reação social ao desvio primário.

Shecaira faz a distinção entre *desviação primária* e *secundária* da forma que acredita ser a melhor em termos de entendimento quando expõe que a primeira, embora socialmente reconhecida pela combinação de fatores sociais, culturais, econômicos e raciais, e definida como indesejável, apenas terá implicações com a marginalização do indivíduo no que diz respeito às implicações na sua estrutura psíquica, enquanto que, na *secundária*, há uma classe de pessoas cujos problemas são instituídos pela reação social à desviação. Desta forma, o indivíduo que tenha praticado um delito que já alcançou a fase *secundária* é considerado como agente cuja identidade se encontra estruturada em torno da desviação.⁴⁴

Do ponto de vista da consequência da criminalização secundária à pessoa que o experimenta, pode-se recorrer à Anitua quando cita que “o desviado secundário, de acordo com a reação de quem com ele interatua ou interatuou, é uma pessoa cuja identidade organiza-se em torno dos fatos de desvio que em outro poderiam não ter importância alguma”, o que revela uma alteração em sua estrutura psíquica que produz “uma organização especializada de papéis sociais e atitudes de auto-estima que lhe conferem um determinado *status*”⁴⁵. É a partir daqui que se observa na desviação secundária uma verdadeira carreira delinquencial na qual ingressa o indivíduo, psicologicamente estimulado a aceitar as condições impostas pelos mecanismos de controle.

Para o *labelling approach* não interessam as causas do delito, isto é, da desviação *primária*, mas sim os fatores e as variáveis que decidem o curso seletivo e discriminatório dos processos de criminalização *secundária* de determinadas pessoas, que são tenazmente etiquetadas como delinquentes, não só pela classe social dominante e de padrão médio, mas principalmente pelas instâncias do controle social. Noutras palavras, é o controle social, formado fundamentalmente por seus mecanismos e estrutura de funcionamento, o responsável pela criminalidade, enquanto que a conduta do sujeito que corresponderia ao desvio secundário seria justamente aquela identidade que é construída no meio social.

⁴⁴ SHECAIRA. *Criminologia*. 2023, p. 275.

⁴⁵ ANITUA. *Histórias do pensamento criminológico*. 2019, p. 591.

Importa esclarecer que a teoria do *etiquetamento* tem suas raízes nas correntes fenomenológicas que trataram do estudo do desvio na sociedade e do controle social operado para superar a desconformidade, de forma que contribuíram para o desenvolvimento das dimensões do paradigma da reação social.

Primordial, portanto, uma breve abordagem do estudo interdisciplinar da teoria mediante exposição das correntes fenomenológicas, originárias da sociologia americana, quais sejam: a *etnometodologia* e o *interacionismo simbólico*. Estas teorias, vale consignar de início, estão vinculadas entre si e se assemelham ao demonstrar uma preocupação não apenas com o reporte dado ao sujeito desviado ou ao ato desviante em si, mas com o sistema penal de controle imposto pelas instâncias formais e as consequências das reações sociais.

Pela *etnometodologia*, inspirada nos estudos de Alfred Schutz, a sociedade é concebida como resultado de uma construção social formada por indivíduos de diferentes grupos e processos de definição e *redefinição* de elementos significativos de situações. Desse modo, as atividades do cotidiano são analisadas paralelamente a eventos extraordinários, de modo a compreender como os sujeitos conjuntamente definem distintamente tais espécies de fenômenos sociais. Sob este aspecto, as categorias utilizadas pela figura do analisador (intérprete) de uma situação não podem ser constituídas necessariamente como certas, já que, para esta análise, estão envolvidos tanto o examinador, quanto o ator ou o protagonista da situação, que interagem entre si.

Habermas escreve, em sua breve história da *etnometodologia*, acerca da necessidade não só da interação do investigado no campo de conhecimento, mas do próprio cientista investigador no processo de compreensão da situação da práxis cotidiana criada pelos participantes, a fim de tirar conclusões metodológicas do fato⁴⁶.

Para o intérprete atingir a pré-compreensão do contexto da situação, terá que participar desse processo de formação e avanço contextual desde o início como integrante de seu grupo social, ou seja, ele adquire um *status* de participante da realidade social. O investigador, segundo Habermas, não se dá conta de que ele só pode objetivar o nexa da ação sobre o qual se debruça à medida que se serve previamente de si mesmo como fonte de informação e que, enquanto participante interativo, já toma parte na produção do nexa da ação que analisa como objeto⁴⁷.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Trad.: Paulo Astor Soethe – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2012, p. 232.

⁴⁷ HABERMAS. **Teoria do agir comunicativo**. 2012, p. 235.

Nessa temática, a *etnometodologia* investiga as ações e comportamentos dos indivíduos de forma envolvente ou cooperativa, observando de perto o modo como formulam suas ações exteriores para que outros possam entendê-los, bem assim a forma como compreendem uma situação ocorrida em diferentes contextos estáveis de ação. O pensamento *etnometodológico*, desse modo, não parte dos sistemas sociais ou instituições produzidas pelo indivíduo, mas do próprio indivíduo.

Quando se trata de analisar questões como o desvio, os etnometodólogos o consideram como uma interpretação cujo significado muda de situação para situação e não existe como tal para além de cada situação específica, na qual este significado é acordado, tratando-se de um processo de etiquetamento que tem lugar mediante uma negociação entre os atores implicados.⁴⁸

Por sua vez, o *interacionismo simbólico* concebe a sociedade como uma realidade social formada por interações entre indivíduos, que recebem significados por meio de processos de tipificação construídos por um grupo de pessoas. Logo, não se pode admitir a sociedade como uma estrutura imutável sem interação pessoal, quando o simples comportamento humano por natureza não é um dado estanque, mas sim resultado de processos dinâmicos da realidade, a qual é atribuída determinados significados.

A identidade pessoal, por semelhante modo, deve ser encarada como resultado dinâmico deste processo de envolvimento, comunicação e interação social, em vista do seu caráter plural e dinâmico destacado pelo interacionismo simbólico. Nos dizeres de Dias e Andrade, as pessoas têm *várias* identidades desvinculadas no espaço e no tempo, a depender também de *várias* audiências com que interagem.

Na linha dessa fenomenologia, a delinquência não seria necessariamente uma característica do autor, porém, resultado de uma interação entre quem realiza o fato punível e a sociedade, isto é, entre o delinquente e os outros. Para além dos processos de detenção e a estigmatização do indivíduo, a aplicação do rótulo delitivo àquele que é selecionado (criminalizado) constitui fator essencial que faz surgir um delinquente e que influencia a imagem e aparecimento da delinquência a nível geral.⁴⁹

O *interacionismo simbólico* é originário da direção teórica da psicologia social de George H. Mead (1863-1931), para quem gestos significantes são considerados sinais,

⁴⁸ BERGALLI, Roberto. A sociologia do desvio. In: RAMÍREZ, Juan Bustos; BERGALLI, Roberto (Orgs.). **O pensamento criminológico I: uma análise crítica**. Trad. Roberta Duboc Pedrinha; Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015, p. 260-261.

⁴⁹ CASTRO. **Criminologia da reação social**. 1983, p. 59-60.

símbolos, que têm o mesmo significado para pelo menos dois indivíduos, participantes de uma interação, colocados em contextos idênticos, a exemplo da exteriorização do comportamento humano do susto diante do perigo provocada pela presença repentina de inimigos. Neste caso, como ressalta Habermas⁵⁰, a expectativa de comportamento é tematizada diretamente pela conclamação de todos para que se defendam contra os inimigos que aparecem do nada. Daí a existência de uma relação inequívoca entre o significado de um sinal e o tipo de comportamento que o emissor espera do destinatário.

A perspectiva interacionista representa um novo paradigma da teoria positivista de ordem e progresso fundada no consenso social, que, por sua vez, exige comunicação e autocontrole do sujeito. O que interessa aqui não são os objetos dados, e sim a forma como o indivíduo os conhece e a maneira como se dá o contato com outros. Se assim o é, o conceito que um indivíduo tem de si mesmo, da sociedade que integra e da concreta situação que ostenta nesse âmbito constitui ponto importante do significado de conduta delitiva.

Em complementação, Ramírez pontua que por meio da linguagem se revela possível o autocondicionamento constante, enquanto o indivíduo, por meio de seu pensamento, internaliza a reação ante os símbolos transmitidos pela linguagem.⁵¹ Logo, o indivíduo no campo do *interacionismo simbólico* é concebido como sujeito ativo e reflexivo, diante do ambiente em que se situa e com o qual pode se adaptar e, concomitantemente, compreendê-lo por meio da comunicação de significados ou de símbolos.

Por esse lado, se o comportamento humano é consubstanciado por um processo interativo, as teorias que se materializam visando compreendê-lo devem, como ponto de partida, considerar que os seres humanos buscam certas coisas sobre a base do significado que estas lhes correspondem, cujos significados constituem o produto da interação social nas sociedades humanas e são explicados como um processo interpretativo utilizado por cada sujeito para associar os sinais que encontra.

Ainda nesta vertente interacionista, Baratta⁵² destaca duas distinções conceituais que considera fundamentais para o desenvolvimento da teoria do desvio, quais sejam: *comportamento e ação*; e *normas sociais e normas interpretativas*. Enquanto o comportamento encontra na estrutura material da ação o próprio referente necessário, a ação é o comportamento ao qual se atribui um sentido ou significado social, dentro da interação.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2012, p. 13.

⁵¹ RAMÍRES. A criminologia. In: RAMÍREZ; BERGALLI (Orgs.). **O pensamento criminológico**. 2015, p. 69.

⁵² BARATTA. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2011, p. 88.

No que diz respeito às normas, formas pelas quais o comportamento é produzido em ação, são consideradas sociais aquelas normas gerais éticas ou jurídicas, enquanto que as interpretativas são as que determinam a interpretação e aplicação das normas gerais a situações particulares, estando na base de qualquer interação social e determinam o sentido da estrutura social.

Segundo a concepção interacionista, a realidade social tem por base certas definições e significados atribuídos a elas por intermédio de processos sociais de interação, nos quais o comportamento humano é inseparável e sua interpretação não pode dispensar referida mediação simbólica. Nisto consiste a tese central do interacionismo simbólico: existe uma interação entre os indivíduos que compõem a comunidade, para os quais o comportamento é dotado de dinamismo, ou seja, expressado por processos de interação mútuas nos quais a linguagem simbólica se traduz como importante fundamento da interação atual nos comportamentos.

Justamente por se tratar de forma que melhor sopesa os pontos principais a serem considerados na interação social entre os indivíduos que compõem a realidade social, naquilo que elas possuem de maior importância, é que o *interacionismo simbólico* seria a principal contribuição teórica para o enfoque do etiquetamento.

O principal teórico do *labelling approach* no campo de pesquisa interacionista é Howard Becker, por tratar de modo decisivo do desenvolvimento da definição de indivíduos como desviados e os efeitos da rotulação na formação da sua identidade pessoal, em sua monografia, publicada em 1963, nos Estados Unidos, denominada *Outsiders: estudos sobre sociologia do desvio*. Nela, Becker analisa a situação dos fumadores de *marijuana*, cuja atividade de cultivo foi proibida, notadamente as razões pelas quais são rotulados como desviados ou, conforme a nomenclatura tratada em sua obra, *outsiders*.

De sua pesquisa, resulta a conclusão de que o desvio não é uma característica do ato ou do sujeito que o pratica, senão a consequência de um rótulo criado e aplicado de forma satisfatória. Noutros termos, o desviado é aquele que recebe uma etiqueta com êxito por desenvolver um comportamento não desejado na sociedade, isto é, que se desvia das regras do grupo⁵³, cuja rotulação o marcará para comportamentos futuros.

Ainda, a importância do estudo de Becker decorre do fato de que ele deixava de lado a-historicidade da etiqueta de desviado e a natureza de sua imposição para analisar casos concretos, não só dos fumantes de *marijuana*, mas também dos consumidores de maconha e

⁵³ BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar. 2008, p. 17.

os músicos de *jazz*, por causa do atributo imposto de “estranhos” na reação social com a sociedade que ele faz parte.

Perpassado esse registro histórico, sobretudo da atividade de seleção de comportamentos por empresários morais, é de se reconhecer que não havia mais lugar para os pressupostos da criminologia tradicional embasada no positivismo, que partia do pressuposto de existência de criminosos natos pelas características dos comportamentos anormais. Em *Outsiders*, Becker questiona esses aspectos médicos e sociológicos que representam o crime como fator ligado à doença e disfunção de um organismo social.

Com isso, foram desestabilizadas as bases ortodoxas que consideravam o comportamento desviante e o delito como fatores independentes e preexistentes, passando a admiti-los como criação das instâncias de poder por meio da reação social a estes comportamentos à revelia dos padrões normais e às pessoas que se encontram *fora da curva*.

Não bastasse, referido teórico não hesitou ao consignar que a prática do etiquetamento está restrita para aqueles que, de certo modo, detêm o poder para propagar regras e estimular etiquetas aos do outro lado, identificados justamente pelos responsáveis da criação de normas e pela aplicação delas. Esta situação em que as regras são sempre feitas por um grupo para outro que não é favorecido pelo poder é chamada de *teoria dos empresários morais*, para qual Becker diz que existem duas características fundamentais: um ato de empresa no qual contam tanto o interesse pessoal e a atividade empresarial, como a publicidade; a imposição só ocorre quando a conduta que, desaprovada, se torna pública.

O comportamento desviante é assim qualificado a partir da resposta dos outros. Ele passa despercebido pela atividade empresarial moral somente até que alguém *solta o grito* em relação a certas condutas que, ao seu critério, seriam delitivas ou prejudiciais, ao ponto de alarmar os outros, tornando-os participantes da sua opinião sobre o ocorrido e, assim, desperta neles a reação social capaz de qualificar os sujeitos como desviantes.

O fato é que a regra é formulada por quem conta com o apoio de outras pessoas, geralmente aquelas com algum destaque financeiro ou político, somado com os esforços dos que têm o poder de legislar, que, por sua vez, se aproveitam da situação de pânico coletivo do cometimento de um fato ou escândalo publicitário muito grande, capaz de semear medo e mobilizar um grupo em campanha ativa, ou, ainda, capaz de perturbar a percepção habitual suscitando entre as pessoas implicadas indignação moral, embaraço, irritação. Nesta perspectiva, a etiqueta de desviados tem início a partir de campanhas de pânico moral introduzidas por um aparato de “cruzadas” enviadas para elaborar uma lei penal ou

proibicionista iniciada por “empresários morais”. É isso que, segundo Anitua⁵⁴, “move indivíduos, policiais e juízes a aplicar efetivamente a etiqueta de desviado a determinados sujeitos”.

Nesse diapasão, sem embargo de que a rotulação possa variar na sociedade em que a conduta é praticada, a depender do momento histórico e cultural presente, é de se reconhecer que para que uma ação receba a etiqueta de desviada ou delitiva é determinante quem a pratica, não sendo suficiente a simples violação de uma norma por qualquer envolvido nela para que este se torne alguém rotulado como desviado. Tal circunstância remete às questões de hierarquia e desigualdade social, a começar pelas regras impostas dos mais velhos para os mais jovens, dos homens para as mulheres e dos brancos para os negros.

A criminalização *secundária* do indivíduo pela rotulação estaria estritamente relacionada à sua condição de vulnerabilidade, cujo ciclo limitado de possibilidades de desenvolvimento a nível econômico, político e social se acentuaria ainda mais com a seleção praticada pelo grupo considerado superior, levando o indivíduo alvo de etiquetamento a adotar uma carreira desviante.

Se desviante significa se tornar aquele a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso, diante da característica do comportamento ser oposto ao “normal”, predeterminado pelas próprias estruturas, a conduta precisa, antes, ser definida pelo grupo estruturado pela posição de ocupa, de acordo com a classe social que ocupa e com as tarefas que desempenha na sociedade. De volta ao exemplo da *marijuana*, mais especificamente o seu cultivo, Becker aponta o não atingimento das regras impostas ao grupo de produtores de alimentos para pássaros em cuja composição estava presente semente de marijuana, em vista da pressão e influência do ponto de vista destes empresários, organizados e que se encontram em atividade.⁵⁵ Note-se que as classes dominantes, ainda que pratiquem ações desviantes nos moldes impostos ao grupo marginalizado, certamente não serão etiquetadas da mesma forma, tampouco criminalizadas, na medida em que, assim sendo, estaria comprometida sua estrutura superior.

Por tais razões, pode-se conceber que as definições acerca de uma conduta ser desviante e outra não, por seguir uma regra e outra não, são variáveis e relativas. O comportamento que permite mandar alguém à prisão é o mesmo que autoriza a qualificar outro como honesto⁵⁶, na medida em que a atribuição valorativa do ato depende das

⁵⁴ ANITUA. *Histórias do pensamento criminológico*. 2019, p. 593.

⁵⁵ CASTRO. *Criminologia da reação social*. 1983, p. 102.

⁵⁶ SHECAIRA. *Criminologia*. 2023, p. 258.

circunstâncias em que ele se realiza e, a considerar o quadro de hierarquia já abordado, do temperamento da sociedade que o testemunhou.

O sujeito etiquetado negativamente apenas se distingue do indivíduo que com etiqueta positiva dependendo da qualidade específica que sofre diante do que as outras pessoas irão fazer em face da conduta praticada. Se, por exemplo, as etiquetas positivas estariam identificadas por informações aparentemente boas sobre as pessoas, como inteligente, casado e trabalhador, as negativas estariam relacionadas a atributos pejorativos, a exemplo de ex-presidiários, usuários de drogas etc. Em similitude, desponta também a pesquisa de *William Payne* quando qualifica as etiquetas negativas como “corredores que induzem e iniciam uma carreira desviante”⁵⁷, porquanto transferem a uma pessoa de uma posição (positiva) para outra (negativa).

Interessante que o papel de *desviante* não é, pelo que se constata, uma carreira conquistada voluntariamente pelo indivíduo, senão um mergulho interativo do agente (*role engulfment*) capturado no processo de classificação impingido pelos outros. À proporção que os outros definem o indivíduo como desviado, a tendência de que este sucumba ao perfil definido aumenta, ao ponto de se comportar exatamente da maneira classificada, ainda que venha negar, num primeiro momento, esta espécie de comportamento. Logo, se um indivíduo é tratado seletivamente como agente delituoso no meio social em que vive, provavelmente que ele assuma esse comportamento de transgressor da norma.

Essa compreensão atinge ao propósito da teoria do etiquetamento, porquanto confirma e identifica os fatores que condicionam uma rotulação com sucesso, dada a mudança de identidade e o papel de delinquente, que atende ao processo de reação funcionando como uma “profecia que a si mesmo se cumpre”, compelindo a pessoa a conformar-se e a corresponder à imagem que o público tem dela, como escreve Becker⁵⁸.

Em resumo, o contributo de Becker está na demonstração da existência de um processo de rotulação, caracterizado pela mudança da identidade social na pessoa, mediante o *status* desviante, em vista do peso que o rótulo produz.

Erwing Goffman foi outro estudioso no campo da teoria do *labelling approach* que reexaminou os conceitos de identidade e papel social, discorrendo sobre o termo que cunhou de *estigma*, atribuindo-o como etiqueta ou marca desqualificadora do indivíduo banido por algum aspecto inferior. Reintroduziu dados superestruturais na forma em que operavam empresários morais, necessários para verificar a funcionalidade de assinalar fatos como

⁵⁷ CASTRO. *Criminologia da reação social*. 1983, p. 103-104.

⁵⁸ BECKER. *Outsiders*. 2008, p. 34.

delitivos dentro de uma comunidade integrada por valores morais. O trabalho de Goffman, aliás, está entre os mais destacados para tratar a situação do sujeito inabilitado para o meio social em que vive em termos de aceitação.

Em seu ensaio, intitulado *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, Goffman apresenta a pesquisa sobre estigma de indivíduos por meio de uma distinção: os normais e a comunidade dos estigmatizados, isto é, aqueles que apresentam uma característica própria e que é diferente no meio social daquele outro grupo. O campo dos estigmatizados estaria representado pelas prostitutas, os alcoólatras, os vadios, os mendigos, entre outras pessoas nestas características.

Em referida obra, Goffman traçou comentários sobre três tipos de estigma basicamente distintos, a saber: deformidades físicas; culpas de caráter individual e circunstâncias relacionadas à raça, nação e religião. Predominava-se, igualmente, o aspecto sociológico, segundo o qual um traço do indivíduo comprometeria sua relação social, sem que ele tivesse oportunidade de ter atenção para outras de suas qualidades⁵⁹.

O termo estigma é originário do latim *stigma* e diz respeito à marca feita com diferentes instrumentos de marcação, a princípio, ferro candente que era introduzido na pessoa humana, de maneira a expô-la, distinguindo-a de outros sujeitos por alguma característica dessemelhante, como a conduta violadora da lei. As atitudes que as pessoas normais têm com alguém estigmatizado e os atos que empreendem em relação a este são bem conhecidos, à medida que são respostas que a ação social benevolente tenta suavizar ou melhorar.

Para Goffman, o fato dos normais acreditarem que alguém não seja completamente humano, fazem vários tipos de discriminações, por meio das quais e, quase sem pensar, acabam reduzindo as chances de vida do diferente.⁶⁰ Deste modo, o conceito que a sociedade tem sobre o indivíduo e do que sua situação representa no meio social consiste em ponto importante no significado estigmatizado dos efeitos da conduta desviante. Ao receber um estigma, o indivíduo adquire um *status* social negativo que o restringe consideravelmente de atuar na comunidade em que vive. Estaria, pois, engajado em uma espécie de negação coletiva da ordem social.

De se notar que, muito mais que uma teoria construída pelos normais, o estigma se trata de uma ideologia utilizada para explicar a inferioridade de pessoas não normais, as quais

⁵⁹ GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. [Reimpr.]. Rio de Janeiro: LTC. 2022, p.14.

⁶⁰ GOFFMAN. **Estigma**. 2022, p. 14-15.

são conferidas distintas qualidades discriminatórias em relação aos atos da vida social, colocando em destaque sua condição inferior e do perigo que ela representa, diante da animosidade pelas peculiaridades da interação humana baseada em outras diferenças, tais como de nível ou classe social.

Goffman ainda descreve o estigma como alguma expectativa, de todos os lados, de que aqueles que se encontram numa categoria não deveriam apenas apoiar um padrão de julgamento e apoio à norma, mas cumpri-la. O sujeito, portanto, que não consegue cumprir com a lei ou padrão de comportamento que está sendo progressivamente exigido, permanece relativamente indiferente ao sistema de categoria social escolhida e, com isso, entra na categoria do estigmatizado.⁶¹ Por consequência, não tendo condições plenas de adentrar aos grupos sociais considerados normais, o sujeito se vê forçado a integralizar o grupo dos não normais, devido à maior facilidade que terá de participação plena do que na relação com outrem cujas diferenças são marcadamente desqualificadoras e obstáculo para interação.

Isso porque, de um modo geral, o indivíduo possui uma imagem pública que foi definida de acordo com os padrões de etiquetas negativas impostos pelos grupos dominantes, cujas ações são consideradas em toda a sua extensão atitudes desviantes. Depois de absorvido o fator estigmatizante, ele é repassado pela sociedade e, após seu contato com as instâncias formais e agências de controle do Estado, transborda em medidas repressivas não só na negação de espaço de oportunidades ao indivíduo, mas também na responsabilização criminal. Essa nova identidade negativa limita o indivíduo impossibilitado de demonstrar outros atributos que não os negativos já incorporados a sua identidade.

Pior do que isso, ao se esforçar por ocultar sua condição estigmatizada na relação social, o sujeito acaba desvendando comportamentos e ações que são vistas pelos outros como semelhantemente negativas e representativa com o papel que condiz com a forma rotulada em que é tratado. A característica central da situação do indivíduo estigmatizado é esclarecida por Goffman por meio de sua aceitação. Aqueles que têm relações com ele não conseguem lhe dar o respeito e a consideração que os aspectos não contaminados de sua identidade social os haviam levado a prever e que ele havia previsto receber.⁶²

Outro ponto importante do contributo de Goffman foi sua pesquisa sobre instituições totais, outro termo cunhado por ele, que foi retratado na obra *Manicômios, conventos e prisões*, redigida após ter se internado anonimamente em uma instituição psiquiátrica contendo mais de sete mil pessoas, encaixada na classificação que denomina *instituição total*,

⁶¹ GOFFMAN. *Estigma*. 2022, p. 17.

⁶² GOFFMAN. *Estigma*. 2022, p. 18.

pois separadas da sociedade e levadas a viver uma vida fechada e formalmente administrada. Nela, constatou a adaptação progressiva e os desdobramentos sociais nos internos, apontando a desestruturação do próprio *eu* e a perda da identidade das pessoas enquanto confinadas em estabelecimentos dessa natureza, em vista da barreira imposta entre o internado e o mundo externo.⁶³

Felipe Martinez, citado por Shecaira, introduz a análise de Goffman acerca das instituições totais para o plano da pena privativa de liberdade, apontando três aspectos. O primeiro é justamente a já mencionado desestruturação da personalidade do *eu*, que, no caso do preso, se traduz no sentimento de degradação de sua identidade anterior, a começar pela humilhação pública de sua imagem como presidiário, que terá novos traços característicos de vida que o acompanharão na instituição fechada.⁶⁴ O segundo diz respeito à relação dramática que se estabelece entre os atores da prisão diante do mito ressocializador, em que os funcionários e diretores desta espécie de instituição total agem como quem está avaliando e colaborando com a recuperação dos internos, enquanto estes se engajam numa falsa obediência com o propósito de receber prêmio pelo bom comportamento, como saída temporária e recebimento de visitas.⁶⁵ Por último, o terceiro aspecto se refere propriamente ao estigma, caracterizado, nesta hipótese, pelo sentimento de inferioridade do sujeito a partir de sua entrada no estabelecimento carcerário e, depois, pela sua saída, seja temporária ou definitiva.⁶⁶

Nesse *prima* goffmaniano, existe uma conexão entre as instituições totais no isolamento do indivíduo, como a prisão, hospitais psiquiátricos, asilos e conventos, que acabam por reproduzir a estigmatização já impingida nos indivíduos internos, trazendo resultados massacrantes a estes.

A etiqueta também é considerada como instrumento de estereótipo (*estereotipia*), na linha proposta por Dennis Chapman, em sua obra *Sociologia e estereótipo do criminoso*, segundo o qual não há maior diferença entre criminosos e não criminosos do que o efeito da condenação sobre um sujeito. De acordo com sua ótica, todo comportamento desaprovado

⁶³ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, conventos e prisões**. Trad.: Dante Moreira Leite. 2ª reimpr., 9ª ed. São Paulo: Perspectiva. 2015, p. 24.

⁶⁴ MARTINEZ, Felipe. *Otro enfoque sobre el castigo: análisis de las 'instituciones totales' encargadas de la pena privativa de libertad desde la perspectiva de Erving Goffman*. In: RIVERA BEIRA, Iñaki (org.). *Mitologias y discursos sobre el castigo: historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Anthropos: OSPDH: Universitat de Barcelona, 2004, p. 200, et al SHECAIRA. **Criminologia**. 2024, p. 272.

⁶⁵ MARTINEZ. *Otro enfoque sobre el castigo*. In: RIVERA BEIRA (org.). *Mitologias y discursos sobre el castigo*: 2004, p. 202-203, et al SHECAIRA. **Criminologia**. 2023, p. 272.

⁶⁶ MARTINEZ. *Otro enfoque sobre el castigo*. In: RIVERA BEIRA (org.). *Mitologias y discursos sobre el castigo*: 2004, p. 204-205, et al SHECAIRA. **Criminologia**. 2023, p. 272.

pode se manifestar também em formas objetivamente idênticas, que, no entanto, são aprovadas ou recebidas com indiferença.

Construídos os estereótipos, criam-se elementos simbólicos que são facilmente manipuláveis nas sociedades complexas, nas quais o delinquente estereotipado se converte em um bode expiatório da classe baixa da sociedade, para a qual são descarregadas simbolicamente todas as culpas e hostilidade⁶⁷. A condenação de uma pessoa de classe social subalterna, por exemplo, preenche e reproduz o estereotipo construído sobre ela de criminosa.

O termo *categoria* é perfeitamente abstrato e pode ser aplicado a qualquer agregado, nesse caso a pessoas com um estigma particular. Grande parte daqueles que se incluem em determinada categoria de estigma podem-se referir à totalidade dos membros pelo termo *grupo* ou um equivalente como nós ou *nossa gente*. Da mesma forma, os que estão fora da categoria podem designar os que estão dentro dela em termos grupais.⁶⁸

Exemplificando, pouco importa se na América uma categoria particular de indivíduos estigmatizados seja pequena ou esteja em má situação, mas sim o ponto de vista dos demais membros que recai sobre aquela. Isto que terá provavelmente algum tipo de representação pública.

Não se pode olvidar que a identificação dos primeiros estereótipos de aparência foi atribuída a Lombroso, ao desenvolver seu estudo etiológico sobre criminoso nato como alguém com características fisionômicas básicas pré-definidas. Salah H. Khaled Jr relata, inclusive, que Lombroso chegou a obter um conhecimento que poderia ligar o criminologista a outro reino que não o do imediatamente visível, por meio do qual pôde reconhecer tanto sinais do criminoso (*estigmas*), quanto o significado desses sinais, os quais “permitem situar o sujeito observado em uma ordem de ser além do imediatamente visível: um reino de progresso evolutivo e de reversão a um tempo anterior que nos situa e os *outros* criminosos no tempo e no espaço evolutivo (correspondendo ao processo civilizatório).”⁶⁹

Não obstante, o contributo sobre a ineficácia das teorias que tratam do delinquente e o delito sem antes fazer uma seleção dos sujeitos independentemente do *status* social em que estão situados se deve a Chapman. Para ele, não há produção do delito sem as seguintes variáveis: o ator, a ação, objeto da ação, ambiente social da ação, o resultado da ação, o lugar

⁶⁷ CASTRO. *Criminologia da reação social*. 1983, p. 126-127.

⁶⁸ GOFFMAN. *Estigma*. 2022, p. 32.

⁶⁹ KHALED JR, Salah H.; MORRISON, Wayne Joseph. *Curso de criminologia crítica e cultural decolonial: fundamentos, classicismo e positivismo*. Belo Horizonte: Letramento. 2024, p. 560-561.

da ação, o tempo da ação, os recursos a instâncias judiciais superiores, o processo, a condenação, a apelação e a ratificação da pena.⁷⁰

O processo de identificação pessoal pode ser observado claramente se se toma como ponto de referência não um pequeno grupo, mas uma grande organização social, impessoal como o governo de um Estado. E atualmente uma prática organizacional padronizada que se registrem de maneira oficial todos os elementos que servem para identificação positiva do indivíduo, ou seja, utiliza-se um conjunto de marcas para diferenciar a pessoa assim marcada de todos os outros indivíduos.⁷¹

No ponto dos estereótipos criminais, predispostos pela sociedade, são utilizadas essas características biológicas, por vezes, inconscientemente, para responsabilizar supostos acusados por conta da fisionomia de um criminoso. Lombroso considerava o delito como um ente natural, “determinado por causas biológicas de natureza sobretudo hereditária”⁷².

No âmbito nacional, importante consignar que a teoria do etiquetamento foi recepcionada pelo Brasil em meados dos anos 70, precisamente a partir das investigações do Centro de Pesquisas em Antropologia Social do Museu Nacional, coordenado por Gilberto Velho, na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ). Lá foram identificados elementos teóricos responsáveis pela formação do desvio e as consequências resultantes de sua aplicação social, mais precisamente pela redefinição dos processos de etiquetamento a partir das condições de vulnerabilidade do indivíduo.

A propósito, em interessante artigo publicado em coletânea conjunta nos anos de 1985, pode-se observar o tratamento do processo estigmatizante por Gilberto Velho⁷³, ao discorrer sobre a situação de pessoas residentes em dois prédios localizados no bairro de Copacabana, na Capital do Rio de Janeiro.

No texto em referência, o antropólogo critica o *contraste* existente no comportamento dos moradores caracterizado, de um lado, pelo sentimento de prestígio dos indivíduos que decidiram residir na Copacabana, devido ao caráter simbólico de reconhecimento que carrega a cidade, e de outro, pela categorização desabonadora a que estão sujeitos por habitarem em prédios considerados “mal afamados” pela vizinhança, em virtude da maioria dos moradores, senão todos, serem indivíduos desviantes, seja pela posição social inferior, poucos recursos materiais, seja pelo predomínio do grande número de prostitutas e homossexuais, bem ainda

⁷⁰ CASTRO. *Criminologia da reação social*. 1983, p. 124.

⁷¹ GOFFMAN. *Estigma*. 2022, p. 67.

⁷² BARATTA. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2011, p. 39.

⁷³ VELHO, Gilberto. O estigma e comportamento desviante em Copacabana. *In*: VELHO, Gilberto (Org.). *Desvio e divergência: uma crítica da patologia social*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Zahar. 1985, p. 117-124.

pelos incidentes turbulentos de brigas entre vizinhos, envolvendo crianças, barulhos, desentendimentos conjugais.

Em termos de estigmatização, a pesquisa de Gilberto Velho destaca que, embora a vizinhança não possa fornecer dados concretos sobre os problemas existentes dos prédios sobreditos, em geral, capazes de situá-los na má fama, os moradores dos prédios continuam expostos ao rótulo de desviantes pela repercussão gerada fora do local, tanto pelas vizinhanças, quanto pelos noticiários da imprensa que acompanha a ida da rádio patrulha para atendimento de ocorrências na localidade rotulada como prédios “balanças”. Entretanto, o autor não desconsidera que a condição de desviante não seja uma característica inerente aos indivíduos, mas produto de uma *relação social*, na qual os moradores, indistintamente, são acusados de desviantes por um grupo identificado como “não-desviantes”, que, no caso estudado, estaria representado pelas pessoas de fora dos prédios.⁷⁴

Importante assinalar a recepção alemã da teoria do *labelling approach*, em especial por Fritz Sack, professor da Universidade de Berlim, por acentuar sobremaneira o papel de interpretação das regras jurídicas pelo aplicador do direito. Nesta esfera, a criminalidade não seria simples comportamento violador da norma, e sim realidade social criada por juízos atributivos das agências de controle social determinadas, em primeiro lugar, pelas *metarregras* e, em segundo, pelos tipos penais.⁷⁵ Dito de outro modo, a criminalidade é uma construção social que depende de “juízos adscritivos” que produzem a qualidade de criminoso na pessoa a quem se aplicam, “uma construção social que está em constante criação e que provém, não das regras de Direito Penal, mas das meta-regras que condicionam a atividade de definição das instâncias de controle”.⁷⁶

Nesse contexto, a igualdade exigida para o direito penal resta comprometida, uma vez que a criminalidade não é analisada sem aceção de indivíduos que praticam o delito, mas como etiqueta atribuída a determinadas pessoas selecionadas por sujeitos com poder de criar e aplicar a lei penal por meio de mecanismos seletivos estruturados.

Tomadas as teorias sociológicas anteriores, notadamente o contributo prestado por Becker, Goffman e Chapman, ressaí que o *labelling approach* significou uma virada de pesquisa que deixou de lado os fatores da criminalidade, para a partir daí considerar a reação social como objeto de estudo, mostrando a necessidade de análise da ação como

⁷⁴ VELHO. O estigma e comportamento desviante em Copacabana. In: VELHO (Org.). **Desvio e divergência**. 1985, p. 122.

⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia**: Contribuições para a crítica da economia da punição. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2020, p. 172.

⁷⁶ CASTRO. **Criminologia da reação social**. 1983, p. 110.

comportamento concreto, em que o indivíduo é rotulado como alguém a se adaptar ao delito como a forma natural devida. Por este viés, o etiquetamento impactou as correntes sociológicas na segunda metade do século XX, fato primordial à formação da criminologia crítica.

Diante desse cenário, pode-se chegar a uma aproximação do conceito da teoria do etiquetamento, consistente na corrente de pensamento criminológico cuja visão sobre a criminalização de condutas, e a até do exercício da persecução penal, é decorrente de processo de rotulação sobre o indivíduo, ao qual é atribuído a figura de desviado ou delinquente, expulso da sociedade genericamente normal e honesta, sendo, por isso, recebido pelos outros delinquentes, local em que poderá encontrar mais conforto e afeto, além de reconhecimento e prestígio.

Fala-se em exercício da persecução penal, adiantando a explicação seguinte sobre a influência do *labelling approach* no processo, por causa da possibilidade da criminalização secundária pela institucionalização da sanção como reação à conduta criminal, que termina por produzir o desenvolvimento da carreira criminal do indivíduo etiquetado condenado. “As consequências disso serão”, como ressalta Shecaira, “a acentuação da *carreira criminal e a institucionalização* do condenado, potencializando-se a recidiva”.⁷⁷

Assim, o indivíduo já etiquetado entra numa espécie de processo espiral do *labelling approach*, cujo modelo explicativo sequencial é trazido por Shecaira em, basicamente, sete passos: 1ª) delinquência primária; 2ª) resposta ritualizada e estigmatização; 3ª) distância social e redução de oportunidades; 4ª) surgimento de uma subcultura delinquente com reflexo na autoimagem; 5ª) estigma decorrente da institucionalização; 6ª) carreira criminal; 7ª) delinquência secundária.⁷⁸

2.4 O reflexo da teoria *labelling approach* no processo penal

Somente no início dos anos 1960 é que se observou um redirecionamento do estudo criminológico paradigmático, antes centrado nas características do indivíduo, etiológico, para o campo da reação social, isto é, do etiquetamento ou rotulação. Ainda assim, não se deixava de existir um padrão etiológico de orientação no estudo das causas da criminalidade, notadamente quando se tratava de falar em adoção de medidas mais adequadas para estancar o

⁷⁷ SHECAIRA. *Criminologia*. 2023, p. 276.

⁷⁸ SHECAIRA. *Criminologia*. 2023, p. 276.

progresso do indivíduo criminoso, constituindo-se a disciplina e a correção o modelo empregado neste sentido.

A própria teoria da rotulação, baseada na distinção entre desvio primário e secundário, não deixava de considerar a estigmatização ocasionada pelo desvio primário como causa que tinha seus efeitos específicos na identidade social e na autodefinição das pessoas objeto de reação social⁷⁹.

O pretérito estudo cujo foco de análise era o criminoso com base nas suas características individuais como fator motivador e criterioso para a ocorrência do delito, conforme abordado anteriormente, tratava-se de instrumento que beneficiava a atuação das agências oficiais de controle na produção dos elementos de prova com as hipóteses de agente possível causador do delito, o que oferecia um maior controle da criminalidade.

Na linha do contexto criminológico positivista, de certo modo, a perspectiva lombrosiana já era aproveitada pelo trabalho policial, quando da investigação na escolha dos tipos de autor do delito, facilitando, pois, atuação identificativa do suposto agente do crime. Como ressalta Anitua⁸⁰, as categorias de classificação se retroalimentavam, uma vez que as pessoas detidas guardavam aspectos de “tipos de autor do delito”, o que justificava a figura visual do delinquente.

De igual modo, a pesquisa de Lola Aniyar de Castro apontava a existência de estudos direcionados nesse sentido, focados em demonstrar que os policiais concentravam suas atenções e atividades de prevenção e repressão do crime sobre certos grupos que foram anteriormente identificados por meio de etiquetas⁸¹.

Da mesma forma que a grande maioria das instituições sociais lidam com situações associadas à discriminação social ou racial de indivíduo na comunidade, por exemplo, ao negar-lhe emprego, as agências oficiais de controle, quando aderem o conceito seletivo de criminoso pelas características individuais, nada mais realizam que uma repetição do *labelling approach* das agências não-oficiais, robustecendo a estigmatização de indivíduos.

São vários os modos como o etiquetamento pode permear os processos de tomadas de decisões em todos os níveis do sistema de justiça criminal, estes entendidos como os órgãos institucionais (polícia, tribunais, legislador), responsáveis pela prática do controle institucionalizado punitivo. Enquanto o Legislativo estaria empenhado na articulação formada para criação das leis definidoras do crime, auxiliando o Estado com propostas de

⁷⁹ BARATTA. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2011, p. 91.

⁸⁰ ANITUA. *Histórias do pensamento criminológico*. 2019, p. 305.

