



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

Patrícia Visnardi Gennari

O cadáver como um recurso de poder: racionalizando algumas narrativas político-criminais

Mestrado em Direito

São Paulo

2021

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Patrícia Visnardi Gennari

O cadáver como um recurso de poder: racionalizando algumas narrativas político-criminais

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor-Doutor Christiano Jorge Santos.

São Paulo

2021

Patrícia Visnardi Gennari. Mestranda Em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/PUCSP. Especialista em Ciências Criminais pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo/ESMPSP (2017). Advogada. patricia.v.gennari@gmail.com

O Cadáver Como um Recurso de Poder: Racionalizando Algumas Narrativas Político-Criminais

São Paulo, 2021.

139 p.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Orientador: Prof. Dr. Christiano Jorge Santos.

Introdução. 1. Opção metodológica: garantismo penal de Luigi Ferrajoli. 2. Um diálogo entre os vivos e os mortos: do sagrado ao jurídico. 3. A política criminal contada pelos cadáveres. 4. Tipicidade: o cadáver e a dogmática penal. 5. Direito comparado: meras remissões típico-legais sobre tráfico de cadáveres. Conclusão. Referências Bibliográficas. Referências Metodológicas. Apêndice. Anexos.

Patrícia Visnardi Gennari

O Cadáver Como um Recurso de Poder: Racionalizando Algumas Narrativas Político-Criminais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Christiano Jorge Santos.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador: Dr. Christiano Jorge Santos (PUC/SP)

AGRADECIMENTO

Agradeço ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), pela bolsa de estudos integral, a qual possibilitou a dedicação integral de meus estudos ao programa de pós-graduação e sua operacionalização.

AGRADECIMENTOS

A construção desse singelo apanhado de reflexões é produto de um conjunto de vivências, experimentadas em um processo, que se iniciou muito antes do ingresso a essa pós-graduação. Permitir-me estar imersa aos fatos, de forma livre e dinâmica, somente foi possível pelo aprendizado, pessoal e profissional, horizontal e extremamente generoso, fruto da grandeza profissional, da grande amiga Dra. Eliana Faleiros Vendramini Carneiro, enquanto conditio sine qua non para quaisquer de minhas conquistas (passadas, presentes e futuras).

Com igual respeito e referência, agradeço ao Professor Dr. Christiano Jorge Santos, o qual, de prontidão, não só aceitou e acolheu essa estimada orientação, sem qualquer hesitação, como permitiu me alterar, reformular, construir e aprender junto à cada momento produtivo dessa dissertação.

Agradeço, a todos os professores e colegas de caminhada pelos inúmeros diálogos – responsáveis pela transformação de minhas próprias conjecturas, conscientes e inconscientes. Em especial, agradeço ao Professor Dr. Gustavo Octaviano Junqueira Diniz por tanto: pelas tantas reflexões horizontalizadas e pelas tantas perspectivas apresentadas, sempre através de seu destacado rigor acadêmico.

Ao Professor Dr. Alexandre Rocha Almeida de Moraes, que, há tempos, permite meu crescimento, da assistência às escolhas profissionais, da orientação à instigação acadêmica, cujo “muito obrigado” tornou-se um hábito.

Muito além da presença implícita nas laudas desse trabalho ou ao longo de minha própria construção, agradeço aos meus pais e irmão, por todo apoio, dedicação e paciência, nos cuidados de uma vida inteira.

Por fim, agradeço a Luiggi Alan Brancatti Esposito por compartilhar comigo uma vida repleta de amor e companheirismo!

“O senhor mire, veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas - mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam, verdade maior”

(Guimarães Rosa, 1956, Grande Sertão Veredas).

RESUMO

O corpo humano reluz complexas manifestações axiológicas, inclusive após a morte. Buscou-se descortinar os planos epistemológicos que incidem no tema, sob uma forma de racionalização, para que fosse possível verificar em qual medida o cadáver foi ou é utilizado como um recurso de poder, seja na esfera política, seja na científica ou, ainda, na esfera do poder punitivo. A escolha pela metodologia garantista (de Luigi Ferrajoli) deu-se pela autonomia da Moral do Direito e sua sistematização destinada à identificação das “razões” do direito penal.

Não obstante às constatações de ordem (necro)política, o tema é paralelo ao próprio desenvolvimento do poder de punir, o que ensejou o exame dos principais movimentos de política criminal, com o objetivo de perceber o nível de garantias envolvidas nas representações feitas sob o cadáver ao longo da história. Em meio a tais reflexões, era necessário realizar uma abordagem dogmática, a fim de equalizar a axiologia e epistemologia então desenvolvidos, para então nos defrontarmos com o nosso ordenamento jurídico brasileiro e seu comportamento junto às narrativas de poder envolvidas.

Palavra-Chaves: Biopoder. Cadáveres. Bem Fundamental. Desaparecimento de Pessoas. Exercício de Luto, Memória e Verdade. Garantismo Penal. Necropolítica. Política Criminal. Ocultação de Cadáveres.

ABSTRACT

The human body shows complex axiological manifestations, even after death. We sought to unveil the epistemological plans that affect this study by a rational way, so that it would be possible to verify to what extent the corpse was or is used as a resource of power, whether in the political, scientific or state punitive power. The choice for the guaranteeist methodology (by Luigi Ferrajoli) was due to the autonomy of the Moral from Law and its the “reasons” of criminal law.

