XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

MARIA PAULA CASSONE ROSSI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929
Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Gustavo Noronha de Avila, Maria Paula Cassone Rossi – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-291-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Criminologias. 3. Política Criminal. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

É uma grande alegria poder introduzir, à comunidade acadêmica, os artigos apresentados durante o XXV Congresso do CONPEDI, em Curitiba. Nesta edição, foram organizados três Grupos de Trabalho "Criminologias e Política Criminal", com aproximadamente sessenta apresentações. Este crescimento é representativo do crescimento desse importantíssimo campo de estudo no Brasil.

Importante, primeiramente, ressaltar o amadurecimento das discussões aqui encontradas. Neste terceiro ano de fundação do Grupo de Trabalho "Criminologias e Política Criminal", que seria impossível sem o auxílio de Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho e Nestor Eduardo Araruna Santiago, notamos um heterogêneo grupo de trabalhos amparados em uma tradição criminológico-crítica.

Mesmo sendo reflexões heterogêneas é possível identificarmos como traço comum, além do caráter crítico, textos fundados no real, no concreto. São aprofundadas as desigualdades estruturalmente colocadas em nosso país e seus impactos na produção estatal da criminalidade.

Estes debates trazem esperança, mesmo em um cenário desolador, de uma supressão gradativa de controles em nome de responsabilidades fundadas em uma ética comprometida com o outro. É um verdadeiro alento em meio ao notório aumento nos níveis de desagregação, o que nos leva ao incremento de violências e à emergência de autoritarismos.

Agradecemos ao CONPEDI pelo espaço concedido, bem como a cada um/a dos/as autores/as pelo excepcional nível de seriedade aqui demonstrado. Convidamos, então, nosso/a leitor/a a mergulhar neste universo de fraturas expostas do sistema penal. Boa leitura!

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila - UNICESUMAR

Profa. Dra. Maria Paula Cassone Rossi

A RELAÇÃO DO DIREITO PENAL COM O NEGRO: DA PROTEÇÃO CONTRA O NEGRO À PROTEÇÃO AO NEGRO. EFETIVADE DOS CRIMES DE RACISMO COMO POLÍTICA DE RECONHECIMENTO DOS NEGROS NO BRASIL.

THE RELATIONSHIP BETWEEN CRIMINAL LAW AND BLACK POPULATION: FROM PROTECTION AGAINST BLACKS TO PROTECTION OF BLACKS. EFECTIVENESS OF CRIMINALIZING RACISM AS A POLICY OF RECOGNITION OF BRAZILIAN BLACK POPULATION

Michel Wencland Reiss [1]

Resumo

O presente trabalho pretende demonstrar como o sistema penal tem se aplicado a população negra no Brasil desde o sec. XIX, antes ainda da abolição da escravatura, até a criminalização do racismo realizada em 1989 – com os respectivos pensamentos criminológicos que predominaram durante o sec. XX. Será também demonstrado que a criminalização do racismo não alcançou a efetividade necessária – o que já era previsto pela criminologia crítica. Por outro lado, a criminalização do racismo deve ser tida como uma das medidas a serem implementadas na política de reconhecimento dos negros no Brasil.

Palavras-chave: Sistema penal, Negros, Racismo, Criminologia, Reconhecimento

Abstract/Resumen/Résumé

This study seeks to show in what manner the criminal justice system applies to the Brazilian black population, since the nineteenth century, even before the slavery abolition, up to 1989, when the statute criminalizing racism was enacted – along with the related criminological thoughts that prevailed in the twentieth century. It will also show that the statute criminalizing racism did not reach the effectiveness required – as foreseen by critical criminology. However, the racism criminalization is to be reckoned as a valuable means in the policies towards the recognition of Brazilian black population.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal justice system, Black population, Racism, Criminology, Recognition

[1] Doutorando em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tecerá considerações acerca de como o sistema penal tem tratado a população negra no Brasil a partir de meados do sec. XIX, antes ainda da abolição da escravatura.

Desde aquela época a população negra é muito mais vulnerável ao sistema penal e ainda a outras violações.[1] Por tal razão, será demonstrado como a legislação penal tratava o negro escravo desde o Código Criminal do Império de 1830, passando também pelo Código Penal de 1890 – elaborado pouco tempo após a abolição da escravatura e a proclamação da República.

Para uma maior compreensão da questão, será necessário abordar a estreita relação entre a legislação penal e o positivismo criminológico de Lombroso na Itália e Raimundo Nina Rodrigues no Brasil, especialmente até a primeira metade do século passado.

Em seguida, será apresentada a ideia de democracia racial, inspirada especialmente em Gilberto Freyre – que por sua vez serviu de base para a elaboração do Código Penal de 1940, exercendo grande influência no decorrer de praticamente todo o sec. XX. Tal autor defendia que a miscigenação presente no Brasil teria feito com que não se tivesse uma sociedade racista.[2] Tanto é assim que o mencionado Código não tipificou o racismo como crime.[3]

A democracia racial será posteriormente questionada, especialmente pelo chamado projeto Unesco e por uma nova corrente criminológica, denominada criminologia crítica, de inspiração marxista. Tais questões serão examinadas no item 5 deste trabalho.

Serão feitas considerações acerca do processo de criminalização do racismo, passando pelas previsões constitucionais do texto de 1988 e culminando finalmente com a entrada em vigor da Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, conhecida como Lei dos crimes de racismo, ou Lei Caó.[4]

---

[1] A propósito, Pires cita exemplos como a erotização, a exclusão do acesso a direitos, a vinculação a características depreciativas, o genocídio praticado por oficiais de Segurança Pública, as limitações de acesso ao mercado de trabalho, a distribuição seletiva da cidade e de políticas públicas, dentre outros (2013, p. 298). Afirma ainda a autora: "para aqueles que costumam afirmar que não houve segregação oficial em solo pátrio, a análise do sistema penal informa que foram produzidas muitas iniciativas públicas de *apartheid* e o êxito dessa empreitada fica comprovado pelos números que escancaram a cor do sistema carcerário nacional" (2013, p. 281).

[2] Cf. item 4 deste estudo.

[3] Não se pode ignorar que o positivismo criminológico também exerceu influência na codificação de 1940, como será abordado no item 4.

[4] A alcunha dada à Lei – Caó – é uma referência ao Deputado Carlos Alberto Caó. O referido Parlamentar foi quem apresentou uma emenda aditiva ao Projeto de Constituição para transformar o crime de racismo em inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da Lei – que gerou o atual inc. XLII do art.

Por fim e tomando como base uma pesquisa feita por Pires envolvendo processos judiciais por atos de racismo no Brasil, será demonstrado que tal Lei não alcançou a efetividade necessária – apesar do que a criminologia crítica já previa que o sistema penal praticamente nunca será a solução para reprimir violações a direitos. Por outro lado e em consonância com Pires, a criminalização do racismo deve ser tida como uma das medidas a serem implementadas na política de reconhecimento dos negros no Brasil.