⁸¹ CASTRO. *Criminologia da reação social*. 1983, p. 105.

comportamentos e prescrição de condutas aceitas pela sociedade dominante, a esfera judicial desempenharia a função de persecução penal, julgamento e aplicação da pena correspondente.

Nesta esteira, o sistema de justiça criminal compreenderia tanto os agentes policiais e os promotores de justiça, quanto os magistrados e os órgãos encarregados da execução da pena, cuja atuação estaria pautada pelo exercício da função repressiva de controle institucionalizado do Estado, exercendo secundariamente, isto é, em resposta à ruptura dos padrões sociais e regras de convivência prescritas pela estrutura social que se presumem aceitas por todos.

Não se nega a atribuição que o Estado tem de responsabilizar os infratores das normas criminais, mas também não se pode conceber uma atuação punitiva à qualquer maneira, razão pela qual existe o processo penal, cujo arcabouço procedimental, regras e direitos devem ser observados durante o exercício da função punitiva.

Na fase investigativa policial, momento precedente ao processo criminal do sujeito, já se observava a prática seletiva de indivíduos na atuação da abordagem policial de indivíduos com atuação suspeita, que se encaixassem na característica conceituada como perfil criminal, segundo a intuição do encarregado da operação.

Ao discorrer sobre a forma seletiva da justiça criminal norte-americana, especialmente na operação da Guerra às Drogas, Michele Alexander descreveu o processo de discricionabilidade ilimitada aos policiais no que diz respeito a quem parar, revistar, apreender e indiciar, no que o etiquetamento se apresenta com ares de preconceito *racial*, diante da escolha de pessoas não brancas como possíveis agentes autores de crimes. A Suprema Corte estadunidense havia permitido o uso do perfil criminal nas operações policiais como espécie de guia no exercício da discricionabilidade policial, muito embora reconhecesse que o mero fato de alguém se encaixar no perfil criminal não constituía automaticamente suspeita razoável apta a justificar uma parada.⁸²

Para além de se afigurar contraditório o posicionamento da Corte norte-americana, não se pode esperar que a polícia execute abordagem desvinculada da experiência própria ou em seus próprios conceitos para identificar comportamentos suspeitos. É que a atividade policial não está condicionada à reflexão pela igualdade no tratamento com os sujeitos, desempenhando, ao revés, atuação ilimitada sobre quaisquer indivíduos entendidos como supostos autores de infração, ainda que grande parte dos selecionados fossem mais pessoas negras, dado o predomínio do racismo nos EUA.

⁸² ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa.** Trad.: Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo. 2018, p. 124.

Com isso, a Suprema Corte estadunidense concedeu licença à polícia discriminar, ainda que de forma silenciosa, já que esse benefício “não é anunciado pelos departamentos de polícia, porque os policiais sabem que o público não responderia bem a isso na era da neutralidade racial”, somado ao fato de que os próprios policiais “raramente admitem ter agido por razões raciais, deixando a maioria das vítimas de policiamento discriminatório sem ninguém para processar e sem uma alegação que possa ser provada em um tribunal”.⁸³

Apesar do registro acima se referir ao sistema penal nos EUA, a observação se encabeça perfeitamente na estrutura do sistema de justiça brasileiro, na medida em que também há uma perpetuação de ordem seletiva, em que o processo penal surge como instrumento de manutenção do controle sobre indivíduos tachados como criminosos.

Importante se ater ao fato de que, embora a legislação brasileira que discipline a esfera criminal com maior ênfase esteja representada tanto pelo Código Penal, quanto pelo Código de Processo Penal, o presente estudo se concentrará, especificamente, neste último, exatamente por ser a esfera em que o exercício do controle sobre o sujeito se apresenta primeiro. O Código Penal pode até preceder a norma processual ao ter selecionado as condutas nas quais o Estado punitivo entrará em cena, contudo, não se reveste de autoaplicabilidade imediata, carecendo da regulação de procedimento legal para imposição da pena correspondente contida na norma de preceito primário.

Ademais, lembrando a doutrina de Scarance, o processo pode refletir valores sociológicos, éticos e políticos, tanto como o direito, em vista do íntimo relacionamento existente entre a ideologia dominante e o próprio direito processual em determinado momento histórico de um país⁸⁴, o que reforça a importância da análise processual, da mesma forma, ou até melhor, como se daria no exame do direito material.

Assim, se é com base nas regras do processo penal que alguém pode ser investigado na esfera policial, após abordagem e revista pessoal, por exemplo, seguida de acusação pelo Ministério Público e julgamento pela autoridade judiciária, para só então, esgotados todos os recursos, se fazer efetiva a sanção disciplinada no Direito Penal ao indivíduo, então, como assinala Rodrigo Chemim, “o Código de Processo Penal acaba sendo mais importante que o Código Penal na contenção de abusos, pois é com base nas regras de processo que o poder se manifesta primeiro.”⁸⁵

⁸³ ALEXANDER. **A nova segregação**. 2018, p. 198.

⁸⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999, p. 13.

⁸⁵ CHEMIM, Rodrigo. **Processo penal: fundamentos dos fundamentos**. Porto Alegre: Citadel. 2023, p.15.

Não obstante, historicamente, quando do Código Penal de 1940 não existia ainda no Brasil uma legislação processual penal unificada. Por força da Constituição de 1891, ainda vigente no período, cada Estado-membro tinha um Código de Processo Penal para reger o procedimento de aplicação do Direito Penal, de forma própria e diferenciada em seu espaço territorial. Ainda que grande parte das Unidades Federativas tivesse resolvido manter, em grande parte, a estrutura do antigo Código de Processo Criminal do Império, sem precisas alterações substanciais, os ditames de uma norma processual de um Estado-membro, por óbvio, não poderiam ser aplicados em outra territorialidade.

Para além das justificativas apresentadas no interesse da unificação dos Códigos de Processos Penais existentes no país, não se desconsidera que o principal motivo fosse do interesse do então presidente Getúlio Vargas, enquanto ditador, de centralizar poder sobre sua governabilidade no Brasil de forma abrangente, sem que estivesse condicionado a critérios diferentes de controle em cada Unidade Federativa. Desse modo, a proposta de um Código de Processo Penal único surgiu embasada no estilo similar ao elaborado pelo ditador Mussolini, na Itália, cujo Código de Processo Penal era constituído de elementos autoritários do fascismo, que tinha o antissemitismo e busca inalcançável da raça pura ariana como bandeiras.

Nesse cenário, o vigente Código de Processo Penal foi elaborado no Brasil do Estado Novo do Getúlio Vargas, em 3 de outubro de 1941, com inspirações do Código de Processo Penal Italiano de ideais inquisitoriais e autoritárias, época em que vigorava a Carta Outorgada por Getúlio Vargas de 1937, a única Constituição que estabeleceu uma educação eugenista. O importante é que referida lei instrumental penal resistiu a todas as Constituições que surgiram progressivamente na história brasileira, sobretudo à atual.

Não se olvida que após a Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Penal passou por diversas minirreformas, seja inserindo ou revogando dispositivos, a fim de ajustá-lo aos ditames do modelo de proteção de direitos e valores garantistas, consagrados em sede constitucional. Todavia, a própria exposição de motivos do Código de Processo Penal evidencia sua origem ideológica fascista ao pontuar que as legislações processuais espalhadas no território brasileiro, antes da unificação do Código, estavam revestidas de extenso catálogo de garantias e favores, voltado mais a um estímulo à expansão da criminalidade, que era necessário um ajustamento único com maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. Como assinalado em seu texto, não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. “O indivíduo,

principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.”⁸⁶

Justamente por ter sido encampado nos ideais autoritários e na ilusão da raça ariana, que Anamaria Prates Barroso⁸⁷, em obra resultante de sua tese de doutorado, defende que o Código de Processo Penal se afigura seletivo, inclusive calcado na inferiorização do negro e na visão deste como bandido diante do histórico de um país contaminado pelo racismo, o que será melhor esclarecido no capítulo seguinte.

Seja como for, a prática processual penal não deixa de ser discricionariamente seletiva no âmbito da política de controle sobre um grupo propenso à prática de crimes, reproduzindo o efeito da figura do *inimigo*⁸⁸, para quem é negado o direito de ter suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal, o que se evidencia desde a persecução penal.

A persecução penal consistente no meio em que o Estado realiza sua atividade punitiva diante da conduta infratora praticada pelos sujeitos que limitam contra a sociedade. Para punição, contudo, deve-se exigir um devido respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, ainda que autor da infração penal, o que só pode ser conseguido com um devido processo penal, seguido de instrução criminal e ampla produção de prova por parte do órgão acusador e do sujeito alvo da persecução penal.

Interessante observar que a distinção entre a persecução penal e a investigação criminal reside na probabilidade. Enquanto que para o desencadeamento do inquérito policial, como persecução penal preliminar, basta a existência de um juízo de possibilidade, materialidade e possível autoria do delito, para a efetivação da fase processual, exige-se um juízo de probabilidade, possibilidade de propositura de ação penal. A prova, porém, deve vir antes do ingresso da ação penal propriamente dita em desfavor do indivíduo. É com a investigação preliminar, portanto, que se chega à justa causa apta a autorizar a coerção penal.

Pela investigação criminal a partir de um fato, em tese, cometido com violação à lei, é realizado um juízo normativo e valorativo por meio do inquérito policial, quando então, é deliberado pelo indiciamento ou não do sujeito que tenha supostamente praticado crime,

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação penal e processual penal**. 15 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 371.

⁸⁷ BARROSO, Anamaria Prates. **Por um processo penal não racista: a racialização do processo penal como forma de enfrentamento do racismo nas práticas processuais penais**. São Paulo: D'plácido. 2023, p. 50.

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad.: Sérgio Lamarão. 2ª ed. 3ª Reimp. Rio de Janeiro: Revan. 2007, p. 11.

apontando sua autoria e materialidade. Sob o aspecto probatório, muito embora a segurança das provas colhidas durante a investigação criminal seja uma tarefa atribuída ao órgão acusatório e ao julgador, diante, por exemplo, da necessidade de autorização judicial para colheita de determinada prova, importa dizer que para as autoridades policiais também é um desafio a busca da segurança na condução das provas preliminares, isto é, colhidas no inquérito policial.

Nesse sentido, a polícia é representada como primeira das agências oficiais que realiza o juízo seletivo sobre o suspeito, desde sua abordagem, seguida na atuação investigativa de colheita de depoimentos e encerrando com o procedimento de indiciamento do agente. Daí se projeta, por assim dizer, o primado de meios pelos quais se poderá concluir o rumo que o fato reputado como criminal irá tomar.

A seletividade penal, muitas vezes, é observada não só durante a abordagem inicial do policiamento das ruas, mas também nas dependências da própria Delegacia de Polícia, que realizam a incriminação fundada na folha de antecedentes criminais dos indivíduos e álbum de suspeitos, que nada mais são do que a reprodução do etiquetamento, porquanto compostos prevalentemente por fotografias de indivíduos que já foram condenados, ou seja, com antecedentes criminais. Ainda que a finalidade fosse facilitar a identificação do suspeito pela vítima de determinada infração penal, o que se verifica é uma monopolização do crime centralizada sobre os sujeitos já condenados.

De sua parte, o Ministério Público, enquanto autor da ação penal, também recai o encargo probatório da materialidade e autoria do delito narrado na ação acusatória, bem ainda seu destinatário certo e determinado. Ao receber o inquérito policial, poderá acatar o indiciamento, requerer novas diligências ou promover seu arquivamento. Ao optar pelo oferecimento da denúncia, processando aquele que foi indiciado pela autoridade policial, não poderá se limitar a reproduzir os termos do quanto investigado no inquérito policial, sob pena de sua decisão se encontrar representada pela simples tendência confirmatória de repetir a investigação criminal na forma como sucedeu inquisitorialmente.

Assim agindo, a tomada de decisão do Ministério Público acabaria se mostrando inadequada, representando a utilização do denominado *viés de confirmação*, o qual se traduz como estratégia mental em que pessoa se utiliza de uma crença ou hipótese inicial para fazer interpretações ou prejulgamentos sobre fatos, de modo a confirmar o que acredita.

Referida tese é abordada por Paola Bianchi Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa, que defendem existir uma “tendência natural das pessoas a procurar ou favorecer

apenas informações que corroborem seus pontos de vista, hipóteses ou preconceções, negligenciando evidências que apontem em sentido contrário”.⁸⁹ Falando de outra maneira, a simples atividade de se procurar evidências destinadas unicamente a apoiar a hipótese preconcebida, ignorando outros pontos de vistas alternativos que, ao invés de somar ou favorecer, desconstituam a ideia inicial, caracteriza o chamado viés confirmatório.

O viés confirmatório também pode se manifestar com ênfase racial no processo penal, quando há mera repetição dos atos investigatórios executados pela autoridade policial na fase inquisitorial, sem o exercício de questionamentos alternativos sobre, por exemplo, as formas de abordagem policial, o que implica validação da seletividade racista iniciada no inquérito policial. Isto porque a tendência do ser humano está em interpretar um acontecimento com base na ideia que tem desse fato. Logo, se a figura de criminoso estiver relacionada a alguém negro, inquéritos policiais desencadeados com suspeitos negros confirmam a pressuposição de que pessoas negras sejam criminosos.⁹⁰

Também se pode dizer que há um juízo de natureza fundada em viés de confirmação por parte do magistrado nas decisões judiciais que recaem sobre o processo criminal, que desconsideram outras possibilidades de tomada de decisão que não aquela já abordada anteriormente pela autoridade policial na investigação criminal e pelo Ministério Público quando da acusação imputada ao sujeito que entende autor do crime.

Utilizando-se, novamente, do exemplo estadunidense, por meio da pesquisa de Michelle Alexander, ressaí o viés confirmatório na relutância dos juízes em questionar as segundas intenções dos policiais no exercício da parada de veículos em atitude suspeita. “Desde que os policiais se abstenham de pronunciar epítetos raciais e desde que mostrem o bom senso de não dizer ‘a única razão por que o parei é o fato de ele ser negro’, os tribunais costumam fechar os olhos para os padrões de discriminação da polícia.”⁹¹

Ainda do exemplo estadunidense, destaca-se uma pesquisa realizada com 133 juízes de três jurisdições distintas, onde foi aplicado um teste, denominado *associação racial implícita*, promovida por Jeffrey Rachlinski e Sheri Johnson, no qual foram apresentadas duas situações hipotéticas em que a raça do indivíduo processado criminalmente não era expressa e uma situação em que a raça era explícita. Como resultado da pesquisa, pode-se observar que “os juízes associam, assim como a população em geral, as pessoas negras a situações

⁸⁹ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça:** como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2ª. ed. Florianópolis: EModara, 2021, p. 51.

⁹⁰ BARROSO. **Por um processo penal não racista.** 2023, p. 58.

⁹¹ ALEXANDER. **A nova segregação.** 2018, p. 201.

negativas e que esses preconceitos raciais podem influenciar nos julgamentos, apesar de 97% dos juízes que participaram da pesquisa informarem que têm condições de evitar os vieses raciais implícitos.”⁹²

Ao julgador recairá a decisão final de reconhecer se o acusado é, ou não, responsável pela infringência da norma criminal denunciada pelo órgão acusatório, o que robustece a importância do seu papel no julgamento dos processos criminais. Por esta razão, o juiz que se limita a dar continuidade ao trabalho da autoridade policial e do promotor de justiça, sem questionar possíveis abusividades policiais ou sem prévia análise do respeito dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos suspeitos nas abordagens, acaba por inutilizar a função jurisdicional, deturpando a figura imparcial do Judiciário na apuração do caso, contribuindo para o estado de seletividade do processo penal.

Nesse panorama, cada um é responsável por um papel no processo penal, investigar, acusar e julgar, sobrando ao réu se defender. Para João Ricardo Gomes Barbosa, o “Estado, ao dividir as responsabilidades de seus agentes em agente investigador, agente acusador e agente julgador, criou uma espécie de filtragem processual, tendo como um dos principais motivos evitar lides penais infundadas.”⁹³

Exemplificando, a abordagem policial, baseada na seletividade racial, ainda que silenciosa, aliada com a justificativa de conceito aberto “fundada suspeita”, posteriormente acatada pelo Ministério Público para acusação, recepcionada pelo Poder Judiciário, sem o necessário filtro processual, pode redundar em não apenas abusividade, mas significar condenação de inocentes, quase sempre ligados ao grupo de vulneráveis, rotulados como supostos agentes de crimes.

Por isso, o indiciamento efetuado pela autoridade policial desprovido de elementos concretos de conclusão da investigação, caracteriza-se como ato administrativo arbitrário, que, sem a devida análise do apurado pelo órgão acusatório e julgador, acaba por implicar atingimento de direito fundamental de imagem da pessoa indiciada, acarretando, como abordado por Aury Lopes Jr., estigmatização jurídica derivada do processo penal, consubstanciada na “retirada da identidade de uma pessoa e a outorga de outra, degradada, estigmatizada. Em definitivo, o processo penal é uma clara atividade de etiquetamento”.⁹⁴

⁹² BARROSO. **Por um processo penal não racista**. 2023, p. 59.

⁹³ BARBOSA, João Ricardo Gomes. A autoridade policial como filtro processual e seu papel de garantidor. *In*: VIEIRA, Maristela; NETO, Pedro Camilo de Figueirêdo; BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do; (Orgs.). **Ciências Criminais II: olhares insurgentes**. Salvador: Mente Aberta. 2022, p. 137.

⁹⁴ LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4ª ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2006, p. 61.

Assentado nesse panorama, o sobredito autor ainda comenta que “a estigmatização jurídica pode ser concebida como uma situação de desvantagem gerada pelo fato de ser indiciado ou acusado e que se manifesta no seio do próprio processo”. Exemplificativamente, dentre as estigmatizações jurídicas que o doutrinador apresenta, ressaem as seguintes: a) a denúncia abusiva para etiquetar como criminoso hediondo e, com isso, entre outros males, impedir a liberdade provisória; b) a prisão cautelar como etiquetamento do sujeito passivo e prejulgamento que compromete a imparcialidade do julgador; c) o simples fato de haver sido indiciado em outro processo.⁹⁵

Nessa medida, o processo penal pode ser desvirtuado de sua finalidade quando dominado exclusivamente pelo interesse estatal, hipótese segundo a qual estaria vinculado a uma liberdade inteiramente discricionária do julgador, enquanto que o indivíduo seria apresentado como mero objeto de inquirição, e não como sujeito participativo.

Se o processo penal, conforme ensino de Scarance⁹⁶, constitui “uma oposição de interesse (portanto de uma lide, disputa ou controvérsia) entre o Estado que quer punir os crimes e o indivíduo que quer afastar de si quaisquer medidas privativas ou restritivas de sua liberdade”, a pessoa processada não pode ser abandonada ao poder estatal. Antes, deve ser tratada como sujeito do processo, blindada com todos os seus direitos a uma defesa justa e com as suas garantias individuais constitucionalmente asseguradas.

Diante de um modelo punitivo brasileiro com características seletivas, que atingem mais os vulneráveis que pessoas das classes dominantes, relevantes se tornam estudos que possam conter esta espécie punitivista. Fala-se em estudo, porque necessária profunda reflexão na condução do processo penal, para que não se esteja a referendar proteção insuficiente dos direitos humanos, nem excessos na forma julgadora de processos criminais desencadeados contra sujeitos por suas condutas criminais.

Ainda assim, não se pode esquecer-se da consequência igualmente rotuladora que o indivíduo terá que lidar caso seja condenado, especialmente se a hipótese for prisão privativa de liberdade, muito embora qualquer outra sanção criminal seja, em si mesma, geradora de efeito estigmatizante pelo resultado que produz no meio social. Para além dos efeitos da carreira criminal, resultantes do processo espiral sequencial dos atos do *labelling approach*, anteriormente traçados, a condenação à prisão gera uma reação nos círculos familiares e de amizades, ocasionando repercussão desabonadora do indivíduo na esfera do mercado de

⁹⁵ LOPES JR. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2006, p. 64.

⁹⁶ FERNANDES. **Processo Penal Constitucional**. 1999, p. 14.

trabalho e no meio social em que vivia, diminuindo as chances de oportunidade de conviver como antes.

3 O ETIQUETAMENTO CONTEMPORÂNEO NA POPULAÇÃO NEGRA PELA SUA CONCEITUAÇÃO COMO PRINCIPAIS CRIMINOSOS

3.1 O nascimento e o fim da escravidão e suas consequências para os negros

Até onde restou abordado sobre a teoria do etiquetamento, determinados tipos de indivíduos são criminalizados, primária e secundariamente, por não fazerem parte da estrutura social dominante, estando à margem da sociedade instituída pelo estado neoliberal, cuja política de desenvolvimento assistencialista *Welfare State* não cuidou, tampouco tinha o interesse, de alcançá-los. Em resposta a esta negação do Estado Administração, os sujeitos criminalizados se insurgiram e empregaram outros meios para conseguirem alcançar os mesmos fins disponíveis ao grupo assistido pela política neoliberal, o que os sujeitou ao rótulo de desviados e, por consequência, ao enfrentamento do Estado punitivista.

Em meio a esse segmento da sociedade, em que pessoas são rotuladas mais por questão de sua reação social do que propriamente por uma característica patológica tendenciosamente condicionante ao desvio, estão os negros. Também, não por questões necessariamente ligadas à diferença exibida no requisito do fenótipo, e sim por demandas atinentes semelhantemente ao pacote do estado de negação assistencialista do Estado neoliberal para com eles.

Por igual, ressaí entre os negros uma relação de dominação e opressão por conta do estado de inferioridade a que estão sujeitos. A categoria de indivíduos privilegiados com o bem-estar social assume a posição de superior (brancos) sobre o outro, intitulado desordeiro (negros), o que redundaria em causa para que muitas das ações praticadas por este último grupo sejam tachadas como criminais, a exigir uma postura opressiva de controle social pela primeira classe.

A condição de inferioridade dos negros que redundou no seu racismo, porém, remonta à sujeição histórica que ocuparam quando do processo de escravidão, cujo contexto histórico perpassa imprescindivelmente o estudo da raça, que, de sua parte, demanda uma análise interdisciplinar com apoio histórico, sociológico e político para ser compreendida de forma acertada. Para chegar à discussão relativa à posição dos negros nas relações sociais, então, mister situar os efeitos do que significou a escravidão para eles, enquanto pessoas de direito, como os demais seres humanos.

A questão racial, como se pode inicialmente perceber, não foi uma ideologia que se desenvolveu progressivamente apenas por condições afetas unicamente às características do

indivíduo, igual assinalava o positivismo criminológico lombrosiano. Determinante também foi o movimento imperialista europeu, com seu processo de influência local sobre os povos em meio às conquistas da propriedade privada, constituindo as ideologias voltadas à raça verdadeiro reflexo do imperialismo.

Se assim o é, diante do avanço do modelo expansionista europeu, restou demonstrado que a *dominação* de uma nação sobre outra não se restringia meramente a hipótese de expansão territorial, local, sobre a propriedade, por assim dizer. Também abrangia o domínio sobre o povo derrotado, que, ao invés de descartado à primeira vista, era utilizado como mão de obra para produção econômica a serviço do grupo *dominante*.

Não que a exploração do trabalho fosse, fundamentalmente, a principal finalidade da relação de dominação empregada pelos povos vencedores na conquista de espaço geográfico, e sim, porque no pacote da produção imperialista decorreria, por óbvio, a necessidade de crescimento econômico e mais trabalho do que o esperado inicialmente. Qualquer empenho maior na contraprestação do serviço pago redundaria em prejuízo ao produtor. Deste modo, por ser a exploração do trabalho do dominado, sem remuneração alguma, uma maneira encontrada de obter maiores benefícios sem que o produtor tivesse que dispender recursos à mão de trabalho, exceto alimentação, foi que a escravidão do sujeito foi adotada.

É de Orlando Patterson, professor da Universidade de Harvard, a explicação de que não há um único país ou região do planeta que não tenha acolhido a escravidão como instituição⁹⁷, *constrangedora*, sob a ótica dele, em prefácio a sua própria obra *Escravidão e morte social: um estudo comparativo*. A Europa, também, desde a antiguidade, precipuamente desde a época das grandes navegações, já conhecia e realizava diversas formas de escravidão. Grécia, Roma, Espanha, França, Portugal, além de outros países que compreendem o espaço territorial da Europa, até mesmo as Américas, destacadamente o Brasil, tinham na prática escravista sua forma de alicerce. A escravidão, de fato, prosperou significativamente em todos os primeiros centros de civilização humana, resultando daí o desenvolvimento da estrutura socioeconômica de uma nação como foi na ascensão das economias ocidentais.

Embora não fosse a única forma de trabalho dependente, uma vez sujeitados à condição de escravos, os povos poderiam ser levados a desempenhar qualquer tarefa de cunho eminentemente econômico, o que permite concluir que “*toda aparição histórica da escravidão – fosse no Egito antigo, na China antiga, no mundo greco-romano ou nas Américas a partir do tráfico transatlântico – sempre esteve relacionada ao trabalho*”, como

⁹⁷ PATTERSON, Orlando. **Escravidão e morte social**: um estudo comparativo. Trad.: Fábio Duarte Joly. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – Edusp. 2008, p. 11.

diz Wagner Miquéias Damasceno.⁹⁸

A formação social decorrente do êxodo rural também exigiu controle do fluxo econômico necessário para o desenvolvimento da cidade e seu crescimento urbano por meio de um sistema de dominação de uma estrutura social sobre outra, esta última destacada eminentemente por pessoas do campo, apartadas da civilização previamente constituída com propriedades privadas localizadas.

Com base nesses pontos até então considerados, a aproximação de um conceito que se pode atribuir à palavra escravidão começa com a compreensão que se deve ter a respeito desta forma de dominação absoluta de um grupo de pessoas diferentes por outras, em dessemelhantes esferas geográficas territoriais e distintos períodos históricos, capaz de aumentar o trabalho diário necessário para o desenvolvimento dos ramos de produção, sem qualquer contraprestação.

De fato, o escravismo se tornou uma prática constante ao longo do desenvolvimento de qualquer sociedade na história, seja nas mais primitivas ou nas mais civilizadas, cuja dominação sempre estava caracterizada por uma relação de poder hierárquico, em que uma pessoa teria maior capacidade ou condições de exercer poder do que outra. Base da economia e matéria primordial desde a era colonial, a escravidão, para além das consequências afetas à divisão racial, também representou uma desigualdade econômica entre os negros, enquanto sujeitos principais da categoria escrava. Uma vez que eram já considerados inferiores aos brancos, diante da sua sujeição aos trabalhos forçadas.

No entanto, o historiador Laurentino Gomes, em pesquisa atualmente reconhecida no âmbito nacional, demonstra que a escravidão nem sempre estava relacionada ao quesito “cor”, não se restringindo somente à população negra. De acordo com ele, embasado em cálculo efetuado pelos historiadores William G. Clarence-Smith e David Eltis, até trezentos anos atrás, a quantidade de pessoas escravizadas que eram brancas, amarelas e indianas na Europa, Oriente Médio e Ásia era provavelmente muito superior ao número de africanos cativos transportados à América pelo tráfico Atlântico, vindo a população negra a superar esse patamar exclusivamente depois, no final do século XVII⁹⁹.

Inclusive, a compreensão acerca do fato da prática do escravismo não estar associada à figura negra se extrai do próprio significado originário do termo *escravo*, cujo termo

⁹⁸ DAMASCENO, Wagner Miquéias. **Racismo, escravidão e capitalismo no Brasil**: uma abordagem marxista. – Bauru/SP: Mireveja. 2022, p. 23.

⁹⁹ GOMES, Laurentino. **Escravidão**: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares. 1ª ed. Rio de Janeiro – Globo Livros. 2019, p. 66.

designativo era derivado da palavra latina *slavus*, vocábulo este atribuído para se referir aos eslavos, habitantes da região dos Bálcãs, Leste Europeu, sul da Rússia e margens do Mar Negro, local famoso por ser grande fornecedor de mão de obra cativa para o Oriente Médio e o Mediterrâneo. Nos dizeres de Lilian Moritz Schwarcz e Heloisa Murgel Starling, poucos foram os povos que não tinham o sistema escravocrata como convivência usual, e os que, de um modo ou de outro, o praticavam sempre deram aos cativos o tratamento de “estrangeiros”, ao julgarem como indivíduos sem história, família ou raízes¹⁰⁰.

Damasceno registra, por igual, a originalidade da escravidão sobre indivíduos estar afeta não necessariamente aos negros, e sim pelo fato dos sujeitos serem “estrangeiros”, por vezes, pertencentes à nação conquistada e que, por isso, “não eram escravizados com base em sua etnia ou fenótipo, mas porque eram habitantes de territórios que eram alvo do interesse expansionista de determinado grupamento social.”¹⁰¹

Qualquer outro continente, como a África tinha, pois, toda a propensão a se tornar um sistema escravagista, diante da imposição forçada de trabalho e domínio sobre o povo *estranho*, por suas particularidades culturais, étnicas e linguísticas da região fora da localidade territorial própria do sujeito que impõem o regime.

De qualquer modo, muito embora a escravidão tivesse sido acolhida em outros períodos históricos com alcance de outros segmentos humanos, não se desconsidera o fato predominante de referida instituição, como entendida diametralmente, se encontrar mais identificada na dominação de indivíduos que tinham a cor da pele negra do que por outros aspectos. “É verdade que havia escravos brancos, como também é verdade que se podia ser negro e livre, até mesmo de *status* elevado – mas isto não significa que a negritude não estivesse associada à escravidão”, acrescenta Patterson¹⁰².

O próprio Laurentino Gomes, que antes discorreu acerca do fato da escravidão não decorrer precisamente da cor da pele, e sim, o inverso, reconhece, ao menos na história da escravidão das Américas, a distinta forma do emprego do cativo se concentrar mais nos africanos, o que acarretou “o nascimento de uma ideologia racista, que passou a associar a cor da pele à condição de escravo [...], usado como justificativa para o comércio e a exploração do trabalho cativo africano”, no qual “o negro seria naturalmente selvagem, bárbaro, preguiçoso, idólatra, de inteligência curta, canibal, promíscuo”¹⁰³.

¹⁰⁰ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. – 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2018, p. 79.

¹⁰¹ DAMASCENO. **Racismo, escravidão e capitalismo no Brasil**. 2022, p. 30.

¹⁰² PATTERSON. **Escravidão e morte social**. 2008, p. 95.

¹⁰³ GOMES. **Escravidão**. 2019, p. 73.

Para os africanos, neste ponto, a cor escura significava praticamente uma maldição, em vista dos pontos negativos que sua característica favorecia para sua seleção como *coisa* intercambiável, sem controle algum sobre seu trabalho.

O caráter opressivo de sujeição do ser humano a um trabalho para outrem se expandiu mais nas colônias da Inglaterra, Portugal, Espanha, Holanda, França etc., tendo como elemento escravo os filhos do continente africano¹⁰⁴. Até na própria África estava presente este sistema escravista, desenvolvido mais por conta da linhagem e do parentesco, embora o comércio de escravos não fosse fundamental para a economia daquele continente. Ainda assim, eram escravizados africanos para a realização de serviços caseiros, concubinato e até mesmo para atos de sacrifício ritual, realizados, para isso, até exportação de africanos para o deserto do Saara, estando incluídos os islâmicos no papel de traficantes dos povos da África.

Não quer dizer que o continente africano fosse o principal responsável pelas proporções significativas que o sistema escravagista atingiu em seu território, mas que, do ponto de vista histórico, a demanda europeia na busca de mão de obra cativa em seu espaço foi maior do que a de outros continentes.

O interesse português, por exemplo, pelo comércio de escravos da costa africana passou a ser essencial a partir do século XV, quando a busca de ouro já não era sua principal finalidade, e sim a cultura de açúcar entre os principais produtos de Portugal, momento em que a escravidão destinada para o cumprimento de afazeres domésticos passou a ser secundária, tornando-se a mão de obra escrava fundamental para a produção do açúcar. Com a chegada dos portugueses nas ilhas do Atlântico houve alteração radical das modalidades de comércio, seja em escala ou recurso crescente à violência, bem ainda no relacionamento interior com os Estados africanos.

Aos poucos, os portugueses se familiarizaram com as populações africanas, de forma que já as classificavam como amigas ou inimigas, não se preocupando com o aspecto da cor ou “raça”, em primeiro momento. Foi o uso específico, aliado ao encarecimento da mão de obra, além da abertura do transporte marítimo para os mercados subsaarianos, que tornou os cativos negros comparativamente mais baratos¹⁰⁵. Portugal viu nos negros africanos a saída para o povoamento, aumento da riqueza da nação e seu desenvolvimento. Posteriormente, aumentada traficância de cativos africanos na costa atlântica para fins de mão de obra e o declínio dos preços, levou os portugueses a renegarem os africanos da Europa em direção às

¹⁰⁴ MOURA, Clóvis. **Dicionário da escravidão negra no Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – Edusp. 2013, p. 149.

¹⁰⁵ SCHWARCZ; STARLING. **Brasil**. 2018, p. 82.

colônias americanas.

No que diz respeito ao Brasil, como maior precedente histórico da escravidão na América do Sul, o regime escravocrata tem início desde a chegada dos colonizadores portugueses, que empregaram o cativo africano para o serviço da colonização e ocupação das terras, não se podendo aqueles se valer unicamente dos trabalhadores assalariados diante do amplo número de terras disponíveis no período, somado à falta de contingente de mão de obra de trabalhadores dispostos a emigrar.

Também o cativo indígena, embora visto como opção inicial por aqueles europeus, não se traduziu como alternativa capaz de suprir a exigência para trabalhar na produção lucrativa com o território descoberto. Em primeiro lugar, por causa da incompatibilidade com o trabalho pretendido pelos colonizadores (intensivo, contínuo e compulsório), cuja noção era totalmente desconforme com a realidade deste povo nativo, que empregava suas energias em rituais, celebrações e guerras.¹⁰⁶ Dificilmente poderiam os indígenas se acomodar ao trabalho metódico exigido para exploração dos canaviais, em vista da sua tendência para atividades menos sedentárias e que pudessem exercer sem regularidade forçada e sem vigilância¹⁰⁷. Em segundo lugar, havia uma forte oposição dos missionários jesuítas, que, por sua vez, assumiram a responsabilidade de converter indígenas ao catolicismo e catequizá-los na religião europeia, não havendo espaço para o exercício da atividade forçada exigida.

Por causa dessas dificuldades, os indígenas se tornaram um obstáculo ao progresso da colonização europeia, de forma que sua sujeição ao escravismo foi, praticamente, abandonada e com a tendência destes nativos, cada vez mais, ao afeiçoamento da cultura europeia demonstrada durante sua convivência, houve miscigenação com os portugueses.

O governo de Portugal, ao invés de condenar casamentos mistos de indígenas e brancos, ratificou a situação, estimulando-a, inclusive, determinando que aos cônjuges mistos e aos filhos que adviessem desta união não fosse imposto qualquer ato injurioso. Segundo a famosa Lei da Liberdade, promulgada pela Coroa Portuguesa, em 1755, os índios teriam liberdade integral, sobretudo para serem vassalos do rei de Portugal¹⁰⁸.

Holanda acrescenta que, pelas leis portuguesas, aos indígenas foi destinado inclusive “preferência para qualquer emprego, honra ou dignidade, sem dependência de dispensa alguma, ficando outrossim proibido, sob pena de procedimento, dar-se-lhes o nome de

¹⁰⁶ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2006, p. 48.

¹⁰⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995, p. 48.

¹⁰⁸ MATTOS, Hebe; GRINBERG, Keila. Código Penal Escravista e Estado. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; GOMES, Flávio dos Santos; (Orgs.). **Dicionário da escravidão e liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras. 2018, p. 166.

caboclos, ou outros semelhantes, que se possam reputar injuriosos”¹⁰⁹.

Não bastasse, os portugueses não podiam contar com imigrantes de seu próprio continente, uma vez que estavam disponíveis em pequena quantidade no território brasileiro e provavelmente sua sujeição ao escravismo ocasionaria interferência na imigração voluntária para as novas colônias.

Diante desse contexto, alternativa distinta não restou à Coroa Portuguesa, senão implantar o regime de escravidão dos africanos na localidade, notadamente porque já era uma prática recorrente na Europa, e até mesmo na África. Ademais, tal como os indígenas, os africanos eram considerados como raça inferior, incapaz de fazerem parte da civilização, de modo que os colonos brancos não hesitarem ao executar o trabalho escravo junto aos negros.

Bastava aos colonos que promovessem o transporte dos cativos daquele continente ao Brasil, local onde se sujeitariam a trabalhos forçados. A quantidade de pessoas africanas traficadas para serem utilizadas na atividade açucareira era descomunal e variável. Entre os anos de 1550 e 1855 estima-se que foram trazidos do continente negro cerca de quatro milhões de escravos, em sua maioria, jovens do sexo masculino.¹¹⁰

Joaquim Nabuco, advogado, político e representante da elite branca, em seu livro *O abolicionismo*, clássico que se tornou depois movimento brasileiro pelo fim da escravidão, relata que o tráfico negreiro provocou uma união das fronteiras brasileira e o continente africano. “Lançou-se, por assim dizer, uma ponte entre a África e o Brasil, pela qual passaram milhões de africanos, e estendeu-se o hábitat da raça negra das margens do Congo e do Zambeze às do São Francisco e do Paraíba do Sul”.¹¹¹

Neste particular, desde que assumiu contornos de integração nas relações comerciais em curso, a escravidão tomou novas proporções que afetaram profundamente as raízes dos africanos reduzidos ao cativo. Como aborda o historiador especialista em história da África, José Rivair Macedo, os escravos não lidaram apenas com o estado de sujeição a trabalho forçado. Segundo o autor, passaram os africanos por um processo que ele denomina de *desenraizamento*. “Primeiro, quando eram arrancados do local e da comunidade do qual faziam parte. Ao serem deslocados para terras longínquas, submetidos a outras regras sociais e a outras formas culturais, os cativos sofriam a violação dos seus corpos, de que perderam o controle, e a violação de seus códigos culturais originais”.¹¹²

¹⁰⁹ HOLANDA. **Raízes do Brasil**. 1995, p. 56.

¹¹⁰ FAUSTO. **História do Brasil**. 2006, p. 51

¹¹¹ NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. 2000. E-book kindle (não paginado).

¹¹² MACEDO, José Rivair. **História da África**. São Paulo: Contexto. 2015, p. 103.

Mais do que isso, tomado pela sujeição ao escravismo, os africanos foram introduzidos naquilo que Patterson definiu como *morte social*, uma “pessoa socialmente morta”¹¹³, isto é, estado de perda de sua identidade, moradia, língua, crença, laços familiares, comunidades e costumes, para sujeição forçada de uma espécie de trabalho que os desenraizava da sociedade original em que viviam. Ao passo que o seu trabalho, procriação de filhos e cultura estavam associados e dependentes da vontade do seu dono, senhor de escravo, o quadro de pertencimento do escravo estava deteriorado, por não ter vontade própria, dada a perda de sua identidade antiga para formação de uma nova, condicionada ao poder do seu novo dono.

Em outras palavras, o escravo deixa de ser um sujeito de direitos e passa a se tornar coisa, *res*, objeto, semovente de seu proprietário, mesma nomenclatura empregada para os animais que tivessem um dono. Esta nova identidade “coisificada” começava desde as características visuais empregadas ao escravo até a imposição de comportamentos culturais e religiosos, com o que o cativo não estava familiarizado.

Com relação à característica física, o escravo estava representado não só pelo uso de pulseiras de metal, colares e coleiras no pescoço, como também por uma dolorosa marca sobre a pele, efetuada por ferro em brasa, que, para ser introduzida na região do seu corpo, era necessária sua imobilização por outras pessoas.¹¹⁴

Para Laurentino Gomes¹¹⁵, esta marcação consistia num ritual aterrorizante, por meio da utilização de uma haste de madeira, em cuja ponta estava um carimbo de metal que era colocado sobre carvão em brasas até que ficasse incandescente. Depois, com a ajuda de vários assistentes, o escravo era imobilizado, enquanto o local de sua pele a ser marcado era coberto com cera e um pedaço de papel lubrificado com óleo, para, com isso, evitar que a pele grudasse ao ferro quente e fosse arrancada durante a operação. A visibilidade da marca, porém, se tonaria mais perceptível somente depois de alguns dias, quando cicatrizada a ferida.

