

SELETIVIDADE RACIAL DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: ORIGEM, MECANISMOS DE MANUTENÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A VULNERABILIDADE POR CULPABILIDADE

RACIAL SELECTIVITY OF BRAZILIAN PENAL SYSTEM ROOT, MAINTENANCE MECHANISM AND ITS RELATION WITH CULPABILITY BY VULNERABILITY

Resumo

O presente artigo, levando em consideração as noções desenvolvidas principalmente por Zaffaroni, relativas à deslegitimação do sistema penal latino americano, busca verificar de que forma se daria a seletividade racial do sistema penal brasileiro. Assim, analisamos que o desenvolvimento histórico do sistema penal se dá aliado ao racismo, não podendo ser dele dissociado. Como consequência há a construção do estereótipo do negro como criminoso, destacando-se o papel ideológico da criminologia positivista. Verifica-se que, na seletividade, destaca-se o papel das agências executivas, como a polícia, ante a arbitrariedade de sua atuação. Por fim, voltamos-nos à adoção do conceito de vulnerabilidade por culpabilidade como uma

possível resposta à deslegitimação decorrente da seletividade e da falácia do discurso penal. Sustentamos que a noção de vulnerabilidade por culpabilidade, no Brasil, deve, necessariamente, ter em conta o elemento racial como autônomo e preponderante em face de outros fatores também vulneradores.

Palavras-chave: Sistema Penal Brasileiro. Deslegitimação do Sistema Penal. Seletividade do Sistema Penal. Seletividade Racial. Culpabilidade. Vulnerabilidade por Culpabilidade.

Thais Diniz Coelho de Souza

Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. E-mail: thaisdcs@gmail.com

PONTOS DE PARTIDA E PRESSUPOSTOS TEÓRICOS: DESLEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL

A deslegitimação, explicitada na teoria e na prática (observação empírica) constitui, antes de mais nada a radical demonstração de que o sistema penal está nú, pelo desvelamento de suas múltiplas incapacidades. (ANDRADE, 2006, p.170)

Realidade: perspectiva do sistema latino americano

Na América Latina, a deslegitimação decorre dos próprios fatos:

Na criminologia de nossos dias, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada têm a ver pela forma pela qual os discursos jurídicos supõe que eles atuem. Em outros termos, a programação normativa que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente.

A verificação desta contradição requer demonstrações mais ou menos apuradas em alguns países centrais, mas na América latina esta verificação requer apenas uma observação superficial. A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão pedidas que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em

verdade frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade. (ZAFFARONI, 1991, p.12)

Temos configurada no Brasil a característica enunciada de um genocídio em curso¹. Sendo assim, enquanto nos países centrais a deslegitimação do sistema penal se dá por motivos particulares, a deslegitimação pelos próprios fatos, característica particular dos sistemas penais dos países latino-americanos, exige, para a compreensão do seu sistema penal, uma nova perspectiva a ser elaborada com base em novos paradigmas. Trata-se da “Necessidade da Resposta Marginal para conter o genocídio”. (ZAFFARONI, 1991, p. 118)

É impossível compreender esse fenômeno sem contextualizá-lo. Deve-se ter em conta que o nível de violência assumido pelo sistema penal latino-americano está “relacionado ao tipo de pacto social que deve dar sustentação. E em segundo lugar que sua forma de agir está condicionada por seus destinatários” (FLAUZINA, 2006ano, p. 30).

Seletividades estrutural e qualitativa do sistema penal

Além desse fator fático deslegitimante, há, ainda, aquele que decorre da própria estrutura do Direito Penal e que se manifesta em sua realidade operacional. Trata-se da seletividade intrínseca do sistema penal que opera dentro da contradição criada entre a legalidade penal e a legalidade processual penal.

A legalidade penal impõe situações específicas para a atuação do sistema penal, trata-se da tipicidade-garantia, cujo comando de atuação impõe um “somente”. Por outro lado, a legalidade processual exige que os órgãos do sistema processual exerçam seu poder para criminalizar todos os atores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis, impondo, assim, o comando do “sempre” (ZAFFARONI, 1991, p. 21).

Assim, atribui-se enorme amplitude à persecução de limitadas situações, cabendo às agências executivas realizar o enquadramento do “sempre” no “somente”. Contudo, ante a

¹ Apenas a título ilustrativo, temos que, no Brasil, em 2014, houve 59.627 homicídios – o que equivale a uma taxa de 29,1 homicídios por 100 mil habitantes. Isso corresponde a 10% dos homicídios registrados no mundo e coloca o Brasil como o país com o maior número absoluto de homicídios (WAISELFISZ, 2015, 6). Em 2014: utilizando dados, houve um total de 3.009 mortes decorrentes de intervenção policial das quais 2.669 causadas por policiais durante o serviço. De 2004 a 2014, temos pelo menos 20.418 mortes em confronto com policiais em serviço. (WAISELFISZ, 2015, 15). Por fim, diante desse quadro, destaca-se a seletividade dessas mortes. Pretos e pardos possuem 147% mais de chances de ser vitimados por homicídios, em comparação aos não negros (aos 21 anos de idade). Em 2014, para cada não negro que sofreu homicídio, 2,4 negros foram mortos. (WAISELFISZ, 2015, 22-23)

impossibilidade fática e a não razoabilidade de cumprimento do comando “sempre” de forma absoluta, esse será estruturalmente não observado, dando lugar à seletividade, realizada pelas agências executivas, das situações a serem enquadradas no “somente”.