Despite the findings of a (necro)political order, the theme is parallel to the very development of the power to punish, which gave rise to the examination the criminal policy movements, searching the levels of guarantees involved. Amid such reflections, it was necessary to carry out a dogmatic approach, in order to equalize the axiology and epistemology then developed, so that we could then face up to our Brazilian legal system and its behavior with the power narratives involved.

Keywords: Biopower. Corpse. Fundamental Assents. Missing Person. Law. Right to Grief, Social memory and social Truth. Penal Guaranteeism. Necropolitic. Criminal Police. Corpse Concealment.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Cadáveres de criminosos despidos na Paraíba.....	76
Figura 2 – Vista dianteira do "cemitério clandestino", cercada pela comunidade ao entorno (22/02/2021).....	137
Figura 3 – Cadáver identificado por portar seu documento de identificação civil (22/02/2021).....	137

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC/02	Código Civil de 2002
CP/40	Código Penal de 1940
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
FUNASA	Fundação Nacional de Saúde
IML	Instituto Médico Legal
MEPCT/RJ	Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro
MS	Ministério da Saúde
SVO	Serviço de Verificação de Óbito

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 OPÇÃO METODOLÓGICA: GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI.....	16
1.1 Apresentação das <i>razões</i> de nossa opção metodológica.....	16
1.2 “Direito e Razão: o Garantismo Penal” em breves comentários	18
1.2.1 “Axiologia e razões penais”: noções gerais	23
1.2.2 Aspectos controvertidos: <i>Garantismo Penal Integral</i>	25
2 UM DIÁLOGO ENTRE OS VIVOS E OS MORTOS: DO SAGRADO AO JURÍDICO	29
2.1 A experiência social-ocidental com o luto: da crença ao liame psicológico.....	30
2.1.1 <i>Fase religiosa</i>	30
2.1.2 <i>Fase científica do luto</i>	32
2.2 O morto como um recurso de poder político e científico: resumo histórico	36
2.2.1 <i>Narrativas de poder verticalizado e o cadáver: do biopoder ao necropoder</i>	39
2.2.2 <i>Alguns reflexos da pandemia de Covid-19 e a gestão do luto no Brasil: Portaria Conjunta MS/CNJ nº 1/2020</i>	45
2.3 Luto, memória e história: o cadáver em termos de fundamentalidade.....	48
2.3.1 <i>Direito ao luto digno, à memória social, à verdade e à informação</i>	49
2.3.2 <i>Disposição gratuita do cadáver</i>	52
3 A POLÍTICA CRIMINAL CONTADA PELOS CADÁVERES	57
3.1 O cadáver em meio aos primeiros movimentos de Política Criminal.....	58
3.2 Expansão do direito penal e os direitos humanos: dilemas cadavéricos	66
3.3 O Cadáver em “Sistemas Oficiais e Subterrâneos”.....	72
4 TIPICIDADE: O CADÁVER E A DOGMÁTICA PENAL.....	79
4.1 Conceito material de crime.....	80
4.2 O cadáver em termos de tipicidade.....	83
4.2.1 <i>Evolução do conceito de tipicidade na teoria do delito</i>	87
4.2.2 <i>Resenhando os tipos legais brasileiros: do crime contra o respeito aos mortos ao tráfico de cadáveres, suas partes, órgãos e tecidos</i>	91
4.3 Bem Jurídico Penal e seus elementos referenciais brasileiros.....	99
4.3.1 <i>Evolução do bem jurídico penal</i>	99
4.3.2 <i>Respeito aos mortos: uma crítica racional ao bem jurídico afetado</i>	105

5 DIREITO COMPARADO: MERAS REMISSÕES TÍPICO-LEGAIS SOBRE TRÁFICO DE CADÁVERES	110
5.1 Espanha	110
5.2 Portugal	111
CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	117
REFERÊNCIAS METODOLÓGICAS.....	135
APÊNDICE	137
ANEXO.....	138
Anexo 1	138
Anexo 2	139

INTRODUÇÃO

O corpo humano é um espaço dinâmico, que manifesta diversas experiências, ao ponto de fundir-se com o processo de construção de toda uma sociedade. Afinal, falar do humano é falar da vida e da morte; da história e do poder; de religião e ciência; do abuso e do direito; é, enfim, falar de inúmeros atravessamentos inerentes a uma estrutura social.

Dada a magnitude de todos esses processos e seus possíveis efeitos penais, adverte-se que a morte ou o morto não serão abordados sob o aspecto do “matar ou morrer”, constituindo o objeto dessa dissertação a investigação da carga de moralidade envolvida nas narrativas e no uso do cadáver como um recurso de poder. A pertinência do tema advém da necessidade social de conhecer o que está sendo feito com a história, a verdade e a memória daqueles que morrem e, sob qual contexto se deu a sua morte. O interesse pela compreensão das razões axiológicas envolvidas surgiu pelo contato empírico com o fenômeno do desaparecimento de pessoas¹ e as condições de sua localização, desde 2013.

Das diversas possibilidades de localização, a hipótese preliminar da morte, a fim de justificar a ruptura abrupta do contato entre o declarante e o desaparecido, revelou uma série de desdobramentos factuais e jurídicos, a partir de uma análise documental e descritiva dos boletins de ocorrência de desaparecimento, das guias de sepultamento, dos exames necroscópicos, da escuta de alguns familiares, etc. A busca por alguém que, hipoteticamente, pudesse estar morto fez aparecer diversas dinâmicas político-sociais complexas, a começar pelo cuidado dos órgãos públicos com a identificação ou não do cadáver, pelas circunstâncias de sua localização e inumação, provocando muitas inquietudes acerca da incidência de fatores de poder envolvidos, a exemplo do poder punitivo e científico.