A marcação dos africanos que eram traficados também tinha uma sequência, representada, geralmente, por quatro ou cinco diferentes sinais sobre a pele. Aqueles cativos que eram originários do interior da África já tinham alguma identificação, realizada pelo comerciante responsável pelo seu envio ao litoral. A segunda marca consistia num selo da

¹¹³ PATTERSON. *Escravidão e morte social*. 2008, p. 69.

¹¹⁴ A comprovação de que os escravos eram marcados por ferro quente no Brasil Império ressaí da Constituição Política de 1824, que, em seu artigo 179, inciso XIX, já abolia prática de penas cruéis como a tortura pela marca de ferro quente: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: (...) XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.” BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. 1824.

¹¹⁵ GOMES. *Escravidão*. 2019, p. 282.

Coroa Portuguesa que o escravo recebia na região do seu peito direito, como forma de indicar o efetivo recolhimento dos impostos e das taxas. O sinal em forma de cruz, por sua vez, apontava que o cativo havia sido batizado. A quarta marca identificava o nome do traficante que estava despachando o escravo, enquanto a quinta que ele poderia receber era aquela do seu novo dono, para o qual trabalharia.

Afora esses sinais aplicados, destaca-se a marcação particular dos escravos que fossem fugitivos contumazes. Neles, então, era gravada a ferro quente, mais precisamente, na região do rosto ou do peito a letra *F* em sua forma maiúscula, representando exatamente a característica do cativo *fujão*. Todavia, quando os senhores de escravos souberam que entre os cativos referida marca era mais considerada motivo de orgulho pelos fugitivos, que a exibiam admirada e honrosamente a seus companheiros, substituíram-na por uma outra punição mais repulsiva, consistente no corte do tendão de Aquiles de um dos pés do escravo¹¹⁶.

É certo que, assim como o uso das joias, vestimentas, tatuagens, as cicatrizes decorrentes da marca imposta sobre o escravo tinham a função de identificar o seu dono, como meio de ressaltar o padrão de propriedade em meio ao ambiente ritualístico de escravização do indivíduo, tornando-o dessemelhante na comunidade em que se encontrava, notadamente quando tivesse contato com outros grupos de cativos.

Importante assinalar que é neste ritual de características relativamente estáveis sobre o corpo que Goffman reconhece o que nomina de *signos de estigma*, porquanto empregados contra a vontade da pessoa marcada, cujos símbolos aplicados aos negros, noticiam a “identidade social do escravo mas, ao contrário dos grilhões de ferro em torno do pescoço ou da perna, comunicam, também, algo mais que isso, ou seja, a posse por um senhor em especial. As autoridades têm, então, duas preocupações em relação a um negro apreendido: saber se ele era ou não um escravo fugido e, se o fosse, saber a quem pertencia.”¹¹⁷

Com esta observação de Goffman sobre a identidade, resta evidenciado o caráter estereotipado do segmento inferior ao que o escravo passou a ser integrado, sem que tivesse escolha.

No tocante à característica interna do escravo, importante consignar o simbolismo existente diante da mudança de nome do cativo, que, apesar de não se traduzir em marca visível da servidão forçada, não deixou de acentuar seu *status* de indivíduo socialmente morto. É que com a mudança titubeada de nomes sobre o cativo que acaba acarretando a característica da perda de sua identidade e seu nome original. Considerado por Patterson

¹¹⁶ PATTERSON. *Escravidão e morte social*. 2019, p. 97.

¹¹⁷ GOFFMAN. *Estigma*. 2022, p. 56.

como sinal verbal de toda identidade, o nome de uma pessoa estabelece e divulga sua relação com sua parentela, daí se compreendendo que em toda sociedade escravista um dos primeiros atos do senhor seja mudar o nome de seu novo escravo.¹¹⁸

Ainda que não tivessem mantido ilesas suas tradições de matrizes africanas e as praticado com a mesma naturalidade no Brasil do que na África, alguns negros chegaram a adotar elementos culturais do espaço cultural brasileiro que julgavam úteis e, no aspecto da religiosidade, até se tornaram cristãos devotos, abandonando as crenças anteriores.

Na opinião de Laurentino Gomes, constitui equivocada a ideia de que alguns africanos apenas se convertiam à religião católica e fingiam aceitá-la para se protegerem dos senhores brancos, enquanto continuaram cultivando às escondidas divindades africanas por meio de imagens de santos católicos.¹¹⁹

Havia tanto os que se convertiam sinceramente ao catolicismo, quanto os que o misturavam às suas tradições africanas. Esta última opção religiosa se traduziu na ideia do que se convencionou chamar de sincretismo, definido como uma “tentativa inconsciente de aproximar, combinar e identificar o culto às divindades africanas com o dos santos do catolicismo”.¹²⁰

O labor escravocrata era representado, em sua maioria, pelo emprego de atividade que exigisse muito esforço físico cada vez maior, além do trabalho pesado no campo, sob o sol escaldante. Os senhores de escravos, porém, não hesitaram destinar a seus cativos todo tipo de trabalho físico que surgisse, a exemplo da carpintaria, pintura, execução de obras, costura, sapataria entre outros serviços.

Também não escaparam da labuta escravocrata as mulheres, que não apenas eram encarregadas dos serviços domésticos e até de algum trabalho de natureza braçal semelhante aos homens, como exerciam a prostituição nas regiões portuárias, vendendo seu corpo como instrumento de prazer, cujos ganhos eram entregues aos seus senhores.

Não obstante a atividade laboriosa já fosse em si extremamente violenta, a estrutura escravocrata no Brasil estava mais categorizada pela violência diante da prática usual de exercício de diferentes formas de castigo aplicadas aos cativos africanos. Ao revés de vingança ou reparação moral por uma infração praticada, castigar tinha a função de controle social sobre o escravo, de maneira a servir de exemplo aos demais escravizados, além de

¹¹⁸ PATTERSON. **Escravidão e morte social**. 2019, p. 91.

¹¹⁹ GOMES, Laurentino. **Escravidão: da corrida do ouro em Minas Gerais até a chegada da corte de dom João ao Brasil**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Globo livros. 2021, p. 272.

¹²⁰ SOUTY, Jérôme. **Pierre Fatumbi Verger: do olhar livre ao conhecimento iniciático**. São Paulo: Terceiro Nome. 2011, p. 194.

manter organizada a força de trabalho do grupo.

Dentre os castigos mais utilizados no Brasil destaca-se o quebra-negro, que consistia numa chibatada pública aplicada aos escravos recentemente adquiridos para educá-los a sempre olhar para o chão na presença de autoridades.

Tais castigos punitivos eram admitidos pela Igreja Católica e pelos fazendeiros como forma de tornar os cativos submissos e trabalhadores obedientes. Jorge Benci, padre jesuíta que esteve no Brasil no final dos anos 1600, afirmava que escravos deviam ser submetidos a castigos “para que não se façam insolentes, e para que não busquem traças e modos com que se livrem da sujeição de seu senhor, fazendo-se rebeldes e indômitos”.¹²¹

Em similaridade, o jesuíta Barnabé Soares, com o propósito de regular a vida no engenho Pitanga, na Bahia, escreveu um regimento que estabelecia a pena de até vinte e quatro açoites a serem aplicados a escravos de acordo com a gravidade da falta cometida. Esse discurso paternalista dos jesuítas, antes de significar preocupação com a necessidade moderada como os castigos deveriam seguir, tratava-se mais de uma justificativa para o emprego da disciplina que eles próprios exerciam, dado que também eram donos de fazendas com incontáveis escravos como mão de obra.

No ponto de vista de Schwarcz e Starling, a montagem do aparato de controle da ordem escravista foi lenta, sistemática, sustentada numa legislação com escopo repressivo muito amplo e que acreditava fortemente na eficácia da punição pública, na exposição espetaculosa do delito e da aplicação da penalidade atribuída ao infrator.¹²²

Por mais que os cativos negros pudessem se nutrir com alimentação cultivada por eles e, por alguns momentos, cultuar suas divindades, estas condições eram muito poucas e quase sempre condicionadas à autorização do seu patrão. Na tentativa de escapar de sua condição de *peça*, os cativos buscaram espaços do próprio sistema escravista, com o escopo de recriar suas culturas, enquanto procuravam encontrar uma forma de se libertar. Foi até sob essas circunstâncias de reinvenção de costumes e tradições que os negros africanos procuraram reconstruir sua própria identidade então perdida durante a travessia do Atlântico.

Diante desse cenário de aniquilação de cultura e raízes de índole racial, a adoção de novo *status* pelo negro o orientou a procurar os seus iguais. Não se vendo como sobressair no sistema escravagista, não lhe resta outra medida senão se apegar ao grupo de cativos, adquirindo esse padrão de vida como se fosse seu modo original. Os laços de afeição e

¹²¹ BENCI, Jorge. Economia christã dos senhores no governo dos escravos. Roma: Antonio de Rossi. 1755. *Apud* SCHWARCZ; STARLING. **Brasil**. 2018, p. 91.

¹²² SCHWARCZ; STARLING. **Brasil**. 2018, p. 103.

comunidade entre os cativos foram fundamentais para sua sobrevivência e perpetuação como um grupo dominado. Como escreveram Herbert S. Klein e Francisco Vidal Luna, os escravos “formaram famílias, educaram seus filhos e adquiriram crenças que deram legitimidade às suas vidas”¹²³.

Em igual diretriz, Kátia M. de Queiroz Mattoso, disserta sobre uma duplo aprendizado que resta ao negro perante a sociedade dominada pelos brancos, no qual o cativo que não se adapta só lhe resta a fuga, suicídio e revolta, mas ao que se integra de um jeito ou de outro, encontra nova identidade na adaptação, consistente no “ajustamento tático ao modelo branco e ao que seus senhores exigem dele em obediência, fidelidade e adaptação sincera aos modos de vida e ao pensamento criados por um grupo escravo heterogêneo, numa dupla tensão que busca, ao mesmo tempo, imitar o modelo branco e manter a tradição africana”¹²⁴.

Todavia, não se pode conceber que o sentimento de identidade escravagista fosse o mesmo que tivessem no continente africano, não estando, desse modo, reestabelecida sua cultura original. Por óbvio, a sujeição ao estado de dominação da sociedade escravocrata, muitas vezes carregado de violência, não era aceitável pelos africanos, havendo registros históricos de fugas e lutas frequentes na tentativa de reaverem suas vidas ou, até mesmo, o suicídio do indivíduo como alternativa a não permanência da situação. A resistência grupal havia ganhado espaço com a associação grupal dos cativos que depois constituíam o grupo denominado quilombos.

A maior rebelião de quilombo registrada na história do Brasil foi Palmares, que consistia na comunidade de aproximadamente quarenta cativos, oriunda do engenho de açúcar de Pernambuco. Pouco tempo depois, referida comunidade passou a designar um refúgio extenso de várias comunidades cativas. Schwarcz e Starling consideram Palmares um evento simbólico da luta negra dos escravos “por inclusão social e em referência para uma interpretação do Brasil que não legava aos escravos apenas o papel de vítimas passivas. Eram vítimas porque não tinham escolhido viajar para cá e trabalhar na cana. Mas foram agentes, uma vez que não se acomodaram ao regime de privações a eles imposto.”¹²⁵

Recapturado, o cativo foragido era devolvido ao seu proprietário e submetido a todo tipo de punição e castigo exemplar público, como mutilação do corpo. Todavia, aos poucos se viu a necessidade de construir novos mecanismos de controle e manutenção da ordem

¹²³ LUNA, Francisco Vidal; KLEIN, Herbert S. **Escravidão no Brasil**. São Paulo: Edusp/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo. 2010, p. 203.

¹²⁴ MATTOSO, Katia M. de Queiroz. **Ser escravo no Brasil**. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense. 1990, p. 107.

¹²⁵ SCHWARCZ; STARLING. **Brasil**. 2018, p. 102.

escravocrata com a contratação de “capitães do mato”, pessoas responsáveis por perseguir o escravo foragido, seja vivo ou morto, entregando-o ao senhor, restaurando, assim, a ordem das coisas, em vista do grande prejuízo que era a fuga de um escravo ao seu proprietário.

A prática da escravidão negra se estendeu até o século XIX, período em que houve um fortalecimento do movimento abolicionista, diante da grande influência intelectual inglesa, que já não via no sistema escravagista motivo para enriquecimento. Kaufmann atribui especial participação à marinha inglesa nas águas e portos do Brasil, que intensificou sobremaneira a extinção da escravidão nas terras brasileiras pela vigilância e captura de navios que transportassem negros, trazendo, ainda, a justificativa de que a Coroa Britânica necessitava para seu desenvolvimento de um mercado consumidor, livre e assalariado.¹²⁶

Não se pode, porém, ignorar que o emprego dessa forma de mão de obra expropriatória da ação humana foi significativo para a lucratividade e desenvolvimento do país brasileiro, possibilitando aumento de capital que depois garantiria a produção de manufatura e, posteriormente, a Revolução Industrial. Além desta especificidade, o Brasil, de todos os outros países, foi o último a aderir a abolição da escravidão, inexistindo outro país no qual a escravidão tivesse longevidade tão duradoura de mais de 370 anos.

Nesse quadro de antecedência ao abolicionismo, sobreveio a Lei Eusébio de Queiroz, em 1850, que dispunha acerca da extinção do tráfico de escravos, precipuamente ocorrido nas embarcações, em razão da influência que os movimentos britânicos contrários a estas práticas exerciam. Conquanto já existisse o comércio de negros já fosse vedado pela Lei de 7 de novembro de 1831, declarando, inclusive, livres todos os escravos vindos fora do Império, é de se reconhecer que a Lei Eusébio de Queiroz foi o marco decisivo para rebaixar a trama de interesses mercantis voltada ao tráfico negreiro.

Os fazendeiros brasileiros, uma vez habituados com a ideia de fim da escravidão que já se expandia pelo território brasileiro, foram tomados pelo pânico, em vista da tradição rural e da essencialidade do serviço cativo, diante da possibilidade de não ter mão de obra suficiente para as colheitas que se aproximavam, o que os obrigou a oferecerem de antemão alforrias e outras contrapartidas aos africanos em troca da prestação de serviços em suas lavouras.¹²⁷

Posterior à Lei Eusébio de Queiroz foi promulgada a Lei do Ventre Livre, em 1871,

¹²⁶ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 52.

¹²⁷ GOMES, Laurentino. **Escravidão: da independência do Brasil à Lei Áurea.** 1ª ed. Rio de Janeiro. Globo Livros. 2022, p. 33.

que estabelecia a liberdade dos filhos de escravos nascidos no Brasil. Pouco tempo depois, em 1885, foi promulgada a Lei dos Sexagenários, que beneficiava os escravos com mais de 65 anos, tornando-os igualmente livres.

De todo modo, a abolição do escravismo negro no Brasil somente veio a se tornar definitiva com a promulgação da Lei Áurea, em 13 de maio de 1888. É certo que as rebeliões e lutas pela escravidão tiveram sua parcela contributiva para irromper o movimento abolicionista nas terras brasileiras, como acrescenta Clóvis Moura, ao assinalar que “se méritos devem ser computados, deverão ser creditados à rebeldia negra. Se houve limitações imperdoáveis, elas devem ser computadas aos tímidos abolicionistas que a concluíram”.¹²⁸

Não obstante, de acordo Luciano Goés, a extinção do modelo escravista não passava de instrumento de controle racial sob a promessa de liberdade, restringindo os efeitos do abolicionismo ao mínimo possível, aparelhando a sociedade de leis protecionistas e reduzindo, ao máximo, riscos de uma transição do sistema escravagista para uma jovem república excludente. Neste sentido, a abolição na forma gradual e lenta por meio de “leis para inglês ver”, em verdade, tinham o propósito de demonstrar que a liberdade não chegou aos negros senão pelas mãos dos brancos, empoderando estes, mantendo uma “passividade” que dissolvia as tensões raciais.¹²⁹

Como defendido por Joaquim Nabuco, o abolicionismo significava um ato de bondade, compaixão e humanidade do branco para com o negro, e não uma conquista deste, dado que a liberdade só podia decorrer da lei, preenchidos seus requisitos, externos e internos, e não de fazendas ou quilombos do interior, tampouco nas praças e ruas da cidade.¹³⁰

Justamente por isso, abolição não foi acompanhada de medidas políticas e legislativas que integrassem os negros então escravizados à sociedade geral. A Lei Áurea apenas colocou fim à prática escravista outrora empregada em termos formais, outorgando aos negros o direito à liberdade. Todavia, em termos fáticos, o regime escravista dos negros ainda perdurou sobre outras facetas, porque não empregada mudança drástica capaz de lidar com a situação inevitável da animosidade entre o branco e o negro. Este, apesar de livre e representar grande número nas terras brasileiras, continuava a ser tratado como inferior e alguém que devia ser subjogado, não merecedor das mesmas condições e oportunidades de ascensão social.

Diferentemente do que sucedeu com a libertação do escravismo indígena, em que houve legislação que impusesse tratamento conceituado aos índios como pessoas que

¹²⁸ MOURA, Clóvis. **Os quilombos e a rebelião negra**. São Paulo: Brasiliense. 1986, p. 81.

¹²⁹ GÓES. A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues. 2021, p. 167.

¹³⁰ NABUCO. **O abolicionismo**. 2000. E-book kindle (não paginado).

deveriam receber cargos importantes e preferência, “os pretos e os descendentes de pretos, esses continuam relegados, ao menos em certos textos oficiais, a trabalhos de baixa reputação, os *negro Jobs*, que tanto degradam o indivíduo que os exerce, como sua geração”.¹³¹

Pela abolição meramente formal, avessa aos possíveis resultados, os ex-escravos passaram a transitar em todo espaço da sociedade constituída pelo branco, sem que fossem integralizados e identificados como pertencentes à nação brasileira. Sem garantia de trabalho assalariado e condições de oportunidades formais de ascensão social, os negros eram vistos como indesejados no meio social, uma sub-raça, por assim dizer, sobretudo um empecilho ao desenvolvimento e progresso da nação brasileira.

Antes da supressão da escravidão, havia obstáculos impostos aos negros que recebiam liberdade individual, isto é, sua alforria. Nas mulheres, por exemplo, via-se dificuldade de se desvencilharem das suas origens escravistas, embora desfrutassem dos mesmos privilégios que as mulheres brancas, as “donas do lar”¹³². Mesmo adquirindo sua alforria, tornando-se ricas, não conquistaram o *status* de “senhoras de elite”. Não passavam de *forras*, pois, ainda continuaram carregando o estigma da cor. Não se distinguiam, portanto, dos costumes passados e, na visão da sociedade branca, jamais poderiam conquistar qualquer espaço como se fossem dos brancos naturalmente. Não havia, pois, espaços para o negro alforriado assumir posição na sociedade executando quaisquer tipos de tarefas.

Muito embora o jornalista Leandro Narloch consiga ver algum tipo de compensação na situação das mulheres negras “forras” em meio às brancas, ainda no período antes da abolição, ao sinalizar que estas ficavam em casa debaixo das decisões do marido e cuidando de sua reputação, enquanto aquelas eram agraciadas por poder circular na rua e conversar com quem quisessem, tocando a vida independentemente dos maridos¹³³, deve-se esclarecer que isto, ao invés de constituir um fator positivo, beira à incivilidade e à impertinência, em razão da falta de padrão do comportamento esperado pela mulher na sociedade.

Não obstante a abolição da escravidão, os negros não foram tratados como pessoas comuns e sujeitos de direitos. Continuaram carregando o aspecto de desumano e diferente dos demais, momento em que o estigma da cor se tornou o principal, senão único, elemento de distinção do povo que deveria ser colocado à margem da estrutura social, sem qualquer amparo assistencialista integrador do Estado.

Aos africanos também foram negadas as possibilidades de educação, acesso à saúde e

¹³¹ HOLANDA. **Raízes do Brasil**. 1995, p. 56.

¹³² NARLOCH, Leandro. **Guia politicamente incorreto da história do Brasil**. São Paulo: Leya. 2011, p. 91.

¹³³ NARLOCH. **Guia politicamente incorreto da história do Brasil**. 2011, p. 91.

assistência social e econômica no território brasileiro em que se encontravam. Não podiam, em síntese, frequentar escolas e hospitais, sequer obter os mínimos cuidados necessários à subsistência, em vista da condição de predispostos à integralizar a mesma posição assumida pela população da escala branca.

Tais resquícios de inferioridade são resultados diretos da situação que o regime escravista proporcionou aos cativos africanos, vistos nada mais que *coisas*, propriedade instrumental de lucro, indesejados para o meio social.

Esse contexto de coisificação do negro liberto só vem a modificar-se quando a conduta deste impacta o convívio social então estruturado pela população branca, habitante de casas, com família constituída, emprego fixo, pela forma do comportamento, especialmente quando infringente de alguma regra.

Desse nível adiante, o ex-escravo passa a ser considerado humano, porém, não do ponto de vista de sujeito de direitos, e sim, pelo figurino de *outsider*, isto é, indivíduo merecedor da atividade estatal repressiva, conforme exposição seguinte.

3.2 O tratamento penal racial aos negros: da criminalização da cultura negra à formação de estereótipos

Conquanto os fins objetivados pelo sistema escravista, em profundidade, tivessem o interesse econômico, como, de fato, trouxe às terras brasileiras no período inicial, não há “escravidão boa ou má, portanto não há escravidão melhor ou pior. Sempre e em qualquer lugar ela gera o sadismo, a rotinização da violência e a perversão social. O que resta [...] é a má consciência, a culpa da perpetuação de um sistema como esse por tanto tempo e de forma assim naturalizada.”¹³⁴

Questionamentos não faltaram como insurgência ao modelo escravista adotado para fins meramente comerciais, sem considerar as condições mínimas de dignidade humana que careciam os africanos, compulsoriamente exilados de seu continente original, levados cativos como instrumento de sujeição dos brancos, os quais exerciam todo tipo de ato violento contra aqueles, que não passavam de instrumento de trabalho.

Com o abolicionismo, ainda que eles não estivessem mais sujeitos a trabalhos forçados e sem remuneração, não lhes foi garantida sua inclusão na estrutura econômica e social dominante. Isto se deve, essencialmente, ao ponto de vista atribuído à população negra, que até então era tratada como coisa, senão animal, de modo que estritamente difícil considerá-la

¹³⁴ SCHWARCZ; STARLING. **Brasil**. 2018, p. 97.

como capaz de disputar o mesmo espaço com a população branca, realizando, por exemplo, atividades de cunho representativo da sociedade, nos seus mais diversos níveis.

Não que os ex-escravos estivessem desinteressados em disputar o mercado de trabalho juntamente com as pessoas brancas, em pé de igualdade, mas que a própria estrutura social dominante estivesse com propósito desencontrado à busca almejada por aqueles, visto que atuava no sentido de afastá-los cada vez mais do mercado de trabalho livre, dificultando, assim, sua composição no meio social a que estavam entregues depois da abolição.

Além disso, especialmente durante a época da migração de estrangeiros para região do Brasil. Em busca de trabalho, estes tinham que disputar concorrência com a mão-de-obra do negro liberto, que, quando conseguia oportunidade, utilizava-a para conseguir um valor ínfimo como contraprestação. Daí decorria o sentimento de presença indesejável atribuída ao negro, o que levou a procura de medidas para extirpá-lo ainda mais do convívio social.

Apesar de posto em liberdade, o negro se encontrava atirado à sociedade sem meios de fazer parte dela no mercado de trabalho. Ainda que a força física fosse sua capacidade familiar de exercício, o sistema de produção econômica estava revestido de limitações com as quais o então cativo não podia lidar por não se encontrar preparado. Situação que melhor exemplifica essa dificuldade era a frágil participação do negro na negociação dos valores que deveria lucrar em troca da mão de obra exercida. À medida que o negro ocupava o papel de mercadoria operada no sistema escravista, o serviço em que laboraria depois já não lhe era interessante, de modo que se mostrava alienado da produção, não participando sequer da venda da sua força de trabalho.

Outra circunstância era o despreparo do negro como trabalhador livre para o labor aperfeiçoado e técnico exigido no campo comercial industrial que surgia, por causa da rotineira forma como exerciam o trabalho escravo antes da abolição, fato que, somado ao crescimento da migração de novas populações ao território brasileiro, o deixou sem ocupação regular, impossibilitado, pois, de competir com a concorrência técnica e, principalmente, branca, de quem vinha de fora.

Portanto, a imagem que se perpetuou após o período escravista é de que o negro, abstratamente, continuaria sendo uma pessoa sem condições de vida e liberdade, porque limitado economicamente e incapaz de fazer parte da cultura social dominante, estando, por isso, à margem da sociedade ideal.

Conforme abordagem feita por Lilia Moritz Schwarcz, a população negra continua sendo secularmente menos livre e menos igual que outras por causa do seu histórico durante o

processo de desenvolvimento da sociedade brasileira. Em sua obra *Nem preto, nem branco, muito pelo contrário*, a autora discorre que, da mesma forma como não existem bons ou maus racismos, porque o termo, por si só, é igualmente ruim, devem ser consideradas as peculiaridades da história brasileira que fez da desigualdade uma etiqueta internalizada e da discriminação um espaço não formalizado.¹³⁵

Desde sua independência, em 1822, havia no Brasil um forte interesse na demonstração de que o país estava, de fato, desvinculado do estatuto colonial português. A busca pela nova imagem brasileira, dentro todas as peculiaridades necessárias de governo e instituição de leis, passava pela mudança de consciência sobre a diversidade racial, precipuamente pela população de cor, e a necessária busca pela *higienização* cultural, de modo a estabelecer um só tipo de raça dominante, precipuamente branca.

“Se do ponto de vista político-econômico a colonização apoiava-se na exploração de recursos naturais e na imposição militar, do ponto de vista cultural, a supremacia europeia era justificada em princípios racistas, que colocavam os africanos na escala mais baixa da humanidade”¹³⁶. Daí o porquê dos negros se encontrarem inseridos na categoria subcultural, à margem da sociedade dominante, representando um obstáculo na busca pela identidade cultural latino-americana, que tinha uma perspectiva centrada nas características da civilização europeia, como modelo de superioridade a ser adotado.

Importante dizer que já no período de colonização e submissão dos africanos ao escravismo, concomitantemente, crescia o período de desenvolvimento das teorias determinantes e raciais nos meios acadêmicos ocidentais, momento em que os negros, sobretudo por seu aspecto de não pertencente ao território brasileiro, passaram a ser objeto de conceituação e teorização científica pelos eruditos da época.

É nesse contexto histórico de busca pela homogeneidade brasileira em meio à desvinculação do domínio colonial que se destacaram homens da ciência, tal como conceituados, que abordaram matrizes teóricas significativas para direcionar o problema nacional ao discurso racial.

Silvio Romero foi um dos estudiosos do período dos finais do século XIX que defendia a mestiçagem, isto é, a mistura da raça branca com a negra, como uma das condições pelas quais se podia dizer que o branco restou vitorioso no país. Segundo sua ótica, com a ausência de um grupo étnico definitivo, o mestiço passou a ser a primeira, senão única,

¹³⁵ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Nem preto, nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociedade brasileira**. – São Paulo: Claro Enigma, 2012, p. 36.

¹³⁶ MACEDO. **História da África**. 2013, p. 146.

alternativa à disposição, como solução final da raça em formação no Brasil. A “partir de Romero, o direito ganha um estatuto diferente no Brasil. Passa a combinar com antropologia, se elege como ‘sciencia’ nos moldes deterministas da época e se dá o direito de falar e determinar os destinos e os problemas da nação”¹³⁷.

O discurso racial se torna, portanto, tema principal para cuidar dos modelos deterministas da preservação da cultura nacional, de modo a estabelecer uma interpretação particular do país, vinculada, inclusive, nas máximas evolucionistas de Darwin. Depois de identificadas as diferenças entre a raça inferior, elas eram inseridas como objeto de estudo, determinante de sua condição social.

Depois de 1890, destacou-se, durante o período de surgimento das primeiras faculdades de Direito no Brasil, a *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, que começou a circular nos anos de 1891, que dentre os objetivos expressamente declarados, tinha como meta incitar a produção científica no país ainda em formação e, especialmente, a necessidade de um referencial teórico em autores e modelos pelos quais a questão racial era um elemento fundamental para análise da nação.

Em análise aos dados contidos nos periódicos da *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife* observa-se a preocupação com o estabelecimento de um único código criminal, próprio para fixação de regras voltadas, sobretudo, a limites da liberdade, a realidade das medidas sancionatórias. O predomínio de artigos tratando do direito criminal com mais intensidade não aparecesse acidentalmente. O debate trazido à tona e os textos que tematizam o problema nacional procuravam direcionar intencionalmente o direito penal para lidar com o aspecto racial.

Ressalta Schwarcz que a “preponderância de artigos sobre direito criminal não parece, portanto, acidental. Faz parte de um debate específico, de uma seleção intencional de autores e teorias. Em Recife, esse esforço todo resultou na reelaboração dos modelos científicos então disponíveis, com um acento especial a essa área nova do direito em suas determinações raciais.”¹³⁸ A presença de autores como Lombroso e as posições de Silvio Romero destacavam o interesse da revista científica no sujeito como causa da criminalidade então praticada na comunidade social.

Já no primeiro periódico da *Revista Acadêmica* já se podia vislumbrar a existência de discursos tratando acerca da necessidade de uma nova legislação penal que tivesse conotação

¹³⁷ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870 – 1930.** 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras. 1993, p. 203.

¹³⁸ SCHWARCZ. **O espetáculo das raças.** 1993, p. 209.

mais científica e nacional, de maneira a atender aos anseios deterministas da relação do povo. A propósito, é o que se extrai de trecho publicado na revista paginado como 1891:43, segundo o qual “necessária uma nova legislação em especial o Direito Penal. Toda legislação criminal deve ter um cunho nacional e se deve conformar ao caráter proprio do estado do povo ao qual é destinada. Mas toda legislação deve ter bases scientificas e a sciencia é quem determina e fixa essas bases”.¹³⁹

É de se reconhecer que os modelos darwinistas sociais constituíram-se em instrumentos eficazes para julgar povos e culturas a partir de critérios deterministas, atributos externos e fenótipos, definidores de moralidades e legitimados pela biologia. O tema era encampado no Brasil como país miscigenado que é, desde meados do século XIX, caracterizando uma espécie de laboratório racial. Antes de vinculado à biologia, o termo raça compreendia a ideia de “grupos ou categorias de pessoas conectadas por uma origem comum”, não indicando uma reflexão de ordem mais natural¹⁴⁰.

Nesse contexto de desenvolvimento de teorias raciais, incumbe pontuar que o conhecimento acerca das raças levou, por conseguinte, ao que Schwarcz chama de “ideal político”, que previa a submissão ou eliminação das raças inferiores: a *eugenia*, uma espécie de prática do darwinismo racial, cuja meta era intervir na reprodução das populações, tal como a antropologia criminal de Cesare Lombroso, que pressupunha a captura do criminoso antes que ele viesse a cometer o delito.¹⁴¹

Em oposição ao evolucionismo social, que pregava a existência de hierarquia na humanidade, Raimundo Nina Rodrigues não concordava com a ideia de perfectibilidade decorrente da mestiçagem para todos os grupos humanos. Não acreditando que todos os grupos fossem capazes de evoluir igualmente e chegar ao progresso e à civilização, conferiu às raças o estatuto de realidades estanques, defendendo que toda mistura de espécies seria sempre sinônimo de degeneração. Em estudo de caso sobre *mestiçagem* numa comunidade da Bahia, referido cientista comprova que as pessoas dessa raça carregavam todos sintomas comportamentais de desvio, como epilepsia, loucura e criminalidade.

Nina Rodrigues concebeu a ideia de relatividade dos crimes e a associou à questão da imputabilidade, afirmando que “de certas raças se esperava responsabilidade, de outras, não se podia cobrar o que não possuíam. Mas o importante era a anotar a noção de diferença, de

¹³⁹ SCHWARCZ. **O espetáculo das raças**. 1993, p. 205.

¹⁴⁰ SCHWARCZ. **Nem preto, nem branco, muito pelo contrário**. 2012, p. 20.

¹⁴¹ SCHWARCZ, Lilia Moritz. Teorias raciais. SCHWARCZ; GOMES; (Orgs.). **Dicionário da escravidão e liberdade**. 2018, p. 406.

diferença racial”¹⁴². Por não acreditar que uma única lei pudesse regular todos os grupos de indivíduos que conviviam, propôs, então, a existência de dois códigos, um para os brancos e outro para os negros.

O fato é que ainda que toda essa pauta investida no discurso de raça tivesse a melhor das intenções de construir uma identidade branca da sociedade brasileira, em última instância, não se podia negar que a política de higienização estava, cada vez mais, voltada ao extermínio da população negra.

Como os negros representavam o obstáculo para a construção da sociedade ideal, ainda que indesejado pelos indivíduos, a preocupação não era simplesmente a figura do delinquente ou o crime praticado, mas especialmente a questão de a sociedade estar constituída também pela população negra, vista como principal agente criminoso do momento. A anarquia das raças era o receio existente nesse cenário no país, e a legislação penal o meio utilizado para hostilizar esta condição.

Para além das razões para a adoção do sistema escravagista, ressaltou o conformismo jurídico, que, do mesmo modo, negou aos africanos o direito à liberdade integral. Não bastasse o fato de não terem empregos, moradia e quaisquer benefícios públicos que, regularmente, eram destaque da sociedade constituída por pessoas brancas, representantes da classe média e alta, os negros tinham que lidar com o sistema ostensivo de repressão da justiça que era internalizada em criminalizá-los muito mais pelo temor que sua presença social ocasionava do que a infração comedidamente praticada.

Aliás, esse estado de convivência jurídica também ocorria durante o regime escravista, no século XVI, quando da falta de eficiência das sanções que deveriam ser aplicadas aos senhores de escravos que ultrapassassem os limites da razoabilidade e proporcionalidade na execução dos castigos aos cativos. Embora existisse um regramento que exigisse moderação no emprego da disciplina ao escravo, cuja inobservância sujeitaria o infrator a determinadas sanções, do ponto de vista prático, a norma não detinha força suficiente para ser operacionalizada em toda e qualquer área rural.

Nessa moldura, Laurentino Gomes observa que a legislação em Portugal era repleta de contradições no que dizia respeito à segurança física dos cativos, porque nem sempre o que estava na letra dos códigos legais valia na prática. Por mais que as Ordenações Filipinas, considerassem crime a morte de um escravo por seu senhor, não havia como avaliar se os castigos estavam sendo realmente moderados e proporcionais à falta cometida “nas

¹⁴² SCHWARCZ. **Nem preto, nem branco, muito pelo contrário**. 2012, p. 21.

imensidões ermas e distantes do Brasil colônia, em que fazendeiros, senhores de engenho e mineradores de ouro e diamante eram, na prática, a lei.”¹⁴³

Diante dessa inviabilidade prática e consistente quanto à vigilância do escravismo, em momento algum foi possível identificar qualquer penalização correspondente aos donos de escravos e senhores de engenho que, porventura, não tivessem atendido à determinação legal de moderação na prática da disciplina aos cativos. À míngua de legislação rigidamente eficaz que pudesse regular, então, a prática escravista por parte dos donos de escravos, não havia efeito jurídico favorável aos cativos durante o período.

Tratar os escravos como *res* também foi algo que a legislação brasileira da época não negou. A Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864 estendia os escravos como coisas que poderiam ser objeto de hipoteca, além do que a ofensa à integridade física do cativo sujeitava o responsável ao pagamento de indenização civil, porém, o valor do dano era destinado ao proprietário e não ao escravo. No aspecto criminal, sobressai o Decreto n. 138 de 15 de outubro de 1837, que equiparou o cativo como *res furtiva*, colocando-o ao lado de qualquer outro objeto de valor, cuja perda ocasionava prejuízo ao proprietário.

No mesmo padrão, a Lei nº 601/1850 (Lei da Terra), promulgada no ano em que a comercialização de escravos foi vedada no território brasileiro, definiu que as terras ainda não ocupadas eram propriedades do Estado, enquanto aquelas ocupadas podiam ser regularizadas como propriedade privada, em prol do interesse apenas da elite, em detrimento da população de ex-escravos. Tratava-se de um instrumento de controle da propriedade de terras, em que aqueles não tivessem condições de adquirir, como os negros, não poderiam ter a posse de qualquer pedaço de terra brasileira para viver e cultivar.

No período pós-abolição, a legislação tratou de manter o controle sobre os africanos. A ideia de que os negros não deviam povoar as terras brasileiras se intensificou logo após o abolicionismo, tomando, porém, proporções maiores, devido ao número da raça negra que ocupava as ruas. Aos poucos, começaram a ser vistos como perigosos e ameaça às terras brasileiras e aos poucos foram sendo cunhados estereótipos como sujeitos indisciplinados e predadores furiosos. “Afim, nesse momento a grande pergunta que restava sem respostas, girava em torno do lugar que ocuparia a população negra recém-saída da escravidão e sujeita ao arbítrio da República, sistema que surgia propugnando a igualdade cidadã”¹⁴⁴.

Das propriedades rurais onde eram escravizados, os negros mantiveram distância, devido ao receio que o ambiente imprimia aos então cativos. Havia um contingente de ex-

¹⁴³ GOMES. *Escravidão*. 2021, p. 314.

¹⁴⁴ SCHWARCZ. *Nem preto, nem branco, muito pelo contrário*. 2012, p. 21.

escravos que perambulou por rodovias, percorreu vilas e cidades, sem, todavia, encontrar lugar aonde se fixar, de modo que a rua passou a ser a principal, senão única, residência deles.

Além do mais, se, por um lado, tinham brancos que vinham na abolição do regime escravocrata motivo de empoderamento e superioridade em meio aos negros, por outro, tinham aqueles que temiam que os cativos libertados se insurgissem de alguma forma contra seus antigos senhores, a título de vingança, o que, inevitavelmente, gerou motivo de pânico aos fazendeiros, pois, residentes no meio rural, distante da urbanidade.

Nessa linha, motivos não faltaram para criminalização da população negra, vista como perigosa e indesejável, tanto no período do escravismo quanto na época pós-abolição, quando a justiça penal foi decisiva para dar continuidade, senão substituir, o empenho da forma opressiva de castigos disciplinares para manter o foco na produção econômica pela moldura punitivista do Estado, mantida, desse modo, a política de dominação da classe inferiorizada pela sociedade dominante.

Ao invés de garantir condições para viver em comunidade e de forma comportada, o negro só podia contar com a opressão do sistema penal que tratou de criminalizar toda sua cultura, modo de vida, religião etc. A partir do momento em que obteve a liberdade, deixando o figurino de coisa, propriedade de alguém, passando a ser tratado como pessoa, o negro teve que lidar com o receio que os brancos tinham com sua presença e, principalmente, pela não mais possibilidade de exercício de controle como dantes, diante do período pós-abolição. Nesta ocasião, a população negra passa a ser a principal destinatária de investidas repressivas, tachada como protagonista da prática de crimes na sociedade.

Logo, a metodologia da violência escravista não cessou essencialmente com a abolição, porque o negro, ainda, teria que lidar com os estereótipos negativos que não o deixavam livre plenamente, especialmente porque a primeira vez que o ordenamento jurídico o tratou como cidadão, pessoa, foi para criminalizá-lo, constituindo a prisão o expediente mais apto para o controle social penal exigido para este tipo de classe.

Na época do Brasil Império, quando da vigência do Código de Processo Penal de 1832, percebia-se que ao escravizado eram negados vários direitos. Exemplificativamente, o artigo 75, § 2º dispunha que não seria admitida denúncia do escravizado contra seu senhor. De igual modo, o artigo 89 vedada ao escravizado a possibilidade de ser testemunha, aceitando seu depoimento apenas como informante, a depender da valoração pelo magistrado, podendo

variar a depender da informação, se ela recaia sobre uma pessoa livre ou outro cativo.¹⁴⁵

Mais tarde, no ano de 1841, com a reforma do Código de Processo Criminal do Brasil Império, por meio da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841 e do Regulamento nº 120, poderes do juiz foram transferidos à polícia, a qual poderia executar poderes sem a necessidade de autorização, a exemplo da expedição de mandados de busca e apreensão, incriminação formal, estabelecimento de fiança, condução de audiências judiciárias sumárias e pronúncia de sentenças.