Essa estrutura, além de pressupor a seletividade, propicia uma falta de normatividade e controle das atividades de persecução por parte das agências executivas. É no âmbito dessa discricionariedade, proporcionada pela seletividade estrutural, que se opera a seletividade real ou qualitativa.

A compreensão dos processos em que se dá a seletividade qualitativa foi possível, em termos teóricos, a partir da mudança de paradigma da criminologia introduzida pelos teóricos do *Labeling Approach*, teoria da reação social ou do etiquetamento.

Até então, a criminologia havia se pautado no “modelo positivista da criminologia como estudo das causas ou dos fatores da criminalidade (paradigma etiológico)” (BARATTA, 2002, p. 30). Dessa forma, o modelo positivista tem como base um conceito ontológico de crime, sendo possível, assim, conhecer suas causas. (ANDRADE, 2003, p. 35). Seria, portanto, igualmente possível questionar por que alguns indivíduos cometem crimes, de forma que a criminologia positivista tenha como objeto o homem criminoso. O delinquente é aquele capaz da prática de um crime, sendo assim, diferente dos demais membros da sociedade e, portanto, clinicamente observável. (ANDRADE, 2003, p. 36 e 39; BARATTA, 2002, p. 29). Assim, a causa do crime estaria no delinquente que a, depender do enfoque teórico do positivismo, estaria em interação com fatores de ordem biológica, psicológica ou social, que determinariam sua personalidade e o tornariam um ser apto à prática de crimes, diferente dos indivíduos tidos como normais. (ANDRADE, 2003, 35 e 36; BARATTA, 2002, p. 30)

No entanto, o enfoque da criminologia sobre o crime se altera a partir do *Labelling Approach*, para quem:

O desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.” (ANDRADE, 2003, 40)

Assim, não se questiona mais as causas do crime, mas sim, os processos de criminalização (BARATTA, 2002, p. 95). A questão passa a ser como e por que certas condutas são tidas como crime e certas pessoas tidas como criminosas.

Dessa forma, esse processo de criminalização se daria a partir do estereótipo do criminoso, a quem, invariavelmente, está reservada a reação social ao crime: “não é o comportamento, por si mesmo, que desencadeia uma reação segundo a qual um sujeito opera a distinção entre “normal” e “desviante”, mas somente sua interpretação, a qual torna, portanto, uma ação provida de significado”. (BARATTA, 2002, p. 97).

Assim, o sistema penal absorve e reproduz processos informais de etiquetamento (ANDRADE, 2003, p. 42) e a aplicação das normas jurídicas (normas gerais) a situações particulares é determinada por práticas e normas interpretativas (BARATTA, 2002, p. 88).

A partir daí conclui-se que aqueles tidos por criminosos natos ou construídos, para o paradigma etiológico, passam a ser os estereotipados e conseqüentemente selecionados pelos processos de criminalização. A seletividade estrutural se opera a partir da reação social que se volta para apenas alguns que carregam a etiqueta de criminoso.

Descolamento entre discurso e realidade

Como decorrência da seletividade e das particularidades latino-americanas tem-se a não correspondência entre discurso jurídico penal e a prática do sistema penal.

A legitimidade do discurso jurídico-penal decorre de sua racionalidade, coerência e o mínimo de correspondência com a realidade a qual se reporta (ZAFFARONI, 1991, p. 16-18). Ocorre que a própria legalidade penal exclui de seu âmbito de incidência grande parte da atuação real do direito penal, decorrência da seletividade estrutural e de outros fatores (ZAFFARONI, 1991, 22, 27). Assim, a lei permite “enormes esferas de exercício arbitrário” os quais se dão em lógicas estranhas e até contrárias aos princípios do direito penal em vigor.

É o que se denominou “Elemento negativo do discurso jurídico penal”. O âmbito do desenvolvimento e atuação do saber do Direito Penal é delimitado pelas agências legislativas e o que faz parte do sistema real, mas está fora desse âmbito, é incorporado pelo discurso administrativo (ZAFFARONI, 1991, p. 185). Isso permite a contradição na qual é possível ao judiciário observar princípios e garantias que são estruturalmente desrespeitados. (ZAFFARONI, 1991, p. 234-235)

Até então, o discurso jurídico penal latino-americano se baseou em noções do positivismo periculosista, do neo-kantismo e, mais recentemente, do finalismo formal (ZAFFARONI, 1991, p. 40-41). São construções teóricas que, se não fundamentaram o exercício de um poder genocida, como o positivismo, tornaram possível uma ruptura do saber jurídico com a realidade a qual se reporta, tornando o direito penal um elemento inócuo para a contenção do exercício real do poder penal. (ZAFFARONI 1991, p. 187-188)

Esse contexto tem consequências nefastas na prática jurídica, pois o discurso jurídico penal se torna necessariamente perverso (ZAFFARONI, 1991, p. 25) na medida em que, em seus próprios termos, se mostrará legítimo e coerente de forma a legitimar e limitar racionalmente o exercício de poder. Não obstante, o discurso não terá eficácia, na medida em que não trará instrumentos eficazes para sua real contenção, já que se reporta, invariavelmente, a uma realidade inexistente e não ao exercício concreto do poder ou da violência estatal.