Tais fatores de poder foram revelados pela observação de três contextos de localização cadavérica, que se repetiam e indiciavam ambientes de: i) violência (a exemplo de cemitérios clandestinos ou espaços análogos); ii) uso científico; e iii) inumação pública, em cemitérios públicos. Em comum, muitas famílias que, há anos haviam declarado o desaparecimento, por meio do registro de um boletim de ocorrência, desconheciam que:

¹O Brasil adotou um conceito legal de pessoa desaparecida, reconhecida assim ‘todo ser humano cujo paradeiro é desconhecido, não importando a causa de seu desaparecimento, até que a recuperação e identificação da pessoa tenham sido confirmadas por vias físicas ou científicas’ (art. 2º, inc. I, da Lei nº 13.812/2019). É essencial ter em mente três espécies do gênero desaparecimento: *voluntário*: quando a pessoa, maior e capaz, se afasta por vontade própria; *involuntário*: quando a pessoa é afastada do seu cotidiano por um evento sobre o qual não tem controle, uma vez doente ou deficiente mental, criança, adolescente ou vítima de um desastre natural; *forçado*: quando a pessoa, capaz ou incapaz, é afastada do seu cotidiano, por fraude, ameaça ou violência”. (GENNARI; VENDRAMINI CARNEIRO, 2020b, p. 251-252)

a) o cadáver estava sepultado, com sinais de morte violenta, em locais como cemitérios clandestinos (Apêndice); b) o cadáver estava sepultado nos cemitérios públicos e, mesmo identificados civilmente, o Estado não comunicou às famílias; c) o cadáver estava sendo utilizado em estudos ou pesquisas sem o consentimento ou a publicação dessa informação² (Anexo).

Também o conhecimento empírico de algumas necropsias, realizadas por serviços sem atribuição pericial para o exame de mortes violentas, que prejudicaram o exame necroscópico, pela manipulação do cadáver (Anexo), provocou outras indagações a respeito da axiologia em torno do corpo do morto. A avaliação da proibição ou permissão desses fatos estaria reservada à moral? Seria matéria de direito? Qualquer cadáver estaria sujeito a esses acontecimentos?

Além disso, a repercussão das mortes ocorridas em meio às organizações criminosas ou operações policiais, vitimando pessoas em alegado conflito com a lei, seriam neutras ou guardariam alguma relação com as estruturas de política criminal? Esgotar-se-iam aos apressados discursos sociais de: “era bandido”, “bandido bom é bandido morto”?

Tornando ainda mais complexo o debate do tema, a pandemia ocasionada pelo COVID-19 eclodiu novas reflexões quanto ao processo do luto, bem como colocou em dúvida a credibilidade das mortes tidas no sistema carcerário do Rio de Janeiro como suspeitas desse vírus e das crescentes subnotificações de “fugas” – iniciando uma investigação pela rede de enfrentamento à violência institucional (MEPCT/RJ, 2021). Nesse sentido, o Estado ou seus agentes, no exercício da função pública ou a pretexto dela, revelariam alguma dinâmica político-criminal? As narrativas que exibem ou ocultam corpos são neutras?

O objeto desse trabalho, literalmente, “dá corpo” a uma série de problematizações na busca por critérios racionais de decisões públicas que viabilizem a avaliação da objetividade jurídica conferida ao uso do cadáver, no Brasil. Diante disso, a metodologia-garantista de Luigi Ferrajoli possui capacidade didática de descortinar as justificativas axiológicas envolvidas na atuação, omissão ou não evitação de resultados danosos pelo Estado, a partir de uma avaliação epistemológica (Capítulo 1).

Pressupondo a separação entre direito e moral, a teoria garantista oferece um caminho lógico de construção cognitiva, por apresentar diversos mecanismos destinados à organização didática do processo de identificação dos discursos valorativos intrínsecos à norma - o que servirá aos propósitos desse trabalho: constatar se a preocupação com o uso do cadáver é uma

² Denominamos por redesaparecimento a situação em que “pessoas registradas como desaparecidas, então falecidas, tiveram seus corpos enviados para autópsia e, mesmo com identificação, não foram entregues às suas famílias, senão inumadas em terreno público, como indigentes. As famílias não foram sequer avisadas disso. Portanto, elas desapareceram, apareceram e o Estado desapareceu com elas– fato que aqui convencionamos chamar de ‘redesaparecimento’– neologismo essencial à gravidade dos fatos. O MPSP/PLID contatou famílias que procuravam seus parentes há mais de 14 anos, embora o Estado os tivesse localizado em menos de alguns dias do registro do desaparecimento”. (GENNARI; VENDRAMINI, 2016b, p. 41).

matéria jurídica ou moral, observando-se o diálogo político entre os vivos e os mortos. Adiante-se que não serão sustentados posicionamentos que conduzam a uma obrigatória criminalização do tema ou seuabolicionismo; restringindo-se essa pesquisa a uma exposição político-criminal para confirmar ou refutar o uso do cadáver como um recurso de poder.

A visão crítica da comunicação geracional entre os vivos e os mortos será produto da genealogia foucaultiana, cujo método de reconstrução histórica evidencia perspectivas de dominação que sempre estiveram envolvidas. Esse olhar retrospectivo permitirá estabelecer paradigmas de comparação e compreensão da *ratio* constitucional que traz conotação fundamental ao objeto de análise (Capítulo 2), pois a forma como o Estado estabelece seus dispositivos nos contextos em que se situam os cadáveres reluz o controle feito a sua própria potência.