Tal deslocamento de poderes acentuava o anseio da rígida vigilância a ser exercida pela polícia com maior liberdade para o controle dos escravizados, dando-lhe a atribuição para deter negros, libertos ou cativos, que pudessem ser considerados em atitude suspeita, o que demonstra o funcionamento da legislação processual penal como extensão do mesmo poder de dominação dos senhores de escravos, sem qualquer domínio pelo Judiciário.

Com a proximidade do fim do regime escravocrata veio o receio da população branca com o negro liberto, que era integralizado à figura de inimigo a ser eliminado. Conter o negro que ocupava o território brasileiro foi a principal preocupação das classes dominantes e detentoras do poder de controle. Pouco tempo depois da vigência da abolição, o escravismo transcende aquela forma disciplinar primitiva do uso do chicote para dar lugar à prática da limitação do direito de ir e vir do ex-escravo pela atividade repressiva policial de encarceramento, que se valia do expediente legislativo que criminalizava as condutas dos povos africanos.

É o que discorre Ana Flauzina, em importante dissertação sobre o tema da discriminação racial e arbitrariedades do sistema penal, em que o segmento negro é enxergado como inferior e perigoso, mesmo após a abolição da escravidão, por causa do aporte racista, o mesmo que serve de expediente para o exercício da atividade policial. Assinala, daí, o motivo da “aceitação da criminologia positivista como grande suporte teórico do treinamento policial. Se o ‘chicote sobreviveu nos subterrâneos do sistema penal’, foi graças ao aporte do racismo que, por meio da criminologia, construiu uma prática policial republicana ciente do seu papel no controle da população negra”.¹⁴⁶

Tamanha a preocupação com o estado de liberdade garantido aos negros que dois anos

¹⁴⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal de 1832**. “Art. 75. Não serão admitidas denúncias: [...] § 2º Do escravo contra o senhor. [...] Art. 89. Não podem ser testemunhas o ascendente, descendente, marido, ou mulher, parente até o segundo grão, o escravo, e o menor de quatorze annos; mas o Juiz poderá informar-se delles sobre o objecto da queixa, ou denuncia, e reduzir a termo a informação, que será assignada pelos informantes, a quem se não deferirá juramento.”

¹⁴⁶ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2ª ed. Brasília: Brado negro. 2017, p. 72-73.

depois da Lei Áurea (1888) já foi instituído o Código Penal da República (1890), antes até da Constituição Republicana (1891). Nele foram inseridos os mais diversos tipos de infração que não só tinham por escopo alcançar práticas africanas, como a capoeira, o uso da maconha, o curandeirismo e religiosidade africana, mas também as condições pessoais a que se encontravam os negros, depois de lançados à sorte, criminalizando daí a vadiagem, a mendicância, enfim, suas heranças culturais e religiosas.

A capoeira tinha uma peculiaridade na cultura negra que foi fundamental para propiciar o aperfeiçoamento da repressão policial aos negros como criminosos. De acordo com Antônio Liberac Cardoso Simões Pires e Carlos Eugênio Líbano Soares, logo após a independência brasileira, “a capoeira se tornou um grave problema de segurança pública. Inúmeros documentos oficiais testemunham sua prática na cidade do Rio de Janeiro, relatando o uso de assobios para identificar grupos; o hábito de esconder facas no cabo de pequenos chicotes”¹⁴⁷.

Considerada como atividade combativa, originária da combinação de ritos corporais africanos distintos, caracterizada tanto por golpes de pernas e cabeça quanto pelo uso de determinados instrumentos cortantes, a capoeira alcançou a América durante o tráfico atlântico e se solidificou no ambiente urbano escravista. Sua prática apontava para a formação de grupos de escravos (maltas) e para o domínio de parcelas do espaço urbano.

Durante o período escravista, jovens capoeiristas eram obrigados a pertencerem ao grupo de soldados durante a Guerra do Paraguai, enquanto os filhos dos senhores de escravos eram preservados. Daí o costume que os capoeiristas tinham de acompanhar as bandas e marchas militares pelas ruas, as maltas à frente dos batalhões formados durante a Guerra do Paraguai, ocasiões em que faziam gingas e meneios de capoeira desafiando a ordem dominante. Depois, os capoeiras foram contratados pela Guarda Negra, pertencente a José do Patrocínio, a fim de praticarem distúrbios e atos de violências em manifestações republicanas, isso no período entre a abolição e a Proclamação da República.

Nesse ínterim, Clóvis Moura destacava que Deodoro da Fonseca, após proclamada a República, indignado com os capoeiras, notadamente com a série de atos violentos, iniciou uma campanha para dissolver os capoeiristas, tendo conferido plenos poderes ao promotor público Sampaio Ferraz, que desencadeou uma perseguição aos capoeiras, mandando-os, quando presos, quase sempre sem nenhuma justificativa, para a ilha de Fernando de

¹⁴⁷ PIRES, Antônio Liberac Cardoso Simões; SOARES, Carlos Eugênio Líbano. Capoeira na escravidão e no pós-abolição. In: SCHWARCZ, Lília Moritz; GOMES, Flávio dos Santos; (Org). **Dicionário da escravidão e liberdade**. – São Paulo: Companhia das Letras. 2018, p. 138.

Noronha¹⁴⁸.

A partir de sua criminalização durante o período republicano, com tipificação no artigo 402 do Código Penal de 1890, a capoeira estava proibida de ser exercitada nas praças e ruas, incluídas as agravantes para o caso dos praticantes que forem encontrados portando armas ou promovendo tumultos. Além do mais, no caso de reincidência, a pena seria aplicada no grau máximo e, na hipótese do capoeirista ser estrangeiro, seria deportado assim que cumprida a pena, conforme disposto nos artigos 402 e 403 do referido Diploma Legal.¹⁴⁹

Os efeitos da penalização foram maiores dos que qualquer outra situação envolvendo os negros libertados, não se podendo desconsiderar, contudo, que a criminalização da capoeira não tinha relação propriamente com qualquer representação de risco à sociedade, mas sim com a associação do praticante da capoeira e dos rituais ao vagabundo, perigoso, desordeiro em que o negro é associado à violência.¹⁵⁰

Não se olvide que o Código Penal da República de 1890, precisamente em seu capítulo XIII, criminalizava a capoeiragem ao lado da infração de vadiagem, como se fossem infrações semelhantes (dos Vadios e Capoeiras), representativas do negro, não sendo estranho o fato de um mesmo sujeito ser indiciado por ambas as modalidades naquele período, porquanto a mesma penalização recairia aos *vadios* e *capoeiras*.

O resultado da criminalização desse modo de vida da população negra não poderia ser outro, senão a prisão em massa. Ao analisar o contexto da cidade de São Paulo na época em que vigorava o Código Penal de 1890, Boris Fausto registra o grande número de prisões no período que tinham como destinatários os praticantes de vadiagem e capoeira, representados precipuamente por negros, que são detidos em proporção mais de duas vezes superior à parcela que representam na população global da cidade.¹⁵¹

A propósito, no município de Rio de Janeiro, só entre os anos de 1890 a 1938, foram registrados cerca de 560 (quinhentos e sessenta) processos-crimes aproximadamente pelo

¹⁴⁸ MOURA, Clóvis. **Dicionário da escravidão negra no Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2004, p. 86-87.

¹⁴⁹ BRASIL, **Código Penal da República de 1890**: Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal: Pena - de prisão celllular por dous a seis mezes. Paragrapho unico. E' considerado circunstancia aggravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta. Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro. Art. 403. No caso de reincidencia, será applicada ao capoeira, no gráo maximo, a pena do art. 400. Paragrapho unico. Si for estrangeiro, será deportado depois de cumprida a pena.

¹⁵⁰ BARROSO. **Por um processo penal não racista**. 2023, p. 34.

¹⁵¹ FAUSTO, Boris. **Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)**. São Paulo: Editora brasiliense. 1984, p. 52.

cometimento de infrações descritas no artigo 402, ou seja, capoeira¹⁵², sem ponderar outros anais existentes em jornais da época, fontes policiais, literárias, iconográficas e da documentação judiciária que também demonstravam conhecimento da prática de vadiagem e capoeira pela população de cor e sua criminalização pelo aparato social.

Fausto ainda chama a atenção para o número relativo de prisões de a população negra possuir maior proporção que qualquer outro grupo social ser decorrente do caráter contravencional da maioria de negros e da situação de marginalidade ou subemprego a que foram confinados após a abolição¹⁵³. Lançados às ruas e sem perspectiva de aceitação no território para o qual foram exilados, normalmente que fossem caracterizados como vadios, sem emprego e à míngua de condições para sobrevivência.

A partir dessa perspectiva, o sobredito autor enfatiza a depreciação do sujeito negro, inclusive com discriminação racial empregada pelas autoridades policiais, manifestada até pelas testemunhas das infrações praticadas em São Paulo nos anos de 1892, 1913 e 1924, conforme se pode observar da transcrição de depoimentos, relatórios de delegados, sobretudo o qualificativo *negro* ou *pardo* introduzido à tinta, em letras bem nítidas, na margem das páginas dos documentos oficiais, apontando a estigmatização da cor como condição pessoal padrão, acompanhada de um diminuto, por vezes, depreciativo do sujeito.¹⁵⁴

A dimensão do racismo, então, ganhou contornos decisivos após sua vinculação ao aparelho policial e reverberou na esfera coletiva, a qual passou a associar à figura do negro ao agente cometedor de crimes, pessoa indesejável, inadequado e ofensivo, cujo processo social de negação da existência do negro, sua cultura, religião e cotidiano implica criminalização secundária pelo etiquetamento.

Apesar de retirado da condição de coisa, o negro foi catalogado como criminoso, evitando, assim, que ele tivesse as mesmas condições dos sujeitos brancos. O interesse brasileiro na criminalização do negro era, basicamente, a exclusão deste da sociedade branca, visto que não era pertencente à classe dominante, autodeclarada como originária do território brasileiro independente.

Como escreve Rubens Casara, “em virtude da mudança na sociedade a partir de 1892 (o fim do sistema escravista, a imigração em massa e a recessão econômica), surgiu a necessidade de incrementar o emprego dos meios penais para o controle social, na busca da

¹⁵² PIRES; SOARES. Capoeira na escravidão e no pós-abolição. SCHWARCZ; GOMES; (Orgs.). **Dicionário da escravidão e liberdade**. 2018, p. 141.

¹⁵³ FAUSTO. **Crime e cotidiano**. 1984, p. 54.

¹⁵⁴ FAUSTO. **Crime e cotidiano**. 1984, p. 55.

conservação das estruturas sociais.”¹⁵⁵ Em outros termos, se com o regime escravista os negros podiam ser criminalizados facilmente por causa da condição oprimida de controlado em que estavam, com a abolição era necessário suporte maior vindo de outros níveis de controle, constituindo o ordenamento jurídico penal o principal exemplo.

De fato, o sistema de justiça penal é destinado à população negra em atendimento à cultura do controle e ao mesmo estado de estrutura dominante do sistema escravocrata, sobre o pódio do discurso de segurança nacional e ordem pública, abrindo espaço para a política migratória de pessoas brancas, como tentativa de higienizar a raça brasileira.

A entrada de imigrantes estava incentivada pelo Decreto nº 528 de 28 de junho de 1890, que dispunha como livre sua entrada nos portos da República, desde que não estivessem respondendo à ação criminal do seu país, com exceção dos indígenas e os africanos, o que evidenciava o aspecto de controle da raça sobre o Brasil.

Não por outra razão, a tipificação da reincidência da conduta do capoeirista, prevista no artigo 403 do Código Penal da República de 1890, já estabelecia, em seu preceito secundário, a pena de deportação do infrator caso estrangeiro fosse. De igual modo, o Decreto nº 1.641, de 7 de janeiro de 1907, denominado Lei Adolpho Gordo, determinava a expulsão do estrangeiro que, por qualquer motivo, comprometesse a segurança nacional ou a tranquilidade pública, independentemente do tempo de residência no país.

Se toda lei e os direitos por ela assegurados são produto da atividade livre daqueles a quem se lhes reconhece social e legitimamente a autoridade de fazê-la, não havia limites ao Brasil República que tinha como interesse primordial constituir uma cultura única apegada à raça entendida superior na história, isto é, a de cor branca, desvinculada da massa africana, de herança escrava e conduta violenta.

Durante este processo de construção social da imagem brasileira, não se podia esperar que houvesse favorecimento legal da raça negra. Ao revés, cada vez mais, as legislações procuraram inferiorizá-la, não só na negação de direitos e garantias legais ao trabalho, renda, saúde e educação, mas, além disto, por meio da criminalização de sua identidade cultural, restabelecendo a mesma estrutura de dominação existente quando da escravidão.

Com a elaboração em 1941 do Código de Processo Penal, atualmente vigente, difícil esperar postura diferida do Estado brasileiro voltada ao tratamento igualitário e desprezioso dos indivíduos eventualmente processados criminalmente, em razão da cultura racista que ainda imperava nas bases da nacionalidade. Normalmente, as autoridades legislativas, como

¹⁵⁵ CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 233.

representantes da população dominante, estão encarregadas de construir o direito inspiradas nas culturas e conceitos definidos na época.

Como adverte Anamaria Barroso, “não só de autoritarismo e de inquisitorialidade é marcado o Código de Processo Penal de 1941, mas também de racismo”, uma vez que fundado no mito da raça ariana. Logo, com sua adoção no Brasil, o Direito Processual Penal se encaixou na modalidade “hierarquia racial da sociedade brasileira, calcada na inferiorização do negro e na visão do negro bandido”¹⁵⁶.

O predomínio dessa postura racista se manteve por longo período em vista da criminalização tardia de atos resultantes de racismo. A primeira legislação dessa natureza só veio a ser editada em 1951, nominada de Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390, de 03 de julho de 1951), ainda assim, caracterizava condutas decorrentes de preconceito ligado à cor simplesmente como contravenção penal.

No plano internacional, foi criada a Convenção sobre Eliminação das Formas de Discriminação Racial, adotada pelas Nações Unidas, em 1965, a qual foi ratificada pelo Brasil em 1968, sendo um de seus postulados o reconhecimento de que qualquer doutrina baseada em superioridade racial é cientificamente falsa. Além do mais, a convenção conceitua as ações afirmativas como medidas especiais e concretas para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, sendo que a finalidade da ação afirmativa é garantir, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. As medidas, depois de atingidas as finalidades, não deverão em hipótese alguma, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais.

No âmbito nacional, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não se omitiu sobre o tema, a começar no texto do seu preâmbulo, que coloca como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o princípio da igualdade ou isonomia, o que aponta pela defesa nacional do combate à discriminação racial, questão acentuada no seu artigo 3º. Neste ponto, ainda ressaí a disposição do artigo 5º, inciso I, da Carta Magna que declara que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Em prosseguimento com a política antirracista, em 05 de janeiro de 1989 foi promulgada a Lei 7.716, conhecida como Lei Caó, momento a partir do qual as contravenções penais que tipificavam as práticas resultantes de preconceito de raça ou de cor foram tornadas infrações criminais.

¹⁵⁶ BARROSO. *Por um processo penal não racista*. 2023, p. 50.

Não obstante a existência de legislações criminalizando condutas discriminatórias contra o negro, não se verificava eficácia na norma, muitas vezes devido à dificuldade em trabalhar com a punição de pessoas em razão do outro segmento da sociedade que se pretendia eliminar a qualquer custo. Além disso, como posiciona Ana Flauzina, “a criminalização das práticas de discriminação racial serve como blindagem institucional”, expediente que, por muitas vezes, procura “abrigo justamente no lugar em que o racismo tem uma de suas principais fontes de sustentação”¹⁵⁷, visando, com esse discurso, afastar eventuais graus de culpabilidade no ordenamento jurídico.

Na direção desse cenário o sistema penal continua se utilizando dos expedientes disponíveis para lidar com a prática da criminalidade retratada nas leis, simplesmente cumprindo a função punitiva do Estado, sem considerar a condição a que estavam sujeitos os negros, por suas práticas e estereótipos pejorativos, o que acaba por prolongar seu estado de etiquetamento. Ainda que a justiça criminal venha se utilizar de discursos de neutralidade do Direito no campo da condução do processo, percebe-se atuação jurídica orientada nos padrões coloniais do passado escravocrata, constituída de elementos sociais europeus e do estilo de dominação da cultura branca.

3.3 A seletividade penal da população negra expressada no encarceramento em massa

Se a sociedade retira do indivíduo negro o mínimo, não lhe conferindo seus direitos, empurrando-o pelo lado de só ter obrigação, ela volta todo o aparato para controlá-lo. Assim, o negro vive numa sociedade em que é privado de usufruir de seus direitos. É uma sociedade que obriga a defender seus direitos pela força. Nessa perspectiva, qual seja, quando o sujeito tenta defender seus direitos pela força, vem o aparato da sociedade, que o próprio indivíduo constituiu e patrocinou para te reprimir, para empobrecê-lo mais ainda, maltratar e até mesmo encarcerar.

Importa esclarecer que o aumento das prisões no mundo é objeto de interpretação das mais variadas esferas de pensamento e atuação, a depender do contexto em que o sujeito, ou mesmo a sociedade, está inserido. Muitas são as conjecturas constituídas para justificar o uso dessa medida considerada legalmente excepcional. No entanto, não se observa, por vezes, nenhuma interpretação que não seja preconcebida, isto é, previamente já constituída e imperceptível dos sistemas ideológicos responsáveis pela formação da opinião.

¹⁵⁷ FLAUZINA. *Corpo negro caído no chão*. 2017, p. 92.

Não se ignora, em termos práticos, a predominância da imposição do cárcere e seu crescimento, na maioria das vezes, partindo apenas de uma concepção e perspectiva, vale dizer, mais voltada para um tipo específico de objetivo. As razões pelas quais o Estado punitivista, dotado de uma política neoliberalista, impõe a prisão como punição do indivíduo, certamente é uma questão que tem despertado interesse, não apenas no campo da criminologia, mas também na esfera social e jurídica.

Neste sentido, interessante contextualizar a discussão do encarceramento em massa ao longo da história, a partir do prisma norte-americano até a chegada das bases brasileiras, cujo perfil negro da periferia é o principal protagonista das celas.

No ano de 1975, os Estados Unidos da América, registrou como população reclusa 380.000 pessoas. Dez anos mais tarde, o número de presos havia chegado a 740.000, para superar 1,5 milhão em 1995 e chegar a quase dois milhões no final de 1998, o que pressupõe um índice de encarceramentos de 650 para cada 100.000 habitantes.¹⁵⁸

Vera Batista também aponta esse registro de encarceramento em massa, assinalando que o Brasil ocupou posição de destaque. “Se os Estados Unidos são os maiores carcereiros do mundo, o Brasil passou a ocupar um lugar importante: em 1994 (quando FHC aprofunda o que o Collor havia tentado) o Brasil tinha 110.000 prisioneiros. Em 2005, já eram 380.000 e hoje estamos com cerca de 500.000 presos e 600.000 nas penas alternativas”, comenta.¹⁵⁹

Para Wacquant o controle dos afro-americanos se expressava por quatro instituições, a saber: escravidão; *Jim Crow*; gueto; e a quarta e última constituída pela junção entre o gueto e o sistema penal. As três primeiras têm em comum o fato de terem constituído, todas elas, instrumentos que visavam, conjuntamente, a exploração da força de trabalho do cativo e seu afastamento social como pessoa humana, uma vez pertencente ao “grupo pária, considerado inassimilável em virtude do triplo e indelével estigma que carrega”¹⁶⁰.

Interessante que o panorama racial discriminatório do negro, em vista do estágio de escravo ao *status* de cidadão livre não aceito na sociedade, também não passou despercebido nos EUA, país em que os africanos negros, semelhantemente, foram levados cativos para fins de exploração de sua mão de obra sem o pagamento de contraprestação, servindo ao interesse político e econômico estadunidense.

A escravidão, na esfera estadunidense, permitiu o controle da força de trabalho dos africanos, por um lado, e a desumanização e divisão racial, conseqüentemente, por outro. A

¹⁵⁸ ANITUA. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. 2019, p. 764.

¹⁵⁹ BATISTA. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2011, p. 100.

¹⁶⁰ WACQUANT. **Punir os pobres**. 2019, p. 335.

desumanização das pessoas negras, diante da condição a que se encontravam, foi fundamental para que os EUA pudessem se colocar como um lugar extremamente democrático e, ao mesmo tempo, escravocrata, porque, ao deixar de reconhecer a humanidade do negro, negando-lhe todas as condições básicas como sujeito, notadamente sua dignidade, é como se essa contradição deixasse de existir. Nesse sentido, o território americano estaria identificado simbolicamente por duas bandeiras: uma democrática e uma representativa do sistema escravista.

A segunda instituição, representada como período de superação do estágio da escravidão, denominada no EUA como *Jim Crow*, corresponde a um conjunto de leis que estabeleciam segregação entre pessoas brancas e pessoas negras, distinguindo-as dos mais variados espaços, como escolas, locais públicos, banheiros, elevadores. “Leis de segregação foram propostas como parte de um esforço deliberado de erguer um muro entre brancos pobres e afro-americanos. Essas barreiras discriminatórias foram concebidas para encorajar os brancos das classes mais baixas a reter um senso de superioridade sobre os negros.”¹⁶¹

Logo mais tarde, na virada para o século XX, todos os estados do Sul tinham leis que prescreviam o estado de ostracismo racial de negação a população negra de direitos em todas as esferas da vida e locais públicos. Para escapar deste cenário, muitas pessoas negras do Sul do EUA até migraram para a região Norte, extremidade em que não havia o estado de *Apartheid*, buscando uma vida de igualdade, de cidadania, de exercer os seus direitos naquele hemisfério.

Embora no Norte não houvesse essas leis, passou a existir o gueto. As pessoas começaram a ser uma mão de obra. Então, o gueto se tornou um ambiente altamente segregado, isolado, em que a mão de obra era muito explorada, a despeito de sua melhoria em relação ao sistema *Jim Crow*. Mas, essa migração para o gueto buscando uma condição de vida melhor, não se concretizou efetivamente.

Daí começa a análise de Wacquant desse espaço público. Para ele, o gueto seria a alternativa que os negros encontraram para se sobressair no mercado industrial, mediante o exercício de mão-de-obra. Ocorre, porém, que o emprego por eles ocupado consistia não menos que serviços cuja contraprestação era de custo ínfimo. Nessa perspectiva, a transformação conjunta da economia e do Estado, aliada à mobilização coletiva dos negros contra a permanente exclusão de casta, culminou com a onda dos explosivos levantes urbanos.

¹⁶¹ ALEXANDER. *A nova segregação*. 2017, p. 76.

A quarta instituição é caracterizada pelo complexo institucional constituído pelos remanescentes do gueto e pelo aparelho carcerário, ao qual o gueto veio a se ligar por meio de uma estreita relação de simbiose estrutural e suplência funcional.¹⁶²

O sistema carcerário já funcionava controle do trabalho na América durante uma transição anterior entre regimes de dominação racial, entre a escravidão e *Jim Crow*, diferindo apenas no que se refere à missão positiva econômica de recrutamento e disciplinamento da força de trabalho por meio da disciplina. Essa ascensão do Estado penal corresponde ao desmonte do Estado previdenciário dos EUA, cuja ação punitiva repercutiu da América a Europa, e de lá para as velhas colônias.

O endurecimento generalizado das políticas policiais, judiciárias e penitenciárias que se observa na maioria dos países faz parte de uma tríplice transformação do Estado, que contribui, simultaneamente, para acelerar e confundir, aliando ao que Wacquant denomina de amputação do braço econômico do Estado à retração de seu regaço social e à maciça expansão do seu punho penal.¹⁶³

O que se tem, basicamente, é uma reestrutura do Estado, no qual este é liberal apenas em relação aos detentores do poder, do capital, e, ao mesmo tempo, intervencionista, todavia, no tocante a sua atividade repressiva, com adoção de política de “ações afirmativas carcerárias”¹⁶⁴. Notabiliza-se uma ambiguidade relativa ao fato de a construção de penitenciárias ser o principal programa de habitação social nos EUA, durante o governo do Ronald Reagan, enquanto não se observa qualquer investimento em favor daqueles que estão fora do cárcere.

Não bastasse, quando se observa os dados da população prisional estadunidense, nota-se que é como se existissem cotas para certos grupos. Os afro-americanos, pessoas negras, que ocupam os mais altos escalões da baixa renda, estão em número muito maior dentro do cárcere que outros grupos, como os autores de infrações de “colarinho branco”.

Essa multiplicação da população carcerária dos EUA resulta, vale dizer, não propriamente pela escalada da criminalidade violenta, mas pela *extensão do recurso ao aprisionamento* de uma gama de delitos e crimes *de rua* que, até então, não acarretava, como condenação, a privação da liberdade, notadamente as infrações menores à legislação relativa aos entorpecentes e os comportamentos qualificados de atentado à ordem pública. Os autores de infrações de “colarinho branco” são, a princípio, muito menos suscetíveis de serem

¹⁶² WACQUANT. **Punir os pobres**. 2019, p. 333.

¹⁶³ WACQUANT. **Punir os pobres**. 2019, p. 30.

¹⁶⁴ WACQUANT. **Punir os pobres**. 2019, p. 333.

detectados, perseguidos e condenados que os delinquentes de rua. Depois, quando são condenados, as sanções a eles impostas excluem, na maior parte dos casos, a privação da liberdade. Enfim, quando, excepcionalmente, são presos, as penas que têm de pagar são bem mais reduzidas.¹⁶⁵

O sistema penal nas sociedades pós-industriais teria dois lados. De um lado, haveria uma penalidade para aqueles criminosos consumidores, que seriam aqueles crimes tributários, por exemplo, com penas alternativas. Por outro, a prisão àqueles sujeitos, consumidores falsos, que não estão integrados a organização capitalista, mercadológica da sociedade. Então, a prisão é como se tornasse um depósito, de fato, daquele grupo que não tem utilidade, em termos de rentabilidade, em termos financeiros, enquanto estão fora do cárcere. Esse grupo, por isso, precisa ser neutralizado, isolado, seja no espaço, seja em relação ao próprio exercício de direitos, perdendo seus direitos de voto, por exemplo.

Ao mesmo tempo em que existe esse paralelismo, essa prisão para quem é um consumidor falho e essas penas alternativas para os consumidores ideais, existe, também, nos Estados Unidos, outro paralelismo, que é como se fosse aqui no Brasil, a questão da previdência social e a assistência social. A previdência social no exemplo estadunidense tem um caráter contributivo, em que as pessoas pagam, contribuem para receber determinados benefícios. Já o sistema *welfare* é comparado aqui no Brasil como a assistência social, em que há prestação independente de contribuição.

Na verdade, existem muitos custos que são gerados apenas para as pessoas de classes médias, famílias brancas, ou melhor, dizendo, os gastos com pessoas de renda baixa é inferior do que os gastos com as pessoas de classe média. O problema é que quando há uma crise, o gasto é cortado não das pessoas de classes média, mas sim da população de classe baixa.

Embora existam diferenças tratadas no exemplo estadunidense, há semelhanças na política criminal brasileira, notadamente no aspecto da desigualdade social econômica. Enquanto nos Estados Unidos, o gueto, por exemplo, é empregado para destacar a desigualdade social, no Brasil, a situação é retratada pelas periferias.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, em voto cujo relator foi o então Ministro Marco Aurélio e o redator do Acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso, chegou a declarar que o estado do sistema carcerário brasileiro é inconstitucional, expressado, dentre outros pontos, pela superlotação e pela má-qualidade das vagas existentes, marcadas

¹⁶⁵ WACQUANT. *Punir os pobres*. 2019, p. 222-223.

pelo déficit no fornecimento de bens e serviços que integram o mínimo existencial.¹⁶⁶

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), o Brasil ocupa a terceira colocação entre os países com maiores populações carcerárias do mundo, ficando atrás de EUA e China. No entanto, diferentemente dos primeiros colocados, o Brasil não conseguiu reduzir significativamente suas taxas de encarceramento nos últimos anos, caminhando em sentido inverso. De acordo com a Secretaria Nacional de Políticas Penais – SENAPPEN¹⁶⁷, a população carcerária brasileira alcançou ao expressivo número de 642.491, apesar da capacidade prisional desproporcional ser de apenas 487.208, conforme dados obtidos no Formulário de Informações Prisionais, dentro do Sistema Nacional de Informações Penais – SISDEPEN, no período compreendido de julho a dezembro de 2023. Dentro desse patamar, a população carcerária se encontra compreendida, em sua grande maioria, por pessoas negras, o que comprova a existência de seletividade no sistema penal, incidente sobre os negros.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao conceder a prisão domiciliar a Rafael Braga, em voto cujo relator foi o Ministro Rogério Schietti Cruz, chegou a definir a situação do encarceramento massivo de presos no sistema prisional como “quadro grotesco de violações aos direitos e às garantias fundamentais”, ainda que em patamar distinto do comum, pois a hipótese cuidava de “perfil corriqueiro dos encarcerados no país: Negros, jovens, de baixa renda e escolaridade, os quais, dentro dos presídios, continuam a sofrer as agruras do desinteresse estatal em promover, com um mínimo de qualidade, os serviços públicos que, mesmo para os que estão privados de liberdade, não podem ser negados”.¹⁶⁸

Em sentido consideravelmente oposto ao estudo demonstrado, Bruno Amorim Carpes, na obra “O mito do encarceramento em massa”¹⁶⁹, apresenta um olhar crítico de que se o número de pessoas presas aumenta gradativamente é porque a criminalidade tem crescido despropositadamente, sendo, segundo sua ótica, falsa a conclusão de ineficácia da pena prisão e de que exista uma superlotação da população carcerária.

¹⁶⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 de abr. 2015. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363748036&ext=.pdf>. Acesso em 08 jul. 2024.

¹⁶⁷ SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENAS – SISDEPEN. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Brasil. Disponível em <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf> [relipen-2-semester-de-2023.pdf](#) Acesso em 12 jul. 2024.

¹⁶⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. **Habeas Corpus nº 415.508**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 12 dez. 2017. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1667898&num_registro=201702297788&data=20171219&formato=PDF Acesso em 08 jul. 2024.

¹⁶⁹ CARPES, Bruno Amorim. **O mito do encarceramento em massa**. Londrina/PR. Editora E.D.A. 2021.

Ao tratar dos números do sistema prisional e a persistência dos fatos, baseado em dados prisionais obtidos em relatório elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, trouxe a diferenciação entre pardos e negros, que possibilitou análise mais acurada sobre a persistência de “racismo endêmico” no sistema judiciário brasileiro: verifica-se no relatório que negros também são minoria no sistema prisional. Na contramão de discursos de setores ideologizados, o número de brancos presos chega a ser equivalente ao dobro ao número de presos negros. Há de se lembrar sempre que o crime não possui cor e, por consequência, as prisões são realizadas em razão da conduta desviante do criminoso, e não pela cor de sua pele.

De fato, não se ignora que a criação da norma penal por intermédio do Poder Legislativo fora, aparentemente, feita sem estimas ligados à cor e raça. Todavia, não se pode ignorar que a marginalização e o encarceramento massivo de pobres, especialmente negros, mas de todas as cores, é necessária numa sociedade onde não se pretende democratizar as oportunidades e distribuir direitos e reduzir injustiças. E o sistema jurisdicional, aquele em que se deposita uma apreciação justa do crime, acaba por acentuar a prisionalização de pessoas em condições de rentabilidade inferior, quando deixa de avaliar as circunstâncias em que cometido o delito.

Para registrar essa observação, toma-se como exemplo o estudo sobre a penalização do tráfico, abordado por Marcelo Semer, na obra “Sentenciando Tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento”. Nela, o autor critica a forma como a criminalização do tráfico é penalizada, por meio de marcos teóricos próprios da criminologia, acentuando o protagonismo dos juízes no encarceramento. Ressalta que “o tráfico de drogas é, efetivamente, um delito de imensa gravidade, mais por seu timbre ‘equiparado a hediondo’, do que propriamente pelas particularidades do caso concreto”.¹⁷⁰

Em torno da questão relativas às estatísticas apresentadas a pretexto de justificar a falsa ideia de que o encarceramento é um mito, convém levar em consideração o contexto histórico-social em que se reúnem estatísticas não apenas do Brasil, mas dos Estados Unidos e outros países na sociedade europeia em que a prisão tenha repercutido de algum modo na vida da população. Todavia, o estudo de Bruno Amorim Carpes não observou esse ponto e nem o justificou.

Todo esse processo desvelava a falácia da proposição de que a prisão corresponderia a uma simples alternativa correspondente à criminalidade praticada pelos indivíduos que

¹⁷⁰ SEMER. *Sentenciando tráfico*. 2020, p. 325.

atrapalham a ordem estabelecida pelas leis. A questão é que o cárcere, então, não é mais considerado como punição adequada ao crime praticado, servindo mais como instrumento do Estado para reprimir os cidadãos que não entram na estrutura de classe correspondente ao domínio capitalista.

Conforme Alessandro Baratta, “o cárcere não tem mais aquela função real de reeducação e de disciplina, que possuía em sua origem”.¹⁷¹ Isto de certa forma compromete a confiabilidade que se espera na estrutura do Estado penal, a quem se atribui a responsabilidade pela tutela do direito penal de impor a correspondente sanção ao indivíduo pela respectiva infração por ele praticada, seguida de uma ressocialização para inseri-lo de volta à comunidade, depois de cumprida a pena.

Contudo, esse tipo de mecanismo procedimental não acontece regularmente. Os apenados, por sua vez, também não aderem à ordem que se espera para convivência, chegando, ao ponto, de praticarem novos delitos, dada a situação à mingua em que colocados, vale dizer, sem perspectiva de bem-estar social.

Dario Melossi, citando *Jean-Paul Marat*, médico que participou de um concurso nominado como *um plano completo e detalhado de legislação criminal*, organizado pela *Gazette de Berne*, em 1977, na França, trouxe importante consideração a respeito da sociedade da época acerca dos problemas tratados quanto ao descumprimento das leis pelo segmento dos vulneráveis, questionando retoricamente que “pertencendo à sociedade apenas pela via das desvantagens que esta comporta, seriam eles obrigados a respeitar suas leis?”. Ainda, pontua que “Se a sociedade os abandona, eles regressam à sociedade natural e, quando reivindicam com a força aqueles direitos aos quais renunciaram com o único intuito de garantir maiores vantagens, qualquer autoridade que se lhes oponha é tirânica e o juiz que os condena à morte não passa de um assassino infame.”¹⁷²

A par dessa abordagem, a sociedade, antes que venha a exigir o respeito da ordem estabelecida para se manter, deve garantir aos indivíduos que a integram a satisfação das necessidades primordiais para seu próprio sustento e proteção. Do contrário, não se pode admitir que esta mesma sociedade tenha o direito de punir aqueles que violam as suas leis se, primeiramente, não cumpriu com suas obrigações para com todos os membros que a constituem.

¹⁷¹ BARATTA. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2021, p. 193.

¹⁷² MARAT, Jean-Paul. *Disegno di legislazione criminale*, Milão, 1971, p. 72-73. *Apud* MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)* – Rio de Janeiro: Revan: 2014, p. 85-86.

A partir da observação de que na periferia do neoliberalismo, como sustentado por Wacquant, a ruptura das precárias estruturas previdenciárias têm dado lugar a um desenvolvimento maciço do Estado penal, a gerar um aumento exponencial dos indivíduos carcerários, verifica-se um interesse da elite econômica, que manobra o instrumento legislativo como enquadramento para reprimir e manter uma sociedade oprimida sobre controle.

A marginalização e encarceramento massivo de pobres, especialmente negros, mas de todas as cores, é necessária numa sociedade em que não se pretende democratizar oportunidades e distribuir direitos, bem ainda reduzir injustas. O que se nota é uma postura tendente a exercer o controle de exclusão sobre parcela da sociedade que não recebe assistência de bem-estar social por parte do Estado.

Assentado nessa ideia, a marginalização empregada por indivíduos da classe pobre é entendida como um problema de ordem pública, e não de natureza social, não havendo, desse modo, qualquer suporte por parte das instituições de coerção, caracterizadas pelos operadores do direito, sejam eles juízes, promotores ou delegados de polícia. Todos eles não estão interessados em avaliar as razões sociais em que cometido o delito. Consideram a prática do crime como questão personalizada, conforme já avaliado. Enfim, são meros cumpridores do mecanismo legislativo que impôs as formas de repressão e tratamento da delinquência, a depender da esfera de comando em que são competentes.

Por essas e outras circunstâncias, não se pode admitir que o fenômeno da prisionalização seja um mito ou simples porta giratória, em que os indivíduos entram no cárcere por um lado, mas saem pelo outro. Ao revés, a política do enclausuramento se manifesta continuamente no sistema criminal e, por isso, merece especial atenção não só dos sujeitos que fazem parte da sociedade, mas também daqueles que compreendem o aparato da sociedade, a figura do Estado-Administração.

Não se pode olvidar que, após a abolição da escravidão, as pessoas negras tiveram dificuldades para lidar com seu ingresso nas classes sociais, as quais, por óbvio, não estavam preparadas para lidar com aqueles que estavam enclausurados pelo regime da escravatura, como ensina Florestan Fernandes, ao pontuar que o negro, em nenhum momento, chegou a ameaçar “seja a posição do homem branco na estrutura de poder da sociedade inclusiva, seja a respeitabilidade e a exclusividade de seu estilo de vida. Não se formaram, por conseguinte, barreiras que visassem impedir a ascensão do ‘negro’, nem se tomaram medidas para conjurar

os riscos que a competição desse elemento racial pudesse acarretar para o ‘branco’.”¹⁷³

Da mesma forma que, após a abolição da escravidão, as pessoas negras tiveram dificuldades para conseguirem espaço no mercado de trabalho e fazer parte do meio social, os apenados, ex-presidiários, não conseguem ser integralizados na sociedade.

Dessa forma, não é de estranhar de que a pessoa já condenada à prisão possa para ela retornar, diante da falta de estruturas para ressocializá-la, notadamente por causa da ordem social de exclusão que se instalou por causa do que o sujeito foi, isto é, por conta da sua condição de infrator da lei.

3.4 O racismo institucional e o exemplo do caso Rafael Braga

A criminalização, notadamente o aprisionamento a que estão sujeitos pessoas que compreendem a margem dos desempregados e das pessoas situadas nas favelas, não pode ser entendida fora do contexto de penalização da pobreza, elaborada para administrar os efeitos do neoliberalismo. Qualquer resistência empreendida pelos movimentos sociais, por meio de manifestações, protestando contra os abusos do Estado punitivo e buscando novas formas de assistência social, é mais um motivo para as autoridades utilizarem da criminalização de cada conduta, ainda que os delitos atribuídos não tenham perfeita correspondência com aqueles comportamentos reacionários.

Em junho de 2023, o Brasil passou por uma série de manifestações, desencadeadas inicialmente e, pela primeira vez, pelas redes sociais, compreendendo a participação indiscriminada de uma infinidade de pessoas às principais ruas das cidades contra a política brasileira, mas principalmente contra a redução dos preços das passagens de ônibus. Conhecida como “Jornadas de Junho”, as manifestações do “povão” estavam dissociadas de qualquer partido político, sindicatos e representações estudantis.

Particularmente, a cidade do Rio de Janeiro, no dia 17 de junho de 2023, a mobilização de pessoas, denominada “Primavera carioca”, foi a maior que o país teve, chegando ao ponto de desencadear uma forte repressão dos policiais militares, contra a qual se insurgiram professores, médicos, enfermeiros, estudantes, entre outros, que receberam a qualificação de vândalos, em razão do discurso da mídia hegemônica e das autoridades públicas.¹⁷⁴

¹⁷³ FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**: Ensaio de interpretação sociológica. São Paulo: Ed. Biblioteca Azul. 2013, p. 304.

¹⁷⁴ SILVA, Carlos Eduardo Cunha Martins. Colonialidade do poder, racismo e seletividade penal: a condenação criminal de Rafael Braga Vieira no âmbito dos protestos das “Jornadas de Junho” no Brasil. *In*: SOBRINHO,

Nessas circunstâncias, a Polícia Militar do Estado de Rio de Janeiro havia recomendado à população que evitasse as ruas da região central da cidade, dada a atuação do aparato policial contra a massa de pessoas que protestavam naquela localidade, que estavam a praticar atos de saques e vandalismo.