Relação do sistema penal brasileiro e racismo e construção do estereótipo do negro como criminoso

Diante desse panorama teórico, voltamo-nos para o sistema penal brasileiro. A seletividade em nosso país tem cor, e essa não se dilui em meio a outros fatores que com ela interagem². É legítimo que se parta de uma constatação fática, corroborada por estatísticas, de que a população “não branca” é mais atingida pela esfera de atuação do sistema punitivo. (RAMOS, MUSUMECI, 2005; BARROS, 2006; WAISELFISZ, 2012 e 2015)

A compreensão das dimensões próprias da seletividade do sistema penal brasileiro pressupõe a compreensão da construção dos estereótipos de criminosos no contexto nacional, o que, inevitavelmente, deve ter em conta a dimensão racial desses, bem como a forma de funcionamento e atuação das agências executivas.

² Pretende-se, neste trabalho, superar a negação do racismo e partir de uma perspectiva que não “dilui o racismo nas demais assimetrias pro ele perpetuadas” (FLAUZINA, 2006, p. 40).

A relação histórica entre do racismo e sistema penal brasileiro

A relação entre o racismo e o sistema penal brasileiro é umbilical, conforme demonstra Ana Luiza Flauzina em sua análise entre a correlação entre o genocídio da população negra e o sistema penal brasileiro (FLAUZINA, 2006).

Nessa perspectiva, o racismo, assim como o projeto genocida, está na gênese da sociedade latino-americana. No momento de fundação da nossa sociedade, a única humanidade então concebível era a europeia e a presença de outras populações impedia um projeto de civilidade (FLAUZINA, 2006, p. 31-32). Nesse sentido:

O racismo está, portanto, nas bases de sustentação do processo histórico latino-americano. Dentro de uma concepção que coloca negros e indígenas como barreira a nos separar da civilização, a partir de uma concepção que compreende os traços civilizacionais inscritos nos padrões europeus, nada mais natural do que investir esforços como vista a remove os segmentos que maculam a potencialidade da região. Assim se desenha todo um quadro simbólico refratário ao reconhecimento da existência desses agrupamentos, formatando-se as prerrogativas necessárias para que os empreendimentos genocidas pudessem ser levados a cabo. A conformação de um imaginário social que investe nitidamente para a eliminação de determinado contingente humano tende a ser materializado por práticas efetivas de extermínio. (FLAUZINA, 2006, p. 32)

Muito embora a elaboração do conceito de raça só venha a ser realizada posteriormente (DUARTE, 2008), o colonialismo tinha como fundamento do seu racismo a crença da maior civilidade dos povos europeus. A ideologia escravocrata existente no Brasil se pautava na concepção do negro como selvagem, conforme ilustrado pelo seguinte texto elaborado por um marinheiro no final do século XIX:

É realmente horrível a impressão que se tem desses negros recém-chegados. Insensivelmente o europeu que nunca viu semelhante espetáculo fica em dúvida se serão mesmo seres humanos; o olhar parado, inexpressivo, assustado, os movimentos desengonçados, canhestros de seus membros; a boca aberta pela qual raramente sai um som articulado; **a inevitável preguiça com que se levantam quando forçados pelo chicote; a tolice bestial indisfarçavelmente pintada em todas as suas expressões fisionômicas –tudo isso parece eloquente atestado de sua ascendência bestial.** Observando-se um macaco e abstraindo-se do seu farto pelo, tem-se a tentação de considera-lo homem, antes que ao negro que acaba de ser arrastado de sua longínqua pátria às magníficas praias do Brasil. (SEIDLER, 289/290) (grifos nossos)

Submerso nessas crenças, o sistema punitivo no Brasil colônia tem a marca do âmbito privado da relação entre casa grande e senzala (FLAUZINA, 2006, p. 46). Sendo direito de punição do senhor um dos pressupostos do sistema escravista, havia amplo controle dos corpos negros (FLAUZINA, 2006, p. 44/45) e repressão dos quilombos como força simbólica. (FLAUZINA, 2006, p. 49).

Do império à república, a transição do sistema punitivo privado para o público se dá por meio de uma série de mecanismos que não abandonam o racismo. Nesse meio tempo, temos a abolição da escravidão e o fim do marco legal da subjugação, bem como o advento do liberalismo. Contudo, o temor das elites com relação à população negra e a mácula de sua inferioridade, faz nascer o estado policial e vigilante que perpetua sob outro código o controle exercido na colônia (FLAUZINA, 2006, p. 55-58, 97)

De fato, a segregação racial operada pelo sistema escravista, realizada pela clausura e punição dos corpos então controlados por um modelo privado de segurança, se perpetuou com um sistema penal que reproduzia, analogamente, violência e encarceramento sem que isso fosse tido com estranhamento. Ao contrário, os indivíduos desprovidos de personalidade, cujos corpos eram a todo tempo vilipendiados e observados, não teriam tratamento diverso, uma vez libertos.