2. DO DIREITO PENAL NO CONTEXTO DA ABOLIÇÃO DA ESCRAVATURA

A abolição da escravatura no Brasil, implementada pela Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1988 e conhecida como Lei Áurea[5], é um marco no ordenamento jurídico brasileiro – mesmo sabendo que o tratamento dado ao negro, mais de um século depois, continua discriminatório. Afinal, antes desse marco, o Direito tratava o negro no Brasil no âmbito dos direitos reais, como propriedade – mesmo considerando que a referida Lei fez parte de um processo histórico levado a cabo durante o sec. XIX. Nesse contexto, devem ser mencionadas outros diplomas legais que antecederam 1888, como a Lei Eusébio de Queirós (que proibiu o tráfico de escravos para o Brasil), a Lei do Ventre Liberdade (liberdade para os filhos de escravos) e a Lei dos Sexagenários (liberdade para os escravos com mais de sessenta anos).[6]

Ainda assim, o marco inicial é 1888. Afinal, antes disso, o nível de institucionalização de um tratamento inferiorizado ao negro era quase indescritível, eis que equiparado a coisa. No âmbito do Direito Penal, interessante exemplo era a punição do crime

---

5º da Constituição –; e ainda o Projeto de Lei que, após determinadas alterações no decorrer do processo legislativo, culminou com a mencionada Lei n. 7.716/89. Acrescente-se ainda que tal Projeto foi apresentado em 11 de maio de 1988, portanto ainda alguns meses antes da promulgação da Constituição. Cf. Silveira (2007, p. 66-68).

[5] A íntegra da Lei é a seguinte:
"LEI Nº 3.353, DE 13 DE MAIO DE 1888.
Declara extinta a escravidão no Brasil.
A Princesa Imperial Regente, em nome de Sua Majestade o Imperador, o Senhor D. Pedro II, faz saber a todos os súditos do Império que a Assembléia Geral decretou e ela sancionou a lei seguinte:
Art. 1°: É declarada extincta desde a data desta lei a escravidão no Brazil.
Art. 2°: Revogam-se as disposições em contrário.
Manda, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nella se contém.
O secretário de Estado dos Negócios da Agricultura, Comercio e Obras Publicas e interino dos Negócios Estrangeiros, Bacharel Rodrigo Augusto da Silva, do Conselho de sua Majestade o Imperador, o faça imprimir, publicar e correr.
Dada no Palácio do Rio de Janeiro, em 13 de maio de 1888, 67º da Independência e do Império.
Princeza Imperial Regente". Retirado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM3353.htm. Acesso em 17/06/2016. Cf. ainda Silveira (2007, p. 55).

[6] Cf. Silveira (2007, p. 58-61).

de insurreição, que possuía sanções gravíssimas, como morte, galés, açoites e prisão com trabalho. Até mesmo quem auxiliasse ou até mesmo aconselhasse a insurreição ficava sujeito a uma pena mínima de oito anos com trabalhos, e máxima de vinte. Trata-se de previsão contida no Capítulo IV do Título IV da "Parte Segunda" da Lei de 16 de dezembro de 1830 – o Código Criminal do Império –, que criminaliza as condutas "contra a segurança do interna do Império e a pública tranquilidade", especificamente nos arts. 113 a 155.[7]

Ainda com relação ao referido Código, Pires cita os exemplos da maioridade aos 14 anos em determinados casos, a punição da celebração religiosa não oficial, da vadiagem e da mendicância, prevendo ainda outras sanções para os escravizados além das mencionadas acima, como torturas e marcas de ferro (2013, p. 219).[8] Em razão de tal tratamento legislativo que a mencionada autora conclui que "o Código Criminal do Império de 1830 demonstrou grande preocupação em controlar a rebeldia negra, escrava ou liberta" (2013, p. 219).

Outro diploma legal que merece ser citado, editado ainda antes da abolição, é Lei n. 4 de 1835, que legitimava punições contra escravos que atentassem contra os senhores e familiares, administradores, feitores e esposas, destacando-se a pena de morte ou de açoites.[9]

---

[7] "Art. 113. Julgar-se-ha commettido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força.
Penas - Aos cabeças - de morte no gráo maximo; de galés perpetuas no médio; e por quinze annos no minimo; - aos mais - açoutes.
Art. 114. Se os cabeças da insurreição forem pessoas livres, incorrerão nas mesmas penas impostas, no artigo antecedente, aos cabeças, quando são escravos.
Art. 115. Ajudar, excitar, ou aconselhar escravos á insurgir-se, fornecendo-lhes armas, munições, ou outros meios para o mesmo fim.
Penas - de prisão com trabalho por vinte annos no gráo maximo; por doze no médio; e por oito no mínimo". Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em 17/06/2016.

[8] Cf. nota 274 do trabalho de Pires, onde registra que a pena de açoites foi revogada em 1886 (2013, p. 219). Ou seja, pouco antes da abolição. A revogação foi feita pela Lei n. 3.310, de 15 de outubro do mencionado ano. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3310.htm#art1. Acesso em 17/06/2016.

[9] A íntegra da Lei é a seguinte:
"LEI Nº 4 DE 10 DE JUNHO DE 1835.
Determina as penas com que devem ser punidos os escravos, que matarem, ferirem ou commetterem outra qualquer offensa physica contra seus senhores, etc.; e estabelece regras para o processo.
A Regencia Permanente em Nome do Imperador o Senhor D. Pedro Segundo Faz saber a todos os subditos do Imperio que a Assembléa Geral Legislativa Decretou, e Ella Sanccionou a Lei seguinte:
Art. 1º Serão punidos com a pena de morte os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer grave offensa physica a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador, feitor e ás suas mulheres, que com elles viverem.
Se o ferimento, ou offensa physica forem leves, a pena será de açoutes a proporção das circumstancias mais ou menos aggravantes.
Art. 2º Acontecendo algum dos delictos mencionados no art. 1º, o de insurreição, e qualquer outro commettido por pessoas escravas, em que caiba a pena de morte, haverá reunião extraordinaria do Jury do Termo (caso não esteja em exercicio) convocada pelo Juiz de Direito, a quem taes acontecimentos serão immediatamente communicados.
Art. 3º Os Juizes de Paz terão jurisdicção cumulativa em todo o Municipio para processarem taes delictos até a pronuncia com as diligencias legaes posteriores, e prisão dos delinquentes, e concluido que seja o processo, o enviaráõ ao Juiz de Direito para este apresenta-lo no Jury, logo que esteja reunido e seguir-se os mais termos.

É por tal razão que Silveira afirma que "os escravos se submetiam a um *regime de exceção*" (2007, p. 57).[10]

Em seguida, vem a abolição e a Proclamação da República, esta em 1889. Nesse contexto e ainda acerca da produção normativa da época, cabe destacar o surgimento do Código Penal em 1890[11] e da Constituição somente em 1891. Portanto, primeiro se legitima a punição, e somente em seguida o novo regime republicano fica formalmente instaurado em um texto constitucional.