Dentre os casos mais relevantes do momento e que ocasionou grande revolta, foi o que aconteceu com Rafael Braga Vieira, jovem negro de 24 anos, que foi detido durante a operação de ronda policial na cidade carioca, acusado equivocadamente por um crime que não praticou, cujo exemplo se tornou símbolo de erro judiciário na forma que o processo penal contra ele foi conduzido até a definitiva condenação.

Aos 20 de junho de 2013, nas proximidades da Delegacia da Criança e Adolescente Vítima, situada na Rua Lavradio, bairro Centro, na cidade de Rio de Janeiro, Rafael Braga Vieira, jovem negro, de baixa escolaridade, foi abordado por dois policiais civis quando saía do local em que dormia e guardava pertencentes por ele recolhidos no seu trabalho como catador de material reciclável pelas ruas da cidade. Na ocasião, Rafael trazia consigo um frasco de água sanitária e um desinfetante da marca Pinho Sol Minuano, ambos lacrados, produtos de limpeza de uso doméstico, que, segundo os policiais, seriam utilizados para fabricação de artefatos explosivos, denominados *molotov*, instrumento utilizado nas manifestações populares ocorridas progressivamente na época.

Nesse contexto, ele foi atuado em flagrante pelo cometimento do delito tipificado no artigo 16, parágrafo único, inciso III, da Lei Federal nº 10.826/2003, consubstanciado em posse de artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conduzido preso até a 5ª Delegacia de Polícia do Rio de Janeiro. Posteriormente, seu flagrante foi homologado e convertida a prisão em preventiva, permanecendo segregado cautelarmente até o julgamento do processo penal instaurado pelo Ministério Público.

Por ocasião da persecução penal, realizou-se perícia sobre o material apreendido, a par de atestar a potencialidade lesiva dos produtos, sobretudo para aferir se ele detinha, de fato, natureza inflamável ou explosiva, cujo resultado consignado no laudo respectivo foi negativo, concluindo a perícia que o material apresentava “mínima aptidão” e “ínfima possibilidade de funcionar como ‘coquetel molotov’”, ao inverso do relatado na acusação apresentada pelo

Ministério Público.¹⁷⁵

Durante a audiência de instrução criminal, apenas foram ouvidos como testemunhas os policiais que efetuaram a prisão em flagrante de Rafael Braga, oportunidade em que simplesmente ratificaram, cada um, o conteúdo de suas declarações prestadas em sede policial, confirmando que ele, nas circunstâncias de tempo e local contidas na denúncia, levava consigo os produtos de limpeza e que um dos frascos “estava parcialmente preenchido com substância incolor com odor semelhante ao de álcool, e o outro preenchido com substância de odor muito forte, embora não identificado”.

Ouvido em sede policial, momento de sua prisão, Rafael Braga se resguardou do direito constitucional ao silêncio. Judicialmente, durante seu interrogatório, expôs suas versões dos fatos relatando que tinha consigo apenas as duas garrafas plásticas de produtos de limpeza, voltando do seu trabalho de catador de material reciclável, não tendo interesse algum na participação de protestos.

Após exame dos elementos probatórios reunidos no processo penal, o magistrado competente entendeu que o caso de Rafael Braga tinha provas hábeis a subsidiar o decreto condenatório quanto ao delito previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso III, da Lei Federal nº 10.826/2003. Considerou, pois, o material apreendido como suficiente para configurar “artefato explosivo ou incendiário”, a despeito do laudo pericial apontar o contrário, ou seja, que eram artefatos fracassados, inviáveis para o fim posto na denúncia. Além disso, o magistrado entendeu que as testemunhas “descreveram pormenorizando toda a dinâmica delitiva”, além de consignar que elas “são pessoas idôneas, isentas e não tem qualquer interesse pessoal em incriminar o réu”. Quanto ao interrogatório, o juiz não deu nenhum crédito, tendo qualificado sua versão como “pueril e inverossímil”.

Por esse fato, Rafael Braga foi condenado à pena de reclusão de 5 (cinco) anos, em regime inicialmente fechado, pelo delito de porte de artefato explosivo ou incendiário, acimo tipificada, cujo preceito secundário previsto para cominação da pena era de 03 (três) a 06 (seis) anos de reclusão, agravada pela reincidência por crime contra o patrimônio (roubo, tipificado no artigo 157 do CP).

Depois que cumpriu tempo de pena suficiente em regime fechado, Rafael Braga obteve direito à progressão do regime fechado ao semiaberto, período em que conseguiu emprego regular e durante à noite regressava à unidade prisional para repouso noturno. Em

¹⁷⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 3ª Câmara Criminal. **Apelação nº 0212057-10.2023.8.19.0001**. Relator Desembargador Carlos Eduardo Roboredo. Acórdão decidido por unanimidade. Rio de Janeiro, 26 de ago. 2014. Disponível em [default.aspx\(tjrj.jus.br\)](http://default.aspx(tjrj.jus.br)) Acesso em 14 jul. 2024.

uma das noites em que retornava ao complexo penitenciário, ao se deparar com um muro contendo uma pichação com a frase “Você só olha da esquerda p/ direita, o Estado te esmaga de cima p/ baixo!!!”, ele posou para ser fotografado, fato que repercutiu em falta grave pela administração do presídio, resultando em dez dias na cela denominada solitária.

Em segunda abordagem, desta vez no dia 12 de janeiro de 2016, em via pública, próximo a uma padaria, dentro de um dos maiores complexos comunitários da cidade carioca, Rafael Braga, que já havia obtido regime aberto, foi abordado na parte matutina por policiais militares, sob a fundada suspeita do cometimento de tráfico de drogas. Nesta ocasião, foi levado preso, uma vez que portava apenas 0,6 gramas de maconha, 9,3 gramas de cocaína e um rojão de fogos, este caracterizado como artefato comumente utilizado por facções de tráfico. Ao final, instruída ação penal, liquidada a prova da acusação, Rafael foi condenado em primeira instância a 11 anos e 03 meses de reclusão, pela prática dos crimes de tráfico e associação de tráfico, tipificados nos artigos 33 e 35 da Lei Federal nº 11.343/2006, respectivamente.¹⁷⁶

Em artigo que reproduz, integralmente, primeira parte do parecer elaborado sobre o juízo de imputação na segunda sentença condenatória proferida em desfavor de Rafael Braga, Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil e Weigert, trouxeram pontos relevantes sobre o caso, que segundo sua ótica, se encaixa à atual dramaturgia de documentários que desnudam o sistema de justiça ao inocentar indivíduo após prisão. Dos fragmentos relevantes, ressaem como inconsistências o fato de um morador não identificado comunicar a um policial ou à guarnição policial (divergência na versão) que uma pessoa ou um grupo (também divergente) está vendendo drogas; colaborador permanece sem identificação, não presta depoimento, nem realiza reconhecimento dos membros do grupo.¹⁷⁷

Em pese esses e outros elementos, aptos a gerar dúvida razoável e credibilidade na prova produzida, o julgamento teve conclusão em sentido oposto ao esperado, recebendo Rafael Braga a condenação encimada.

Dos casos penais vividos por Rafael Braga, evidencia que as abordagens policiais tinham como alvo a condição de etiquetado que ele carregava, por se tratar de pessoa que integra o contexto vulnerável estigmatizado pelo estereotipo de criminoso, inclusive pela

¹⁷⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 1ª Câmara Criminal. **Apelação nº 0008566-71.2016.8.19.0001**. Relatora Desembargadora Katya Maria Monnerat. Acórdão decidido por unanimidade. Rio de Janeiro, 12 de dez. 2017. Disponível em [default.aspx\(tjrj.jus.br\)](http://default.aspx(tjrj.jus.br)) Acesso em 14 jul. 2024.

¹⁷⁷ CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. “**Making a Drug Dealer**”: o impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da Súmula 70 do TJERJ na construção do caso Rafael Braga. *In*: SOBRINHO; DORNELLES; PEDRINHA (Orgs.). **Seletividade do sistema penal**. 2018, p. 271.

segunda circunstância, qual seja, portador de substância entorpecente, que somado ao atributo de preto, pobre ou favelado, na visão de Orlando Zaccone, “constitui verdadeiro passe livre para ações judiciais genocidas”.¹⁷⁸

Significativo também para o caso é a questão da condenação de Rafael Braga, nas duas situações, estar centrada exclusivamente em depoimentos policiais, dissociada de outras provas testemunhais, tampouco outros elementos concretos de prova que autorizassem um juízo condenatório.

Não se ignora a permissibilidade do depoimento dos policiais no âmbito do processo penal, podendo eles depor sobre os fatos que presenciaram ou dos quais têm conhecimento, sem qualquer restrição. Contudo, mesmo que o policial não esteja proibido de depor, espera-se que o magistrado exerça a valoração probatória de depoimentos dessa natureza, porquanto o envolvimento do policial com a fase investigativa, por vezes, pode comprometer sua fala em juízo voltada mais a legitimar sua atividade de abordagem e condução do inquérito, do que praticamente em esclarecer os fatos levados à ação penal.

Além disso, da mesma forma como sucedeu no caso Rafael Braga, pode simplesmente haver prestígio no testemunho policial pelo juízo ao consignar que, por se tratarem de funcionários públicos, os policiais possuem fé pública, de modo que suas palavras desfrutam de presunção de veracidade, a merecer o devido crédito na condenação, dado que “são pessoas idôneas, isentas e não tem qualquer interesse pessoal em incriminar o réu”¹⁷⁹.

Segundo Aury Lopes Jr., discursos similares ao referenciado nada mais são que “golpe de cena, um engodo, pois a condenação se deu, exclusivamente, com base nos atos da fase pré-processual e no depoimento contaminado de seus agentes, natural e profissionalmente comprometidos com o resultado por eles apontado, violando o disposto no art. 155 do CPP.”¹⁸⁰

Evidentemente, da mesma forma que o artigo 155 do Código de Processo Penal não autoriza sentença condenatória com aporte em conjunto probatório exclusivamente constituído pelo conteúdo dos elementos informativos do inquérito policial, não se pode conceber condenação fundada em depoimentos prestados na audiência de instrução e julgamento cujo teor seja substancialmente idêntico ao colhido no âmbito do inquérito

¹⁷⁸ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionista do nada**: quem são os traficantes de drogas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007, p. 58.

¹⁷⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 3ª Câmara Criminal. **Apelação nº 0212057-10.2023.8.19.0001**. Rio de Janeiro, 26 de ago. 2014. Disponível em [default.aspx\(tjrj.jus.br\)](http://default.aspx(tjrj.jus.br)) Acesso em 14 jul. 2024.

¹⁸⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 481.

policial. O raciocínio seria consideravelmente o mesmo. Além do conjunto indiciário colhido na fase inquisitorial, que teve sua finalidade exaurida no recebimento da acusação, fundamental que a fase instrutória da ação penal esteja revestida de elementos probatórios judiciais outros que não aqueles obtidos na fase pré-processual.

Entretanto, não foi o ocorreu no caso Rafael Braga, cuja condenação estava fundamentada exclusivamente no testemunho policial. Aliás, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ainda se utiliza da Súmula nº 70 para reforçar a credibilidade do depoimento pessoal, segundo a qual, o “fato de restringir-se a prova oral a depoimento de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.”¹⁸¹ Esta linha de pensamento parece querer financiar o sistema inquisitorial de taxaço probatória, na medida em que cria uma presunção de validade para a idoneidade do depoimento dos policiais e inverte o ônus da prova, atribuindo à defesa do acusado o dever de infirmar a veracidade do depoimento policial, a despeito predominância absoluta antes estabelecida.

Os pressupostos de validade para a aplicação da referida súmula, consistentes em inexistência de outras provas e coerência entre as versões, sequer foram verificados no segundo julgamento de Rafael Braga, para o qual existia, de um lado, prova testemunhal que apresentava versão diversa daquela dos policiais, e de outro, depoimentos policiais contraditórios e com lacunas acerca da denúncia prévia que haviam recebido sobre facções estarem operacionalizando venda de drogas na ocasião dos fatos.¹⁸²

Não se pode olvidar que, ainda que a defesa do acusado chegue a indicar, de maneira concreta, alguma contrariedade nos depoimentos policiais, como diferenças entre um agente e outro, os tribunais acabam por afastar essa hipótese, considerando-a como simples impressão equivocada nos detalhes, cuja natureza da diversidade é de pequeno efeito, não tendo, por isso, capacidade bastante para desconfigurar o relevo do depoimento acerca dos fatos objetos da persecução penal, que se reveste de credibilidade superior.

Mais a mais, não se vê dos tribunais qualquer preocupação de que o depoimento policial, como de qualquer outra testemunha, possa estar influenciado por falsas memórias, em decorrência da probabilidade da memória humana não ser capaz de registrar todos os fatos e as pessoas de forma infalível. Nesta hipótese, justamente pela diversidade de casos criminais nos quais tenham participado, ao serem requisitados para testemunhar sobre cada fato

¹⁸¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Súmula nº 70**. O fato de restringir-se a prova oral a depoimento de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação. Disponível em: [Súmulas 70 - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro \(tjrj.jus.br\)](https://www.tjrj.jus.br/sumulas/70) Acesso em: 14 jul. 2024.

¹⁸² CARVALHO; WEIGERT. “*Making a Drug Dealer*”. In: SOBRINHO; DORNELLES; PEDRINHA (Orgs.). **Seletividade do sistema penal**. 2018, p. 273.

indistintamente, policiais podem confundir e se equivocarem acerca de fatos e reconhecimento de pessoas, fatores consideravelmente determinantes para o julgamento da ação penal.

Não quer isso dizer que o depoimento policial aferido no contexto do caso Rafael Braga fosse ilegítimo ou que não possui condão probatório. Apenas procura-se, com isso, evidenciar que referido depoimento é factível e até pudesse ser ponderado na denúncia ofertada contra aquele, porém, não poderia ser examinado de forma isolada.

Em contrapartida, o interrogatório de Rafael Braga foi qualificado pelo magistrado que o condenou como “uma versão pueril e inverossímil”, a evidenciar não só descrédito em suas palavras, mas síndrome de um racismo institucional no julgamento. Para Carlos Eduardo Cunha Martins Silva, “racismo institucional tem como principal efeito a alteração do sentimento de humanidade e, conseqüentemente, a destruição do conceito de cidadania, sendo a principal consequência disso o comprometimento da ideia de igualdade, equidade e justiça.”¹⁸³

O que se tem, em verdade, é uma violência racial constitutiva do processo penal no Brasil, que remete à época da chegada dos colonizadores, seguida da ocupação da terra, expropriação e incorporação forçada da mão de obra, primeiramente, indígena, e depois, o sequestro da população africana, tornada mero objeto de produção e lucratividade.

Nessa perspectiva, o caso Rafael Braga aponta para a estrutura de dominação e poder punitivo que condicionam o processo histórico que construiu uma sociedade desigual na sua origem, estruturalmente injusta, em que o aparato policial e judicial expressam a mesma figura do escravismo, representado pelo autoritarismo.

Demais disso, Rafael Braga se adequa à figura do inimigo do direito penal por carregar a etiqueta, rotulação, negativa de criminoso, compreendida pelos aspectos sociais e físicos que são alvos do sistema penal racista. As circunstâncias em que foi criminalizado terminam por revelar a seletividade racista constitutiva do sistema de justiça brasileiro.¹⁸⁴

Importante assentar que, por vezes, o termo racismo é associado a uma figura patológica social ou como exteriorização de um sistema patológico de algum indivíduo. Pelo contrário, o racismo é decorrente da própria estrutura social que trata situações de preconceito

¹⁸³ SILVA. Colonialidade do poder, racismo e seletividade penal: a condenação criminal de Rafael Braga Vieira no âmbito dos protestos das “Jornadas de Junho” no Brasil. In: SOBRINHO; DORNELLES; PEDRINHA (Orgs.). **Seletividade do sistema penal**. 2018, p. 56.

¹⁸⁴ DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PRADAL, Fernanda F. Seletividade penal e segurança pública no Brasil: notas sobre o “caso Rafael Braga”. In: SOBRINHO; DORNELLES; PEDRINHA (Orgs.). **Seletividade do sistema penal**. 2018, p. 124.

como naturais, normalizando-as na esfera de relações políticas, econômicas e familiares.

De forma generalizada, preconceito racial está compreendido pela designação de percepções mentais negativas destinadas a indivíduos e grupos socialmente inferiorizados, enquanto discriminação racial, termo mais utilizado no meio jurídico, se traduz concretamente em ações arbitrárias de violação de direitos, seja de indivíduos, seja de grupos, já abarcados pelo preconceito negativo.

Do ponto de vista psicológico, quando o foco da atenção é centrado no indivíduo, o preconceito é formado pela existência de percepções negativas que acionam, de diferentes maneiras e intensidades, juízos desfavoráveis em face de outros indivíduos e grupos, em razão da categoria inferior que ocupam.

Na abordagem sociológica, o preconceito é definido como forma de relação intergrupual, quando as atitudes depreciativas e discriminatórias para com o outro estão caracterizadas pelas relações de poder. Neste aspecto, Goffman trouxe contributos fundamentais na visão sociológica, com sua teoria sobre *estigma*, já exposto no primeiro capítulo, na qual o indivíduo ou grupo são representados por um atributo negativo no contexto do processo social, que resulta numa identidade deteriorada mais ampla, quando então seriam introduzidas as diferenças e os significados negativos.

O caso Rafael Braga, em que depoimentos policiais questionáveis nas circunstâncias de tempo e local relatadas eram questionáveis, evidencia a existência de tribunais discriminatórios no Estado brasileiro cujo enfoque ideológico é a criminalização de pessoas negras, por causa das raízes deixadas pela escravidão. Mesmo com a abolição da Lei Áurea, os negros nunca deixaram o quadro de marginalidade imposto, acentuado pela progressiva falta de oportunidades de ascensão social.

O racismo institucional, mais relacionado ao caso em estudo, exterioriza-se como um sistema de desigualdades baseado na raça, que pode ocorrer em instituições, públicas e privadas, atuando de forma diferenciada em relação a determinados grupos em função de suas características físicas ou culturais. Pode se estender de forma difusa no funcionamento cotidiano de instituições e organizações, provocando uma desigualdade na distribuição de serviços, benefícios e oportunidades aos diferentes segmentos da população do ponto de vista racial.

Nesse panorama, o sistema da justiça penal se mostra seletivo, quantitativa e qualitativamente, a par dos estereótipos de criminosos que são construídos por variáveis como a cor de pele, característica majoritariamente pertencente a indivíduos como Rafael Braga,

proveniente dos baixos estratos sociais, da periferia, por assim dizer.

Para Vera Regina Pereira de Andrade, na periferia vigora uma complexa interação entre controle penal formal e informal, entre sistema penal oficial e subterrâneo, entre lógica da seletividade estigmatizante e outra da tortura e do extermínio, onde transbordam “as dores do aprisionamento para ancorar na própria eliminação humana, sobretudo dos sujeitos que ‘não têm um lugar no mundo’, os sujeitos do ‘lugar do negro’.”¹⁸⁵

Do quanto exposto, ressaem as bases necessárias para fomentar a compreensão exigida por parte do Poder Judiciário, enquanto protagonista do exercício da Justiça e aplicação do Direito, de maneira a cuidar das mais diversas denúncias de preconceito e discriminação contra indivíduos e grupos pertencentes à raça negra, cujas práticas racistas podem representar diferentes significados a depender da forma de abordagem em que situados.

Adilson José Moreira¹⁸⁶ aborda a necessidade de analisar o tema da discriminação racial a partir de elementos do contexto social, como a cultura, a política e a economia, que operam a partir de processos racializados, funcionando como uma ordem racial. Operando dessa forma, a sociedade classifica grupos humanos em grupos raciais, atribuindo um *status* social privilegiado a certas pessoas, como melhores oportunidades de recursos, e outro *status* subordinado, em que indivíduos são impedidos de exercer a cidadania de forma plena porque são sempre discriminados.

Ainda no campo jurídico da discriminação, essencial a compreensão das modalidades de discriminação, a saber, direta e indireta. A discriminação direta, caracterizada pela intencionalidade, se dirige frequentemente a certas classes como minorias raciais e sexuais, grupos construídos culturalmente como pessoas de menor valor, tendo também um caráter interpessoal no tratamento desfavorável de uma pessoa em relação a outra, baseada em estereótipos sociais sobre membros de um determinado grupo. Assim, o sujeito discriminado representa um tipo de indivíduo com traços negativos que recebe designativos de qualidades de todos os membros do grupo, que refletem em julgamentos morais baseados nestes estereótipos.

A discriminação direta interpessoal pode também assumir um caráter passivo, a exemplo do caso de clientes que permanecem em um restaurante mesmo depois de terem visto um indivíduo de cor negra ser impedido de entrar em referido estabelecimento, a revelar

¹⁸⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan. 2012, p. 107.

¹⁸⁶ MOREIRA, Adilson José. **Tratado de direito antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente. 2020, p. 555.

um estado de convivência, porque eles não desejariam manter contato social com minorias raciais em lugares como pertencentes a grupos sociais específicos.

Ao seu lado, a discriminação indireta se manifesta quando, sem intenção ou involuntariamente, são adotadas práticas prejudiciais a certas classes de pessoas em comparação a outras, que se manifestam de forma inconsciente, institucional, por invisibilidade de privilégio ou simples negligência. De maneira inconsciente, pode-se explicitar o estado de negação de alguns indivíduos que não admitem que já existiu no passado barreiras decorrentes da raça e do gênero no ingresso e na promoção de carreiras jurídicas.

Na forma institucional, a discriminação indireta se desdobra no contexto social e organizacional, ao invés de se limitar ao aspecto volitivo individual. É o caso das instituições oficiais que reproduzem a discriminação como normalidade. Pela invisibilidade do privilégio, ressaí o fenômeno da transparência e da naturalização de determinada cosmovisão, própria de determinados grupos, como se neutra fosse, a encobrir posições de privilégio e de dominação. A discriminação por negligência, ao seu turno, decorre do descuido e do estado de desatento para com indivíduos e grupos em posições hegemônicas que perpetuam práticas com efeito prejudicial desproporcional em relação a outros, aumentando as desvantagens e as violações em prejuízo de terceiros.

Nesse contexto, percebe-se uma linha de continuidade histórica entre as duas formas de discriminação. A indireta ocorre porque ela perpetua a situação de desvantagem social da direta. Esta opera criando padrões discriminatórios que promovem a estratificação de certos grupos, enquanto a indireta os reproduz quando essa mesma sociedade permite o tratamento desvantajoso de grupos minoritários.

No âmbito do Poder Judiciário, as propostas de melhorias institucionais começam com a não ignorância dessas situações, por exemplo, de neutralidade da legislação nos mais diversos campos de relacionamento, com ineficiência na esfera do trabalho, moradia, educação e conquista aos espaços. Embora a Constituição Federal de 1988 estabeleça como princípio fundamental a igualdade, deve-se partir do pressuposto de que diferentes membros da sociedade deveriam estar proporcionalmente representados nas diversas esferas e ocupações de maneira a operar o princípio da igualdade adequadamente.

Dentre as dificuldades encontradas no ordenamento jurídico para o emprego do direito da antidiscriminação está a forma criminal em que é operada a situação racista do processo penal.

À guisa de exemplificação, colhe-se a investigação empreendida por policiais que realizam abordagem sopesando mais o estigma da cor de pele como identidade de criminoso, situando os negros como possíveis autores de determinado fato, do que propriamente as fundadas suspeitas exigidas para esta espécie de operação, como se operou no caso Rafael Braga. Levada a situação ao Ministério Público, este acaba reproduzindo apenas um viés confirmatório do que se operou na fase investigativa, não procurando saber as razões intencionais pelas quais o negro foi parado durante a abordagem, tampouco indiciado. À porta de entrada na justiça criminal, a questão racista não é lembrada, especialmente quando se trata de olhar o processo penal e os meios e recursos de defesa inerentes.

Assim, o racismo desempenha importante função em cada das fases do processo, a começar da primeira abordagem do suspeito com a polícia até a sentença criminal. Enquanto o aparato policial se encarrega de prender suspeitos negros, o Ministério Público fica incumbido de processar casos contra réus negros, os juízes mais propensos a condenar réus não brancos.

Importante consignar que, a despeito de não existir normas impositivas que expressem, literalmente, um sistema racista na sociedade, isso não impede sua atuação disfarçada e incrustrada nas tradições sociais, conforme indicado por Walter Fraga, para quem “os ex-cativos eram obrigados a enfrentar o racismo difuso nas práticas cotidianas”.¹⁸⁷

Com efeito, o estado silente em relação à prática discriminatória no âmbito jurídico aprofunda o racismo por não o confrontar como deveria. É preciso contextualizar os institutos processuais com uma cosmovisão racial do que vem ocorrendo no sistema, adotando as normativas impostas de prevenção, eliminação e proibição de condutas discriminatórias, sobretudo punido qualquer ação repressiva decorrente de discriminação racial.

¹⁸⁷ FRAGA, Walter. **Encruzilhadas de liberdade**: história de escravos e libertos na Bahia (1870-1910). 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2014, p. 252.

4 O RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO MECANISMO PROCESSUAL QUE REFLETE O ETIQUETAMENTO

4.1 A fragilidade da prova do reconhecimento de pessoas pelo estudo das falsas memórias e o reflexo na criminologia do erro judiciário

Jeferson Pereira da Silva ficou seis dias preso por um crime que não cometeu, uma vez que foi reconhecido por meio de uma antiga foto 3x4 e, quando saiu da prisão, por meio de um *habeas corpus*, desabafou dizendo: “Eu ainda não sou inocente. Todo mês vou ter que voltar aqui neste inferno”. Alexandre dos Reis Pereira Camargo passou trinta e sete dias na cadeia, porque foi identificado como traficante que trocou tiros com a polícia, cujo reconhecimento também se deu por meio de foto 3x4 de quando ele tinha doze anos de idade, retirada do banco de dados do Departamento Estadual do Trânsito – DETRAN. Raoni Lázaro Rocha Barbosa, cientista de dados, passou vinte e quatro dias preso após ser confundido com um acusado apelidado “Gago”, mas com o mesmo nome inicial, “Raoni”, porque, segundo a polícia, ele integrava uma milícia do Bairro Duque de Caxias, porém, ele nunca morou nesse local e não tem qualquer envolvimento com organizações criminosas. Danillo Félix Vicente de Oliveira ficou cinquenta e cinco dias na cadeia por um reconhecimento fotográfico realizado por imagens retiradas de sua rede social. Ângelo Gustavo Pereira Nobre, produtor cultural, passou exatos trezentos e sessenta e três dias no cárcere, acusado de ter cometido um roubo, no entanto, na data do crime, ele se recuperava de uma cirurgia nos pulmões. O seu reconhecimento também ocorreu a partir de uma foto retirada de uma rede social.¹⁸⁸

Todas essas situações reais, retratadas na reportagem de Hellen Guimarães, classificadas como injustiças que acontecem dia após dia, têm como traço em comum o erro judiciário decorrente da prova do reconhecimento de pessoas.

Não bastasse, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro realizou pesquisa sobre condenações injustas baseadas em erros da mesma natureza, contabilizado, no período, que 80% dos casos de absolvições por equívoco no reconhecimento de pessoas em sede policial, em média, são de sujeitos negros, inclusive com a ocorrência de decretação de prisão preventiva em sua maioria.¹⁸⁹

¹⁸⁸ GUIMARÃES, Hellen. **Nos erros de reconhecimento facial, um “caso isolado” atrás do outro.** Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/nos-erros-de-reconhecimento-facial-um-caso-isolado-atras-do-outro/> 2021. Acesso em 12 jul. 2024.

¹⁸⁹ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório sobre reconhecimento fotográfico nos processos criminais no Rio de Janeiro.** Disponível em relatório_sobre_reconhecimento_fotográfico_nos_processos_criminais_05.05.22.pdf (rj.def.br) Acesso em: 15 jul. 2024.

Mais recentemente, desponta o caso Paulo Alberto da Silva Costa, homem negro, porteiro, morador da cidade de Belford Roxo, em Rio de Janeiro, preso injustamente em 2020, após ser reconhecido fotograficamente como autor de delitos patrimoniais, ocorridos nos anos de 2017 e 2020, a partir da retirada de uma fotografia do seu perfil do aplicativo *Facebook*, que foi adicionada no álbum de suspeitos da Delegacia de Polícia. Depois, a foto foi empregada na investigação criminal de outros crimes de mesma natureza, que derivaram em 62 reconhecimentos por vítimas diferentes. Deflagradas as ações penais, Paulo Alberto foi paralelamente condenado e absolvido das imputações, a depender se era ou não reconhecido pessoalmente pela vítima em juízo, por ocasião das audiências de instrução e julgamento¹⁹⁰.

Somente com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 769.783, impetrado pela Defensoria Pública e pelo Instituto de Defesa de Direito de Direito (IDDD), este último na qualidade de coimpetrante, foi que o STJ, por unanimidade, em 10 de maio de 2023, concedeu a ordem para decretar a absolvição de Paulo Alberto na ação penal objeto do remédio, apesar da sentença condenatória já ter transitado em julgado.¹⁹¹

Para além do impacto desproporcional à população negra, os dados estatísticos apresentados pela Defensoria Pública, somados ao caso Paulo Alberto, evidenciam que o problema dos erros judiciais provenientes do mau uso do reconhecimento de pessoas não é alheio à realidade do Brasil.

A disciplina legal do reconhecimento de pessoas no Brasil se encontra sucintamente identificada no artigo 226 do Código de Processo Penal¹⁹², cujo dispositivo cuida tão somente de descrever o regramento procedimental de referido ato probatório ao expor seus requisitos e a maneira como se deverá proceder. Basicamente, trata-se de meio de prova cuja finalidade é identificar o possível autor de um delito mediante um procedimento comparativo de pessoas pela vítima ou testemunha de um evento passado.

¹⁹⁰ SCHPREJER, Isabel. Reconhecimento de pessoas e violações sistêmicas: em busca de soluções efetivas à luz do caso Paulo Alberto. In: SCHIETTI, Rogério; AKERMAN, William. **Reconhecimento de pessoas: novo regramento sob enfoque constitucional**. Brasília: Editora Sobredireito. 2024, p. 242-243.

¹⁹¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. **Habeas Corpus nº 769.783/RJ**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro. Paciente: Paulo Alberto da Silva Costa. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 10/05/2023.

¹⁹² Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I – a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II – a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III – se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV – do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. (BRASIL. **Código penal**. 1941).

Por si mesmo, o reconhecimento de pessoas não tem o condão de gerar resultados desastrosos, como prisão cautelar de suspeitos, sua segregação cautelar para garantia da ordem pública ou, pior, condenação de inocentes. Entretanto, o seu emprego desconforme ao regramento normativo constitui elemento que contribui frequentemente para consequências como aquelas retrocitadas.

Inúmeras pesquisas desenvolvidas na área da falibilidade da prova do reconhecimento de pessoas têm, geralmente, concentrado o foco de estudo no campo da psicologia do testemunho, dada a ampla possibilidade de falha da memória humana. O perigo da identificação ou da falta de confiabilidade resulta justamente por conta de sua ligação à manifestação da memória humana, que, a depender das circunstâncias de tempo e local em que se encontrava o agente reconhecedor, podem implicar, não necessariamente em pretensa mentira, mas sim em considerável falha, voltada à lembrança, que pode acarretar consequências decisivas na vida de outros indivíduos.

Lilian Stein e Gustavo Noronha de Ávila realizaram pesquisa científica abordando a psicologia do testemunho, objetivando justamente constatar a condução prática do reconhecimento de pessoas no Poder Judiciário brasileiro, mediante levantamento de dados e uso de questionários, em cujo resultado objeto do estudo demonstrou a incidência da falibilidade da memória humana.¹⁹³

O estudo da psicologia do testemunho voltado à compreensão do processo de reconhecimento de pessoas, na visão de Eduardo Sousa Dantas e William Akerman, pode ser resumido em duas linhas: *variáveis de estimação* e *variáveis de sistema*.¹⁹⁴ As primeiras dizem respeito à forma de funcionamento da memória e que são influenciadas pelas características do fato, da testemunha ou pessoa suspeita e que, por isso, devem ser apenas estimadas ou consideradas para efeito de investigação. Já as segundas estão relacionadas ao procedimento utilizado para se obter o reconhecimento de pessoas e que, por isso, se encontram sob controle das agências de repressão estatal, como polícia e Ministério Público.

Importante fator a ser compreendido no campo das variáveis de estimação é o fenômeno das *falsas memórias*, pois podem ocorrer tanto devido a uma distorção interna quanto por uma falsa informação oferecida pelo ambiente externo. Resultam daquilo que é

¹⁹³ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, Série Pensando Direito, n. 59. 2015, p. 70.

¹⁹⁴ DANTAS, Eduardo Sousa; AKERMAN, William. Reconhecimento de pessoas à luz da psicologia do testemunho, da revolução da jurisprudência e da Resolução nº 484/2022 do CNJ. In: SCHIETTI; AKERMAN. **Reconhecimento de pessoas**. 2024, p. 49.

sugestionável à memória quando se expressam por meio da incorporação ou da recordação de informações falsas que o sujeito lembra como se verdadeiras fossem. Podem se manifestar espontaneamente, quando as distorções são frutos de processo interno do próprio funcionamento da memória do indivíduo, ou sugeridas, hipótese em que a informação falsa é externa e posterior ao evento ocorrido, mas, de todo modo, incorpora à memória original.¹⁹⁵

Desse modo, um evento passado pode ser interpretado subjetivamente a depender da percepção do indivíduo, o qual, ao tentar recuperar os fragmentos, se utiliza dos mecanismos até então disponíveis em sua memória, os quais podem ser imaginados, reais ou sugestionáveis.

Luize Duarte Pivetta¹⁹⁶, utilizando da teoria da *curva do esquecimento* (*forgetting curve*), criada pelo alemão *Hermann Ebbinghaus*, assenta que o reconhecimento pessoal poderia reduzir as falhas ocasionadas pelo esquecimento natural quando realizado em um curto período de tempo após o cometimento do delito. De acordo com a teoria, 24 horas após o fato, reteríamos apenas 33% do aprendido/vivido e 30 dias após somente 21%. Assim, no caso do reconhecimento de pessoas, se a vítima tivesse a oportunidade de descrever, quando do Boletim de Ocorrência, e *necessariamente* em um curto período após o crime, os mínimos detalhes do suspeito, suas características pessoais, como tatuagens, cicatrizes e altura, dentre outros aspectos importantes, essa etapa inicial do procedimento do reconhecimento reduziria as falhas ocasionadas pelo esquecimento natural do ser humano.

Nas palavras de Lilian Stein, “a mesma memória que é responsável pela nossa qualidade de vida, uma vez que é a partir dela que nos constituímos como indivíduos, sabemos nossa história, reconhecemos nossos amigos, apresenta erros e distorções que podem mudar o curso de nossas ações e reações, e até mesmo ter implicações sobre a vida de outras pessoas.”¹⁹⁷

Em retorno ao caso Rafael Braga, com especial atenção aos depoimentos prestados pelos policiais responsáveis pelas abordagens executadas, ainda que não tivessem qualquer interesse na incriminação do acusado, até mesmo intenção de simplesmente legitimar sua conduta policial, não se pode ignorar o risco de sua memória humana também se apresentar falível por ocasião de seu depoimento. Afinal, por conta das diversas operações

¹⁹⁵ STEIN, Lilian Milnitsky [et al]. **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed. 2010, p. 25.

¹⁹⁶ PIVETTA, Luize Duarte. Aspectos legais e sociais do reconhecimento pessoal no Brasil. VIEIRA, Maristela; NETO, Pedro Camilo de Figueirêdo; BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do; (Orgs.). **Ciências Criminais II**: Olhares insurgentes. Salvador: Mente Aberta. 2022, p. 176.

¹⁹⁷ STEIN. **Falsas memórias**. 2010, p. 22.

diuturnamente realizadas, “perfeitamente possível e plausível que os depoimentos de tais policiais apresentem falhas e estejam sujeitos a influências internas e externas, a ponto de induzir o julgador ao erro sobre os acontecimentos dos fatos, resultando, ao fim, em um julgamento injusto.”¹⁹⁸

Em similar sentido, Priscila da Ponte situa a questão das falsas memórias à necessidade de um juízo de censura por parte do julgador ao sopesar determinado depoimento ou testemunho, uma vez que estes dependem, em sua essência, da memória para apresentação do relato do fato ocorrido. Acrescenta que “estudos da psicologia cognitiva têm demonstrado que o processo mnemônico pode não ser fiel à realidade, pois é suscetível a falhas [...] que comprometem a reprodução dos fatos. Desse modo, os relatos podem não guardar perfeita correspondência entre o que se julga no presente com o ocorrido no passado”.¹⁹⁹

Esse cenário de falsas memórias vinculado ao racismo também não passa longe da realidade brasileira. Em regresso ao caso do porteiro negro citado no início, Paulo Alberto da Silva Costa, preso por três anos, o próprio STJ, apontou racismo e fragilidade da prova do reconhecimento no processo que resultou em sua condenação.

Além das falsas memórias, inegável a dificuldade que pessoas têm para reconhecer indivíduos pertencentes a grupos étnicos distintos do seu, caracterizando o reconhecimento entre pessoas de raças diferentes (*cross-racial*). O principal efeito desta espécie de reconhecimento é definido pela tendência em serem reconhecidas pessoas da mesma raça, contribuindo, desse modo, para erros judiciários.

Nesse sentido, pessoas brancas teriam menos facilidade em reconhecer um indivíduo negro específico quando este estivesse inserido em um grupo composto por apenas pessoas do mesmo gênero, isto é, da mesma cor. Sem embargo da possibilidade de erros de reconhecimentos entre pessoas de mesma raça, a margem de erro é demasiada quando se trata de reconhecimentos entre pessoas de raças diferentes.

Assim, as falsas memórias podem resultar em contaminação das provas no processo penal, durante a colheita do depoimento, que nada mais é do que a reconstrução de fatos passados, como assinala Cristina Di Gesu²⁰⁰.

¹⁹⁸ SAUL, Diego Palhares; GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte. Seletividade penal, caso Rafael Braga e a condenação fundamentada exclusivamente no testemunho policial. *In*: SOBRINHO; DORNELLES; PEDRINHA (Orgs.). **Seletividade do sistema penal**. Revan. 2018, p. 83.

¹⁹⁹ PONTE, Priscila Fernandes Miranda Botelho da. Prova testemunhal, falsas memórias e sugestibilidade interrogativa. *In*: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R.R. (Coords.). **Temas para uma perspectiva crítica do direito**: homenagem ao professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012, p. 797.

²⁰⁰ GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014, p. 312.

Nessa linha, condicionar a autoria delitiva ao testemunho de pessoas cuja memória pode naturalmente falhar pode significar a contaminação do reconhecimento pessoal enquanto instrumento probatório, influenciando as autoridades judiciárias a persistir na condenação de sujeitos, não se dessumindo, daí, a eficácia probatória esperada do sistema de justiça.

Em que pese esse alerta a respeito da falta de confiabilidade da memória não esteja previsto na legislação processual penal, da mesma forma como a presunção de veracidade aos depoimentos de natureza policial também não está, o que se espera do magistrado é uma análise mais atenciosa, sem a outorga de valor probatório absoluto ou tarifado, devendo ser observado os demais elementos contidos no processo, produzidos em sede judicial.

O ponto que se observa dessa área da psicologia do testemunho é o grau de comprometimento do reconhecimento de pessoas por conta das memórias e as consequências que podem gerar, em vista das experiências pessoais oriundas das circunstâncias únicas e subjetivas em relação aos acontecimentos, podendo ocasionar, dependendo da falha, a condenação de um inocente por crime que não cometeu, ainda que involuntariamente.

Ressalte-se que a importância desta *variável de estimação* na esfera do reconhecimento de pessoas, na medida em que a declaração de identificação do possível autor do crime se encontra vinculada à atividade cognitiva humana de reconstrução de um fato passado, em cujo processo pode sobressair equívocos que lesam o reconhecimento. Desse modo, a valoração deste tipo de prova deve observar o tempo decorrido entre a data dos fatos e a data da realização do reconhecimento, em vista do risco do esquecimento e das falsas memórias, sem falar da alta probabilidade de alteração física da pessoa a ser reconhecida.