Dessa forma, os ex-escravos ou libertos foram objeto de atenção do Estado brasileiro, sendo que essa dominação foi instrumentalizada por diversos meios além do sistema penal (BERTULIO, 1989, p. 47; FLAUZINA, 2006, p. 57-58). Ilustra referido controle, a criminalização da vadiagem e vagabundagem realizada em 1890 que, evidentemente, se direcionava à população de ex-escravos ou libertos que, doravante, seria facilmente colocada em situação social correspondente à descrição típica. Assim, muito embora o elemento racial não estivesse expresso no tipo penal, evidente que esse se voltava a essa parcela da população, operando o que se entende por criminalização primária.³

A perpetuação e o aprimoramento das práticas policial e vigilante adentraram o século XX e ganharam um aliado no campo das ideias. A construção autointitulada de científica da noção de “raça” aplicável à espécie humana se desenvolve juntamente com a criminologia positivista, sendo constitutiva do processo criminalizante do final do século XIX início do século XX:

“Portanto, no interior do debate sobre as raças humanas presenciamos o surgimento de teorias da raça e teorias sobre o racismo. As teorias sobre o racismo representaram uma verdadeira revolução de paradigmas. Porém, o nascimento da Criminologia foi contemporâneo ao desenvolvimento da Teoria dos Tipos e do

³ Referido crime vigorou por décadas, sendo que, no início do século XX, sua aplicação, então, levantou questionamentos quanto à culpabilidade e à função da pena nesses crimes³ (MORAES, 1921, p. 8; PIRAGIBE, 1928, p. 49.). Contudo, as críticas realizadas no plano teórico quanto à criminalização em questão, não fizeram alusão à questão racial se limitando a reconhecer tratar-se de um problema sócio-econômico. Contudo, dentre as críticas quanto a referido crime, já havia aquelas relativas ao grande poder discricionário que se atribuía aos órgãos de persecução penal para sua configuração (MORAES, 1921, 23/24).

Darwinismo Social. Elas constituíram seus conceitos centrais e suas hipóteses explicativas. As imbricações entre teorias da raça e teorias sobre o criminoso e a criminalidade são tão decisivas que se pode sugerir que há apenas uma diferença de especialização, ao invés de autonomia científica” . (DUARTE, ,2008, p. 2929)

A teoria das raças surge como solução para a dominação que se tornaria ilegítima e impraticável se pautada nas concepções iluministas de igualdade e de indivíduo que, então, se afirmavam no curso do século XIX. Assim, buscou-se justificar, nas diferenças externas entre os já dominados e os dominantes, uma oposição apta a fazer face à igualdade ontológica que se pretendia construir. Trazidas para o âmbito de um dado da natureza, as diferenças se tornariam um elemento a ser respeitado pelas concepções filosóficas; seriam capazes de justificar as relações de poder já instauradas, tanto aquelas realizadas pontualmente pelo sistema penal, quanto aquelas estabelecidas na dominação colonial. A construção da raça, nada mais fez, portanto, que colocar, de forma arbitrária, certas diferenças em uma pretensa cadeia evolucionista, a fim de estabelecer concepções de inferioridade e superioridade entre os indivíduos. (DUARTE, 2008)

Justifica-se, assim, a interconexão das teorias raciais com o desenvolvimento da criminologia positivista, em especial a Lombrosiana, que incorporou a noção de raça a seus pressupostos, dos quais decorreram suas noções de atavismo, a degeneração e a profilaxia social⁴ (DUARTE, 2008, 2933). Por sua vez, a criminologia instrumentaliza as teorias raciais, já que é a fonte científica da qual se vale o poder punitivo.

No contexto brasileiro, a criminologia positivista, representada por Nina Rodrigues, explicita essa interligação, demonstrando, também, a origem teórica da criação do estereótipo do negro criminoso. A aproximação realizada entre delinquente e “selvagem” foi a ponte para que se operasse uma verdadeira criminalização da negritude. Ante a herança colonial da concepção da selvageria dos negros, a introdução dos pressupostos teóricos da criminologia positivista não poderia ter feito outra coisa, se não se apropriar dessa concepção para indicar que os negros teriam uma predisposição inata à criminalidade.