Não há outra conclusão possível senão que foi necessário, num primeiro momento, "controlar" a grande massa de ex-escravos recentemente beneficiada pela Lei Áurea. Tanto é assim que, segundo Pires, o Código "apresentou um enrijecimento na repressão contra negros" (2013, p. 219), e ainda que se está diante do "marco legislativo republicano de criminalização do negro e da pobreza" (2013, p. 94). A autora destaca a criminalização da vadiagem e da capoeira[12], onde "o Estado assume publicamente quem é o seu *inimigo*" (2013,

---

Art. 4º Em taes delictos a imposição da pena de morte será vencida por dous terços do numero de votos; e para as outras pela maioria; e a sentença, se fôr condemnatoria, se executará sem recurso algum.
Art. 5º Ficão revogadas todas as Leis, Decretos e mais disposições em contrario.
Manda portanto a todas as autoridades a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencer, que a cumprão e fação cumprir tão inteiramente como nella se contém. O Secretario de Estado dos Negocios da Justiça a faça imprimir, publicar e correr. Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos dez dias do mez de Junho de mil oitocentos trinta e cinco, decimo quarto da Independencia e do Imperio.
FRANCISCO DE LIMA E SILVA.
JOÃO BRAULIO MONIZ.
Manoel Alves Branco". Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM4.htm. Acesso em 17/06/2016.

[10] Itálico no original.

[11] Trata-se do Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s. Acesso em 18/06/2016.

[12] "Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes:
Pena de prisão cellular por quinze a trinta dias.
§ 1º Pela mesma sentença que condemnar o infractor como vadio, ou vagabundo, será elle obrigado a assignar termo de tomar occupação dentro de 15 dias, contados do cumprimento da pena.
§ 2º Os maiores de 14 annos serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, onde poderão ser conservados até á idade de 21 annos.
Art. 400. Si o termo for quebrado, o que importará reincidencia, o infractor será recolhido, por um a tres annos, a colonias penaes que se fundarem em ilhas maritimas, ou nas fronteiras do territorio nacional, podendo para esse fim ser aproveitados os presidios militares existentes.
Paragrapho unico. Si o infractor for estrangeiro será deportado.
Art. 401. A pena imposta aos infractores, a que se referem os artigos precedentes, ficará extincta, si o condemnado provar superveniente acquisição de renda bastante para sua subsistencia; e suspensa, si apresentar fiador idoneo que por elle se obrigue.
Paragrapho unico. A sentença que, a requerimento do fiador, julgar quebrada a fiança, tornará effectiva a condemnação suspensa por virtude della.
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:

p. 94).[13] A autora menciona ainda que tal Código fez previsão da diminuição da idade penal para nove anos, criminalizou o "espiritismo"[14] e manteve a criminalização da vadiagem – já mencionada acima – e da mendicância. E por fim conclui:

> A leitura dos tipos penais enunciados [relativos à vadiagem e à capoeira] permite compreender que se trata de legislação que coíbe uma prática, que persegue um grupo social, por pressupor sua nocividade; há desproporcionalidade na aplicação das penas em relação aos supostos danos causados pela condutas; além de ser uma legislação expressamente direcionamento à cultura negra" (PIRES, 2013, p. 94).

3. O POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO: LOMBROSO E NINA RODRIGUES

Pires relaciona a postura do Código Penal de 1890 com o positivismo criminológico, cujo principal representante é o italiano Lombroso.[15] Baratta descreve tal linha de pensamento como uma busca em "encontrar todo complexo das causas [da criminalidade] na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo", sendo que o crime possuiria "causas biológicas de natureza sobretudo hereditária" (2011, p. 38-39).

Pena de prisão cellular por dous a seis mezes.
Paragrapho unico. É considerado circumstancia 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.
Art. 404. Si nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, perturbar a ordem, a tranquilidade ou segurança publica, ou for encontrado com armas, incorrerá cumulativamente nas penas comminadas para taes crimes". Disponível em http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s. Acesso em 19/06/2016.

[13] Itálico no original.

[14] "Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilegios, usar de talismans e cartomancias para despertar sentimentos de odio ou amor, inculcar cura de molestias curaveis ou incuraveis, emfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica:
Penas de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.
§ 1º Si por influencia, ou em consequencia de qualquer destes meios, resultar ao paciente privação, ou alteração temporaria ou permanente, das faculdades psychicas:
Penas de prisão cellular por um a seis annos e multa de 200$ a 500$000.
§ 2º Em igual pena, e mais na de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação, incorrerá o medico que directamente praticar qualquer dos actos acima referidos, ou assumir a responsabilidade deles". Disponível em http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s. Acesso em 19/06/2016. Chama ainda a atenção o fato de tal norma estar prevista em capítulo destinado aos "crimes contra a saúde pública".

[15] Afirma Pires ao tratar do Código Penal de 1890: "As teorias lombrosiana com grande força entre os acadêmicos da época reafirmam, na esfera penal, algo que o Estado brasileiro já tinha se pronunciado em matéria de imigração, acesso à educação e à terra: o negro não deve ser tratado como cidadão" (2013, p. 94-95).

É conhecida a obra *L'uomo delinquente* de Lombroso, onde o autor, após pesquisas em estabelecimentos prisionais, fornece características físicas do propenso criminoso. Segundo Shecaira, as pesquisas de Lombroso recaíam, por exemplo, na "capacidade craniana, capacidade cerebral, circunferência, formato, diâmetro, feição, índices nasais, detalhes da mandíbula, fossa occipital (diferente nos criminosos natos)..." (2008, p. 102).[16]

No contexto brasileiro, percebe-se que a primeira característica para rotular o propenso criminoso era ser negro, ex-escravo.

Cabe destacar que, para Pires, a "recepção da criminologia como ciência" no Brasil ocorreu no contexto de transformação do Império e República, com o "conjunto de normas que promove a transição lenta e gradual do modelo escravista para o modelo industrial". Então surgia "a necessidade de encontrar soluções para o contingente de escravos que seria colocado em liberdade" (2013, p. 230), o que acabou culminando com as já mencionadas tipificações contidas no Código Penal de 1890 e a prevalência do positivismo criminológico.

No Brasil, o principal representante de tal linha da criminologia foi Nina Rodrigues, com sua visão hierarquizada das raças humanas.[17] Também se referindo à segunda metade do sec. XIX, Silveira afirma que "não foram poucos os intelectuais brasileiros que assumiram o modelo racial determinista da ciência que se anunciava" (2007, p. 2), citando Silvio Romero, Oliveira Vianna e especialmente Nina Rodrigues, rotulando este como "Lombroso brasileiro" (2007, p. 5-12). Tal autor merece um tratamento a parte.