Conquanto a necessária preocupação trazida pelo campo da psicologia do testemunha, Lilian Stein e Gustavo Ávila, na mesma pesquisa científica citada anteriormente, não deixaram de notar, durante o estudo sobre o erro judiciário na esfera do reconhecimento de pessoas, o descumprimento normativo das regras do procedimento em que se encontra disposto, ou seja, o fato do reconhecimento de pessoas não estar representado totalmente pelos passos procedimentais próprios da norma.²⁰¹

Irregularidades desse nível são consideradas variáveis de sistema, porque referentes a aspectos diretamente controláveis por parte dos agentes do sistema de justiça, campo mais fértil e propositivo em termos de pesquisa e regulamentação.²⁰²

²⁰¹ STEIN; ÁVILA. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. 2015, p. 70.

²⁰² DANTAS; AKERMAN. Reconhecimento de pessoas à luz da psicologia do testemunho, da revolução da jurisprudência e da Resolução nº 484/2022 do CNJ. In: SCHIETTI; AKERMAN. **Reconhecimento de pessoas**. 2024, p. 50.

O *show-up* é um dos procedimentos feitos nesse panorama de irregularidade, considerado, inclusive, principal método realizado no Brasil, segundo pesquisa encomendada pelo Ministério da Justiça no ano de 2015.²⁰³ Consiste na apresentação de um único suspeito, de forma isolada, seja por foto ou presencialmente, à vítima ou à testemunha, para fins de identificação do autor do delito, instante em que o rosto do indivíduo apresentado para reconhecimento será comparado com aquele armazenado na memória daquela. Se ambos forem semelhantes, a vítima ou testemunha será inclinada a reconhecê-lo como autor do fato.

Além de representar uma deformação jurídica do instituto do reconhecimento de pessoas, a falha decorre da ausência de alternativas ao sujeito reconhecedor, que não terá outras pessoas pelas quais possa comparar com o suposto autor do delito. A vítima ou testemunha O risco de reconhecimento errôneo surge da alta possibilidade de identificação do suspeito que reúna apenas uma característica semelhante correspondente, a cor da pele, por exemplo, para que assim a vítima ou testemunha o indique como responsável pelo crime.

Por tais razões, o procedimento do *show-up* é aquele com maior risco para representar um falso reconhecimento, porque permite gerar prova dependente da memória por meio de um procedimento extremamente sugestivo. Como asseverado por Cecconello e Stein, “o *show-up* torna a testemunha/vítima mais propensa a reconhecer o rosto apresentado, além de inflar a confiança na própria resposta.”²⁰⁴

O *álbum de suspeitos*, no qual são relacionadas imagens de pessoas separadas em fotografias por tipos de delitos, cujas fotos são mostradas às vítimas ou testemunhas, sem advertência alguma, para fins de identificação do provável autor do crime, também se encaixa nessa relação. É que a seleção de fotografias que o compõem, para além de alienadas a qualquer padronização ou formalidade igualitária, pois estabelecidas no âmbito policial, induzem a manifestação da testemunha ou vítima a apontar quaisquer dos selecionados como autor do delito, por acreditar que os rostos dos sujeitos são de potenciais suspeitos ou de pessoas já condenadas e reincidentes na prática delitiva, de modo que o indivíduo que procura, provavelmente, deverá, segundo seu pensar, estar inserido na mesma ordem.

Cristina Di Gesu²⁰⁵ critica o reconhecimento fotográfico nessas condições porque a vítima ou testemunha certamente não chegará a identificar o suspeito se não o conhece,

²⁰³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Brasília: IPEA. 2015, p. 28.

²⁰⁴ CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. A psicologia do testemunho aplicada ao reconhecimento de pessoas. *In*: SCHIETTI; AKERMAN. **Reconhecimento de pessoas**. 2024, p. 27.

²⁰⁵ GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. 2014, p. 133.

porque a imagem dele não estará em sua memória. Agora, em sendo apresentada uma fotografia quando do reconhecimento, ela vai se recordar não da pessoa envolvida no delito, mas sim daquela que lhe foi mostrada no álbum.

Além disso, mostra-se recorrente o *line-up*, consistente na identificação do sujeito presencial ou por fotografia lado a lado de outros indivíduos, ao mesmo tempo ou de maneira sequencial, para que a pessoa do reconhecedor faça a seleção.

Em cada um desses expedientes, desassociados da figura do reconhecimento típico do artigo 226 do Código de Processo Penal, resulta a tendência de condenações injustas, porquanto geram grau sugestível na capacidade da memória da vítima ou testemunha, quando do reconhecimento pessoal feito do indivíduo taxado como suspeito, a depender das circunstâncias de tempo e local em que se encontram aqueles que tiveram, de certo modo, algum contato com os fatos e a sua prática.

Nesse sentido, condicionar a prova da autoria delitiva unicamente ao testemunho de pessoas cuja memória pode naturalmente falhar já significa, por si só, a contaminação do reconhecimento pessoal enquanto instrumento probatório, influenciando condenação com erro judiciário, não se desumindo, daí, a eficácia probatória esperada na condução devida do processo penal. A utilização de práticas como *show-up*, álbum de suspeitos e *line-up* acaba por acentuar sobremaneira o grau de falibilidade da memória humana.

O Judiciário, por seu poder de decisão, pode e deve atuar no combate à desconformidade da lei processual penal perante os casos que lhe são apresentados processualmente, a partir da questão da falibilidade humana no reconhecimento enquanto instrumento probatório dependente da memória, devendo o Estado-juiz ponderar as circunstâncias presentes, variáveis em cada caso, para afastar eventual reconhecimento negativo e, de outro modo, determinar a imposição probante do reconhecimento positivo, ou seja, em conformidade com as disposições previstas no Código de Processo Penal.

A prova do reconhecimento de pessoas pode ser considerada confiável somente quando observado os critérios bem estabelecidos da própria norma processual em que se encontra situado. Do contrário, seu emprego no processo penal será propositivo à erro e à confiabilidade, sobretudo quando aliado à capacidade de falha da memória humana, propensa a erros e com tendência a ser influenciada por preconceitos, por meio dos quais podem ocasionar consequências desastrosas aos indivíduos reconhecidos, como condenações injustas.

Sucedem que, conquanto existentes estudos suficientes no campo da psicologia do testemunho, persiste nos tribunais uma certa recusa em reconhecer a perversão da prova do reconhecimento de pessoas maculada por falsas memórias, sobretudo em contexto de racismo, o que continuará redundando em erro judiciário nas práticas processuais penais, ensejando simples debates superficiais que não resolvem o problema na sua causa raiz.

Com efeito, o tema do erro judiciário no âmbito do processo penal brasileiro esteve, de alguma maneira, confinado tão somente às discussões sobre aspectos processuais do instituto da revisão criminal ou, em termos de direito material civil, na quantificação da indenização extrapatrimonial a ser revertida em favor daqueles condenados injustamente, a título de reparação pelo erro estatal.

Mais ainda, os métodos tradicionais de análise dos erros judiciários se encontram focados, por vezes, em estudar determinado volume de casos individuais e tentar montar estatísticas sobre eles, sem o emprego de uma metodologia própria e adequada para o objeto de estudo, o que, segundo Maurício Stegemann Dieter e Rafael Dezidério de Luca²⁰⁶, não atinge o problema do erro judiciário em sua totalidade, não se chegando aos mecanismos causais e estruturais do fenômeno da condenação de inocentes. Para eles, mostra-se essencial uma mudança de paradigma na esfera do erro judiciário com um olhar mais voltado às ciências criminais empíricas e seus métodos do que as ciências normativas, incapazes, segundo sua concepção, de trabalhar com pesquisa de qualidade e envergadura teórica na criminologia.

A fim de superar as limitações teóricas usualmente realizadas para lidar com o erro judiciário, referidos autores, então, sugerem cinco orientações ou perspectivas teóricas como estudo: a) paradigma da reação forçada e a legitimação das funções simbólicas do sistema de justiça criminal (observando o erro judiciário de forma crítica, não como simples infortúnio suscetível de ocorrer em pouquíssimos casos presumindo a boa-fé dos agentes de criminalização; b) pêndulo do sistema penal e a problemática das preferências valorativas (controle do crime *versus* modelo do devido processo legal); c) natureza política do sistema penal e do erro judiciário (que enxerga a condenação de inocentes como tema de pouca relevância, por não trazer votos ou repercussão social); d) construtivismo social (adoção de uma visão que se aproxima das teorias criminológicas do *labelling approach*, relativizando os propósitos e os valores do sistema de justiça criminal, bem como o conceito de crime em si

²⁰⁶ DIETER, Maurício Stegemann; LUCA, Rafael Dezidério de. Como pesquisar o erro judiciário sob as lentes da criminologia crítica: indo além da causalidade jurídica superficial. In: SCHIETTI; AKERMAN. **Reconhecimento de pessoas**. Brasília: Editora Sobredireito. 2024, p. 303.

mesmo); e) criminologia crítica (para demonstrar o enviesamento classista e racial das instituições penais, destinadas à exclusão social, sobretudo para demonstrar que o erro judiciário é resultado do modelo de justiça estruturado para perpetuar e reproduzir as relações de produção, troca e consumo capitalista).²⁰⁷

Sob essa perspectiva, pode-se ir além da mera reprodução do modelo estrutural básico limitado à análise superficial dos casos, por meio da análise das raízes dos processos causais do erro judiciário, intervindo concretamente, depois de levado em conta os mecanismos envolvidos no sistema penal como um todo, sem restrição do alcance da profundidade do exame das questões envolvidas e seus processos causais respectivos.

Adotada esta orientação, pode-se traspasar o estudo meramente da norma do reconhecimento de pessoas, para avaliar fatores como, por exemplo, a estrutura de dominação e controle sobre a população dos mais vulneráveis e o quadro histórico de escravismo que permeia a história brasileira (pontos já tratados nos tópicos antecedentes), atingindo, assim, explicações mais estruturais acerca do que realmente contribui ou motiva condenações de inocentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Com essa dilema, a perspectiva de estudo da criminologia do erro judiciário pela teoria do etiquetamento se traduz como método que melhor supera os entraves tradicionais de lidar com a condenação de inocentes, diante do quadro de criminalização secundária do segmento da sociedade definido como desviado, contemporaneamente representado pela população negra, cujo fenômeno não pode permanecer desvinculado da história racista e excludente marcada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A título exemplificativo, vale salientar o viés racial no erro judiciário trazido por Anamaria Prates Barroso como fator provocativo das falsas memórias, a partir do qual acrescenta o estereótipo racial construído em face do negro. Para tanto, cita pesquisa estadunidense, em que estereótipos e preconceitos afetaram a realidade dos fatos. Trata-se de um caso em que foi apresentada a várias pessoas uma fotografia com a imagem de um homem branco portando uma lâmina e outro negro durante uma discussão acalorada, um percentual significativo de pessoas, quando perguntadas posteriormente sobre o que vieram, afirmaram que a lâmina estava nas mãos do homem negro.²⁰⁸

²⁰⁷ DIETER; LUCA. Como pesquisar o erro judiciário sob as lentes da criminologia crítica. In: SCHIETTI; AKERMAN. **Reconhecimento de pessoas**. Brasília: Editora Sobredireito. 2024, p. 314-316.

²⁰⁸ GROSS, William David. The unfortunate faith: a solution to the unwarranted reliance upon eyewitness testimony. *Texas Wesleyan Law Review*, Fort Worth, v. 5, p. 307-331, 1999, p. 315, *et al* BARROSO. **Por um processo penal não racista**. 2023, p. 96.

Em outro ponto, encimada autora relata um estudo no qual foram mostradas aos participantes quatro estórias com fotografias com o mesmo homem negro que descreviam um professor universitário; um jogador de basquete; uma situação de crime não violento; e uma situação de crime violento. Após lerem as estórias e olharem as fotos, foi solicitado aos participantes que recriassem a foto do homem de cada estória escolhendo as características faciais, além de outros detalhes. As estórias envolvendo as situações criminais, especialmente a de crime violento, foram as que tiveram mais características faciais de homem negro.²⁰⁹

Segundo Marina Trindade²¹⁰, o estudo das falsas memórias e dos fatores que implicam no reconhecimento pessoal se traduz como essencial para se entender o seu efeito no etiquetamento e na seletividade penal do Brasil, a qual encampa a noção de que a população marginalizada representa a clientela do sistema penal.

Ainda, de acordo com a referida autora, preconceitos e estigmas exercem, então, forte influência no momento do reconhecimento pessoal e tendem a ser potencializados quando não observados os procedimentos adequados, o que resulta em verdadeira afronta ao *in dubio pro reo*, porquanto serão mais facilmente identificados aqueles que “têm cara de bandido”.²¹¹

A despeito de ser apenas um dos fatores que contribuem para condenações de inocentes, o reconhecimento de pessoas continua sendo prova decisiva na prática policial-judicial, notadamente pela relevância do que dele se extrai quando se trata de comprovar a autoria delitiva, o que exige um maior cuidado no seu emprego e, conseqüentemente, avanço nos estudos, não apenas no campo da psicologia do testemunho, mas também, e principalmente, na esfera da criminologia crítica.

Assim, fundamental o desenvolvimento de pesquisas sobre erro judiciário com conexão na área das ciências criminais, preferencialmente pela criminologia da reação social, como ferramenta básica orientadora do desempenho da atuação do Judiciário na condução do instituto probatório do reconhecimento de pessoas, de forma adequada, imparcial e transparente.

A teoria da reação social se ajusta perfeitamente a esse modelo, na medida em que procura demonstrar a criminalização de pessoas pelas instâncias oficiais.

²⁰⁹ MOURER, Sarah Anne. Reforming eyewitness identification procedures under the fourth amendment. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, Durham, v. 3, p. 49-90, 2008, p. 56, *et al* BARROSO. **Por um processo penal não racista**. 2023, p. 96.

²¹⁰ MAGALHÃES, Marina Trindade. O reconhecimento pessoal e a psicologia judiciária: falibilidade do testemunho como reforço do etiquetamento e violação ao *in dubio pro reo*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 3, p. 1.699-1.731, set./dez. Porto Alegre. 2020, p. 1.717.

²¹¹ MAGALHÃES. O reconhecimento pessoal a psicologia judiciária. **Revista Brasileira de Direito Processual penal**. 2020, p. 1.723.

4.2 O reconhecimento de pessoas e a posição do STJ: da seletividade racial na atipicidade procedimental à virada do paradigma vigente no âmbito dos tribunais

Da leitura do disposto no artigo 226 do CPP ressaí que o procedimento de reconhecimento de pessoas é composto por quatro fases. Primeiro, a pessoa que fará o reconhecimento é convidada a realizar a descrição do suspeito do cometimento do delito. Em seguida, o suspeito será colocado, se possível, ao lado de outras pessoas com semelhança física. Logo na sequência, será feita a indicação da pessoa por parte do reconhecedor. Por último, há elaboração de um auto pormenorizado e subscrito pela autoridade que conduziu a prova e pelo reconhecedor, bem ainda por duas testemunhas presenciais.

A previsão de quatro fases, bem delimitadas, por sinal, tem por escopo diminuir os riscos do desacerto desse tipo de prova, assegurando o respeito aos princípios da presunção de inocência, devido processo legal, máxime evitar que um inocente seja apontado como autor do delito, ensejando com isso sua condenação equivocadamente.

De outra banda, da análise do preceptivo legal não ressaí nenhuma regra de apresentação isolada da pessoa suspeito para fins de reconhecimento, o que consubstancia o chamado *show-up*, nem tampouco a utilização do expediente de álbum de suspeitos.

Realizado presencialmente ou por fotografia, a prova do reconhecimento de pessoas poderá até começar na fase extraprocessual, desde que referido instrumento seja confirmado em juízo, observadas, porém, as formalidades previstas no dispositivo legal. Não pode, contudo, servir para lastrear condenação de um suspeito da prática de crime, a menos que outras provas, por si mesmas, possam conduzir o convencimento do julgador a respeito da autoria delitiva.

Se a prova do reconhecimento for realizada na fase investigativa perde a possibilidade de ser embasada por sentença condenatória, porque constitui simples elemento investigatório, capacitado, apenas, para servir de indícios para o oferecimento da denúncia pelo órgão acusatório ou a promoção do arquivamento da peça informativa.

O importante é que referida prova seja realizada uma única vez, independentemente do momento em que se realiza, conforme Mariângela Tomé Lopes, para quem “deve a prova irrepetível ser feita com cautela redobrada em comparação aos meios de prova repetíveis e, sempre, com respeito ao procedimento previsto para a sua realização.”²¹²

²¹² LOPES, Mariângela Tomé. **Reconhecimento de pessoas e coisas**. São Paulo: Thomson Reuters. 2023, p. 283.

Conquanto a orientação disposta na norma processual penal, os tribunais brasileiros não atendiam, efetivamente, as regras fixadas pelo Código de Processo Penal, que, por um tempo, foram tratadas como meras sugestões, que, por isso, podiam ser flexibilizadas mediante a invocação de que a condenação está amparada em outras provas reunidas no processo.

Muito embora o discurso frequentemente utilizado por tribunais para manter a condenação imposta em primeira instância de julgamento fosse questões afetas ao revolvimento fático, quase sempre as provas estavam lastreadas unicamente em reconhecimento fotográfico na fase inquisitorial e sem observância das formalidades legais, seja porque o ato não foi repetido em juízo, seja porque não foi referendado por outras provas judiciais.

O posicionamento defendendo a mera recomendação também sobressaía pela interpretação inserida sobre a leitura do inciso II do artigo 226 do Código de Processo Penal, precisamente da expressão “sempre que possível”, conforme Guilherme Madeira Dezem, para quem o termo tem gerado controvérsia na doutrina. A primeira posição (Guilherme Nucci e Tourinho Filho) afirma que o termo se refere tão somente às pessoas parecidas, ou seja, há necessidade de colocação de pessoas ao lado do reconhecido e, somente se possível, estas serão com ele parecidas. A segunda, entende que a expressão diz respeito a qualquer pessoa, no sentido de afirmar que o acusado somente será colocado ao lado de outras pessoas, parecidas ou não, se isto for possível.²¹³

Não obstante, longe de mera recomendação, esta segunda fase do reconhecimento de pessoas, do mesmo modo que se deve proceder com as demais, constitui um conjunto necessário para a efetivação da prova, que não observado, se traduz como elemento potencial capaz de conduzir a resultados insatisfatórios. Como adverte Mariângela, considerar o rito do reconhecimento de pessoas como mera recomendação, desrespeitando-o, significa banalizar o ato. “Cada momento da produção da prova tem uma razão muito importante de existir, pois visa a ativar a memória, diminuindo os riscos de um reconhecimento falho, o que conduziria a condenações injustas”²¹⁴, conclui.

Ademais, a interpretação normativa para simples recomendação desconsidera o fator de cautela exigido na admissão e avaliação da prova de caráter essencialmente cognitivo,

²¹³ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020, p. 748-749.

²¹⁴ LOPES. **Reconhecimento de pessoas e coisas**. 2023, p. 174.

sujeito à percepção humana do sujeito reconhecedor, dependente, pois, da memória, que, como abordado na seção anterior, pode falhar.

De se notar, ainda, que a teoria da mera recomendação legal era continuamente utilizada por que tribunais brasileiros ignoravam as falhas e vícios na utilização da prova, deixando de adotar cautelas e precauções específicas na produção do reconhecimento enquanto instituto que possui alto conteúdo capaz de criminalizar pessoas inocentes.

A resolução definitiva sobre a controvérsia adveio com a repercussão do julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886/SC, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, que não só abordou a falha do reconhecimento de pessoas pela falibilidade da memória humana, mas também considerou a impropriedade da prova por aspectos de seletividade do sistema penal. “De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas”²¹⁵, comentou o ministro.

O voto do Relator foi acompanhado por todos os membros da Sexta Turma, o que acentuou a possibilidade de mudança futura de todos os tribunais no que diz respeito à interpretação então prevalente no ordenamento jurídico.

Ao julgamento, inclusive, foi conferido efeito *erga omnes*, uma vez que ao seu final foi determinada a comunicação aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados, Regionais Federais, bem ainda ao Ministro da Justiça e Segurança Pública, além dos Governadores, cientificando-os do conteúdo da decisão, sobretudo para que dela façam conhecer os responsáveis por cada unidade policial de investigação.

O Relator ressaltou a necessidade de observância das regras procedimentais preconizadas no artigo 226 do CPP, sob pena de incorrer em invalidade da prova, cujo valor probatório deve ser visto com muito cuidado, justamente em razão da sua alta suscetibilidade de falhas e distorções. Disse que “não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciais e, consequentemente, de graves injustiças”.²¹⁶

Pelo novo posicionamento, diante dos riscos de falibilidade do reconhecimento de pessoas e da inobservância ao procedimento prescrito na norma legal, ou seja, a falta de uma de suas quatro fases ou sua realização irregular, o ato deve ser invalidado, impedindo-o que

²¹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. **Habeas Corpus nº 598.886/SC** (2020/0179682-3). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Pacientes: Vanio da Silva Gazola e Igor Tartari Felacio. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 18/12/2020.

²¹⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 598.886/SC**. Brasília, 18/12/2020.

seja usado para fundamentar eventual édito condenatório. Tamanha a importância das regras para realização do reconhecimento de pessoas que a realização de um reconhecimento vicia todos os outros posteriores, na medida em que necessariamente os influencia. “No momento em que se vê pessoa ou coisa, uma imagem é inserida na memória do reconhecimento que o fará reconhecer aquela mesma imagem todas as vezes que for colocada na sua frente”.²¹⁷

Tamanha a gravidade que isso representa ao processo, porque, uma vez que se trata de prova irrepitível, a declaração de nulidade não conduzirá à reprodução do ato, consequência que naturalmente sucede em outros atos processuais, em que o recuo do processo gera a necessidade de se ordenar a renovação do processo a partir do ato originalmente nulo²¹⁸.

Em sendo irrepitível o ato, este não poderá ser refeito, tampouco poderá ser reaproveitado o ato invalidado, pois permitida sua realização uma única vez, devendo, assim, ser excluído do processo, sem possibilidade de ser refeito. Contudo, “se o ato irrepitível for derivadamente nulo, ou seja, a nulidade adveio por violação à forma de realização de outro ato anterior e que, por consequência, deu causa à sua nulidade, poderá ser reaproveitado nos autos, já que não será possível a sua reprodução.”²¹⁹

Rogério Schietti consignou, também, falhas de procedimento da polícia durante o momento de utilização do reconhecimento fotográfico, levando em conta relatório envolvendo as 19 varas criminais do Estado do Rio de Janeiro e os casos recebidos entre 1º/6/2019 e 10/3/2020, nos quais todos os indivíduos foram processados por roubo, à exceção de um deles, acusado de homicídio. Com relação à cor da pele, menciona que apenas 20% dos indivíduos eram brancos (consta do referido relatório que a informação sobre a cor da pele foi retirada dos registros policiais), o que sugere algo até intuitivo, o racismo estrutural.²²⁰

Embora a primeira impressão seja de que o voto do Relator tivesse a intenção exclusiva de causar uma virada de chave no posicionamento quanto ao cumprimento legal do regramento, nota-se a contextualização da raça negra na tomada de decisão, ainda que a abordagem policial praticada na ocasião não tivesse externado literalmente que o motivo da atuação sobre os suspeitos fosse, necessariamente, a condição da cor de pele, dado que, raramente, agências do aparato repressivo, como a polícia, assumem os efeitos racistas de suas atuações.

²¹⁷ LOPES. **Reconhecimento de pessoas e coisas**. 2023, p. 129.

²¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 28.

²¹⁹ LOPES. **Reconhecimento de pessoas e coisas**. 2023, p. 172.

²²⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 598.886/SC**. Brasília, 18/12/2020.

De todo modo, o fato que chamou a atenção do Ministro do STJ predominante não deixa de ser o racismo institucional, verificável quando o vício acaba sendo utilizado para incriminação do suspeito, mais por questões ligadas às características físicas, a saber, traços como a raça, idade, nível sociocultural, vestimenta, tatuagens, dentre outros elementos dessa natureza, do que propriamente aos aspectos da aparência daquilo que a testemunha ocular realmente viu e/ou presenciou.

Neste particular, o *HC* nº 598.886/SC atende ao fim proposto na tese de Anamaria Barroso, para quem o tema da raça deve ser um debate a ser trazido à esfera processual penal como mecanismo de combate à seletividade penal racial, fenômeno que denomina “racialização”, ou seja, identificar a raça na tomada de decisão como forma de combate à seletividade penal racial e superação do racismo. “Se a seletividade penal, a punição, o sistema penal se estruturam através do racismo, é necessário racializar o debate. Deve ser racializada a forma como os operadores do direito olham para as relações sociais e jurídicas no Brasil para que a raça seja considerada quando da tomada de decisão.”²²¹

Ainda que a ideia possa parecer paradoxal, já que a inclusão do racismo para o centro do debate, a referida autora defende que o uso da categoria como termo transversal no processo penal não significa racismo, mas o enfrentamento dele, pois, assim agindo, será possível analisar de que forma práticas processuais penais escondem, por vezes de maneira dissimulada, condutas racistas. Isso porque, “raramente as instituições assumem os efeitos racistas de suas ações. A estigmatização da raça no sistema penal não vem, comumente, de forma clara e expressa, mas de maneira automática e injustificada, disfarçando uma seletividade penal.”²²²

A título de reforçar a ideia de contextualização da raça na tomada de decisão por parte do STJ, cita-se outro voto do Ministro Rogério Schietti, no julgamento do *HC* nº 158.580/BA, do qual foi igualmente relator, momento em que trouxe diversas pesquisas comprovando o perfilhamento racial na abordagem policial, em que pessoas negras são as mais revistadas, sem uma fundada suspeita. No caso, o Ministro traz novamente a questão do racismo, enfatizando a necessidade de reflexão na conduta dos atores processuais quanto à seletividade racial.²²³

²²¹ BARROSO. *Por um processo penal não racista*. 2023, p. 110.

²²² BARROSO. *Por um processo penal não racista*. 2023, p. 110-111.

²²³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. **RHC** nº 158.580/BA. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília. Julgado em 19/04/2022.

Vale salientar que esses estereótipos criminais, predispostos pela sociedade são utilizados, por vezes, inconscientemente, para responsabilizar supostos acusados por conta da fisionomia de um criminoso. A seleção do negro como suspeito da prática do crime advém de conduta acentuadamente discriminatória, já que estigmatiza a pessoa pela cor de sua pele, escolhendo o acusado racialmente.

Como já abordado anteriormente, a sociedade estabelece um modelo de categorias e tenta catalogar as pessoas de acordo com as qualidades consideradas comuns. Além disso, também são colocadas categorias a que as pessoas devem pertencer, sobretudo seus atributos, o que evidencia que a sociedade acaba por determinar um padrão ao indivíduo considerado como criminoso, a depender da categoria mais baixa na hierarquia social na qual ele vive.

Aury Lopes Júnior destaca que os estereótipos culturais, a exemplo da raça, cor, possuem grande influência na percepção dos delitos, a gerar um modelo de categorias, em que pessoas são catalogadas de acordo com o nível cultural. “Ainda que o criminoso nato de Lombroso seja apenas um marco histórico da criminologia, é inegável que ele habita o imaginário de muitos (principalmente em países com profundos contrastes sociais, baixo nível cultural e, por consequência, alto índice de violência urbana como o nosso)”, assinala.²²⁴

Nesse quadro de catalogação, Urbano Félix e Pedro Camilo asseverarem que “a socialização do vulnerado estigmatizado pela sistemática penal terá o condão de reafirmar a *profecia autorrealizável*, pois haverá reafirmações diversas com feitura de documentos, impedimentos, vedações e novos status sociais (culpado, egresso, reincidente, réu)”, enquanto os fortes, entendidos aqui como brancos, não terão que responder à sociedade, pois cunharão técnicas de neutralização, fazendo acontecer o direito ao esquecimento e não precisarão da opinião alheia para criar uma imagem renovada e perfeita.²²⁵

De se observar a indiferença na sociedade no que diz respeito ao quadro de vulnerabilidade em que se encontram os negros atingidos pelo processo de criminalização. A persecução penal dos negros é absorvida pelas instâncias de controle de forma inteiramente distinta da maneira como é lidada nas pessoas brancas, de modo que a “teoria do *labelling approach* fará amplo sentido pela necessidade, da pessoa vulnerada, do olhar alheio na formação da própria imagem-no-mundo e imagem-perante-o-mundo”.²²⁶

²²⁴ LOPES JR. Aury, **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 493.

²²⁵ NETO, Pedro Camilo de Figueirêdo; BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. A importância do estudo da categoria das vulnerabilidades nas ciências criminais. In: NETO, Pedro Camilo de Figueirêdo; BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do (Orgs.). **Ciências Criminais II: Olhares insurgentes**. Mentel Aberta. 2022, p. 22.

²²⁶ NETO; BOMFIM. A importância do estudo da categoria das vulnerabilidades nas ciências criminais; NETO; BOMFIM; (Orgs.). **Ciências Criminais II**. 2022, p. 22.

Observa-se que, apesar de muitas vezes a condenação justificar seu amparo em provas colhidas sob o critério do contraditório, o que se nota significativamente no ato de reconhecimento é uma atuação seletiva, vinculada ao tipo de autor, traduzida como concepção positivista-antropológica de delinquente natural, que Luigi Ferrajoli, inclusive, concebe como uma das “figuras mais nefastas do moderno obscurantismo penal”.²²⁷

Por essas razões, o reconhecimento de pessoas conduzido às avessas, isto é, de qualquer maneira, seja com salto de alguma de suas fases procedimentais, seja em desconformidade com o quanto estabelecido pelo artigo 226 do Código de Processo Penal, acaba por reproduzir o quadro do direito penal do inimigo, em que as agências punitivas promovem um controle seletivo penal sobre o negro.

Com base em dados relacionados ao processo de criminalização secundária, desde o contato com a polícia, passando pelo julgamento pelo Judiciário, até a condenação do indivíduo, Guilherme Nobre Aguiar aponta a interseção entre a teoria do etiquetamento e a violência perpetrada contra a juventude pobre e periférica, caracterizada, em sua maioria, por negros e pessoas de baixa renda, evidenciando hipótese de viés racial no processo penal.²²⁸

A norma do artigo 226 do CPP gera intuitivamente que a pessoa a promover o reconhecimento não deve guardar qualquer relação de intimidade, próxima ou mediata, com a pessoa a ser apontada, reconhecida, na medida em que os critérios estabelecidos, a exemplo da colocação de outras pessoas ao lado do sujeito a ser reconhecido, firmam mais de uma possibilidade ao reconhecedor, desassociada de qualquer discriminação que porventura possa ter o sujeito.

Sobre esse ponto, Caroline Tassara, Mariana Py Muniz e Luís Geraldo Lanfredi demonstram que “o reconhecimento só faz algum sentido [...] diante daqueles com quem não se tenha relação de proximidade, de qualquer natureza, ou em outras palavras, quem não se conhecia até o advento de um crime, o qual, por si só, desnuda perplexidades e repercute sobre o imaginário individual”.²²⁹

A ordem jurídica proíbe a discriminação compreendendo determinadas situações, modalidades, resultado reprovado e as esferas protegidas, estando regulada não só pela

²²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad.: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 45.

²²⁸ AGUIAR, Guilherme Nobre. **Teoria do etiquetamento social, criminalização e estigmatização de jovens periféricos**. 2021. F. 59-60. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Social) – Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social/PPGDS – Universidade Estadual de Montes Claros/MG (UNIMONTES).

²²⁹ TASSARA, Caroline; MUNIZ, Mariana Py; LANFREDI, Luís Geraldo. A Resolução nº 484/2022: um reencontro com a legalidade na prática e na interpretação do reconhecimento de pessoas no processo penal. In: SCHIETTI, Rogério; AKERMAN, William. **Reconhecimento de pessoas**: novo regramento sob enfoque constitucional. Brasília: Editora Sobredireito. 2024, p. 137.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas pela Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, tanto por princípios constitucionais de isonomia, dignidade da pessoa humana, quanto pela regulação de parâmetros de proteção internacionalmente consagrados pelas Convenções Internacionais. Todavia, resta essencial a compreensão das modalidades de discriminação, para que se possa prevenir sua prática. As propostas de melhorias institucionais começam com a não ignorância de situações de discriminação racial, não se podendo haver, por exemplo, neutralidade na condução jurídica.

Nessa moldura, já não era sem tempo a virada de posicionamento jurídico por parte do STJ quanto à interpretação procedimental da disciplina do reconhecimento de pessoas, promovendo o deslocamento da práxis usualmente empregada de mera recomendação do procedimento probatório para o cumprimento de suas bases normativas. O novo entendimento significou um aperfeiçoamento das legislações que disciplinam a matéria, cumprindo com sua função institucional de eliminar as práticas racistas no sistema de justiça.

4.3 O STF e o reconhecimento de pessoas: da política judiciária pelo exercício do poder regulamentar do CNJ ao enfoque constitucional sobre o novo regramento

A forma como a prova do reconhecimento de pessoas foi direcionada pelo STJ com o julgamento emblemático do *HC* nº 598.886/SC, interpretando a norma do artigo 226 do CPP como um rito procedimental a ser cumprido rigorosamente, demonstrou que o sistema de justiça desempenha papel fundamental na prevenção de erros judiciários, promovendo uma maior confiança no papel do Judiciário.

Isso porque, como já dito, dentre as situações que mais refletiram consequências na seara da ilegalidade do sistema de justiça criminal ressaltou a prova de identificação do autor do delito conduzida irregularmente. O Judiciário, até então, tinha pouca atenção no tema, a despeito do campo frutífero de estudos e informações mesclado por pesquisas científicas na área da psicologia do testemunho e por manuais jurídicos contendo diretrizes e procedimentos a ser seguidos.

O Supremo Tribunal Federal, a propósito, vinha entendendo, até poucos tempos atrás, pela não declaração de nulidade de reconhecimento pessoal, ainda que produzido em desconformidade com o rigor do disposto no artigo 226 do CPP. Todavia, em 22 de fevereiro de 2022, a Corte Suprema mudou seu entendimento, acompanhando o entendimento fixado

pelo Superior Tribunal de Justiça, durante o julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 206.846/SP²³⁰, como adiante será melhor explorado.

Com a recente alteração na jurisprudência superior sobre a questão, houve um aperfeiçoamento da justiça criminal, notadamente no aspecto de salvaguarda de regras mínimas capazes de viabilizar processos justos e livres de discriminações raciais.

Não se destaca, porém, em meio ao próprio sistema de justiça, a necessidade cada vez maior de aprimoramento e consolidação da nova compreensão sobre a aplicação do artigo 226 do CPP, por meio da incorporação das recomendações técnicas da política judiciária.

A esse propósito, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desenvolveu importante tarefa com objetivo de reforçar a garantia dos direitos das pessoas acusadas e contribuir para o aperfeiçoamento da gestão da justiça criminal. Reunidos sob a coordenação-geral do Ministro Rogério Schietti Cruz, quarenta e três acadêmicos e profissionais do universo jurídico aprofundaram a pesquisa sobre o erro no reconhecimento de pessoas por parte de vítimas e testemunhas na literatura científica para, então, construírem a mais ampla e consistente proposta para o enfrentamento dessa forte determinação na produção de condenações equivocadas em processos criminais.

Instituído pela Portaria 209, de 31 de agosto de 2021, pelo presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Luiz Fux, e sob a Coordenação do Ministro Rogério Schietti Cruz, o Grupo de Trabalho (GT) “Reconhecimento de Pessoas” tem por escopo a realização de estudos e elaboração de proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a evitar condenação de pessoas inocentes²³¹.

O grupo de trabalho estava organizado por cinco comitês temáticos, composto, cada um, por membros, relatores e secretariado, possuindo diferentes tarefas de pesquisa em torno de uma área em particular, que, ao final dos trabalhos, foi apresentado um relatório respectivo.

Ao Comitê Técnico 1 foi atribuída a tarefa de diagnosticar o impacto da prova do reconhecimento de pessoas realizada equivocadamente na condenação de inocentes.

²³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846/SP**. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 22 de fev. 2022. Disponível em: [paginador.jsp \(stf.jus.br\)](#). Acesso em 08 jul. 2024.

²³¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. **Grupo de Trabalho Reconhecimento de Pessoas**. In: Ministro Rogério Schietti Cruz (Coordenador). Brasília. 2022, p. 13.

No Comitê Técnico 2 a pesquisa se concentrava na apresentação de propostas de melhores práticas a serem adotadas no referido instituto probatório em sede policial, de maneira a servir como guia para o controle judicial da legalidade do procedimento.

Já ao Comitê Técnico 3 foi conferida a função de oferecer proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos a serem adotados no reconhecimento de pessoas, norteando a aplicação das regras no Judiciário.

Por sua vez, o Comitê Técnico 4 ficou encarregado da elaboração de projeto de alteração da lei, com vistas a incorporar as melhores práticas do reconhecimento de pessoas à disciplina legal então tratada no Código de Processo Penal.

O Comitê Técnico 5, ao seu turno, foi responsável pela organização de publicações técnicas e propostas de curso de capacitação em reconhecimento de pessoas a serem ofertados a profissionais das carreiras jurídicas.

Ao final dos trabalhos, composto por reuniões gerais, palestras e debates com aprimoramento dos produtos apresentados por cada comitê, foram apresentados relatórios técnicos ao Plenário do CNJ, seguidos de aprovação, posteriormente, incorporados às políticas implementadas pelo órgão do controle externo do Judiciário, sob a gestão da então Ministra e Presidente do STF, Rosa Weber.

Como fruto do trabalho do grupo de trabalho do CNJ, atingidos os objetivos definidos, adveio a Resolução nº 484, de 19 de dezembro de 2022, cujo regulamento tem por desiderato ressignificar o reconhecimento de pessoas enquanto ato que conduz à produção de prova policial-judicial no sentido de comprovar a autoria delitiva. Referido documento compreende essencialmente o exercício de uma política judiciária voltada a atender os objetivos estratégicos do Poder Judiciário no aperfeiçoamento da gestão da justiça criminal.

Do conjunto de relatórios que compõem o relatório final do GT, consta uma pesquisa pioneira, intitulada “Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses”, destinado ao valor da prova oral no processo penal e a relevância dos reconhecimentos em processos criminais, no qual contou com a participação de defensores, delegados e magistrados das regiões brasileiras, totalizando cerca de 87 entrevistados. As justificativas mais enfatizadas diziam respeito aos aspectos negativos da memória humana, que eram utilizados como juízo de condenação, por vezes, de inocentes, isto é, pessoas que não correspondiam, de fato, ao autor do delito.

Referida pesquisa apontou que o *show-up* era o método mais usualmente empregado na atividade de reconhecimento de pessoas durante a fase investigativa. Não se observava,

pois, a prática do ato de reconhecimento de pessoas que não fosse superior a simples apresentação isolada de um potencial autor do delito.

Além do mais, o relatório em referência também relevou uma variedade de métodos e ambientes que são comumente empregados nessa forma de abordagem: vidro espelhado (27,6%); álbum de suspeitos (14,93%); anteparo com retrato falado (13,43%); simples foto (11,19%); gabinete (3,73%); viatura (3,73%); retrato falado (2,99%); voz (2,99%); foto pelo celular (2,99%); mídias sociais (2,24%); imprensa (0,75%).²³²

O relatório também se encontrava revestido de informações extraídas do *National Registry of Exonerations*, o qual se traduz como o maior banco de dados acerca de erro judiciário revertidos nos EUA, que apontou o reconhecimento de pessoas como terceira causa de maior condenação de inocentes naquele país, dentre 29% dos casos analisados.²³³

A primeira questão enfrentada pelo GT foi a questão da memória realizada pela testemunha do delito, recomendando-se que a prova seja realizada o mais rápido possível, mas sem que se deixe de observar quaisquer das recomendações dos protocolos. “O registro, o armazenamento e a recuperação do conteúdo da memória humana enfrentam dificuldades que merecem a cautela do sistema de justiça criminal”. No tocante ao momento mais adequado à realização do reconhecimento, restou observado que quanto mais tempo passa a contar da ocorrência do crime, “maior a probabilidade de descompasso entre as recordações sobre o que aconteceu e o que oportunamente será relatado. Significa assumir que a memória definitivamente não é o que gostaríamos que ela fosse, pois ela não possui qualquer poder de cristalizar as recordações sobre os fatos.”²³⁴

Em resumo, a Resolução apontada confere tanto à autoridade policial quanto judiciária a incumbência de zelar pela higidez do procedimento do reconhecimento de pessoas, de forma a evitar a apresentação isolada da pessoa a ser reconhecida, seja por fotografia ou imagem, a utilização do álbum de suspeitos e o emprego de fotografias retiradas das redes sociais ou de qualquer outro meio digital, bem ainda do cuidado para que a pessoa convidada a realizar o reconhecimento não venha a ser induzida ou sugestionada por informações prévias, insinuações ou reforço às respostas que ela porventura apresente.