O domínio de processos biológicos, como a vida e a morte, é um poderoso discurso de controle da vida social, que acompanha o nascimento do próprio direito penal. Desbravar o cadáver como um recurso de poder, ou seja, uma ferramenta capaz estabelecer dinâmicas verticalizadas e políticas, exige enfrentar os principais movimentos de política criminal para diligenciarmos em qual medida se apresentam o arbítrio e a legitimidade democrática do poder de punir (Capítulo 3).

A aproximação com os contextos cadavéricos fornecerá importantes narrativas, cuja reflexão servirá para estimar a legitimidade, o estágio de ingerência penal, as possibilidades de afetação do bem jurídico tutelado, bem como as dificuldades do direito penal brasileiro ao lidar com a prática e as dinâmicas inseridas no Capítulo II, do Título V, do Código Penal de 1940 (“Dos Crimes Contra o Respeito aos Mortos”) e remissões extravagantes (Capítulo 4). Feita essa análise legislativa e doutrinária, reunir-se-á, por remissão, os tipos legais espanhóis e portugueses, no intuito de informar o modo de gestão do tema, em resposta às peculiaridades epistemológicas da matéria, em detrimento das opções feitas aos cadáveres brasileiros (Capítulo 5).

1 OPÇÃO METODOLÓGICA: GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

1.1 Apresentação das *razões* de nossa opção metodológica

O movimento de política criminal condensado por Luigi Ferrajoli, na obra “*Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*”³, foi eleito como suporte metodológico na condução investigativa dessa dissertação, por sua doutrina oferecer instrumentos racionais de medição da carga de moralidade presente nos discursos jurídicos, semelhante ao viés crítico que aqui pretende-se investigar. O garantismo estabelece sua avaliação dos discursos de política criminal a partir da identificação das razões políticas, filosóficas e jurídicas envolvidas nas decisões do Estado de Direito. Expressamente declarado como um positivista crítico (FERRAJOLI, 1995, p. 871-874), o cuidado estabelecido para preservar a autonomia do Direito da Moral é desenvolvido por Ferrajoli por meio de “pressupostos metodológicos e teóricos, e de um proceder por meio de conceitos bem definidos e de suas relativas sínteses” (BOBBIO, 1995, p. 13)⁴.

Trata-se, pois, de um método que instiga a busca por justificativas interdisciplinares não para validar o Direito, mas para racionalizar a essência de suas decisões, como forma de controlar e rechaçar o arbítrio do Estado (justificações externas). Nega-se, assim, a existência de um Estado de Direito ideologicamente neutro, qualificando as justificações penais sob dois modelos possíveis de direito: direito penal máximo (arbítrario) ou direito penal mínimo (democrático).

Porém, se de um lado o garantismo oferece maior didática em termos de síntese metodológica, por outro, o rigor conceitual do autor exige breve imersão quanto a algumas premissas teórico-gerais, que delimitam sua utilização. Em resumo, Ferrajoli alegará que as teorias surgidas após a II Guerra Mundial, a pretexto da superação do positivismo puro/kelseniano, nada mais são do que um retrocesso jusnaturalista, cuja fundamentação do direito permanece na moral. Afinal, tais modelos “neopositivistas” sustentam a validade e força normativa em valores metaéticos, independentemente de seu *locus* constitucional, a

³ O uso da primeira tradução espanhola da obra “*Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*”, publicada em 1995, pela editora Trotta, referente à primeira edição italiana da obra, deve-se em razão da dificuldade de acessar a tradução mais recente da referida obra, que se encontra na 3^a reimpressão da 10^a edição, de outubro de 2018. De igual forma, deve-se a predileção pelo exemplar espanhol à tradução brasileira pelo prólogo elogioso do próprio Luigi Ferrajoli aquele.

⁴ Sobre uma visão profunda da separação garantista entre Direito e Moral, a excelência da dissertação de Mestrado em Direito de Lucas Bortolini Kuhn (KUHN, Lucas Bortolini. *Da Separação à autonomia recíproca entre direito e moral: o constitucionalismo garantista e a jurisdição constitucional democrática*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade La Salle (UNILASALLE), Canoas, 2019.).

exemplo dos direitos humanos⁵. Além disso, o constitucionalismo contemporâneo sistematizará suas normas por meio da bipartição entre regras e princípios, afirmando ser possível a extração de “valores objetivos”, como forma de racionalização e controle.

Ferrajoli entenderá o oposto, acreditando ser impossível se desvincilar de predileções morais em qualquer processo valorativo decisivo, criticando, conquanto, o que chamará de “constitucionalistas argumentativos ou principalistas”. Propositivo, o modelo positivista normativo garantista aduz que a força normativa dos direitos e garantias fundamentais já se encontra justificada pela própria rigidez das constituições atuais, bem como pela incorporação de diversos valores meta-éticos como normas constitucionais.

Por isso, salienta que dividir a força normativa dos direitos fundamentais entre regras e princípios⁶ é enfraquecer-los, já que, em tese, a maioria dos

[...] princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, **comportam-se como regras**, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestações que são suas respectivas garantias. (FERRAJOLI, 2012, p. 179, grifos nossos).