Segundo Telles, Raimundo Nina Rodrigues era professor da Escola de Medicina da Bahia, sendo "o primeiro cientista brasileiro a conduzir um estudo etnográfico da origem africana da população" (2004, p. 22). Ainda tratando de Nina Rodrigues, continua Telles:

> No estudo, declarou que os africanos eram inequivocadamente inferiores. Quando faleceu, ainda jovem, em 1906, Rodrigues estava desenvolvendo suas ideias, nas quais advogava leis criminais separadas por raça, o que foi o mais próximo a que qualquer brasileiro ilustre chegou em termos de proposta de uma segregação racial legal. O princípio do livre arbítrio era parte do Código Penal Imperial, mas Rodrigues propunha que o princípio fosse eliminado para negros, pois acreditava não serem estes livres para escolher o crime, dadas as suas capacidades reduzidas (2004, p. 22).[18]

---

[16] Ainda segundo Shecaira, "Lombroso emprestou algumas idéias dos fisionomistas para fazer seu próprio retrato do delinquente. Examinava profundamente as características fisionômicas com dados estatísticos que verificava desde a estrutura do tórax até o tamanho das mãos e das pernas. A quantidade de cabelo, estatura, peso, incidência maior ou menor de barba, enfim, tudo era circunstanciadamente analisados. [...] Adotou dezenas de parâmetros frenológicos para examinar as cabeças, pesando-as, medindo-as e conferindo grande sentido científico nos estudos do criminoso nato" (2013, p. 100).

[17] Cf. Pires (2013, p. 234).

[18] Cabe ainda mencionar que Rodrigues tinha dificuldade no tratamento a ser dado aos mulatos e, ainda segundo Telles, chegou a "dividir a população mulata em superior, ordinária, e degenerada ou socialmente instável. A incerteza na classificação dos mulatos para Rodrigues pode ter sido um reflexo de sua própria identidade de mestiço, assim como dos sentimentos gerais da elite brasileira, já que muitos dos seus membros poderiam ser

Assim, não há coincidência entre a influência do positivismo criminológico e o fato de ter ocorrido, entre 1872 e 1940, um grande incentivo estatal de emigração europeia para o Brasil, como foi destacado por Telles (2004, p. 23-26).

Já no decorrer do sec. XX, o positivismo criminológico vai perdendo força, apesar de ainda possuir resquícios no ordenamento jurídico-penal atualmente em vigor. O principal exemplo a ser mencionado é a previsão legal da reincidência como circunstância agravante no art. 61, I, do Código Penal – diga-se de passagem a primeira das agravantes previstas taxativamente na mencionada norma.[19] Ou seja, Lombroso ainda não foi esquecido. [20]

4. A DEMOCRACIA RACIAL, O CÓDIGO PENAL DE 1940 E SUA APARÊNCIA DE NEUTRALIDADE

Após a diminuição da força do positivismo criminológico, deve-se destacar a ideia de democracia racial, desenvolvida especialmente por Gilberto Freyre a partir dos anos 1930. O referido autor, em sua clássica obra Casa Grande & Senzala[21], defende que haveria uma harmonização entre os povos no Brasil, ou seja, que não haveria racismo. Prova maior disso seria a intensa miscigenação que aqui ocorria. Segundo Silveira, trata-se da "mestiçagem glorificada" (2007, p. 16). Tal autor afirma que "Freyre faz questão de valorizar o espírito de confraternização entre as raças que participaram convergentemente do mesmo processo histórico (e não de lados opostos)" (2007, p. 20).[22]

---

classificados como mulatos. A miscigenação apresentava um dilema e por isso os eugenistas e outros intelectuais brasileiros vacilaram em suas conclusões sobre os mulatos..." (2004, p. 22).

[19] Interessante análise acerca da não recepção da reincidência pela Constituição de 1988 é feita por Alberto Silva Franco, destacando o manifesto resquício do positivismo criminológico em tal circunstância agravante (2010). Cf. também Yarocheswsky (2005).

[20] É possível mencionar também a admissão, pacificada pela jurisprudência, da possibilidade de realização de exame criminológico para obtenção de eventuais benefícios no cumprimento da pena, desde que haja decisão do Juiz de execução devidamente fundamentada nesse sentido (cf., por exemplo, STF – RHC 121851, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014, publicado em 17/06/2014; dentre vários outros) – como se fosse possível constatar uma suposta "periculosidade" inerente à pessoa, como defendiam os positivistas. O que é ainda mais agressivo é que o exame criminológico foi extirpado do art. 112 da Lei de Execução Penal (LEP – Lei n. 7.210/84) pela Lei n. 10.792/2003, e ainda assim a jurisprudência admite sua realização, numa manifesta ofensa à legalidade como (de)limitadora do poder punitivo estatal. Para mais detalhes, cf. o julgado acima mencionado.

[21] Segundo Telles, o mencionado livro de Freyre foi "selecionado pelos acadêmicos mais importantes como o livro não-ficcional de maior influência no Brasil no século XX" (2004, p. 26).

[22] Telles, abordando a questão da democracia racial, afirma que Freyre "argumentava que o Brasil era o único dentre as sociedades ocidentais por sua fusão serena dos povos e culturas europeias, indígenas e africanas. Assim, ele sustentava que a sociedade brasileira estava livre do racismo que afligia o resto do mundo" (2004, p. 27).

Nas palavras do próprio Gilberto Freyre:

> Considerada de um modo geral, a formação brasileira tem sido, na verdade, [...] um processo de equilíbrio de antagonismos. Antagonismos de economia e de cultura. A cultura europeia e a indígena. A europeia e a africana. A africana e a indígena. A economia agrária e a pastoril. A agrária e a mineira. O católico e o herege. O jesuíta e o fazendeiro. O bandeirante e o senhor de engenho. O paulista e o emboaba. O pernambucano e o mascate. O grande proprietário e o pária. O bacharel e o analfabeto. Mas predominando sobre todos os antagonismos, o mais geral e o mais profundo: o senhor e o escravo. É verdade que agindo sempre, entre antagonismos contundentes, amortecendo-lhes o choque ou harmonizando-os, condições de confraternização e de mobilidade social peculiares ao Brasil: a miscigenação, a dispersão da herança, a fácil e frequente acesso a cargos e a elevadas posições políticas e sociais de mestiços e filhos naturais, o cristianismo lírico à portuguesa, a tolerância moral, a hospitalidade a estrangeiros, a intercomunicação entre as diferentes zonas do país (2006, p. 116-117).

Como será tratado *infra*, trata-se de uma visão absolutamente distorcida – e infelizmente romantizada – da sociedade brasileira. Por outro lado, exerceu uma influência imensurável. Pires registra a força desse mito da democracia racial (2013, p. 300). Prova maior disso estava na ausência de qualquer tipificação criminal de atos de racismo até 1951, sendo que o Código Penal é de 1940 e nada previa a tal respeito.