²³² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Grupo de Trabalho Reconhecimento de Pessoas**. In: Ministro Rogério Schietti Cruz (Coordenador). 2022, p. 24.

²³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Grupo de Trabalho Reconhecimento de Pessoas**. In: Ministro Rogério Schietti Cruz (Coordenador). 2022, p. 25.

²³⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Grupo de Trabalho Reconhecimento de Pessoas**. In: Ministro Rogério Schietti Cruz (Coordenador). 2022, p. 64.

O etiquetamento construído sobre os negros também foi alvo do relatório final do grupo de trabalho em comento, que considerou a exposição da raça/cor como fator continuamente incidente nos erros de reconhecimento de pessoas, “visto que os erros cometidos mostram a reprodução do racismo estrutural tendo em vista que a identificação por parte da vítima fica suscetível à influência do estigma construído historicamente sobre a população negra”.²³⁵

A recomendação dada pelo grupo foi o aperfeiçoamento urgente de uma legislação visando combater práticas racistas, que se expressam e se estruturam por meio da seletividade penal, como caminho para conferir maior confiabilidade ao sistema de justiça criminal, evitando prisões injustas de inocentes. A variável racial, derivada da percepção de que os erros em reconhecimento afetam em maior proporção a população negra, constitui o destaque de maior peso dentre as medidas procedimentais inovadoras constantes da Resolução nº 484 do CNJ.²³⁶

Outro componente igualmente considerado pelo GT nesse mesmo enredo é o denominado efeito racial cruzado (*cross racial effect*), caracterizado pela dificuldade de pessoas em codificar traços fisionômicos de pessoas pertencentes a grupos raciais distintos por estarem menos familiarizadas com eles. Logo, “há maior probabilidade de uma pessoa branca reconhecer equivocadamente uma pessoa negra ou indígena do que outra pessoa branca, por exemplo. Como as pessoas negras já são historicamente afetadas de maneira desproporcional pelas políticas de criminalização, as consequências negativas deste fenômeno recaem sobre elas com maior intensidade”.²³⁷

Nesse compasso, o artigo 6º, inciso III, da Resolução nº 484/2022 do CNJ recomenda a coleta de autodeclaração racial dos reconhecedores e dos investigados ou processados, a fim de permitir à autoridade policial e ao magistrado a adequada valoração do reconhecimento de pessoas, entre os principais aspectos.

Para Eduardo Sousa Dantas e William Akerman²³⁸, o grupo de trabalho coordenado pelo CNJ para lidar com a questão do reconhecimento de pessoas representa importante *case* de atuação política judiciária, pois envolve o cumprimento dos deveres funcionais dos

²³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Grupo de Trabalho Reconhecimento de Pessoas**. In: Ministro Rogério Schietti Cruz (Coordenador). 2022, p. 32.

²³⁶ SCHPREJER, Isabel. Reconhecimento de pessoas e violações sistêmicas. In: SCHIETTI; AKERMAN. **Reconhecimento de pessoas**. 2024, p. 261.

²³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Grupo de Trabalho Reconhecimento de Pessoas**. In: Ministro Rogério Schietti Cruz (Coordenador). 2022, p. 33.

²³⁸ DANTAS; AKERMAN. Reconhecimento de pessoas à luz da psicologia do testemunho, da revolução da jurisprudência e da Resolução nº 484/2022 do CNJ. In: SCHIETTI; AKERMAN. **Reconhecimento de pessoas**. 2024, p. 65.

magistrados, em atendimento ao comando do artigo 103-B, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

Comentando sobre a constitucionalidade da Resolução nº 484/2022, Marcos Paulo Dutra Santos defende que os limites do poder regulamentar versado no inciso I do § 4º do artigo 103-B da CRFB/1988, na medida em que, ao invés de inovar, o CNJ se limitou a *esmiuçar* o procedimento do referido instituto probatório, dissipando lacunas, como, por exemplo, o número de pessoas ou de fotos de indivíduos variados a serem confrontadas ao réu ou ao seu retrato, não aclarado no inciso II do artigo 226.²³⁹

Outro exemplo de lacuna da norma suprida pela Resolução foi a irrepitibilidade do reconhecimento. Muito embora o legislador pátrio do Código de Processo Penal não tenha estabelecido esta condição no preceptivo legal encimado, por se tratar de ato definitivo e com alta carga de sugestibilidade, como abordado nas seções anteriores, o reconhecimento não pode ser repetido em idênticas condições e o primeiro ato influencia o segundo, comprometendo, inclusive, qualquer outra tentativa realização posterior.

Justamente por isso, para Mariângela, resta evidente a necessária alteração da atual legislação brasileira, devendo “*haver previsão expressa de que este meio de prova ocorra uma única vez, sendo que somente poderá ser realizado na fase de instrução se não foi realizado em momento anterior.*”²⁴⁰

Nessa medida, a Resolução nº 484/2022 do CNJ supriu a necessidade de previsão expressa na norma do reconhecimento ao recomendar, em seu artigo 2º, § 1º, que o “reconhecimento de pessoas, por sua natureza, consiste em prova irrepitível, realizada uma única vez, consideradas as necessidades da investigação da instrução processual, bem como os direitos à ampla defesa e ao contraditório”.²⁴¹

Além disso, o § 3º do dispositivo legal encimado da Resolução garante a participação da prova e respeito ao contraditório quando prevê a possibilidade de a pessoa investigada constituir defensor, assegurando, assim, a legalidade do procedimento do reconhecimento.

Por tais razões, a normatização do procedimento do reconhecimento de pessoas pelo CNJ, em vez de inconstitucional, visa à uniformização da atuação judiciária em nível nacional, evitando, com isso, violações ao princípio da segurança jurídica, restando

²³⁹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Primeiras reflexões sobre os reconhecimentos pessoal e fotográfico à luz da Resolução nº 484 do Conselho Nacional de Justiça. *In*: SCHIETTI, Rogério; AKERMAN, William. **Reconhecimento de pessoas: novo regramento sob enfoque constitucional**. Brasília: Editora Sobredireito. 2024, p. 82.

²⁴⁰ LOPES. **Reconhecimento de pessoas e coisas**. 2023, p. 281.

²⁴¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 484, de 19 de dezembro de 2022**.

preservada, inclusive, a independência funcional dos juízes, porquanto a Resolução somente fixa marcos mais detalhados e objetivas a respeito do procedimento do reconhecimento de pessoas, não interferindo no processo de formação do convencimento do magistrado.

Por se limitar tão somente a controlar a atuação dos integrantes do Poder Judiciário, “sublinhando que a performance administrativa, gênero, engloba a procedimental, espécie, zelando pelo cumprimento dos seus deveres funcionais, sendo o primordial deles a atenção ao devido processo legal”²⁴², pode-se, então, dizer que o CNJ não se afastou da disposição do artigo 103-B da CRFB/1988.

Desse modo, a Resolução nº 484 se traduz como aperfeiçoamento do sistema de justiça criminal sobre o modo de condução do procedimento de reconhecimento de pessoas, ultrapassando, sobretudo, as próprias bases jurisprudenciais, sem descartar que o termo inicial da reviravolta veio do STJ com o julgamento do HC nº 598.886/SC.

Embora o STF tivesse primado por outras ocasiões pela manutenção da prova do reconhecimento pessoal e fotográfico, ainda que houvesse alguma inconformidade no seu procedimento, flexibilizando a ideia rígida de nulidade da prova por algum ponto, diametralmente vem entendendo no sentido oposto. A Corte passou a enxergar a necessidade de respeito às formalidades da produção da prova do reconhecimento pessoal na forma estabelecida na legislação processual criminal.

Não por outra razão, senão pela irregularidade na forma do procedimento, com desrespeito aos requisitos formais estabelecidos no artigo 226 do Código de Processo Penal, é que o Relator do Recurso em *Habeas Corpus* 206.846/SP, Gilmar Ferreira Mendes, reconheceu a nulidade do reconhecimento pessoal, cujo fundamento decorre da necessidade, cada vez maior, de se primar pela confiabilidade da informação inserida no processo judicial e, ao mesmo tempo, evitar, senão reduzir, os riscos de condenação de pessoas inocentes, que tenham de algum modo sido equivocadamente indicadas como autor do delito. Em última instância, o julgamento pelo STF representa um alinhamento à reviravolta do posicionamento do STJ, de molde a evitar condenações de inocentes por erro judiciário, circunstância totalmente inadmissível em si mesmo.

Gilmar Mendes, quando da conclusão do voto, afirmou que sua decisão, longe de se tratar de uma postura que inviabilize “a condenação de pessoas culpadas por crimes que tenham praticado e tampouco impossibilitar a produção de provas dependentes da memória. Na realidade, precisamos, a partir das constatações científicas, perceber o problema e

²⁴² SANTOS. Primeiras reflexões sobre os reconhecimentos pessoal e fotográfico à luz da Resolução nº 484 do Conselho Nacional de Justiça. In: SCHIETTI; AKERMAN. **Reconhecimento de pessoas**. 2024, p. 82.

estabelecer rotinas e procedimentos para reduzir os riscos de erros e abusos”. Outra não poderia ser a postura do STF, senão reprovar atuações em desconformidade com a Constituição. Daí porque a necessidade de se incentivar a adoção de boas práticas orientadas cientificamente. “Devemos estruturar um sistema que, respeitando os direitos fundamentais, realize a melhor reconstrução dos fatos passados que se mostre possível. Somente assim, o processo penal resultará em decisões justas a todos os envolvidos”, concluiu o relator²⁴³.

Em sentido contrário, o ministro Ricardo Lewandowski, após pedir vistas do *RHC* nº 206.846/SP, justificada pela necessidade de examinar se a não observância de algumas das formalidades da norma seria hipótese de nulidade absoluta ou relativa que comportasse temperamento, votou no sentido de negar provimento ao recurso, asseverando que ainda que “o reconhecimento do paciente na fase policial não tenha observado a integralidade das disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal, os depoimentos foram reafirmados pelas vítimas no curso da instrução judicial, sem qualquer impugnação pela defesa técnica na ocasião.”²⁴⁴

No ponto, percebe-se que o Voto-Vista prima pela manutenção da prova, tratando com temperança a inobservância legal, em vista da sua reprodução em juízo, sob o crivo do contraditório, sem que a defesa tivesse se insurgido contra a informalidade. Ainda, para fundamentar sua divergência, Lewandowski trouxe trechos dos depoimentos testemunhas, colhidos por ocasião da instrução realizada na instância de primeiro grau, ocasião em que parte do pressuposto de houve pequenas divergências nas declarações das vítimas, as quais não são bastante para comprometer a conclusão do reconhecimento pessoal.²⁴⁵

Em contrapartida, Gilmar Mendes se manteve incólume com o seu voto, pontuando, de forma acentuada, não só a questão da irregularidade do procedimento de reconhecimento pessoal, mas também a questão fática probatória do caso. Assentou que “não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida; não foram exibidas outras fotografias de possíveis suspeitos. Ao contrário, a polícia tirou uma foto de um suspeito encontrado em um parque uma hora depois do fato, mas que nada indicava.” Na ânsia de obter a rápida solução do caso, os policiais militares apresentaram a primeira pessoa que estava sob sua custódia, a fim de submeter-se ao reconhecimento pelas vítimas.

Demais disso, embora o Estado-juiz tivesse registrado o depoimento de dois policiais, com um propósito de subsidiar a versão da acusação, o depoimento de um é cópia integral do

²⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846/SP**. 2022, p. 22-23.

²⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846/SP**. 2022, p. 29-30.

²⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846/SP**. 2022, p. 40-46.

depoimento do outro, a evidenciar, quando muito, um único elemento de prova, inexistindo outra prova capaz de confirmar a autoria delitiva imputada pelo Ministério Público.

Em observação, o ministro Lewandowski tratou de apontar as dificuldades encontradas pelos agentes estatais, seja o aparato policial, seja os servidores do Fórum, em realizar o reconhecimento formal na maneira rigorosa em que ele se encontra disposta no artigo 226 do CPP. Esse ponto fora observado por Renato Brasileiro de Lima, para quem “no dia-a-dia de delegacias e fóruns, é comum que as autoridades não se atenham às disposições do art. 226 do CPP”, cuja ineficiência do aparato estatal abriria brecha para defesa que poderia questionar “a legalidade do procedimento probatório com o objetivo de afastar qualquer credibilidade que porventura pudesse oferecer no momento de sua valoração judicial”²⁴⁶.

Nesse mesmo sentido, o ministro André Mendonça, fazendo coro ao ministro Ricardo Lewandowski, votou no sentido contrário ao relator, com base nos entendimentos expostos, entendendo pela manutenção da prova e, via de consequência, da condenação. Todavia, deve-se questionar se o problema da falta de pessoal seria motivo justificante para admitir prova irregular, sujeitando o investigado a uma condenação criminal?

Ocorre que, a despeito das dificuldades a que esteja sujeita a autoridade policial, tais como falta de profissionais, ausência de recursos e aparato tecnológico eficiente, não se pode ser conivente com a deficiência de práticas persecutórias, que não cumprem o seu papel de esclarecimento pleno dos fatos. Não se deve admitir a condução de uma ação penal com um grau de incerteza contando com a expectativa de tolerância por parte do Judiciário crendo que os fatos serão melhores esclarecidos na fase processual. Antes, deve-se contar com o aprimoramento técnico dos agentes policiais e os órgãos incumbidos da persecução penal, de modo a contribuir para ao atingimento de uma decisão justa, capaz de garantir a estabilização normativa e com o Estado Democrático de Direito.

Diante desse vértice, a considerar que a autoridade judiciária só poderá decidir os fatos criminais que tenham sido conduzidos por uma investigação policial, não pode a autoridade investigante faltar com seu dever de apuração, sobretudo quando em mira os direitos fundamentais que gozam os indivíduos porventura vítimas da ação delitiva. A omissão na investigação estaria a caracterizar proibição de insuficiência na esfera jurídica-penal.

De fato, a polícia civil do Brasil, encarregada da execução das diligências determinadas pela autoridade policial, para colheita da prova preliminar, possui um efetivo

²⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Editora JusPodivm. 2020, p. 721.

estimado muito ínfimo do que o necessário para realização de atividades de monta como a exigida pelo artigo 226 do CPP. A considerar que o reconhecimento pessoal, enquanto prova iniciada na fase investigativa, pode impactar o processo penal, não se pode admitir a falta de aparato estatal como sucedâneo para condução de provas a qualquer maneira, só para obter condenação contra o investigado.

Com efeito, o cumprimento do rito procedimental na forma estabelecida no artigo 226 torna-se condição necessária, ainda que não suficiente o número de aparato policial ou condições de operacionalização para sua efetividade.

Se, por um lado, não se pode conceber uma autoridade policial que esteja desprovida de estrutura e efetivo suficiente para condução de investigações, por outro, também não se deve admitir uma condenação fundada em prova ilícita, não garantidora dos direitos do indivíduo sujeito ao processo penal com risco de condenação. O artigo 157 do CPP discorre da inadmissibilidade da prova obtida em violação às normas legais e constitucionais, determinando seu descarte, justamente para evitar que a provas resultantes de um ato investigatório ou processual sejam praticadas em oposição às regras legais.

No caso em julgamento pelo STF, a irregularidade do procedimento em xeque foi uma espécie de *show-up*, técnica reprovável caracterizada pela apresentação de uma única foto mediante aparelho de celular para efeitos de reconhecimento pela vítima, prosseguindo-se com a condução da investigação entorno dessa pessoa reconhecida, sem qualquer aferimento da conformidade do ato. Houve, como já abordado, uma busca debandada na apuração dos fatos a qualquer custo, como um fim em si mesmo. Vale lembrar a advertência de Badaró, “os fins são tão importantes quanto os meios”.²⁴⁷

Em outro ponto, o ministro André Mendonça²⁴⁸ entendeu que não havia divergência de depoimentos entre as vítimas, mas sim, que cada testemunho é prestado sob o enfoque e ótica da pessoa, em seu ângulo de visão. Entretanto, não se pode concordar tal posicionamento, na medida em que, por se tratar de ato cuja concretização é protagonizada pela vítima ou testemunha da infração penal cometida, aludido meio de prova deve ser aceito *com reservas*, de modo a evitar a submissão de um inocente à persecução penal, notadamente à condenação, por insuficiência probatória decorrente da inobservância do procedimento legal do disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal.

Por sua vez, o ministro Edson Fachin acompanhou o relator, fazendo um resumo das três teses adotadas por este. A primeira: o reconhecimento deve observar o procedimento do

²⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 285.

²⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846/SP**. 2022, p. 20.

art. 226, creio que nisso não temos dissonância - a dissonância está na densificação dessa observância estrita ao caso concreto. A segunda tese é que a não observância do procedimento torna inválido o reconhecimento de pessoa suspeita. No terceiro ponto, a realização do ato de reconhecimento pessoal “necessita” de justificação em elementos que indiquem autoria do fato investigado.²⁴⁹

Por último, tendo o Ministro Nunes Marques acompanhado o relator, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que a inobservância do procedimento definido no art. 226 do CPP invalida o reconhecimento da pessoa suspeita, inapto para fundamentar condenação, a despeito de feito o procedimento ou confirmado em Juízo.

Tal decisão pela inadmissibilidade da prova produzida, não só em desconformidade com a regra legal, mas também em violação a norma constitucional, tem por base o contexto democrático de um Estado de Direito, sob pena de patrocinar erros judiciários.

As formalidades delineadas pelo dispositivo infraconstitucional em comento têm a razão de ser. Não há como exigir do suspeito a produção de prova com maiores condições que a autoridade policial e o Ministério Público. O encargo probatório compete à acusação, por óbvio, mas firmada no devido processo legal e à legalidade penal estrita. O preço maior que deve situar a apuração é a proteção dos direitos humanos, o qual não concebe a violação dos direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos, não só para a vítima de um delito, mas também ao investigado, que merece uma condução probatória justa e condenação criminal proporcional.

Na esteira de Marcos Paulo Dutra Santos²⁵⁰, a “repressão à criminalidade, como qualquer política de Estado, exige dos seus operadores uma visão do todo, ou seja, um olhar holístico justamente para mensurar os prós e contras de qualquer escolha.” O “vale-tudo” no âmbito probatório não assegura a confiabilidade do substrato fático, cuja eventual sentença condenatória possa estar pautada. Não que se esteja advogando a tese de proteção unicamente em prol do suspeito de cometimento de infração penal, mas defendendo uma apuração salvaguardada na atuação da Justiça pelo devido processo legal, desviando-se dos riscos de movimentação de toda máquina judiciária inutilmente na remota hipótese de decretação de nulidade probatória por inobservância de algum procedimento legal.

Gilmar Mendes admite que tal julgado “sem dúvidas, é um marco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deve irradiar reflexos a todo o sistema de justiça brasileiro”, e

²⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846/SP**. 2022, p. 63.

²⁵⁰ SANTOS. **Comentários ao pacote anticrime**. 2020, p. 477.

utiliza-o como pano de fundo para introduzir seu voto no caso concreto trabalhado no recurso em destaque, tendo acrescentado que “tais premissas e teses servem de orientação consistente também ao debate que agora se realiza neste Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal”²⁵¹.

O Estado não pode agir desproporcionalmente. Deve evitar excessos, como a realização de provas em desconformidade com os procedimentos legalmente definidos, e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional.

O Supremo Tribunal Federal bem andou ao considerar a nulidade da prova do reconhecimento pessoal realizada em desconformidade com o disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, no bojo do RHC 206846/SP, ainda que em outras ocasiões tivesse primado pela *flexibilização* do rito estabelecido pela norma, mantendo a prova e os efeitos resultantes para o processo penal. A mudança no entendimento demonstra uma sintonia com a visão trazida pelo Ministro Rogério Schietti Cruz no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Mais que isso, a visão trazida pela Segunda Turma do STF foi uma resposta ao questionamento de um dos seus próprios ministros (Lewandoski): a não observância de algumas das formalidades da norma do art. 226 do CPP seria uma nulidade absoluta ou relativa que comportasse temperamento? O entendimento do julgamento atual foi no sentido de que as regras fixas do dispositivo legal devem ser seguidas, sob pena de nulidade probatória.

A par das controvérsias surgidas com o julgamento proferido pelas Cortes Superiores, deve-se considerar a preservação dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos e o Estado Democrático de Direito. O processo penal deverá ter tramitação justa e razoável, a exigir, para além dos princípios constitucionais regentes à matéria, quais sejam, razoável duração do processo, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, observância do direito probatório, cujas regras já se encontram bem delineadas na legislação.

Conquanto a questão em tela pudesse suscitar divergências de interpretação, o que mais chama a atenção é o fato de que a situação, na prática, é pouco, ou quase nunca, discutida. Ainda que se considere o depoimento dos policiais, representados pelo Estado-Administração, como consentâneos dos demais conjuntos probatórios, a depender do reforço de outras provas, é de se reconhecer, por outro lado, que esses demais elementos de prova quase sempre são levados ao conhecimento do magistrado pelos próprios policiais.

²⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846/SP**. 2022, p. 20.

Na linha percorrida por Marcelo Semer, não se pode admitir que, tendo sido recrutados para a repressão pelo Estado, devam ser os policiais, necessariamente, confiáveis ao juiz como meios de prova. O raciocínio que engloba tudo como Estado obscurece as particularidades inerentes à própria jurisdição. Não cabe ao Estado-Juiz pagar a confiança que deposita o Estado-Administração; a premissa da independência, inerente a toda atividade jurisdicional, implica em que todos, inclusive o Estado, integram sujeitos à julgamento.²⁵²

Como constatado, não bastasse a ausência de esforços de integração do pobre ou negro na ordem social, percebe-se que o exercício do poder dos julgadores, embora legítimo, se restringe a uma mera atividade progressiva de manutenção da situação já estruturada pelo sistema repressivo do Estado penal de controle sobre os indivíduos da classe baixa. Não se observa uma postura diferida do jurista ao julgar um crime praticado em razão da condição social do meio em que vive o autor do delito. Nem se está a afirmar que deveria o magistrado absolver determinado sujeito com base puramente nessas questões.

Por outro lado, o que se espera, em termos de justiça, humanamente falando, é que o Estado-Juiz não venha representar uma simples continuidade do exercício da atividade policial, como uma espécie de coadjuvante, sob pena de se inutilizar a própria função jurisdicional tida como independente, tornando-a desnecessária para condenação ou absolvição do agente autor do delito.

4.4 A necessidade de reconsideração das bases do Estado Democrático e Social de Direito no processo penal como reafirmação das bases teóricas do *labelling approach*: a dignidade da pessoa humana e o *due process of law*

A considerar os julgamentos das Cortes Superiores, citados nas seções anteriores, quando da identificação pessoal ou fotográfica do autor do delito deverão ser atendidos os regramentos estabelecidos pela norma do artigo 226 do CPP, sobretudo as diretrizes detalhadas na Resolução nº 484/2022 do CNJ, sob pena de declaração de nulidade da prova.

Não se descarta que eventual nulidade reconhecida na fase do inquérito policial, caracterizado por vícios de natureza formal na investigação, não venha macular o processo penal na íntegra, porque a peça inaugural para o desencadeamento é a denúncia ou queixa, além do que a sentença não pode se pautar unicamente por um tipo de prova.

Dito de outro modo, apesar da investigação policial ser essencial à identificação dos fatos, não se pode olvidar o papel dos magistrados na formação das provas a partir da

²⁵² SEMER. *Sentenciando tráfico*. 2020, p. 196.

utilização do artigo 155 do CPP, o qual autoriza o juiz a decidir pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial e, em último caso, exclusivamente, com base nos elementos informativos colhidos na investigação, denotando-se intuitivo que ao magistrado ficará o encargo de análise do *standard* probatório necessário para decidir.

Nessa linha de inteligência, se o reconhecimento de pessoas for realizado fora dos limites e exigências do artigo 226 do CPP, em desconformidade com as diretrizes traçadas pela Resolução nº 484/2022 do CNJ, não apenas deve ser considerado inválido para lastrear condenação como é também imprestável para embasar outras decisões, ainda que em outros casos se exija um *standard* probatório menor, a exemplo da decretação da prisão preventiva, recebimento de denúncia ou sentença de pronúncia em caso de delitos contra à vida.

Logo, revela-se fundamental a atividade decisória pela qual o juiz passa quando da valoração do conjunto probatório reunido nos autos do processo.

Existe, contudo, o risco de o magistrado valorar equivocadamente a prova apresentada, à revelia dos preceitos apontados anteriormente, e, com isso, decidir de forma desacertada à esperada, desequilibrada em termos de respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, Rodrigo Chemim ensina que o processo penal deve ser compreendido a partir da visualização pela Constituição Federativa do Brasil, constituída pelo Estado Democrático de Direito, fundada na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.

Mais do que isso, o referenciado autor traz o enfoque da história institucional da comunidade como resultado da formação das bases legislativas e até da própria Constituição, em que estes decorrem e tem como base o longo processo de democratização dos povos e a consolidação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. E prossegue dizendo, “é a partir dessa compreensão forjada pela história institucional da comunidade e encampada constitucional da comunidade e encarada constitucionalmente que o processo penal deve ser interpretado”.²⁵³

Ao comentar sobre a atividade probatória do magistrado, reduzindo a possibilidade dele agir de forma arbitrária em suas decisões, porquanto ao atuar com ampla liberdade probatória, como senhor absoluto da gestão da prova, acaba, sobretudo de forma inconsciente, deixando de aflorar toda a sua natural ausência de neutralidade, hipótese em que estará sempre em busca de resultados probatórios que lhe sirvam de conforto mental. Nesse ponto, sugere a necessidade de abandono de pré-juízos valorativos e com a ponderação dos

²⁵³ CHEMIM. *Processo penal*. 2023, p. 131.

princípios funcionais da proibição de excesso e da proibição de proteção insuficiente como enfrentamento do risco do juiz atuar livremente como principal protagonista no direito probatório.²⁵⁴

Com a exposição desse contexto, o que se pode fazer é buscar cada vez mais apoio nas bases do Estado Democrático e Social de Direito, precipuamente pelos princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

Por primeiro, a *dignidade da pessoa humana* se correlaciona com os direitos fundamentais, apresentando uma relação de interdependência, em que por meio da consideração interna destes é que a dignidade é efetivamente garantida e, simultaneamente, com a violação de um direito de índole fundamental, haveria ofensa à dignidade da pessoa humana.

Não por outra razão é que as medidas tendentes a assegurar a proteção e o respeito da dignidade da pessoa humana não se esgotam apenas na seara estatal, como também abrangem todas as organizações privadas e a sociedade em geral, dado o envolvimento da proteção do próprio indivíduo contra si mesmo. Como expõe Felipe Rodolfo, não se pode falar em dignidade da pessoa humana sem antes começar pela dignidade do Outro, devendo haver respeito mútuo em que este tem o primeiro lugar.²⁵⁵ Assim, respeitar a dignidade tem início com a forma como devemos tratar o outro para atingimento desta finalidade.

A dignidade da pessoa humana foi apontada na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 como direito relativo a todo ser humano baseado na liberdade, na justiça e na paz mundial, tendo referido diploma a descrevido em seu artigo primeiro que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, pontuando que todos são dotados de razão e de consciência, de maneira que devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

A partir disso, a dignidade humana passou a aparecer em diversos tratados internacionais, a se tornar um conceito central e recorrente na fundamentação de decisões de cortes constitucionais e tribunais superiores de todo o mundo, assim como passou a ser expressa em Constituições de diversos países, figurando como princípio fundamental da Constituição Federativa do Brasil.

O devido processo legal, por seu turno, cumpre pontuar que deve começar na investigação criminal, fase preparatória do processo penal, ainda que em menor grau. Deve

²⁵⁴ CHEMIM. **Processo Penal**. 2023, p. 668-669.

²⁵⁵ CARVALHO, Felipe Rodolfo de. **Outramente**: o direito interpelado pelo rosto do Outro. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido. 2021, p. 452.

haver equilíbrio entre o dever de eficiência e a garantia aos direitos fundamentais ao indivíduo, sem que um exclua o outro, de modo a viabilizar senão uma justa, mas também, eficaz persecução penal.

Eliomar Silva Pereira admite que uma *prova*, em que a testemunha afirma ter visto o investigado portando uma arma logo após a ocorrência do crime, seria *prova* apenas de que ela afirma ter visto o fato narrado, e seria um *indício*, mais ou menos provável, de que o fato ocorreu tal como narrado, a depender da sinceridade e confiabilidade no testemunho, o que somente se alcança por uma inferência. A essa inferência, pode-se acrescentar outra relativa à fidedignidade da redação do depoimento, se somente por este tomamos conhecimento do testemunho, como ocorre em certos casos. Não se pode, assim, descartar a possibilidade de que a testemunha tenha mentido, tenha se equivocado no que viu, ou mesmo que não se tenha traduzido bem seu testemunho para o depoimento.²⁵⁶

No caso, a investigação criminal, para além de se mostrar nula por ofensa aos direitos do investigado, não se relevou exauriente, não atendendo ao ideal de correspondência na identificação da autoridade delitiva.

Nessa vertente, a investigação criminal não pode ser levada a efeito sem respeitar os direitos que são assegurados ao suspeito. Apesar do limite imposto para se tornar efetiva a persecução penal, em atendimento ao comando da proibição de proteção deficiente, não quer isso dizer que o Estado poderá abrir mão de todo e qualquer direito do sujeito investigado, como se os fins justificassem esse tipo de conduta. Disso resultaria em afronta à vedação de excesso.

O ideal, em verdade, seria se a investigação criminal fosse conduzida dentro da *proporcionalidade*, observados os limites do necessário para a consecução de seus fins principais, assumido, porém, o compromisso de proteção de todos os indivíduos que integram a sociedade.

Nesse compasso, leciona Sarlet que “o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido (...) na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade de equilíbrio”²⁵⁷.

²⁵⁶ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. 1ª ed. São Paulo: Almedina. 2010, p. 264.

²⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo. Revista dos Tribunais. vol. 47. 2004, p. 122.

Dessa forma, a proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, abrangendo, também, dever de proteção quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densidade.

Se, por um lado, na interação entre indivíduo e Estado desponta a necessidade de normas que garantam os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista, por outro, não se pode olvidar a possibilidade de se abrir mão de algum direito individual, em prol da comunidade da qual o próprio indivíduo faz parte, com o escopo de obtenção de uma solução eficiente, ainda que obtida tão somente o esclarecimento dos fatos penalmente relevantes.

Com a infringência da norma incriminadora pelo sujeito, e não sendo cabíveis as medidas despenalizadoras previstas em lei, ao órgão acusatório resta, uma vez entendidos presentes os elementos necessários para formação do *opino delicti*, revestida de *suficiência indiciária de autoria*,²⁵⁸ oferecer a competente ação penal contra o agente, que será processado em Juízo, garantidos todos os direitos de defesa e o devido processo legal.

A lei não se contenta com meros indícios, mas com uma suficiência indiciária, isto é, ademais da simples clareza (*clear evidence*), há de informar uma causa provável (*probable cause*), em perspectiva de uma pluralidade de indícios contingentes, vinculados temporalmente ou a uma dinâmica circunstancial e fática. Há suficiência quando, em um grau de razoabilidade, se permite uma aproximação à convicção da autoria, mesmo que não possa ser proclamada antecipadamente, pois não se trata de um veredicto condenatório, de um exame do mérito da causa. Há indícios suficientes de autoria quando forem apresentadas razões conducentes à afirmação, de forma objetiva, da autoria.”

Quanto ao acusado, predomina o grau de inocência até prova em contrário desvendada pelos elementos porventura demonstrados pelo órgão ministerial, sem indícios de dúvida. Pode-se, por assim dizer, que a tarefa defensiva do acusado não, necessariamente, precisaria se firmar na comprovação concreta da inocência, bastando que reste evidenciada dúvida razoável suficiente para desestabilizar os elementos de prova até então constituídos.

Conforme Ferrajoli, para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira, não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas que também é necessário que não seja contraditada por nenhum dos dados virtualmente disponíveis. Todas as implicações da hipótese devem ser explicitadas e ensaiadas, para que não apenas provas, mas também

²⁵⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 394.

contraprovas sejam possíveis. A busca destas deve ser tutelada e favorecida não menos que a busca daquelas²⁵⁹.

Caracterizada como procedimento anterior à ação penal propriamente dita, a investigação criminal tem como tarefa principal o esclarecimento dos fatos penalmente relevantes envolvendo a figura da vítima e um possível suspeito. Não se trata, pois, de coletar ou produzir elementos capazes de provar a existência da infração penal e um responsável como o sujeito que praticou o delito. “Diversamente do que alguns podem crer, a investigação *não* tem como objetivo a colheita e a produção de elementos que *provem* a prática de um ilícito. Afirmar isso implicaria dizer que toda instrução preliminar teria como meta a demonstração de um ilícito, *desconsiderando qualquer elemento que apontasse para sentido oposto.*”²⁶⁰

Da mesma forma, não há normatização que trata da investigação criminal como mecanismo para assegurar futura absolvição do suspeito. Isto é, o inquérito policial não tem como objetivo reunir provas capazes de afastar suposto suspeito, ao contrário do que alguns pensam. A finalidade da investigação criminal se traduz na legitimação de eventual arquivamento do inquérito policial instaurado para apuração dos fatos ou para legitimação de processo penal porventura desencadeado pelo Ministério Público visando a responsabilização penal em decorrência da infração criminal praticada.

Eliomar da Silva Pereira, sobre o tema, vai além da mera conceituação da investigação criminal como um simples resultado do apurado no caderno investigativo, caracterizando-a como uma atividade científica dotada de ampla pesquisa e métodos próprios de obtenção de provas, sem que haja desrespeito aos direitos e garantias fundamentais. De acordo com ele, a investigação criminal constitui “uma pesquisa, ou conjunto de pesquisas, *administrada estrategicamente*, que, tendo por base critérios de verdade e métodos limitados juridicamente por *direitos e garantias fundamentais*, está dirigida a obter *provas* acerca da existência de um *crime*, bem como indícios de sua autoria”. A finalidade dessa atividade pesquisadora se concentra em “*justificar um processo penal*, ou a sua não instauração, se for o caso, tudo instrumentalizado sob uma forma jurídica estabelecida por lei.”²⁶¹

²⁵⁹ FERRAJOLI. **Direito e razão**. 2014, p. 144.

²⁶⁰ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Pequenos mitos sobre a investigação criminal no Brasil. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: JusPODIVM. 2013, p. 96.

²⁶¹ PEREIRA. **Teoria da investigação criminal**. 2010, p. 86-87.

Ainda que aparente propósito descomunal, a investigação criminal nessa diretriz atende ao comando necessário para formação do juízo indiciário aos agentes oficiais do poder punitivo estatal. O cuidado, portanto, é pouco, a par das consequências que as decisões da autoridade investida da atribuição julgadora podem gerar pelo simples fato de atingir um direito fundamental, a exemplo da imagem do indivíduo então indiciado.

Além do mais, “também na investigação criminal, embora com menor relevo que a sentença condenatória, há que existir uma conclusão acerca da verdade de forma aceitável e justificada, a ponto de permitir tanto a verificação e refutação por quem interessa, quanto o controle do judiciário sobre os atos da autoridade investigante”. Logo, apenas “uma investigação criminal que seja capaz de apresentar uma tese aceitável de imputação do crime, justificada em fatos comprovados e normas existentes, poderá justificar um processo judicial, permitindo pelos menos a denúncia com aptidão para ser aceita (justa causa) e possivelmente chegar a uma condenação”²⁶².

Da mesma forma como compete ao órgão de acusação ou ao juiz aceitar como provável ou não a verdade investigada, também não se pode restringir o papel da autoridade policial na investigação dos fatos, até obtenção da verdade sobre os fatos. Não se pode, enfim, “limitar a investigação da autoridade investigante até certo grau de cognição, para evitar um exaurimento das provas, pois estamos a falar, nesse ponto, em um juízo de satisfatividade subjetiva do investigador”. Afinal, a busca pela verdade fática se torna aceitável no âmbito da decisão do sujeito que investiga. Cabe, assim, à autoridade investigante aceitar como provável ou não a verdade investigada, tanto quanto suficiente e necessário.²⁶³

Ainda que o Ministério Público também possa investigar por meio de procedimento próprio, definido regularmente como procedimento de investigação criminal, a maior gama de investigação preliminar continua atribuída à autoridade policial, caracterizada pelo delegado de polícia, que, diferentemente do *Parquet*, não fará parte da fase processual, ficando responsável, apenas e tão somente, pela elucidação dos fatos apurados em suas circunstâncias. Em termos processuais, pode-se até dizer que a imparcialidade da autoridade investigante, por isso, se destaca entre as demais, porquanto o delegado sequer se tornará depois uma das partes da relação processual.

O papel da autoridade policial nunca foi de auxiliar o órgão acusatório, munindo-o de elementos suficientes para acusar quaisquer pessoas por meio da ação criminal. Antes, a pretensão da Polícia Judiciária se concentra, como já explicitado, em elucidar claramente os

²⁶² PEREIRA. *Teoria da investigação criminal*. 2010, p. 141-142.

²⁶³ PEREIRA. *Teoria da investigação criminal*. 2010, p. 136.

fatos, trazendo à tona a verdade. Para tanto, a autoridade policial, enquanto Estado investigador, deverá evitar acusações infundadas por quem quer que seja, devendo, ao inverso disso, reduzir à termo as declarações que lhe forem relevadas pelo comunicante, mediante Boletim de Ocorrência, partindo, em seguida, para a confecção de portaria no âmbito de sua competência, com a designação das diligências que entender pertinentes, de modo a propagar uma investigação eficiente e célere.

Desse modo, longe de se desconsiderar a utilidade que possui esse procedimento de caráter investigativo a cargo da autoridade policial, delegado de polícia, impõe-se uma compreensão acentuada de seu importante papel de convencimento e conteúdo para subsidiar tanto a condenação, como também a absolvição ou nulidade procedimental por alguma violação da norma.

Nesse liame, a justificativa para uma pretensa condenação do sujeito deve começar por uma necessária investigação criminal, ressalvado o respeito aos direitos e garantias fundamentais. As principais provas colhidas nesta fase de persecução penal extraprocessual, embora não bastem para uma condenação sumária, são suficientes para fundamentar a denúncia eventualmente ofertada pelo Ministério Público. Aliás, o órgão acusatório só seguirá em frente com a denúncia, se houver dados suficientes para formação da *opinio delicti*.

De se notar que o resultado da investigação criminal, ainda que provisório, garante que o indivíduo não seja processado de qualquer maneira e por qualquer causa (*notitia criminis*), devendo a autoridade investigante atuar com responsabilidade no seu indiciamento, traçando as razões fáticas e jurídicas para o enquadramento do sujeito.

Não se pode desconsiderar, com isso, que a investigação criminal possui relevante importância para o exercício do *jus puniendi* do Estado, ao ponto de que uma prova mal-empregada na fase que antecede a persecução penal acarretar prejuízos sérios no processo criminal, talvez até nulidade de uma sentença penal condenatória.

Por óbvio, à autoridade policial não compete o juízo de reprovação dos indícios identificados em torno da autoria, na medida em que essa atribuição funcional está a cargo do promotor de justiça ou do juiz. Entretanto, é de se reconhecer que o indiciamento quanto à autoria da infração penal cometida consiste em ato conclusivo, só o fazendo, assim espera, depois que a autoridade investigante entendeu por concluídas as diligências e esgotados possíveis provas. Do contrário, concentrando-se o indiciamento em uma única prova, as chances de se entrar num juízo de reprovabilidade na esfera judicial são consideravelmente maiores.

É que o processo penal não é um fim em si mesmo, que exaure toda a justiça penal, mas que também se refere a um meio compulsório e necessário para submissão do infrator à justiça estatal viabilizando, ao mesmo tempo, o exercício do direito de punir.²⁶⁴ Logo, o processo deverá ter tramitação justa e razoável, a exigir, para além dos princípios constitucionais regentes à matéria, quais sejam, razoável duração do processo, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, observância do direito probatório.