Crítico à flexibilização de direitos fundamentais, por meio da técnica de sopesamento destinada a solucionar eventual conflito entre princípios⁷, Ferrajoli acredita que:

[...] os direitos fundamentais prescrevem aquilo que podemos chamar de a esfera do indecidível: do não decidível, ou seja, das proibições correspondentes aos direitos de liberdade, e do não decidível das obrigações públicas correspondentes aos direitos sociais. (FERRAJOLI, 2011, p. 482)

Quanto aos vícios normativos ensejadores de antinomias (incompatibilidade por comissão) ou lacunas (incompatibilidade por omissão), a opção garantista negará que o caso concreto seja resolvido de forma valorativa, criativa e extrajurídica, dado o elevado risco de

⁵ Após a II Guerra Mundial, “o constitucionalismo pode ser concebido de duas maneiras opostas. De um lado, ele pode ser entendido como a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico; ou, de outro, como a sua expansão e o seu completamento. A primeira concepção, frequentemente etiquetada de ‘neoconstitucionalista’, é seguramente a mais difundida. A finalidade deste trabalho é sustentar, ao contrário, uma concepção de constitucionalismo estritamente ‘juspositivista’ ou um modelo de direito que reconhece como ‘direito’ qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independentemente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça”. (FERRAJOLI, 2011, p. 122-123).

⁶ Segundo Alexy (1986/2008, p. 117), “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas”. Já as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 1986/2008, p. 91, grifos do autor).

⁷ “A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária” (ALEXY, 1986/2008, p.95-96).

regresso à fase de união entre moral e direito. Nesse sentido, a função normativa contramajoritária da jurisdição, cuja decisão deverá buscar fundamentos, exclusivamente, dentro do ordenamento jurídico (FERRAJOLI, 2007, p. 872–873), pois

[...] se não queremos cair em uma forma de paradoxal jusnaturalismo realista e não queremos desenvolver às nossas teorias funções legislativas, devemos admitir que os direitos e as normas que os exprimem existem tanto quanto são positivamente produtos do legislador, seja este ordinário, ou constitucional ou internacional. (FERRAJOLI, 2011, p.482)

Vale dizer que a preocupação do garantismo com a atividade valorativa é produto de sua própria percepção sociológica, relacionada à sociedade e seus poderes selvagens. Em vista disso, a Constituição é, para Ferrajoli (2000, p.171), uma “ contenção dos titulares de poder, através do princípio da legalidade, enquanto programação uma política para o futuro” (tradução nossa)⁸. Por isso, investigar o uso do cadáver como um *recurso de poder*⁹ à luz do garantismo penal mostrou-se a opção metodológica mais adequada para o fim de identificar as narrativas de poder envolvidas, no intuito de averiguar a programação político-criminal brasileira destinada ao tema (justificações internas).

A proposta garantista confere espaço de fala a uma missão constitucional-penal redutora, dirigida à proteção do mais fraco, ainda que se legitime o uso da pena como forma de contenção à vingança social (prevenção geral negativa). Não por outro motivo, será o tipo penal constantemente revisitado, em suas justificativas, por meio de uma investigação histórica e racional dos discursos envolvidos na essência da norma, a fim de verificar se determinada decisão de política criminal está situada no âmbito de um direito penal máximo ou mínimo.

Justamente por conciliar instrumentos de crítica político-criminal com o direito penal, fez-se essa predileção metodológica, cujo aprofundamento a seguir mostra-se imprescindível para a compreensão da sistematização dos capítulos analíticos na sequência.

1.2 “Direito e Razão: o Garantismo Penal” em breves comentários

⁸ “Lo que llamamos *constitución* consiste precisamente en este sistema de reglas, sustanciales y formales, que tiene por destinatarios a los titulares del poder. Bajo esta perspectiva, las constituciones no representan sólo el complemento del Estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes, incluso al legislativo, también son un programa político para el futuro: la imposición a todos los poderes de imperativos negativos y positivos como su fuente de legitimación, pero también, y diría, sobre todo, de deslegitimación” (FERRAJOLI, 2000, p.171).

⁹ Essa dissertação empregará a expressão “recurso” por sua amplitude conceitual-filosófica. Não obstante seja possível compreender o uso do cadáver como um dispositivo de poder, ou seja, um mecanismo institucional que mantém e potencializa o exercício do poder, dentro do corpo social, por um viés foucaultiano.

Abordar a doutrina de Luigi Ferrajoli é tarefa didática, porém, nem um pouco simples, tanto por sua vasta produção acadêmica, também no campo filosófico e político, como pelo rigor conceitual de seu modelo de Direito (Constitucionalismo Garantista). Assim, essa dissertação terá como ênfase as premissas penais sedimentadas, exclusivamente, na obra *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale* (1989), com o único fim de desenvolver o tema sob uma sistematização lógica e racional, malgrado a aplicação geral, em termos de Direito, dos Capítulos XIII a XIV, da Parte V, da referida obra.

O Direito e Razão traz a construção de um modelo de direito penal ideal, mínimo e racional, dirigido à finalidade de controlar, criticamente, as decisões político-criminais, no plano abstrato e concreto. Trata-se de um modelo normativo positivista que buscará medir a ingerência da norma penal, a partir do exercício investigativo empírico-normativo dos fundamentos éticos e filosóficos de seu objeto de análise.

Ferrajoli preocupou-se não só com o legislador, mas com a práxis judicial, a qual deve se afastar de dois grandes vícios, na visão do autor. São eles: i) o risco de uma teoria sem controle empírico; e ii) o de uma prática sem princípios. Adepto à filosofia liberal-iluminista¹⁰, a antítese entre liberdade e poder será trabalhada ao longo da obra, optando pela decisão que mais amplie a liberdade nos *hard cases*.