Ressalte-se que o tratamento penal do racismo só foi implementado em razão de dois acontecimentos específicos. Em 1950, uma bailarina americana, Katherine Dunhan, foi impedida de se hospedar num hotel em São Paulo por ser negra. Naquela mesma época, o motorista do Senador Afonso Arinos foi impedido de entrar numa confeitaria no Rio de Janeiro.[23]

Assim, o referido Senador apresenta um projeto de lei no Congresso, que culmina com a aprovação da Lei n. 1.390/51, conhecida como Lei Afonso Arinos, que torna as seguintes condutas como contravenções penais, todas praticadas "por preconceito de raça ou cor": "a recusa, por parte de estabelecimento comercial ou de ensino de qualquer natureza, de hospedar, servir, atender ou receber cliente, comprador ou aluno"; "recusar alguém hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou estabelecimento da mesma finalidade"; "recusar a venda de mercadorias e em lojas de qualquer gênero, ou atender clientes em restaurantes, bares, confeitarias e locais semelhantes, abertos ao público, onde se sirvam alimentos, bebidas, refrigerantes e guloseimas"; "recusar entrada em estabelecimento público, de diversões ou esporte, bem como em salões de barbearias ou cabeleireiros"; "recusar inscrição de aluno em estabelecimentos de ensino de qualquer curso ou grau"; "obstar o acesso de

[23] Pires relata que há divergência sobre qual dos dois fatos acima teria sido o responsável por viabilizar a aprovação, pouco tempo depois, da Lei Afonso Arinos (2013, p. 221).

alguém a qualquer cargo do funcionalismo público ou ao serviço em qualquer ramo das fôrças armadas"; e finalmente "negar emprêgo ou trabalho a alguém em autarquia, sociedade de economia mista, emprêsa concessionária de serviço público ou emprêsa privada".[24]

Ou seja, não fossem as situações envolvendo o motorista do Senador e a bailarina, o racismo demoraria mais ainda a aparecer na legislação penal brasileira. Ainda assim os fatos foram rotulados como simples contravenções penais, e não crimes.[25]

Ainda sob a influência da democracia racial, surge o Código Penal de 1940.[26] Nos dizeres de Pires: "a junção de positivismo e democracia racial gerou o Código Penal de 1940 e a arquitetura punitiva vigente até os dias atuais" (2013, p. 251). Continua a autora:

> Enquanto o positivismo e a democracia racial promoviam uma sociedade cega à cor, protegendo a imagem do sistema, o positivismo criminológico influenciava a atuação das agencias de modo a proteger os interesses das elites, através de medidas de controle e extermínio da população negra (2013, p. 236).

Assim, a democracia racial legitima a criação de um Código com uma aparência de neutralidade. Ocorre que, por detrás dessa aparência, o positivismo criminológico – ainda exercendo influência – e o racismo arraigado na sociedade brasileira acabaram por fazer com o que o Código, atrelado a um sistema penal seletivo e injusto, escolhessem como principal alvo do exercício do poder punitivo a população negra.

É por tal razão que Thula Pires fala em "ausência de neutralidade na elaboração normativa" (2013, p. 87), em contrapartida à ideia de igualdade oriunda do iluminismo europeu, onde todos se tornariam "*sujeitos de direito*" (2013, p. 90).[27] Em seguida afirma a que "a crença compartilhada de que uma atividade legislativa neutra é o caminho para promoção de uma sociedade mais equitativa, justa e democrática transforma-se em uma verdade bastante eficiente para legitimar um realidade desigual e seletiva" (2013, p. 90).[28] [29]

---

[24] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1390.htm. Acesso em 30/06/2016.

[25] Na legislação penal brasileira, crime e contravenção são as espécies do gênero infração penal. Nesse sentido, cf. art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei n. 3.914/41).

[26] Decreto-Lei n. 2.848/40.

[27] Itálico no original.

[28] Registra ainda Pires: "A afirmação abstrata da igualdade entre seres humanos não permitiu que fossem derrubadas importantes barreiras na construção da igualdade real" (2013, p. 100). Por isso defende que é necessária que se altere a concepção de *sujeito de direito*, que é onde recai a importância que deve se dar à teoria do reconhecimento (2013, p. 100). Acrescente-se ainda que, em consonância com o que defendeu Pires, é necessário que se atribua a devida importância histórica ao iluminismo, que gerou garantias inimagináveis à época absolutista. É o que se convencionou chamar de direitos humanos de primeira geração. Entretanto, já é hora de se ir além dessa concepção do já muito distante sec. XVIII.

[29] No mesmo sentido é a posição defendida por Karam: "a igualdade formal dos sujeitos no momento no momento jurídico contratual da compra-venda da força de trabalho [...] é acompanhada, no momento real da produção, pela subordinação [...] e pela exploração [...]. Mas, é no campo penal que talvez melhor se possa identificar esse caráter desigual do direito da sociedade capitalista, pois, não obstante o mito da igualdade ser aqui ainda mais difundido e interiorizado, é o direito penal o direito desigual por excelência. A seleção e

A grande prova disso está na análise da população carcerária brasileira na atualidade. Antes de apresentar alguns dados, cabe registrar que a grande maioria da Parte Especial do Código Penal ainda continua com sua redação original – ao contrário da Parte Geral, que foi inteiramente reformada em 1984.[30] Já no tocante à Parte Especial, as reformas foram pontuais. Ou seja, o que é hoje incriminado coincide em grande parte com o que era incriminado no início da década de 1940, portanto há mais de setenta anos, quando ainda se vivia o ápice da democracia racial.

Segundo dados oficiais de dezembro de 2014 do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias", divulgados pelo sítio do Ministério da Justiça na rede mundial de computadores[31], a população carcerária brasileira era de 622.202 presos. Há um gráfico intitulado "percentual da população por raça e cor no sistema prisional e na população geral", que informa que 61,67% da população carcerária é formada por "negros/pretos e pardos" e 37,22% por "brancos".[32] O mesmo item da pesquisa também relata que, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio do IBGE (PNAD), 53,63% da população brasileira é negra e 45,48% branca.[33] Portanto, há evidente desequilíbrio entre a proporção de negros e de brancos que são selecionados pelo sistema penal – mais negros do que a população em geral, menos branco do que a população e geral –, revelando a maior vulnerabilidade da população negra.[34]

Portanto, é impossível falar em igualdade diante de tal desequilíbrio. É por isso que Silveira afirma que "racismo e sistema penal têm desenvolvido uma relação histórica de intimidade", relatando como os negros são normalmente os "selecionados" pelo sistema (2007, p. 44-45). Continua ainda o autor: "Não é demais, assim, afirmar que o sistema penal

---

definição de bens jurídicos e comportamentos com relevância penal se faz de maneira classista, tendendo a privilegiar os interesses das classes dominantes, tendência que vai levar a que o processo de criminalização se oriente, fundamentalmente, contra comportamentos característicos das camadas mais baixas e marginalizadas, excluindo ou minimizando comportamentos socialmente danosos, característicos das classes dominantes e ligados à acumulação de capitais" (1993, p. 99).

[30] Lei n. 7.209/84.

[31] Disponível em http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf. Acesso em 31/08/2016. Registre-se ainda que o Ministério da Justiça até o momento não fornece dados mais atualizados.

[32] O referido gráfico ainda menciona "amarelos", "indígenas" e "outros".

[33] Consta ainda a informação: "o questionário preenchido pelas unidades penitenciárias trabalha com a categoria 'Negros', enquanto a PNAD usa 'Pretos'. Para fins de comparação, intuiu-se que se trata da mesma categoria". Do ponto de vista metodológico, consignou-se: "a comparação do perfil racial da população carcerária com a população brasileira em geral é pautada por uma diferença metodológica importante. Na PNAD, a raça/cor do entrevistado é autodeclarada, enquanto os questionários das prisões são respondidos pelos gestores das unidades, e não se sabe qual é o método de coleta dessa informação. Além disso, a análise bivariada de uma distribuição complexa como a de raça/cor pode omitir aspectos importantes da questão, como outras variáveis socioeconômicas da população".