⁴“ Lombroso foi fortemente influenciado por ideias (sic) vindas da escola degeracionista francesa [...]. Sua obra mais influente e que os marcos doutrinários da nova escola foi “O homem Delinquente”, de 1876. Nela, Lombroso desenvolveu a teoria da origem atávica do comportamento anti-social e apresentou o personagem que traria popularidade e controvérsia a suas teorias: o criminoso nato.[...]. Quando Lombroso escrevia “O homem delinquente”, o evolucionismo já gozava do estatuto de paradigma científico, ainda que experimentasse múltiplas interpretações e aplicações.[...]. Sempre posicionando o homem branco europeu no começo da fila, os cientistas se lançavam à tarefa de hierarquizar as raças humanas. [...]Portanto o atavismo poderia significar a manifestação de caracteres de estágios evolutivos muito anteriores, mas aquém do homem ‘selvagem’ ou do homem “primitivo”.(FERLA, 2005, p. 20)

Além disso, a mestiçagem, na concepção de Nina Rodrigues, não seria apta a extirpar da população brasileira referidas heranças criminógenas. Pelo contrário, seria uma ameaça constante, cuja potencialidade de manifestação, contudo, só seria verificável individualmente (DUARTE, 2008, 2940-2941). Esse modelo, então, previa que o sistema penal voltasse maior atenção aos indivíduos pretos e mestiços, havendo aí a elaboração teórica legitimamente da seletividade penal à época e a elaboração teórico-científica do estereótipo do negro criminoso no Brasil.

Dessa maneira, é pelo fundamento de elaboração de uma criminologia racista, que enxerga o segmento negro pela sua inferioridade e periculosidade, que se dá a sobrevivência dos suplícios e das arbitrariedades nas alcovas do sistema penal. E no passado escravocrata era possível à criminalização primária punir expressamente negro e brancos de forma diferenciada, agora coma a abolição é preciso, não prescindindo da manipulação do ordenamento jurídico, avançar ainda mais fortemente sobre os outro níveis de controle. Saindo expressamente da leis, a assimetria teria de ser garantida nas ruas. Esse será o cenário da discriminação por excelência. Daí a porosidade, a aceitação da criminologia positivista como grande suporte teórico do treinamento policial (FLAUZINA, 2006, p.73-74)

Assim, passamos o século XX, chegamos ao neoliberalismo e adentramos o século XXI, com um sistema penal que expande cada vez mais⁵ e vitimiza ainda mais a população negra (FLAUZINA, 2006, p. 85). Nesse processo, destaca-se a política contra as drogas que fundamenta o permanente controle e mortes da população negra. (BATISTA 20-21, apud FLAUZINA, 2006, 91).⁶

Está assim configurado o processo de criação e sedimentação do estereótipo do criminoso no Brasil do qual se vale o sistema penal para operar sua seletividade. O criminoso é o negro. O elemento racial na seletividade do sistema brasileiro, portanto, se prioriza em detrimento de outros eventualmente existes, como a classe e o gênero. (FLAUZINA, 2006, 126-127).

⁵ De acordo com dados do Infopen, em uma década, entre 1995 e 2005, a população carcerária cresceu cerca de 143,91%, passando de cerca de 148 mil para pouco mais de 361 mil naquele ano. A década de 90 foi marcada pelo advento de uma legislação penal de exceção, cujo maior exemplo é a Lei de Crimes Hediondos, e que minou de certa forma as aparentes mudanças introduzidas pela Lei de Execução Penal e a própria Constituição Federal.(TEIXEIRA,2006, 101)

⁶ Ousamos dizer que a criminalização do tráfico de drogas está para o sistema atual, assim como o a criminalização da vadiagem estava para o sistema no império e início da república.

Papel das agências executivas na seletividade racial

Partindo para a realidade prática da dinâmica da seletividade estrutural qualitativa, está a relevância da atuação das agências executivas. Figura dentre esses instrumentos o já mencionado exercício do poder de polícia, que realiza a primeira seleção na prática do exercício real do poder.

O poder das agências executivas se exerce pautado pela discricionariedade e não propriamente pela legalidade. Contudo, a seleção policial somente pode ser feita na flagrância de um crime ou em sua descoberta por meio de abordagem, desde que haja fundada suspeita, “excetuando- se os casos de cumprimento de mandado e de prisão, a busca pessoal será seletiva baseada na suspeita fundada.” (BARROS, 2006, p. 136)

A discricionariedade, a princípio, não significa arbitrariedade (RIBEIRO, 2009, p. 39-41), contudo, os critérios de oportunidade e conveniência utilizados para as atuações policiais se mostram, na verdade, como a válvula de escape para arbitrariedades. Com efeito, verifica-se haver uma ausência de técnica específica ou mecanismos institucionais de monitoramento que delimitem ou controlem o uso da categoria “fundada suspeita”, (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 212), preponderando critérios subjetivos, inclusive na própria percepção dos policiais (BARROS, 2006, p. 79). Dessa forma, a discricionariedade beira a arbitrariedade, na medida em que:

Falas quase sempre evasivas defensivas, sugerem a prevalência de critérios individualizados, “subjetivos”, “intuitivos”, não regulados institucionalmente – vale dizer, a ausência de parâmetros, até mesmo conceituais, que norteiem as decisões num espaço tão aberto ao exercício da discricionariedade policial (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 213)

Assim, analisando a atuação discricionária da polícia, constata-se como resultado a seletividade racial:

Partindo-se dos BOs que decorreram de abordagens por iniciativa dos componentes da guarnição [...] verifica-se que os brancos estão sub-representados na iniciativa da guarnição em abordar, enquanto os pretos e os pardos estão sobre-representados (BARROS, 2008, p.143)

Ainda de acordo com BARROS “havendo de escolher uma cor para caracterizar o suspeito policial, a cor negra é a primeira prioridade” (2006, p. 80)

Assim, é no âmbito da discricionariedade que se manifesta o racismo institucional⁷ das agências executivas, ainda que o perfil racial de quem é tido como “em atitude suspeita” não se manifeste, explicitamente, em seus discursos e manuais, mas em suas práticas. As formas de tratamento nas abordagens, mais violentas ou humilhantes quando o abordado é negro (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 209, 211, 212), demonstram a falácia dos discursos imbuídos de cegueira racial, que negam a existência de seleção pelo perfil racial, justificando que a eventual maior atenção policial direcionada aos negros se dá devido ao maior índice de violência em regiões em que, acidentalmente, a população é majoritariamente negra; ou, ainda, de que a pobreza é uma fator criminógeno que justifica o controle policial, o qual se dá de forma isonômica entre brancos e “não brancos”, sendo fato, porém, que há mais negros pobres. (BARROS, 2008, p. 148)

As agências executivas cumprem, assim, seu papel na seletividade do sistema penal a qual se opera no âmbito da prática, não havendo controle externo sobre ela. Constatase, assim, a existência da zona de “alegalidade” e consequente impossibilidade de controle legal das práticas policiais por parte do judiciário, já enunciada por Zaffaroni.

DESLEGITIMAÇÃO DO DISCURSO PENAL E CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE RACIAL

O discurso jurídico penal tem como funções primordiais a de legitimar todo o sistema penal bem como de pautar as regras gerais das decisões judiciais, sendo que a primeira determina, de certa forma, a segunda (ZAFFARONI, 1991, 182). Contudo, conforme já foi dito, com relação a esses dois aspectos esse discurso está deslegitimado diante do poder de fato sistema penal.

A intervenção – nos poucos casos em que a agência judicial é chamada a decidir em função do processo de seleção realizado pelas agências judiciais – pauta-se, portanto, em categorias abstratas que impedem com a realidade conflitiva social dentro da qual a agência deve decidir. O conflito social – e cada delito é um conflito social – perde-se[...] em uma pauta decisória, apta apenas a trabalhar com abstrações dedutivamente encadeadas às necessidades da função legitimante (ou justificante) do sistema penal” (ZAFFARONI, 1991, p. 183)

⁷ “[...] racismo institucional, refere-se a práticas discriminatórias que não estão explicitamente definidas em lei ou codificadas na política, mas são reproduzidas (intencionalmente ou não as rotinas, administrações, normas, hábitos e práticas profissionais de instituições de educação, controle social, tecnociência ou cultura)” (AMAR, 2005, p. 233)

Com efeito, a agência judicial intervém quando a seleção já foi feita, efetuando uma seletividade secundária, limitando, apenas, o máximo de irracionalidade tolerável na seleção incriminadora (ZAFFARONI, 1991, p. 232). Assim, o conceito jurídico de delito traz apenas os requisitos necessários para que a agência judicial chancela a seletividade do sistema (ZAFFARONI, 1991, p. 247).

A relegitimação pela vulnerabilidade por culpabilidade

Não obstante essa crise de legitimidade, Zaffaroni sugere que é possível construir um exercício de poder legítimo por parte das agências Judiciais (ZAFFARONI 1991, p. 196-197; 2004, p. 10). Para tanto, parte de um conceito agnóstico de pena (ZAFFARONI 2004, p. 09), sendo preciso, em primeiro lugar, que a agência judiciária assuma o compromisso de controlar o nível de violência do sistema penal, realizando uma verdadeira contradição com relação a ele (ZAFFARONI 1991, p. 213 e 215; 2004, p. 2 e 8). Em segundo lugar, deve-se repensar a dogmática a partir de uma perspectiva lógico real, que respeite a realidade ôntica à qual se aplica, sendo assim, uma teoria apta a construir um discurso que reconheça a deslegitimação (ZAFFARONI 1991, p. 190 e 194).

O que se se propõe, então, é que haja uma distinção entre o Direito Penal - legislação penal, atividade exercida pelo judiciário, e dogmática penal - e o exercício real de poder – prática, atividade exercida pelas demais agências de controle do Estado. Destarte, haveria uma dicotomia entre a noção de Estado de Polícia e Estado de Direito, sendo que esse último teria a função de limitar o primeiro (ZAFFARONI, 2004, p. 1-2). Assim, a seletividade do sistema, realizada pela polícia, não deve ser reproduzida pelo Direito Penal, sendo esse instrumento capaz de barrá-la.