O garantismo ferrajoliano é, portanto, um movimento legitimador do direito penal, ainda que opositor expresso dos modelos ideologicamente neutros (positivismo clássico) e de direito penal máximo. Em razão de legitimar criticamente o uso do direito penal pelo Estado, serão elaborados conceitos bem definidos, sob três perspectivas avaliativas do direito posto, vistas como: a) modelo de direito ideal (nunca plenamente realizável); b) teoria jurídica de validade, efetividade e vigência da norma e c) filosofia do direito/crítica política.

Enquanto modelo de direito (alínea a), o garantismo designa um modelo normativo ideal, centralizado na relevância da legalidade, corolário dos modelos penais de intervenção mínima. Ferrajoli criará seus próprios conceitos de legalidade formal (mera legalidade) e substancial (legalidade estrita), as quais são fontes de legitimação de todos os poderes¹¹ -

¹⁰ “A liberdade, no entanto, não é concebida por Ferrajoli como um poder sobre alguma coisa, como, por exemplo, dos direitos patrimoniais, mas é concebida num sentido rigorosamente negativo, isto é, como a ausência de interferência de um poder externo, seja ele o poder público-estatal ou o poder econômico privado. Neste sentido, segundo o autor, *não haveria um contraste entre igualdade e liberdade, dado o caráter politicamente igualitário da liberdade, a qual é um bem indisponível que não requer um título que justifique o seu gozo*” (CADERMATORI, 2007, p. 93, grifo nosso).

¹¹ “De ahora en adelante denominaré a la reserva de ley ‘principio de mera legalidad’, que, como quiera que se la formule, es una norma dirigida a los jueces, a quienes prescribe la aplicación de las leyes; y usaré la expresión de ‘principio de estricta legalidad’ para designar la reserva absoluta de ley, que es una norma dirigida al

constituindo a mera legalidade (validade formal da lei estrita) pressuposto lógico da própria aferição da legitimação substancial.

Alerta-se ao leitor que tais pressupostos de “mera legalidade” (cujo controle de uma norma, formalmente válida, será realizado pelo juiz) e de “legalidade estrita” (cujo controle substancial e taxativo será realizado pelo legislador) não devem ser confundidos, com o chamado modelo de legalidade estrita, paradigma responsável pela reunião de dez axiomas, fundadores do “sistema geral garantista”¹². É possível dizer que essa perspectiva conta com duas grandes preocupações: i) a definição legislativa; e a ii) comprovação jurisdicional do desvio punível. Daí o uso de outros três sub-planos, conceitualmente delimitados, a fim de auxiliarem o exame de racionalidade normativa, por provocarem reflexões sob o ponto de vista de:

i) um *plano epistemológico*, [que] se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, ii) um *plano político* como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade e iii) no *plano jurídico* como um sistema de vínculos imposto ao poder de punir do estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Em consequência, é garantista todo o sistema penal que se ajusta se ajusta normativamente a tal modelo e o satisfaz de maneira efetiva. (FERRAJOLI, 1989/1985, p. 851-852, grifos e tradução nossos).

Ressalta-se que o uso da epistemologia é uma das principais características do sistema garantista, uma vez que busca-se a origem cognoscitiva do saber de determinada situação, a despeito dos modelos penais já concebidos. A esse ponto, o Direito e Razão inserirá a crítica epistemológica dentro de um modelo de direito penal, a fim de identificar as justificações externas ao direito, para limitar o poder de punir, caso seja constatada a sua irracionalidade ou mera moralidade.

Por conter a antítese epistêmica “liberdade e poder/fraco e forte”, o direito penal garantista recebe impulso à realização de constante (re)avaliação de suas decisões punitivas, afinal, trata-se de um modelo que busca o reconhecimento e o afastamento de decisões irrationais, em desfavor da liberdade. Nesse sentido, o uso do princípio da legalidade estrita como técnica legislativa será um importante instrumento de reconhecimento das “convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas, com caráter constitutivo e não regulamentar daquilo que é punível, a exemplo das bruxas, hereges e inimigos” (FERRAJOLI, 2002, p. 31). Por isso, na ausência de lei válida e taxativa, concluirá o garantismo pela predileção da liberdade.

legislador, a quien prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales” (FERRAJOLI, 1989/1995, p. 35).

¹² Detalhados na nota de rodapé nº 19.

Esse constante controle é um verdadeiro desafio de ordem prática, especialmente pela ascensão de modelos de direito penal máximo, produtos da chamada “crise de legitimidade dos sistemas penais”. A fim de fomentar ferramentas de contenção, Ferrajoli evidenciará que o embate jurídico entre a supremacia de garantias individuais e a limitação do poder estatal é debatido desde o nascimento do Estado de Direito - o qual nunca preferiu à proteção individual (constantemente violada, ora por leis ordinárias, ora pela práxis), na visão histórica do autor.

A atual crise de legitimidade penal é, no fundo, situação não tão atual, eis que remonta às discussões do próprio direito penal clássico, cujos fundamentos até hoje não teriam sido, efetivamente, implantados, seja por um manejo ruim da práxis, por se tratar de primados platônicos, ou, ainda, porque talvez os operadores do Direito prefiram orientações mais eficientes e pragmáticas. Nesse sentido, é contundente a crítica de Ferrajoli à decisão judicial condenatória, quando exaurida por uma atividade meramente cognitiva, uma vez que um direito penal democrático deveria examinar provas por um caminho indutivo, exposto e apto a ser racionalizado, caso o contrário, os espaços valorativos deveriam ser preenchidos por decisões *pro libertatis* (FERRAJOLI, 2002, p. 34).