[34] Cf. ainda os dados apresentados por Pires (2013, p. 252).

representa a continuidade do racismo por outros meios ou que, o sistema de discriminação penal está organicamente vinculado ao sistema de discriminação racial" (2007, p. 53-54).[35]

5. SUPERANDO A DEMOCRACIA RACIAL: O PROJETO UNESCO E A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Entretanto, a "falácia" da "relação harmoniosa entre Casa Grande e Senzala" – nos dizeres de Pires (2013, p. 251) – não foi descoberta apenas com dados do sec. XXI, mas sim desde meados do século passado, com o chamado "projeto Unesco". Isso porque tal órgão da ONU, interessado na ideia de democracia racial e segundo Telles, "encomendou uma série de estudos para compreender o segredo da reputada harmonia racial do Brasil num mundo marcado pelos horrores do racismo e do genocídio" (2004, p. 33). O principal pesquisador foi Florestan Fernandes, da Universidade de São Paulo.

Pires defende que o projeto Unesco revelou "o alto grau de desigualdade racial e racismo presentes na sociedade brasileira" (2013, p. 238). Silveira também relata que, para Florestan Fernandes, existiria um "mito da democracia racial" (2007, p. 27).[36] Telles também vai no mesmo sentido:

> Fernandes concluiu que o racismo era muito difundido na sociedade brasileira e atacou diretamente a democracia racial, denunciando-a como um mito, e concluiu que os brancos brasileiros eram hostis e preconceituosos para com os negros e continuavam a se beneficiar com a dominação racial, muito depois da escravidão (2004, p. 33).[37]

Assim, o Projeto Unesco revela que não havia isenção ou qualquer igualdade no sistema penal. Pelo contrário: ele era (e continua sendo) reflexo direto de uma sociedade racista.

---

[35] A posição de Silveira guarda perfeita consonância com o que foi defendido por Pires: "Assim, na condição de Outro ao papel do inimigo, percebe-se que na esfera penal os pretos e pardos foram nitidamente o grupo social escolhido desde o início do processo de formação social brasileira como alteridade a ser negada, excluída e invisibilizada. A ausência de neutralidade existente na elaboração normativa promoveu da época colonial aos dias atuais o deslocamento dos navio negreiros para as instituições carcerárias" (2013, p. 228).

[36] Continua Silveira: "O branco viu-se, como relata Florestan Fernandes, numa posição relativamente confortável, desincumbindo-se de bradar o preconceito racial, tendo em vista que os próprios arranjos sócio-econômicos globais [...] mantiveram o negro na posição de subalternidade, apesar da aparente universalidade do ordenamento jurídico" (2007, p. 29).

[37] Ainda segundo Telles, "Fernandes não apenas ignorou a prática da miscigenação como também a rejeitou, simplesmente por acreditar ser parte de uma ideologia de legitimação da discriminação racial" (2004, p. 7).

Aliada a tal projeto, cabe também destacar o papel que a criminologia crítica possuiu no sentido de demonstrar a seletividade do poder punitivo estatal, focado essencialmente nos mais vulneráveis, especialmente na população negra.

A criminologia crítica, influenciada pelo marxismo[38] e segundo Baratta, "historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, como desenvolvimento das relações de produção e de distribuição" (2011, p. 160). [39]

Assim, o papel do sistema penal acaba sendo desnudado, e se entende a razão pela qual a seleção feita pelo estado recai na grande maioria das vezes na população negra. É como coloca Pires: "... cabendo aos criminólogos críticos a demonstração da racialização do sistema penal e da seletividade racial do controle social promovido pela norma penal" (2013, p. 238).[40]

Já Silveira prefere estabelecer uma relação entre o sistema penal e a teoria criminológica do *labeling approach*, ou etiquetamento, afirmando que "as práticas punitivas exercem sobre o indivíduo [...] uma função estigmatizante" (2007, p. 52).[41]

6. CRIMINALIZAÇÃO DO RACISMO

Um outro aspecto deve ser considerado: como já foi dito, por influência da democracia racial e do positivismo criminológico, tardou a surgir no Brasil a criação de uma figura penal destinada a combater o racismo – o que só aparece em 1951, com a Lei Afonso Arinos, e ainda assim como mera contravenção. Uma outra norma que merece ser mencionada é o crime de genocídio previsto no Código Penal Militar, de 1969, que pune a conduta de

---

[38] Baratta reconhece expressamente tal influência, entretanto afirma estar consciente "da relação problemática que subsiste entre criminologia e marxismo" (2011, p. 159).

[39] Cf. ainda Batista (2003, p. 51-57).

[40] Afirma ainda a autora: "A criminologia crítica foi uma aliada fundamental na denúncia do mito da democracia racial no Brasil ao provar a racialidade do sistema de justiça penal brasileiro e o genocídio perpetrado contra jovens negros nesse território" (2013, p. 20).

[41] Cf. Silveira, (2013, p. 44-54). Segundo Baratta, o *labeling approach*, ou teorias da reação social, "parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade nas instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como 'delinquente'" (2011, p. 86). A propósito, o próprio Baratta reconhece que as teorias da reação social foram importantes precursoras da criminologia crítica (2011, p. 159).

"matar membros de um grupo nacional, étnico, religioso ou pertencente a determinada raça, com o fim de destruição total ou parcial desse grupo".[42]

Mas não havia, no âmbito penal, nada além disso: uma contravenção, ou seja, algo absolutamente brando; e uma incriminação precisa, a ser aplicada exclusivamente num contexto militar. Portanto, o negro não era o protegido do sistema penal, mas sim seu alvo, ou seja, contra quem se protegia.[43]

Por tal razão não tardam a surgir reinvindicações pela criminalização do racismo. Paradoxalmente, é extremamente questionável até que ponto se justifica a utilização de um sistema – o penal – para proteger exatamente a população que era sistematicamente selecionada. Nos dizeres de Pires: "se a população carcerária brasileira é composta prioritariamente por negros, pode o sistema penal servir como meio adequado para promoção de políticas publicas de reconhecimento dos negros?" (2013, p. 227).[44]

A autora acaba por concluir que sim, mesmo reconhecendo o papel limitado da criminalização:

> Se a medida é olhada em relação aos efeitos diretamente almejados, pode-se concordar que a *criminalização do racismo* não é a estratégia mais eficiente para acabar com o escravismo naturalizado nas relações sociais. [...] No entanto, para quem foi coisificado e invisibilizado por séculos, uma medida que coloca em pauta a crueldade da estratificação social brasileira, que denuncia que boa parte da população brasileira clama por respeito e que açoites, exclusões e atos de fala discriminatórios representam condutas violentas, esse limitado efeito simbólico representa uma conquista bastante significativa. As lutas sociais são travadas com as armas que se tem em cada momento histórico (2013, p. 292-293).