Desenvolve-se, assim, a noção de *vulnerabilidade* que seria um elemento a ser incluído na teoria analítica do delito. A vulnerabilidade corresponde ao grau de probabilidade de determinada pessoa ser selecionada pelo sistema penal. (ZAFFARONI 1991, p. 268)

A vulnerabilidade corresponderia, portanto, ao risco de ser selecionada por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria – “posição ou estado de vulnerabilidade”-, ou, ainda, em razão de um comportamento particular – “esforço pessoal para a vulnerabilidade”. (ZAFFARONI 1991, p. 270). Assim, o risco concreto de se ser selecionado não decorre só do puro “estado de vulnerabilidade” (pertencimento a um grupo). Então, ao lado desse estado,

deve “concorrer um esforço pessoal do agente para alcançar a situação concreta em que se materializa a periculosidade do poder punitivo” (ZAFFARONI 2004, p. 13). Assim, quanto maior o estado de vulnerabilidade menor será o esforço individual para se atingir a vulnerabilidade concreta.

A elaboração desse conceito, com um elemento que faz parte da dogmática, permite que o juiz, ao analisar os requisitos quanto à existência de um crime, analise, também, a situação concreta e verificável, que torna o indivíduo alvo da persecução das agências de poder por razões que não são tão relacionadas ao conteúdo ilícito do injusto por ele perpetrado, e mais relacionadas a estereótipos. (ZAFFARONI, 1991, p. 267-268; 2004)

A vulnerabilidade seria, então, entendida por culpabilidade, pois, dentre os elementos analíticos do delito, a culpabilidade é aquele que implica na valoração, pelo juiz, do ato cometido. Assim, a culpabilidade, é o elemento dogmático que realiza a conexão entre o injusto (tipicidade e ilicitude) e a resposta penal (pena), trazendo em seu bojo a noção de reprovabilidade⁸. (ZAFFARONI, 2004, p. 3-4)

Assim, quanto mais vulnerável um indivíduo, menos reprovável sua conduta e menor a pena a ele devida. A vulnerabilidade adentraria à dogmática penal ao lado de elemento já existente, qual seja a culpabilidade do agente. De fato, o conceito de culpabilidade normativa enquanto reprovação, que é aquele vigente em nosso sistema, não se sustenta diante da seletividade do sistema (ZAFFARONI 1991, p. 259). Isso porque “a reprovação perde a legitimidade ética quando é dirigida somente a uns poucos selecionados entre os mais vulneráveis e grosseiros” (ZAFFARONI, 2004, p. 8). Contudo, ainda que esteja deslegitimada, não se abandona a culpabilidade de fato, por ser ela um limite à irracionalidade do exercício do poder (2004, p. 11).

É ao lado dela, culpabilidade de fato, portanto, que se coloca a noção de *vulnerabilidade* para que essa influencie a verificação da reprovabilidade da conduta e sua consequente resposta. Dessa forma, não se questiona os limites do poder punitivo que decorrem da culpabilidade de ato (ZAFFARONI, 2004, p. 15), contudo, introduz-se um elemento a ser com ela cotejado de forma dialética. (ZAFFARONI, 2004, p. 12 e 15). Assim,

⁸O conceito de culpabilidade não, porém estanque: “A disparidade de critérios de construção da conexão punitiva, sua diferente localização e os incompatíveis conceitos ensaiados acerca dela, alertam sobre a dissolução do discurso penal. Ainda que nem todos os ensaios de construção da conexão punitiva conservem vigência na doutrina contemporânea, seu mostruário expressa a frenética busca de um conceito que não se logra configurar nem, tampouco, estabiliza”(2004,8)

por meio dessa sistemática, haveria a valoração de como o indivíduo se relaciona com sua vulneração, potencializando-a ou não.

A vulnerabilidade racial no brasil

Constamos que a seletividade racial de nosso sistema penal é um fato que acompanha sua própria estruturação, tendo se manifestado tanto em suas bases teóricas como se perpetuado em suas práticas. Assim, concluímos que a população negra está em “estado de vulnerabilidade” ao sistema penal, sendo que essa vulnerabilidade possui autonomia com relação a outras formas de seletividade.

Assim, justifica-se que a vulnerabilidade racial seja levada em conta, de forma autônoma, quando da aplicação do artifício da vulnerabilidade por culpabilidade. Vale dizer, o estado de vulnerabilidade racial não pode ser confundido ou abarcado por outros elementos vulnerantes, que atuem ou não em conjunto com ela.

(...) a clientela do sistema penal está originalmente conformada pelo racismo, que aparece como a grande ancora a seletividade. Dizer que o sistema age preferencialmente sobre os negros, que os prefere, portanto, significa dizer – como acompanhamos no decurso do processo histórico- que esse é um aparelho formatado, num primeiro plano, para as pessoas negras e que, conseqüentemente, para além das questões de classe subjacentes terá seu alvo principal centrado em sua corporalidade. É essa a condicionante responsável pela quebra de lógica imunizadora dos indivíduos negros das classes média e alta, que, com frequência são atingidos por um sistema penal que está vocacionado para o controle da negritude, atingindo, ainda que em proporções diferentes, todos os negros, ontem escravos e libertos, hoje favelados e novos ricos. A suspeição generalizada que, como vimos, acompanhou toda a trajetória da população negra no país, sinaliza, assim, para as disposições inequívocas do sistema penal em priorizar as intervenções sobre o segmento, desde uma perspectiva que sobrepõe a negritude com elemento negativo, a todas as outras dimensões caracterizadoras dos indivíduos(...) (FLAUZINA, 2006, p. 126-127)