No que tange à perspectiva de teoria jurídica de validade, eficácia e vigência (alínea b anteriormente mencionada), Ferrajoli construirá sua teoria de validade jurídica a partir da divergência entre os conceitos de justiça, validade, efetividade e vigência da norma, como forma de trazer critérios racionais de controle. Pela excelência, a esquematização feita pelo Professor Sérgio Urquhart Cadermatori (2007, p. 101-102), sintetizando ser, na visão garantista,

b.1) uma norma justa por aquela que corresponda positivamente a determinado critério de valoração ético-político (extrajurídico); b.2) uma norma vigente quando despida de vícios formais; b.3) uma norma válida quando imunizada contra vícios materiais; ou seja não está em contradição com nenhuma norma superior e b.4) uma norma eficaz quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).

O uso dessas concepções garante o rigor metodológico ferrajoliano, na medida em que, por tal sistematização, é possível racionalizar, de forma clara, o controle de decisões judiciais que estejam, eventualmente, fundamentadas sob argumentos valorativos, a exemplo de decisões pautadas na “justiça” e não na lei. Do mesmo modo, a dissociação desses conceitos permite reconhecer normas justas, porém inválidas, ou vigentes, mas inválidas, etc. Nota-se que seu conceito de vigência remete a um juízo descritivo, ao passo que seu conceito de validade a um juízo axiológico, o que invariavelmente permitirá uma abertura

discricionária na tomada de decisão (“aporia”), a qual poderá estar inserida na esfera do decidível ou do indecidível.

Por fim, note-se que está na percepção filosófica e crítica política (alínea c anteriormente mencionada) a imposição ao Estado de fornecer uma carga de justificação normativa externa, isto é, “um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência” (CADERMARTORI, 2007, p. 203). Almeja-se, com isso, a distinção entre o ser e o dever-ser do direito, na tentativa de contribuir com uma racionalização epistêmica, vista sob um ponto de vista externo e interno ao Direito.

c.1) “Sob o ponto de vista externo” (justificações externas), Ferrajoli entende que diversos critérios valorativos podem constituir seus paradigmas. Na síntese de Patrícia Vanzolini (2021, p. 93-94), subdividem-se sob: c.1.1) o ponto de vista externo ôntico e descritivo (análise empírica, sociológica e empírica a respeito do ser do direito penal – denominado por Ferrajoli de “função do direito penal”, em meio a “teorias de explicação”) e c.1.2) o ponto de vista externo deôntico e prescritivo (critérios axiológicos, apoiados nos princípios normativos metajurídicos, como a moral, política, etc. – a fim de definir a finalidade do direito penal, por meio de “doutrinas de justificação”).

Quanto à c.2) justificação normativa interna ou legitimidade interna do direito penal, chamada por Ferrajoli de “ponto de vista interno”, trata-se da compatibilidade normativa com a ordem jurídica interna, sob a forma descritiva, ou seja, são critérios de valoração jurídica, chamados por Ferrajoli de “motivação do direito penal”.

Se dirá entonces de un sistema penal, o de uno de sus institutos, o de una concreta aplicación del mismo, que son legítimos desde el punto de vista externo si se los considera - justos con arreglo a criterios morales, políticos, racionales, naturales, sobrenaturales u otros semejantes; se dirá por el contrario de ellos que son legítimos desde el punto de vista interno si se consideran válidos, es decir, conformes a las normas de derecho positivo que regulan su producción. (FERRAJOLI, 1989/1995, p. 213-214)

Nesse sentido, na ausência de apoio legal não haverá outra saída jurisdicional senão a tutela da liberdade, ainda que se denegue a justiça (FERRAJOLI, 1989/1995, p. 918). Por fim, a busca por critérios garantistas de justificação, externos e internos, servirá de metodologia dissertativa, cujo desenvolvimento investigativo-crítico do tema passará a ser apresentado nos capítulos seguintes, sendo necessário ainda apresentar o sentido axiológico do Direito e Razão, enquanto parte do método.

1.2.1 “Axiologia e Razões Penais”: noções gerais

Ferrajoli iniciará sua abordagem axiológica criando seu próprio conceito de direito penal e a encerrará propondo as razões de sua teoria da pena¹³. Entende-se por Direito Penal a técnica de definição, comprovação e repressão do desvio, manifestada em restrições e constrições sob as pessoas potencialmente desviadas, as suspeitas de sé-lo e todas aquelas comprovadamente consideradas condenadas (FERRAJOLI, 1989/1995, p. 209). A utilização dessa técnica estará vinculada às justificações externas, como resposta ao porquê punir¹⁴, dentro de uma teoria de prevenção geral negativa aos novos crimes e às penas informais¹⁵.

Considerando os custos da justiça e da injustiça, no processamento de culpados e inocentes, a axiologia penal proporcionará reflexões quanto às diferentes problematizações oriundas do: “por que castigar”¹⁶? As restrições impostas pela lei penal não deixam, portanto, de ser um custo aos direitos fundamentais, atingindo-se de forma escalonada ao *status libertatis*, pela: i) restrição em abstrato dirigida aos potenciais desviantes; ii) restrição ocasionada na submissão coercitiva ao juízo penal dos suspeitos; e iii) restrição da liberdade pela imposição da pena aos, comprovadamente, culpados¹⁷.

A justificação penal está vinculada aos limites do poder de punir. Buscará demonstrar que é possível racionalizar os discursos envolvidos, a fim de reduzir sua violência e abuso, por meio da subsunção da norma a critérios de justificação externa e interna, bem como da distinção de juízos de justiça e validade, a fim de preservar a autonomia entre moral e direito. O garantismo utilizará paradigmas históricos do direito penal (“filões histórico da cultura penalista”) como objeto de justificação externa, descartando as ideologias penais, ao formular questionamento quanto ao “se, porque, quando e como punir, proibir ou julgar”.