Enfim, só não se pode admitir que as medidas simbólicas representem o "baluarte do movimento", o que faria com que "a perpetuação do racismo estará garantida", nos dizeres de Pires (2013, p. 293). E não há nada mais simbólico do que a utilização do sistema penal. Em

---

[42] Trata-se do art. 208 do Decreto-Lei n. 1.001/69. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em 19/08/2016. Sobre tal questão, cf. Pires (2013, p. 105-106).

[43] Apesar dos reclamos da criminologia crítica, há muita influencia do movimento da "lei e ordem", e a população carcerária brasileira, segundo Pires, era de cem mil presos quando da promulgação da Constituição passa a ser de um milhão e duzentos mil – sendo que sua tese é de 2013. Ou seja, nas palavras de Pires, "a redemocratização, que deveria significar a ruptura com a ordem política-jurídica anterior, manteve a lógica da política criminal do período ditatorial. A criminologia crítica, que poderia oferecer bases conceituais mais emancipatórias no processo de redefinição do Estado brasileiro ficara sufocada no meio acadêmico e fragmentada em visões teóricas distintas" (2013, p. 245). E o mais interessante: "percebeu-se na década seguinte que se seguiu o recrudescimento da punição aos estratos menos privilegiados da sociedade", em razão do "fortalecimento do ideário neoliberal e a exacerbação do individualismo [...]. Esse modelo de 'gerenciamento' do dissenso garante a continuidade de uma estratificação sócio-racial de raízes coloniais", registrando ainda a existência de uma "indústria de controle e extermínio de corpos negros" (2013, p. 245-246).

[44] Nessa mesma linha é a seguinte passagem de Pires: "Por não acreditar que o sistema penal possa gerar emancipação, a criminologia crítica irá combater com veemência a utilização das instituições de justiça criminal como política de reconhecimento" (2013, p. 287-288). Ou seja, para a criminologia crítica o sistema penal simplesmente não presta a ser um instrumento na política de reconhecimento do negro.

outras palavras, não se pode ignorar os limites impostos pelo direito na luta pelo reconhecimento.[45]

Sendo assim, é louvável a previsão contida no art. 5º, XLII, da Constituição, ao prever que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"[46], e ainda seu art. 4º, VIII, que prevê que o Brasil se rege em suas relações internacionais com base no princípio do repúdio ao racismo (e ao terrorismo), dentre outros. É por isso que Silveira invoca a existência de um "duplo compromisso constitucional" de combate ao racismo (2007, p. 114-116).

Logo no início de janeiro de 1989, pouco menos de três meses após a promulgação da Constituição, é publicada e entra em vigor a Lei n. 7.716/89 – que num primeiro momento punia "os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor", conforme redação original de seu art. 1º. Trata-se da chamada Lei dos crimes de racismo, ou ainda Lei Caó.[47] Posteriormente, a Lei n. 9.459/97 altera a redação de tal norma para punir "os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional".[48]

7. DA INEFETIVIDADE DA LEI CAÓ

[45] Sobre tais limites afirma Pires: "Apesar dos limites de atuação do direito e do apelo geral à legislação para resolver demandas por reconhecimento, quando parte-se do pressupostos de que as lutas políticas e sociais por reconhecimento ocorrem em modelos deliberativos pouco afetos à diferença, ganha destaque a arena jurisdicional no processo de enfrentamento público do desrespeito. A luta antirracismo pressupõe uma mudança significativa não apenas no referencial simbólico que rege as relações sociais, mas também na atuação dos agentes públicos e instituições frente à questão. O direito enquanto instrumento de controle social reproduz as hierarquizações anteriormente exploradas [capítulo anterior de sua tese], utiliza-se de categorias de sujeitos que são contingentemente estabelecidas e a partir delas promove avaliações binárias, ao estabelecer noções de lícito/ilícito, legal/ilegal, entre outras" (2013, p. 86). Por outro lado, Pires defende que não se pode renunciar ao direito na luta pelo reconhecimento (2003, p. 88). Cf. ainda a seguinte passagem: "A legislação penal brasileira foi desde sempre muito eficiente no sentido de afirmar aos negros os comportamentos que deveria evitar e os lugares que poderiam ocupar na sociedade. Foi através da única face do direito que o Estado lhes apresentou que vislumbraram a possibilidade de fazer ecoar suas demandas. Não por acaso, afirmar-se com dignidade e defender sua autenticidade passava, pelo menos desde a década de quarenta, pela necessidade de verem criminalizadas as condutas que os desumanizam" (2013, p. 304). Por isso que "indicativo criminalizante" do racismo, contido na Constituição, "representava a possibilidade de ver-se, pela primeira vez na história constitucional pátria, reconhecido como ator político, dar visibilidade a violências físicas e simbólicas que se perpetuavam e de fazer com que o Poder Público assumisse a responsabilidade pela sua proteção" (2013, p. 304).

[46] Pires afirma que o racismo "foi objeto de previsão expressa como indicativo criminalizante na Constituição Federal de 1988" no referido inciso do art. 5º (2013, p. 217).

[47] Cf. nota 4.

[48] A referida Lei de 1997 também cria a figura da "injúria racial" no Código Penal. Sobre tal crime, cf. nota 51. Para a diferença entre os crimes previstos na Lei específica e no Código, cf., por todos, Silveira (2007, p. 235-242).

Entretanto, como já era até certo ponto esperado, o surgimento da Lei Caó não conseguiu reprimir atos de racismo. É verdade que há poucos trabalhos que abordam a continuidade de práticas que culminam em desigualdades racionais, especialmente por partes dos agentes estatais.[49] Sendo assim, deve-se dar o devido destaque a interessante análise feita por Thula Pires sobre julgamentos envolvendo casos de racismo.[50]

Apesar de o recorte principal da análise ter envolvido os "processos criminais analisados pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro desde a elaboração da lei Caó, em 1989, até o ano de 2011" (2013, p. 261), um primeiro dado apresentado chama desde logo a atenção: entre 1º de janeiro de 2005 e 31 de dezembro de 2008, constatou-se apenas duzentos e trinta e dois casos envolvendo motivação racial, num universo de quinze tribunais de justiça (2013, p. 259-260). Insista-se: em mais de vinte anos, apenas duzentos e trinta e dois casos.

Nessa mesma linha, tem-se que entre 1989 e 1997 não foi localizado nenhum processo sobre discriminação contra negros (2013, p. 263).

Ou seja, a previsão legal não possuía a efetividade necessária. Na verdade, o negro tradicionalmente é visto como sujeito ativo de crimes, e praticamente nunca como sujeito passivo.

Outra conclusão interessante do estudo revela que "houve demora desproporcional na apreciação dessas lides pelo Tribunal" (2013, p. 266). Uma vez mais tem-se que a norma positivada está longe de efetivar a proteção que deveria ser dada.