Por tudo o que foi visto, é possível considerar que esse “estado de vulnerabilidade” seja valorado como extremamente poderoso, de forma que o esforço pessoal para que o indivíduo alcance uma situação concreta de vulnerabilidade é pequeno. (ZAFFARONI, 2004, p. 13-15)

Dessa forma, defendemos que, na construção dos conceitos de vulnerabilidade próprios do sistema penal brasileiro, o elemento racial deve ser tido como elemento vulnerante autônomo, pois possui peso próprio, e deve ser tido dessa forma no momento de valoração da vulnerabilidade por culpabilidade pelo julgador.

Enfim, seria uma medida desejada, para conter o avanço da perseguição desta população, que a reprovabilidade da conduta da população negra selecionada pelo sistema penal fosse cotejada com seu estado de vulnerabilidade decorrente do estereótipo do negro criminoso e do constante vigilantismo a ela direcionado pelas agências executivas.

A vulnerabilidade por culpabilidade, porém, não é capaz de resolver o problema da seletividade estrutural do sistema penal ou do racismo institucional. É apenas uma forma de a agência judiciária se opor a essa atuação das demais agências não as legitimando. O controle posterior do judiciário, assim, legitimaria sua atuação própria, mas não é capaz de legitimar todo o sistema. Esse não se deslegitima apenas por sua seletividade racial, mas por suas práticas e seu trato racistas.

REFERÊNCIAS

AMAR, Paul. Táticas e termos da luta contra o racismo institucional nos setores de polícia de segurança. In RAMOS, Silvia; MASUMECI, Leonarda. **Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. **Minimalismos, abolucionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Revista Seqüência, nº 52, p. 163-182, jul. 2006

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3º ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Renvan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROS, Geová da Silva. **Racismo institucional: a cor da pele como principal fator de suspeição**. Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Recife, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Pernambuco, 2006.

_____. **Filtragem Racial: a cor na seleção do suspeito**. Revista Brasileira de Segurança Pública, Ano 2 , Edição 3, Jul/Ago, 2008 134-155.

BERTULIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e Relações Raciais: uma introdução crítica ao racismo**. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 1989.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e Racismo: Indivíduos ou Mestiços? A Construção Discursiva da Criminologia Positiva Brasileira e a Negação da Cidadania no Brasil**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nov. de 2008.

FERLA, Antonio Coelho. **Feios, sujos e malvados sob medida- Do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-1945)**, Dissertação de Doutorado. USP. FFLCH, São Paulo, 2005.

FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro, **Corpo negro estendido no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Brasília, 2006.

MORAES, Evaristo. **Ensaio de Pathologia Social**. vagabundagem, alcoolismo, prostituição, lenocínio. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro & Maurillo, 1921.

MOURA, Tatiana Whately de, & RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias-Infopen 2014**. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça, Brasília, 2014.

PIRAGIBE, Vicente. **Prostituição e Vagabundagem: questões de direito penal, questões de processo penal**. Rio de Janeiro: TYP da Escola 15 de Novembro, 1928.

RAMOS, Silvia; MASUMECI, Leonarda. **Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

RIBEIRO, Airton Edno. **A relação da Polícia Militar paulista com a comunidade negra e o respeito à dignidade humana : a questão da abordagem policial**. São Carlos : UFSCar, 2009.

SEIDLER, Carl Friedrich Gustav. **Dez anos no Brasil durante o reinado de D. Pedro I e após seu destronamento**. Senado Federal, Brasília, 2003.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012: A Cor dos Homicídios no Brasil**. Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPP/PR, 2012.

_____. **Mapa da Violência 2015- Mortes Matadas Por Armas de Fogo**. Brasília: SG/PR, SNJ, SEPP/PR, Brasília 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Renavan, 1991, 5ª Ed. , set. 2012,

_____. Culpabilidade por vulnerabilidade. Tradução Daniel Andrés Raizman e Fernanda Freixinho. In: **Revista Discursos Sediociosos** n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

Abstract

This article, taking into consideration notions developed, mainly by Zaffaoni, relateds to the “deslegitimation” of the latino-american penal system, aim to check how the racial selectivity of the brazilian penal system would happen. We analise that the historical progress of our penal system take place allied with racism, thus racismo can’t be dissociated from it. We verify, , that the role played by the executive agencies, as police in this selectivity is detached, as a consequence of the arbitrariness of their action. In termination, we turn attention to the adoption of the concept o vulnerability as culpability as an possible answer to the deselegitimation o the penal system that results from the selectivity and misconception of the penal speech. We sustain that the notion of vunerability by culpability, in Brazil, must necessarily take into account the racial element as autonomous and prevalente in face of other factors that also creates vulnerabilty.

Key words: Brazilian Penal System. Penal System's Delegitimation. Penal System's Selectivity. Racial Selectivity. Guilt. Vulnerability.