No âmbito do direito probatório, notadamente na esfera penal, desponta uma necessidade de verificação da verdade e sua influência na formação da convicção do julgador, em que este não pode admitir todo e qualquer tipo de prova em busca dos esclarecimentos dos fatos, de modo a obter motivação suficiente para condenar o culpado pela prática de certo crime. Por óbvio, o magistrado não pode basear a condenação do sujeito por fatos que não ocorreram ou cujos dados não foram suficientemente comprovados por instrumentos sólidos durante a fase da persecução penal.

Por outro lado, o julgador não poderá determinar a busca de provas acerca da verdade a qualquer preço, porque este, de acordo com Hassemer²⁶⁵, “são os direitos humanos que servem como meio de prova”, o que reforça a necessidade de apuração integral da verdade, sem desconsiderar que o objetivo da fase de produção no processo penal não é o conhecimento da verdade material, e sim, a “*obtenção formalizada da verdade*”, conforme assentado pelo referido autor alemão.

É norteado nesse campo de formalidade que se destaca a necessidade de relembrar o princípio embutido na inobservância de determinada norma instrumental penal. Em se tratando das provas, a constatação de irregularidade formal ou ilicitude caracteriza violação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, sobretudo a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, preceito previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna.

Mais do que isso, a produção de provas em contrariedade às normas processuais em legislação infraconstitucional implicará em afronta ao princípio do devido processo legal, sujeitando o acusado criminalmente ao risco de ter contra si uma condenação por um delito que não cometeu, ainda que lhe possibilitado todo e qualquer meio ou instrumento de ampla defesa constitucionalmente assegurado.

²⁶⁴ PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant’Anna. **A dupla face do garantismo penal e implicações no direito brasileiro**. 1ª ed. Campo Grande: Contemplar. 2020, p. 80.

²⁶⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad.: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2005, p. 213.

Essa discussão a respeito da ilegalidade ou ilicitude da prova assumiu vários contornos jurídicos, exigindo enfrentamento por parte dos Tribunais Superiores, cujas decisões proferidas geram as mais distintas polêmicas. Em uma delas, a Suprema Corte firmou, no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 206.846/SP, a tese de que a inobservância do procedimento descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita de cometimento de determinada infração penal. Sob este aspecto, não poderá referido elemento fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, ainda que referido e confirmado em Juízo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo que se falou nas páginas precedentes, a aplicação da teoria do etiquetamento tem como elemento central o indivíduo, que é rotulado como marginal por definição legal atribuída pelas instâncias de poder por causa de algum aspecto negativo impregnado no sujeito, como o quesito da cor de pele que, na história brasileira, expressa no indivíduo uma pessoa em condição inferiorizada, que, ao se rebelar, foi tratado como alguém violento e criminoso.

Os caminhos trilhados para se descobrir se a utilização desmesurada da prova do reconhecimento de pessoas, isto é, em desconformidade com o procedimento legal descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal, sobretudo sua valoração pelo Poder Judiciário, configura, ou não, uma rotulação da população negra brasileira permitiram que algumas conclusões fossem atingidas, como exposto abaixo.

O *labelling approach* foi uma corrente de pensamento criminológico desvinculada do modelo de concepção positivista italiana, segundo a qual a criminalidade estaria associada às características biopsicológicas do indivíduo. Para o etiquetamento, o foco de estudo da criminalidade é deslocado da desviação primária para a desviação secundária, em que são considerados os papéis das instâncias oficiais e suas consequências para os indivíduos mais vulneráveis, isto é, sua reação social.

A condição de inferioridade, construída historicamente pelo contexto racista brasileiro, remonta desde o sistema escravagista, que foi mantido por longo período no Brasil, devido à imagem de imprestabilidade do trabalho livre pela população negra e, especialmente, pela condição de morte social, em termos de identidade. A partir do momento em que o negro deixa de ser um sujeito de direitos para se tornar um escravo, submetido a trabalhos forçados, assume identidade de coisa, objeto, propriedade de alguém. Mesmo com abolição, com o tempo, a legislação penal brasileira tratou de cuidar da presença dos negros em seu território, a ponto de serem rotulados alvos sociais. A opção criminalizante desse segmento da sociedade veio com o Código Penal, editada nas primeiras décadas da República, cujo diploma legal constava os mais diversos tipos de conduta, que, em sua maioria, tinham por escopo alcançar práticas afro-brasileiras, como a capoeira, curandeirismo e a religiosidade.

Ainda nesse tópico, para além dessas práticas criminalizantes que revelam uma estrita preocupação com a chamada ordem pública, aparentemente ameaçada pela figura dos negros, notou-se uma espécie de cultura criminalizante pela seletividade penal que recai sobre a

população negra, na forma institucional em que é lidada a questão criminal desde a abordagem policial, oferecimento da ação penal até a sentença penal condenatória.

Dentro do processo penal, verificou-se que o emprego desconforme do reconhecimento de pessoas, isto é, contrário às diretrizes traçadas na norma do artigo 226 do CPP, acabam reproduzindo esse contexto de seletividade penal, por meio do estigma sobre a população negra. Em síntese, a prova utilizada para reconhecimento de suposto agente que infringe determinada norma incriminadora possui formalidades a serem rigidamente observadas, que vão desde a descrição do sujeito pela vítima ou testemunha do ocorrido, seguida da comparação da pretensa pessoa a ser reconhecida ao lado de outras, até a lavratura de auto pormenorizado. Contudo, as instâncias oficiais como os tribunais, não vinham seguindo essas regras, que, por um tempo, foram, inclusive, consideradas meras sugestões, até o julgamento emblemático do *Habeas Corpus* 598.886/SC, do STJ, de relatoria do Ministro Rogério Schietti.

Em face daquilo que se discutiu neste trabalho, dos resultados alcançados, a virada de posicionamento quanto ao reconhecimento de pessoas, a partir do histórico e emblemático voto do Ministro do STJ, Rogério Schietti, no âmbito do HC 598.886, acompanhado do posicionamento do STF, no RHC 206.846/SP, e da Resolução nº 484/2022 do CNJ, além de procurar solucionar erros judiciários na condenação de inocentes, significou uma *reafirmação* da teoria do *labelling approach*.

Com efeito, por reconhecer que a teoria do *labelling approach* identifica a discriminação social é que os tribunais, nestes julgados, estão se baseando para criticar o que se fazia anteriormente no âmbito do conhecimento.

Por outro lado, ainda se mostra urgente o estudo da dita teoria, sobretudo a considerar a necessidade de resolução do problema dos erros judiciários, carente de corroboração de estudos mais aprofundados.

Isso porque, ao fixar o entendimento de que para ser validado o reconhecimento de pessoas precisaria atender o regramento bem estabelecido, é certo que práticas automatizadas e abusivas relacionadas ao emprego de referido meio probatório, especialmente sob a égide da jurisprudência anteriormente dominante, geraram um cenário de injustiça endêmica no Brasil, por vezes acompanhada de erros judiciários.

Para além disso, ainda há muita resistência em se adotar o novo entendimento a respeito dos parâmetros mínimos para o reconhecimento da autoria delitiva, em vista da prática corriqueira e usual de considerar relevante e superior os depoimentos policiais, como

representantes do aparato repressivo do Estado em favor da luta contra indivíduos desviados, o que implica na condução de situações de injusta.

O Supremo Tribunal Federal bem andou ao considerar a nulidade da prova do reconhecimento pessoal realizada em desconformidade com o disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, no bojo do RHC 206846/SP, ainda que em outras ocasiões tivesse primado pela *flexibilização* do rito estabelecido pela norma, mantendo a prova e os efeitos resultantes para o processo penal. A mudança no entendimento demonstra uma sintonia com a visão trazida pelo Ministro Rogério Schietti Cruz no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a fim de garantir a validade da prova e sua consequente utilização no processo, devidamente valorada, desassociada de seletividade.

Portanto, imprescindível denunciar esses pontos de tensão entre a teoria do etiquetamento e a esfera processual penal, no que diz respeito ao emprego desconforme da prova do reconhecimento de pessoas, como forma de princípios orientadores, de acordo com o Estado Democrático de Direito, aos Direitos Humanos.

Não se pretende, aqui, esgotar a questão, mas, tão somente, levantar provocações acerca da necessidade de reflexão por parte dos protagonistas processuais sobre a forma que vêm contribuindo para a manutenção de um sistema de casta racial, mediante o racismo institucional silenciado quanto a essas questões.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Guilherme Nobre. **Teoria do etiquetamento social, criminalização e estigmatização de jovens periféricos**. 2021. F. 59-60. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Social) – Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social/PPGDS – Universidade Estadual de Montes Claros/MG (UNIMONTES). Montes Claros.

ALEXANDER, Michelle. **A Nova Segregação: racismo e encarceramento em massa**. Trad.: Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo. 2018.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan. 2012.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias do pensamento criminológico**. Rio de Janeiro: Revan. 2019.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad.: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras. 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2011.

BARBOSA, João Ricardo Gomes. A autoridade policial como filtro processual e seu papel de garantidor. *In*: VIEIRA, Maristela; NETO, Pedro Camilo de Figueirêdo; BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do; (Orgs.). **Ciências Criminais II: Olhares insurgentes**. Salvador: Mente Aberta. 2022.

BARROSO, Anamaria Prates. **Por um processo penal não racista: a racialização do processo penal como forma de enfrentamento do racismo nas práticas processuais penais**. São Paulo: D'plácido. 2023.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Revan. 2011.

BECKER, Howard. **Outsiders**. Estudos de Sociologia do Desvio. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENCI, Jorge. Economia cristã dos senhores no governo dos escravos. Roma: Antonio de Rossi. 1755. *Apud* SCHWARCZ; STARLING. **Brasil**. 2018.

BERGALLI, Roberto. A sociologia do desvio. *In*: RAMÍREZ, Juan Bustos; BERGALLI, Roberto (Orgs.). **O pensamento criminológico I: uma análise crítica**. Trad. Roberta Duboc Pedrinha; Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. 1824.

BRASIL. **Código Penal da República**. 1890.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Pequenos mitos sobre a investigação criminal no Brasil. *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPODIVM. 2013.

CARPES, Bruno Amorim. **O mito do encarceramento em massa**. Londrina: Editora E.D.A. 2021.

CARVALHO, Felipe Rodolfo de. **Outramente**: o direito interpelado pelo rosto do Outro. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido. 2021.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. 6ª ed. – São Paulo: 2015.

_____. **Curso de criminologia crítica brasileira**: Dimensões epistemológicas, metodológicas e políticas. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2022.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. “**Making a Drug Dealer**”: o impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da Súmula 70 do TJERJ na construção do caso Rafael Braga. *In*: SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos Graziano; DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc (Orgs.). **Seletividade do sistema penal**: o caso Rafael Braga. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2018.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva. 2017.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. – Rio de Janeiro: Forense. 1983.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. A psicologia do testemunho aplicada ao reconhecimento de pessoas. *In*: SCHIETTI, Rogério; AKERMAN, William. **Reconhecimento de pessoas**: novo regramento sob enfoque constitucional. Brasília: Editora Sobredireito. 2024.

CHEMIM, Rodrigo. **Processo penal**: fundamentos dos fundamentos. Porto Alegre: Citádel. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. **Grupo de Trabalho Reconhecimento de Pessoas**. *In*: Ministro Rogerio Schietti Cruz (Coordenador). Brasília. 2022.

DAMASCENO. Wagner Miquéias. **Racismo, escravidão e capitalismo no Brasil**: uma abordagem marxista. – Bauru/SP: Mireveja. 2022.

DANTAS, Eduardo Sousa; AKERMAN, William. Reconhecimento de pessoas à luz da psicologia do testemunho, da revolução da jurisprudência e da Resolução nº 484/2022 do CNJ. *In*: SCHIETTI, Rogério; AKERMAN, William. **Reconhecimento de pessoas**: novo regramento sob enfoque constitucional. Brasília: Editora Sobredireito. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório sobre reconhecimento fotográfico nos processos criminais no Rio de Janeiro**. Disponível em

relatório_sobre_reconhecimento_fotográfico_nos_processos_criminais_05.05.22.pdf
(rj.def.br) Acesso em: 15 jul. 2024.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionista do nada**: quem são os traficantes de drogas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª Reimpressão. Coimbra Editora. 1997.

DIETER, Maurício Stegemann; LUCA, Rafael Dezidério de. Como pesquisar o erro judiciário sob as lentes da criminologia crítica: indo além da causalidade jurídica superficial. *In*: SCHIETTI, Rogério; AKERMAN, William. **Reconhecimento de pessoas**: novo regramento sob enfoque constitucional. Brasília: Editora Sobredireito. 2024.

DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PRADAL, Fernanda F. Seletividade penal e segurança pública no Brasil: notas sobre o “caso Rafael Braga”. *In*: SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos Graziano; DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc (Orgs.). **Seletividade do sistema penal**: o caso Rafael Braga. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2018.

FAUSTO, Boris. **Crime e cotidiano**: a criminalidade em São Paulo (1880-1924). – São Paulo: Editora brasiliense. 1984.

_____. **História do Brasil**. 12ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**: Ensaio de interpretação sociológica. São Paulo: Ed. Biblioteca Azul. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad.: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. 2ª ed. Brasília: Brado negro. 2017.

FRAGA, Walter. **Encruzilhadas de liberdade**: história de escravos e libertos na Bahia (1870-1910). 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2014.

GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. 2ª ed., ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan. 2006.

GÓES, Luciano. A “**tradução**” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2016.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad.: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. [Reimpr.] Rio de Janeiro: LTC. 2022.

_____. **Manicômios, conventos e prisões**. Trad.: Dante Moreira Leite. 2ª reimpr., 9ª ed. São Paulo: Perspectiva. 2015.

GOMES, Laurentino. **Escravidão**: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares. 1ª ed. Rio de Janeiro – Globo Livros. 2019.

_____. **Escravidão**: da corrida do ouro em Minas Gerais até a chegada da corte de dom João ao Brasil. 1ª ed. Rio de Janeiro – Globo livros. 2021.

_____. **Escravidão**: da independência do Brasil à Lei Áurea. 1ª ed. Rio de Janeiro – Globo Livros. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação penal e processual penal**. 15 ed. São Paulo: RT, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Criminologia**. 8ª ed. reform., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

GUIMARÃES, Hellen. **Nos erros de reconhecimento facial, um “caso isolado” atrás do outro**. Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/nos-erros-de-reconhecimento-facial-um-caso-isolado-atras-do-outro/> 2021. Acesso em 12 jul. 2024.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Trad.: Paulo Astor Soethe – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2012.

_____. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2012.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad.: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4ª ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2006.

_____. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva. 2016.

LOPES, Mariângela Tomé. **Reconhecimento de pessoas e coisas**. (Coleção Sistema de Direito e Processo Penal Contemporâneo). DEZEM, Guilherme Madeira (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters. 2023.

KHALED JR, Salah H.; MORRISON, Wayne Joseph. **Curso de criminologia crítica e cultural decolonial**: fundamentos, classicismo e positivismo. Belo Horizonte: Letramento. 2024.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Editora JusPodivm. 2020.

LUNA, Francisco Vidal; KLEIN, Herbert S. **Escravidão no Brasil**. São Paulo: Edusp/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo. 2010.

MACEDO, José Rivair. **História da África**. São Paulo: Contexto. 2015.

MAGALHÃES, Marina Trindade. O reconhecimento pessoal e a psicologia judiciária: falibilidade do testemunho como reforço do etiquetamento e violação ao *in dubio pro reo*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 3, p. 1.699-1.731, set./dez. Porto Alegre. 2020.

MARAT, Jean-Paul. *Disegno di legislazione criminale*, Milão, 1971, p. 72-73. *Apud* MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX) – Rio de Janeiro: Revan: 2014.

MARTINEZ, Felipe. *Otro enfoque sobre el castigo*: análisis de las ‘instituciones totales’ encargadas de la pena privativa de libertad desde la perspectiva de Erving Goffman. *In*: RIVERA BEIRA, Iñaki (org.). *Mitologias y discursos sobre el castigo*: historia del presente y posibles escenarios. Barcelona: Anthropos: OSPDH: Universitat de Barcelona, 2004, p. 200, *et al* SHECAIRA. **Criminologia**. 2024.

MATTOSO, Katia M. de Queiroz. **Ser escravo no Brasil**. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense. 1990.

MATTOS, Hebe; GRINBERG, Keila. Código Penal Escravista e Estado. *In*: SCHWARCZ, Lília Moritz; GOMES, Flávio dos Santos; (Orgs.). **Dicionário da escravidão e liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras. 2018.

MENEGAT, Marildo. **Estudos sobre ruínas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2012.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de direito antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente. 2020.

MOURA, Clóvis. **Dicionário da escravidão negra no Brasil**. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – Edusp. 2013.

_____. **Os quilombos e a rebelião negra**. São Paulo: Brasiliense. 1986.

MOURER, Sarah Anne. Reforming eyewitness identification procedures under the fourth amendment. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, Durham, v. 3, p. 49-90, 2008, p. 56, *et al* BARROSO. **Por um processo penal não racista**. 2023.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. 2000. E-book kindle (não paginado).

NARLOCH, Leandro. **Guia politicamente incorreto da história do Brasil**. – São Paulo: Leya. 2011.

NETO, Pedro Camilo de Figueirêdo; BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. A importância do estudo da categoria das vulnerabilidades nas ciências criminais. *In*: NETO, Pedro Camilo de Figueirêdo; BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do (Orgs.). **Ciências Criminais II: Olhares insurgentes**. Salvador: Mente Aberta. 2022.

PATTERSON, Orlando. **Escravidão e morte social: um estudo comparativo**. Trad. Fábio Duarte Joly. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – Edusp. 2008.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. 1ª ed. São Paulo: Almedina. 2010.

PIRES, Antônio Liberac Cardoso Simões; SOARES, Carlos Eugênio Líbano. Capoeira na escravidão e no pós-abolição. *In*: SCHWARCZ, Lilia Moritz; GOMES, Flávio dos Santos; (Org). **Dicionário da escravidão e liberdade**. – São Paulo: Companhia das Letras. 2018.

PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant'Anna. **A dupla face do garantismo penal e implicações no direito brasileiro**. 1ª ed. Campo Grande: Contemplar. 2020.

PIVETTA, Luíze Duarte. Aspectos legais e sociais do reconhecimento pessoal no Brasil. VIEIRA, Maristela; NETO, Pedro Camilo de Figueirêdo; BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do; (Orgs.). **Ciências Criminais II: Olhares insurgentes**. Salvador: Mente Aberta. 2022.

PONTE, Priscila Fernandes Miranda Botelho da. Prova testemunhal, falsas memórias e sugestibilidade interrogativa. *In*: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R.R. (Coords.). **Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012.

RAMÍREZ, Juan Bustos. A criminologia. *In*: RAMÍREZ, Juan Bustos; BERGALLI, Roberto (Orgs.). **O pensamento criminológico I: uma análise crítica**. Trad. Roberta Duboc Pedrinha; Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015.

_____. Criminologia e evolução das ideias sociais. *In*: RAMÍREZ, Juan Bustos; BERGALLI, Roberto (Orgs.). **O pensamento criminológico I: uma análise crítica**. Trad. Roberta Duboc Pedrinha; Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan. 2004.

SANTANA, Selma Pereira. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade”. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 52, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia**: Contribuições para a crítica da economia da punição. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2020.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2020.

_____. Primeiras reflexões sobre os reconhecimentos pessoal e fotográfico à luz da Resolução nº 484 do Conselho Nacional de Justiça. *In*: SCHIETTI, Rogério; AKERMAN, William. **Reconhecimento de pessoas**: novo regramento sob enfoque constitucional. Brasília: Editora Sobredireito. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo. Revista dos Tribunais. vol. 47. 2004.

SAUL, Diego Palhares; GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte. Seletividade penal, caso Rafael Braga e a condenação fundamentada exclusivamente no testemunho policial. *In*: SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos Graziano; DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc (Orgs.). **Seletividade do sistema penal**: o caso Rafael Braga. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2018.

SCHPREJER, Isabel. Reconhecimento de pessoas e violações sistêmicas: em busca de soluções efetivas à luz do caso Paulo Alberto. *In*: SCHIETTI, Rogério; AKERMAN, William. **Reconhecimento de pessoas**: novo regramento sob enfoque constitucional. Brasília: Editora Sobredireito. 2024.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; GOMES, Flávio dos Santos; (Orgs.). **Dicionário da escravidão e liberdade**. – São Paulo: Companhia das Letras. 2018.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Nem preto, nem branco, muito pelo contrário**: cor e raça na sociedade brasileira. – São Paulo: Claro Enigma, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870 – 1930. 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras. 1993.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil**: uma biografia. – 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2018.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Teorias raciais. *In*: SCHWARCZ, Lilia Moritz; GOMES, Flávio dos Santos; (Orgs.). **Dicionário da escravidão e liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras. 2018.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. 2ª Ed., São Paulo: Tirant lo blanch. 2020.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 11ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2023.

SILVA, Carlos Eduardo Cunha Martins. Colonialidade do poder, racismo e seletividade penal: a condenação criminal de Rafael Braga Vieira no âmbito dos protestos das “Jornadas de Junho” no Brasil. *In*: SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos Graziano; DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc (Orgs.). **Seletividade do sistema penal: o caso Rafael Braga**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2018.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENAIAS – SISDEPEN. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Brasil. Disponível em <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf> relipen-2-semester-de-2023.pdf Acesso em 12 jul. 2024.

SOUTY, Jérôme. **Pierre Fatumbi Verger: do olhar livre ao conhecimento iniciático**. São Paulo: Terceiro Nome. 2011.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, Série Pensando Direito, n. 59. 2015.

STEIN, Lilian Milnitsky [*et al*]. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed. 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. **Habeas Corpus nº 769.783/RJ**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro. Paciente: Paulo Alberto da Silva Costa. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 10/05/2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. **Habeas Corpus nº 415.508**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 12 dez. 2017. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=1667898&num_registro=201702297788&data=20171219&formato=PDF Acesso em 08 jul. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. **Habeas Corpus nº 598.886/SC** (2020/0179682-3). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Pacientes: Vanio da Silva Gazola e Igor Tartari Felacio. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 18/12/2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. **RHC nº 158.580/BA**. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília. Julgado em 19/04/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 de abr. 2015. Disponível em: [chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPecca.asp?id=15363748036&ext=.pdf](https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPecca.asp?id=15363748036&ext=.pdf). Acesso em 08 jul. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846/SP**. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 22 de fev. 2022. Disponível em: paginador.jstf.jus.br. Acesso em 08 jul. 2024.

TASSARA, Caroline; MUNIZ, Mariana Py; LANFREDI, Luís Geraldo. A Resolução nº 484/2022: um reencontro com a legalidade na prática e na interpretação do reconhecimento de pessoas no processo penal. *In*: SCHIETTI, Rogério; AKERMAN, William. **Reconhecimento de pessoas**: novo regramento sob enfoque constitucional. Brasília: Editora Sobredireito. 2024

TAVAREZ, Juarez; PRADO, Geraldo. **O direito penal e o processo penal no Estado de Direito**: análise de casos. Florianópolis: Empório do Direito. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 3ª Câmara Criminal. **Apelação nº 0212057-10.2023.8.19.0001**. Relator Desembargador Carlos Eduardo Roboredo. Acórdão decidido por unanimidade. Rio de Janeiro, 26 de ago. 2014. Disponível em [default.aspx \(tjrj.jus.br\)](http://default.aspx(tjrj.jus.br)) Acesso em 14 jul. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 1ª Câmara Criminal. **Apelação nº 0008566-71.2016.8.19.0001**. Relatora Desembargadora Katya Maria Monnerat. Acórdão decidido por unanimidade. Rio de Janeiro, 12 de dez. 2017. Disponível em [default.aspx \(tjrj.jus.br\)](http://default.aspx(tjrj.jus.br)) Acesso em 14 jul. 2024.

VELHO, Gilberto. O estudo do comportamento desviante: a contribuição da antropologia social. *In*: VELHO, Gilberto (Org.). **Desvio e divergência**: uma crítica da patologia social. 6ª ed. Rio de Janeiro: Zahar. 1985.

_____. O estigma e comportamento desviante em Copacabana. *In*: VELHO, Gilberto (Org.). **Desvio e divergência**: uma crítica da patologia social. 6ª ed. Rio de Janeiro: Zahar. 1985.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar. 2011.

_____. **Punir os pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Moraes da. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2ª. ed. Florianópolis: EModara. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica**: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro. 1ª Ed. – São Paulo: Tirant lo blanch. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad.: Sérgio Lamarão. 2ª ed. 3ª Reimp. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

ANEXO 1 - ACORDÃO HC STJ Nº 598.886/SC

HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE : VANIO DA SILVA GAZOLA (PRESO)

PACIENTE : IGOR TARTARI FELACIO (PRESO)

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERES. : INNOCENCE PROJECT BRASIL - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADOS : FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584 DORA MARZO DE A CAVALCANTI CORDANI - SP131054 RAFAEL TUCHERMAN - SP206184

INTERES. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MARCIO THOMAZ BASTOS - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADOS : FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584 MARINA DIAS WERNECK DE SOUZA - SP157282 HUGO LEONARDO - SP252869 GUILHERME ZILIANI CARNELOS - SP220558

ADVOGADA : DOMITILA KOHLER - SP207669

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO

OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.

4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.

5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos

Tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças.

6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, caput, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II).

7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.

8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo "processualmente admissível e válido" (Figueiredo Dias).

9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento – sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi

encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo – ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado.

10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua conseqüente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado. 11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito – conforme reconheceu o Magistrado sentenciante – emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).

12. Conclusões:

- 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;
- 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;
- 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;
- 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em

juízo.

13. Ordem concedida, para:

a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão – SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso;

b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com os esclarecimentos do Sr. Ministro Nefi cordeiro. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dra. DORA MARZO DE A CAVALCANTI CORDANI, pela parte INTERES.: INNOCENCE PROJECT BRASIL Dr. THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS(Protestará por Juntada) , pelas partes PACIENTES: VANIO DA SILVA GAZOLA e IGOR TARTARI FELACIO Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ, SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Brasília, 27 de outubro de 2020

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator

ANEXO 2 - ACÓRDÃO RHC STF N° 206.846/SP

RECURSO ORDINÁRIO E M HABEAS CORPUS 206.846 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : REGIVAM RODRIGUES DOS SANTOS

PROC.(A / S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO -GERAL FEDERAL

RECDO.(A / S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A / S)(ES) : PROCURADOR -GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECDO.(A / S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A / S)(ES) : PROCURADOR -GERAL DA REPÚBLICA

Recurso ordinário no habeas corpus. Conhecimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o manejo excepcional do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal, em casos de manifesta ilegalidade.

Condenação fundamentada exclusivamente no reconhecimento fotográfico, embora renovado em Juízo, ambos em desacordo com o regime procedimental previsto no art. 226 do CPP. Superação da ideia de “mera recomendação”. Tipicidade processual, sob pena de nulidade.

1. O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa.

2. A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se feito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas.

3. A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço

<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código D5A9-156A-CF2D-6CB6 e senha BC89-939B-1D7E-8AD1 Supremo Tribunal Federal Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 75 Ementa e Acórdão RHC 206846 / SP medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos.

Recurso em habeas corpus provido, para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Nunes Marques, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 22 de fevereiro de 2022.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

ANEXO 3 - RESOLUÇÃO N. 484 DO CNJ

RESOLUÇÃO N. 484, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2022.

Estabelece diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário.

A PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da ampla defesa e a vedação às provas ilícitas (arts. 3º, III, e 5º, LIV, LV e LVI);

CONSIDERANDO as discussões do Grupo de Trabalho criado pela Presidência do CNJ para realizar estudos e elaborar proposta de regulamentação de diretrizes para o reconhecimento de pessoas em processos criminais e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a evitar condenação de pessoas inocentes (Portaria CNJ n. 209/2021);

CONSIDERANDO que o reconhecimento de pessoas equivocado é uma das principais causas de erro judiciário, conforme demonstrado por ampla produção científica, nacional e internacional, que indica a existência de diversos fatores sensíveis no procedimento de reconhecimento;

CONSIDERANDO o alto potencial de identificações incorretas decorrentes de práticas que ignoram a necessidade de preservação da memória de vítimas e testemunhas;

CONSIDERANDO a vasta literatura científica existente, a qual aponta para as possíveis distorções da memória, bem como os casos de reconhecimentos irregulares realizados por agentes públicos a partir da apresentação informal ou inadequada de fotos ou investigados não vinculados aos fatos, ou ainda mediante sugestões, induções ou reforço às respostas apresentadas pelas vítimas ou testemunhas;

CONSIDERANDO o dever do Poder Judiciário de exercer a jurisdição criminal de maneira eficiente, a fim de impedir a condenação de inocentes e possibilitar a responsabilização dos culpados, a partir da adoção de procedimentos probatórios construídos à luz das evidências científicas e das regras do devido processo legal, que não constituam fator de incremento da seletividade penal e do racismo estrutural;

CONSIDERANDO que levantamento feito pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em âmbito nacional, identificou que (i) em 60% dos casos de reconhecimento fotográfico equivocado em sede policial houve a decretação da prisão preventiva e, em média, o tempo de prisão foi de 281 dias, ou seja, aproximadamente 9 meses, e que (ii) em 83% dos casos de reconhecimento equivocado as pessoas apontadas eram

negras, o que reforça as marcas da seletividade e do racismo estrutural do sistema de justiça criminal;

CONSIDERANDO os casos emblemáticos de erros judiciais decorrentes de reconhecimentos equivocados identificados pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Innocence Project Brasil;

CONSIDERANDO a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido da obrigatoriedade da observância das garantias mínimas previstas no art. 226 do Código de Processo Penal para a realização do reconhecimento de pessoas, com o fim de elevar o padrão de qualidade da prova e minimizar a ocorrência de erros (HC n. 598.886/STJ, HC n. 652.284/STJ, REsp n. 1.954.785/STJ, HC n. 712.781/STJ e RHC n. 206.846/STF);

CONSIDERANDO que a normatização de boas práticas vai ao encontro dos macrodesafios do Poder Judiciário elencados na Resolução CNJ n. 325/2020, que dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário entre 2021-2026, valendo pontuar, especificamente: (i) a garantia dos direitos fundamentais; (ii) consolidação do sistema de precedentes obrigatórios, que visa fortalecer as decisões judiciais e garantir a segurança jurídica e a integridade dos provimentos judiciais; e (iii) o aperfeiçoamento da gestão da justiça criminal;

CONSIDERANDO a decisão plenária tomada no julgamento do Ato Normativo n. 0007613-32.2022.2.00.0000, na 361ª Sessão Ordinária, realizada em 06 de dezembro de 2022;

RESOLVE:

Art. 1º Estabelecer diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário.

Art. 2º Entende-se por reconhecimento de pessoas o procedimento em que a vítima ou testemunha de um fato criminoso é instada a reconhecer pessoa investigada ou processada, dela desconhecida antes da conduta.

§ 1º O reconhecimento de pessoas, por sua natureza, consiste em prova irrepetível, realizada uma única vez, consideradas as necessidades da investigação e da instrução processual, bem como os direitos à ampla defesa e ao contraditório.

§ 2º A pessoa cujo reconhecimento se pretender tem direito a constituir defensor para acompanhar o procedimento de reconhecimento pessoal ou fotográfico, nos termos da legislação vigente.

Art. 3º Compete às autoridades judiciais admitir e valorar o reconhecimento de pessoas à luz das diretrizes e procedimentos descritos em lei e nesta Resolução e zelar para que a prova seja produzida de maneira a evitar a ocorrência de reconhecimentos equivocados.

Parágrafo único. A observância das diretrizes e dos procedimentos estabelecidos nesta Resolução e no Código de Processo Penal será considerada pelos magistrados para avaliação da prova.

Art. 4º O reconhecimento será realizado preferencialmente pelo alinhamento presencial de pessoas e, em caso de impossibilidade devidamente justificada, pela apresentação de fotografias, observadas, em qualquer caso, as diretrizes da presente Resolução e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Na impossibilidade de realização do reconhecimento conforme os parâmetros indicados na presente Resolução, devem ser priorizados outros meios de prova para identificação da pessoa responsável pelo delito.

Art. 5º O reconhecimento de pessoas é composto pelas seguintes etapas:

I – entrevista prévia com a vítima ou testemunha para a descrição da pessoa investigada ou processada;

II – fornecimento de instruções à vítima ou testemunha sobre a natureza do procedimento;

III – alinhamento de pessoas ou fotografias padronizadas a serem apresentadas à vítima ou testemunha para fins de reconhecimento;

IV – o registro da resposta da vítima ou testemunha em relação ao reconhecimento ou não da pessoa investigada ou processada; e

V – o registro do grau de convencimento da vítima ou testemunha, em suas próprias palavras.

§ 1º Para fins de aferição da legalidade e garantia do direito de defesa, o procedimento será integralmente gravado, desde a entrevista prévia até a declaração do grau de convencimento da vítima ou testemunha, com a disponibilização do respectivo vídeo às partes, caso solicitado.

§ 2º A inclusão da pessoa ou de sua fotografia em procedimento de reconhecimento, na condição de investigada ou processada, será embasada em outros indícios de sua participação no delito, como a averiguação de sua presença no dia e local do fato ou outra circunstância relevante.

Art. 6º A entrevista prévia será composta pelas seguintes etapas:

I – solicitação à vítima ou testemunha para descrever as pessoas investigadas ou processadas pelo crime, por meio de relato livre e de perguntas abertas, sem o uso de questões que possam induzir ou sugerir a resposta;

II – indagação sobre a dinâmica dos fatos, a distância aproximada a que estava das pessoas que praticaram o fato delituoso, o tempo aproximado durante o qual visualizou o rosto dessas pessoas, as condições de visibilidade e de iluminação no local;

III – inclusão de autodeclaração da vítima, da testemunha e das pessoas investigadas ou processadas pelo crime sobre a sua raça/cor, bem como heteroidentificação da vítima e testemunha em relação à raça/cor das pessoas investigadas ou processadas; e

IV – indagação referente à apresentação anterior de alguma pessoa ou fotografia, acesso ou visualização prévia de imagem das pessoas investigadas ou processadas pelo crime ou, ainda, ocorrência de conversa com agente policial, vítima ou testemunha sobre as características da(s) pessoa(s) investigada(s) ou processada(s).

§ 1º A entrevista será realizada de forma separada e reservada com cada vítima ou testemunha, com a garantia de que não haja contato entre elas e de que não saibam nem ouçam as respostas umas das outras, constando o registro dessas circunstâncias no respectivo termo.

§ 2º Nas hipóteses do inciso IV deste artigo ou naquelas em que a descrição apresentada pela vítima ou testemunha não coincidir com as características das pessoas investigadas ou processadas, o reconhecimento não será realizado.

§ 3º As fichas de autodeclaração e de heterodeclaração de que trata o inciso III obedecerão ao sistema classificatório utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com as seguintes opções de resposta: “amarelo, branco, indígena, pardo e preto”.

Art. 7º Imediatamente antes de iniciar o procedimento de reconhecimento, a vítima ou a testemunha será alertada de que:

I – a pessoa investigada ou processada pode ou não estar entre aquelas que lhes serão apresentadas;

II – após observar as pessoas apresentadas, ela poderá reconhecer uma dessas, bem como não reconhecer qualquer uma delas;

III – a apuração dos fatos continuará independentemente do resultado do reconhecimento;

IV – deverá indicar, com suas próprias palavras, o grau de confiança em sua resposta.

Parágrafo único. As orientações de que trata este artigo serão apresentadas sem o fornecimento, à vítima ou testemunha, de informações sobre a vida pregressa da pessoa investigada ou processada ou acerca de outros elementos que possam influenciar a resposta da vítima ou testemunha.

Art. 8º O reconhecimento será realizado por meio do alinhamento padronizado de pessoas ou de fotografias, observada a ordem de preferência do art. 4º, de forma que nenhuma se destaque das demais, observadas as medidas a seguir:

I – o alinhamento de pessoas ou de fotografias poderá ser simultâneo, de modo que a pessoa investigada ou processada e as demais pessoas serão apresentadas em conjunto a quem tiver de fazer o reconhecimento, ou sequencial, de forma que a pessoa investigada ou processada e as demais sejam exibidas uma a uma, em iguais condições de espaço e períodos de tempo;

II – a pessoa investigada ou processada será apresentada com, no mínimo, outras 4 (quatro) pessoas não relacionadas ao fato investigado, que atendam igualmente à descrição dada pela vítima ou testemunha às características da pessoa investigada ou processada.

§ 1º Na realização do alinhamento, a autoridade zelará pela higidez do procedimento, nos moldes deste artigo, inclusive a fim de evitar a apresentação isolada da pessoa (show up), de sua fotografia ou imagem.

§ 2º A fim de assegurar a legalidade do procedimento, a autoridade zelará para a não ocorrência de apresentação sugestiva, entendida esta como um conjunto de

fotografias ou imagens que se refiram somente a pessoas investigadas ou processadas, integrantes de álbuns de suspeitos, extraídas de redes sociais ou de qualquer outro meio.

§ 3º Na apresentação de que trata o inciso II, será assegurado que as características físicas, o sexo, a raça/cor, a aparência, as vestimentas, a exposição ou a condução da pessoa investigada ou processada não sejam capazes de diferenciá-la em relação às demais.

§ 4º Nos casos em que a vítima ou testemunha manifestar receio de intimidação ou outra influência pela presença da pessoa investigada ou processada, a autoridade providenciará para que a pessoa e os demais participantes do alinhamento não vejam quem fará o reconhecimento.

Art. 9º Após a realização da entrevista prévia, das instruções pertinentes e do alinhamento, de acordo com os artigos anteriores, a vítima ou a testemunha será convidada a apontar se reconhece, entre as fotografias ou pessoas apresentadas, aquela que participou do delito.

Parágrafo único. Após a resposta da vítima ou testemunha, será solicitado que ela indique, com suas próprias palavras, o grau de confiança em sua resposta, de modo que não seja transmitida à vítima ou à testemunha qualquer tipo de informação acerca de sua resposta coincidir ou não com a expectativa da autoridade condutora do reconhecimento.

Art. 10. O ato de reconhecimento será reduzido a termo, de forma pormenorizada e com informações sobre a fonte das fotografias e imagens, para juntada aos autos do processo, em conjunto com a respectiva gravação audiovisual.

Art. 11. Ao apreciar o reconhecimento de pessoas efetuado na investigação criminal, e considerando o disposto no art. 2º, § 1º, desta Resolução, a autoridade judicial avaliará a higidez do ato, para constatar se houve a adoção de todas as cautelas necessárias, incluídas a não apresentação da pessoa ou fotografia de forma isolada ou sugestiva, a ausência de informações prévias, insinuações ou reforço das respostas apresentadas, considerando o disposto no art. 157 do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. A autoridade judicial, no desempenho de suas atribuições, atentará para a precariedade do caráter probatório do reconhecimento de pessoas, que será avaliado em conjunto com os demais elementos do acervo probatório, tendo em vista a falibilidade da memória humana.

Art. 12. Para o cumprimento desta Resolução, os tribunais, em colaboração com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados e as demais Escolas de Magistratura, promoverão cursos destinados à permanente qualificação e atualização funcional dos magistrados e serventuários que atuam nas Varas Criminais em relação aos parâmetros científicos, às regras técnicas, às boas práticas, aos problemas identificados pelo GT Reconhecimento de Pessoas.

§ 1º Os cursos de qualificação e atualização mencionados no caput também poderão ser oferecidos aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, mediante convênio a ser firmado entre o referido órgão e o Poder Judiciário, respeitada a independência funcional das instituições.

§ 2º Os tribunais, com o apoio do CNJ, poderão firmar convênios com o Poder Executivo a fim de realizar cursos de qualificação e atualização funcional dos agentes de segurança pública sobre as diretrizes da presente Resolução.

Art. 13. O Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça elaborará, em até 180 (cento e oitenta) dias, manual de boas práticas quanto à implementação das medidas previstas nesta Resolução.

Art. 14. Esta Resolução entra em vigor em 90 (noventa) dias após a sua publicação.

Ministra ROSA WEBER