Outras informações de destaque: "dos casos envolvendo a Lei Caó não houve nenhuma condenação"; "não foi encontrada nenhuma denúncia oferecida após a mudança da lei que transferiu a titularidade da ação referente à injúria qualificada para o Ministério Público"[51] (2013, p. 268); das acusações por injúria qualificada, 60,25% culminaram em

---

[49] Cf. Pires (2013, p. 258). Ela ressalta ainda que a falta de dados "pode ser reputada a uma série de fatores, como a resistência em fazer constar dos bancos de dados públicos os grupos de cor ou raça; falta de cultura de transparência dos órgãos de Segurança Pública; falta de mecanismos de integração entre as diversas instituições para que possam ser mapeados os casos desde a esfera policial até o trânsito em julgado das decisões judiciais; entre outros" (2013, p. 258).

[50] Cf. item 5.3 da tese de Pires (2013, p. 259-280).

[51] Esclareça-se que a injúria qualificada mencionada pela autora se refere à figura delitiva prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal, conhecida por "injúria racial". Nos termos da mencionada norma, a injúria se torna qualificada, com cominação de pena em patamares superiores ao tipo simples (*caput*), quando "a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência". Tal parágrafo foi incluído no art. 140 pela Lei 9.459/97 (envolvendo apenas ofensas referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem). Já a Lei 10.741/2003 alterou a redação do § 3º, que passou a ter a redação já transcrita. Com relação à ação penal, tem-se que, num primeiro momento, procedia-se mediante ação penal privada, nos termos do art. 145 do Código Penal. Surge posteriormente a Lei 12.033/2009, que altera o parágrafo único do mencionado artigo para, dentre outras modificações, prever que o mencionado crime se procede mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Registre-se por fim que Pires afirma que houve cinco casos em que o Ministério Público realizou aditamentos "para retomar a titularidade da ação modificada em 2009" (2013, p. 268-269).

condenações (2013, p. 268). Trata-se do único dado que revela alguma efetividade no combate de atos racistas através do instrumento penal. Por outro lado, deve-se destacar como os dados são diferentes quando se considera a Lei Caó (crimes de racismo) e a injúria qualificada (crime contra a honra).

Por demais interessantes são as seguintes conclusões da pesquisa de Pires:

> Diante da dificuldade das partes de provarem o dolo e dos magistrados de enxergarem indícios existentes no processo condutas suficientes para caracterizar atos de racismo, muitos processos resultam em absolvições por insuficiência de provas. A cegueira à cor faz com que a vista se acostume a ver a realidade de maneira bem reduzida [...] A leitura dos acórdãos não permitiu que se enfrentasse uma questão essencial: em que medida a cor dos réus e vítimas influencia na condução e no resultado da ação. A recusa em adotar um modelo de identificação racial em documentos oficiais, sob o argumento da democracia racial e da suposta racialização da sociedade, só serve para mascarar a realidade e fortalecer a crença falaciosa na neutralidade das Instituições Públicas (2013, p. 275 e 277).

Assim, uma vez mais se revela como o sistema penal não consegue sancionar de forma satisfatória os atos racistas.

Por tal razão, a criminalização do racismo é apenas uma, e deve ser apenas uma, das políticas públicas de reconhecimento do negro após a Constituição de 1988. Nos dizeres de Pires: "todas as propostas que atuem, de alguma forma, sobre essas esferas tem a sua parcela de importância no processo de luta por reconhecimento e devem ser como tal identificadas" (2013, p. 295). [52]

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, num primeiro momento, tratou de apresentar o tratamento dado pelo sistema penal ao negro desde antes da abolição da escravatura, com previsões de punições degradantes contidas na legislação criminal da época.

[52] Segundo Pires, além da criminalização do racismo, as outras políticas mais significativas são: "a) o reconhecimento de propriedade de terras ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos; b) as ações afirmativas de integração do negro na sociedade de classe; c) os direitos sociais, econômicos e culturais" (2013, p. 147). Cf. Capítulo 4 da tese da mencionada autora, que aborda com profundidade tais políticas públicas. É em razão desses limites impostos pelo sistema penal que Pires concluiu: "O perigo está na superestimação dos efeitos simbólicos do direito penal. Esse trabalho se ocupa de um problema que decorre da fragmentação entre os defensores da criminologia crítica e os movimentos sociais. Enquanto na década de sessenta marchavam juntos na denúncia das desigualdades existentes e na luta pela construção de uma sociedade mais fraterna, justa e plural, a partir do momento em que os movimentos sociais introduzem o sistema penal na sua agenda de luta por reconhecimento, há uma cisão entre eles" (2013, p. 286).

A abolição fez com que o sistema penal incrementasse ainda mais o controle penal sobre a população negra. Afinal, era necessário controlar toda a massa de ex-escravos recém beneficiada com a liberdade.

É nesse contexto que surge o positivismo criminológico, de grande influência no Brasil – inclusive com resquícios no sistema penal até a atualidade. Tal corrente da criminologia defendia que já existia uma predisposição biológica para o crime. O negro continua a ser rotulado como perigoso, dentre outras características negativas.

Com o declínio do positivismo criminológico, ganha força no Brasil a democracia racial de Gilberto Freyre, que fala em ausência de racismo, numa sociedade completamente integrada e harmônica. A propósito, a democracia racial influencia a criação do Código Penal de 1940, que não criminaliza atos racistas.

A democracia racial, apesar da imensa influência, acabe sendo questionada, especialmente em razão do já mencionado projeto Unesco e da criminologia crítica – que finalmente rompe com o positivismo criminológico lombrosiano.

Apesar de não ser a solução milagrosa para o problema, acaba por ocorrer a criminalização de atos racistas no Brasil. Tal positivação, como já era até certo ponto esperado, não teve efetividade, e o racismo continua sendo praticamente impunemente, sem praticamente gerar reflexos penais. Essa realidade é explicada na seguinte frase de Pires: "o capitalismo é branco e masculino, o racismo e o patriarcado estão na sua fundação" (2013, p. 282).

É por tal razão que tal autora conclui sua análise questionando o capitalismo, e dizendo que a se deve apostar "na política, no direito e na convivência intercultural para a construção de uma realidade livre e igualitária, vivenciada por seres concretos e singulares" (2013, p. 307).[53]

Por mais que o sistema penal seja seletivo e arbitrário, ainda não se pensou em medidas que venham a substituir a criminalização. A questão é ter consciência que a política de reconhecimento da população negra passa por outros remédios além da intervenção penal.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[53] Para uma análise profunda da relação entre capitalismo neoliberal e criminalidade, cf., por todos, Dornelles (2008).

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal.** 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

DORNELLS, João Ricardo W. **Conflito e segurança. Entre pombos e falcões.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. **Sobre a não recepção da reincidência pela constituição federal de 1988.** In.: RIBEIRO, Bruno de Morais. Direito Penal na atualidade. Escritos em Homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal.** 51. ed. São Paulo: Global, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias.** 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – Dezembro de 2014.** Disponível em http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf. Acesso em 31/08/2016.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos.** Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo. Aspectos jurídicos e sociocriminológicos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TELLES, Edward E. **O significado da raça na sociedade brasileira.** Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2004. Disponível em https://www.princeton.edu/sociology/faculty/telles/livro-O-Significado-da-Raca-na-Sociedade-Brasileira.pdf. Acesso em 30/06/2016.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.