¹³ O autor alerta que a explicação causal e finalística do direito penal já poderia ser vista em Francesco Carrara, quando esse distingua a “gênese histórica” da “origem jurídica” da pena.

¹⁴ O porquê punir pode ser visto em dois sentidos: por que existe a pena? (problema científico) e por que deve existir? (problema filosófico).

¹⁵ “Ferrajoli aceita o fundamento da prevenção geral negativa, mas a desdobra em duas dimensões: a prevenção geral negativa de crimes e a prevenção negativa da vingança, ou dito de outra forma, da reação violenta e descontrolada aos crimes” (VANZOLINI, 2021, p. 92).

¹⁶ “En el curso del análisis de las diferentes cuestiones que se esconden tras la clásica pregunta «¿por qué castigar?», mostraré por tanto cómo la alternativa expuesta en los capítulos precedentes entre modelo garantista o cognoscitivo y modelos autoritarios o secesionistas del derecho penal es el reflejo de las diferentes respuestas dadas históricamente a las cuestiones del por qué, el cuándo y el cómo de la intervención penal y de las correspondientes justificaciones metajurídicas, o filosóficas o ético-políticas” (FERRAJOLI, 1989/1995, p. 212).

¹⁷ Justamente por se tratar de um “custo aos direitos fundamentais”, a “razão” de toda aconstroção de uso mínimo e excepcional do direito penal, bem como da intangibilidade das garantias, considerando que até mesmo o “custo da justiça” pode atingir, também, aos inocentes. Por isso, os custos do uso do direito penal devem ser sempre discutidos na relação entre o Estado e o cidadão, tendo em vista ser a manifestação mais violenta do Estado (FERRAJOLI, op. cit., p. 210- tradução nossa).

Desenvolverá, como método, a indagação de doze perguntas possíveis, a partir das citadas proposições. Em que pese a relevância na exposição do que Ferrajoli quis dizer através dessa proposta reflexiva, adianta-se que não será conferida a profundidade necessária por tal tema ocupar a Segunda, Terceira e Quarta Parte da obra e o foco garantista dessa dissertação estar na identificação do cadáver como um recurso de poder.

Ainda assim, sintaticamente, a formulação dessas doze questões serve como filtro de perquirição de justificações externas. Efeito disso são os conteúdos críticos acerca: i) da pena; ii) das escolhas que antecedem a definição legislativa; e iii) da gestão do processo penal. Ferrajoli analisará três contextos, relacionados às penas, proibições e julgamentos, destacando-lhes três ordens de subquestões (porque, quando e como punir ou não punir), com o objetivo de evidenciar as razões do modelo direito penal, salvo se abolicionista.

Parte-se da formulação de seis perguntas iniciais quanto aos objetivos do direito penal, de natureza externa-filosófica sobre “se e porque punir”, “se e porque proibir” e “se e porque julgar”¹⁸. As demais (seis) questões dizem respeito ao “quando e como punir”, “quando e como proibir” e “quando e como julgar”¹⁹, destinadas, portanto, ao exame dos pressupostos, conteúdos, qualidades, quantidade e formas das penas, proibições e julgamentos.

Enquanto pressupostos axiológicos de compatibilidade externa e interna, tais questionamentos valer-se-ão da filosofia como crítica ao ordenamento positivo, de forma a racionalizar um sistema geral de garantia, sob “dez axiomas”²⁰, obtidos por meio das “respostas” axiológicas às referidas indagações, no intuito de contribuir com ferramentas de medição democrática²¹,

¹⁸ Ferrajoli relaciona o “ser” e “porquê” punir com os modelos ideológicos penais, como é o caso: do abolicionismo, das justificações retributivas, justificações utilitaristas, prevenção especial (correcionalista ou eliminatória), prevenção geral (integratória ou intimidatória) e o seu modelo “utilitarista reformado”.

¹⁹ Tais indagações estão no âmbito de incidência dos axiomas do sistema garantista, em se de pena, delito e juízo, a exemplo dos comportamentos em face dos princípios retributivo, da legalidade, da taxatividade, da lesividade, da culpabilidade, da ofensividade, da exteriorização da conduta da necessidade, da humanidade, da proporcionalidade *das penas*, da presunção de inocência etc.

²⁰ São os dez axiomas, componentes da “estrita legalidade”: *A1) Nulla poena sine crimine* (Não há pena sem crime)- Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; *A2) Nullum crimen sine lege* (Não há crime sem lei) - Princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; *A3) Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (Não há lei penal sem necessidade) - Princípio da necessidade ou da economia do direito penal; *A4) Nulla necessitas sine injuria* (Não há necessidade sem ofensa a bem jurídico) - Princípio da lesividade ou ofensividade do evento; *A5) Nulla injuria sine actione* (Não há ofensa ao bem jurídico sem ação) - Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; *A6) Nulla actio sine culpa* (Não há ação sem culpa) - Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; *A7) Nulla culpa sine judicio* (Não há culpa sem processo) - Princípio da jurisdicionalidade no sentido lato ou estrito; *A8) Nulla judicium sine accusacione* (Não há processo sem acusação) - Princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação; *A9) Nulla accusatio sine probatione* (Não há acusação sem prova) - Princípio do ônus da prova ou da verificação e *A10) Nulla probatio sine defensione* - Princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade.” (FERRAJOLI, 1995, p. 93-94)

²¹ Ressaltamos que o modelo garantista apoia-se em uma percepção contratualista de direito penal, logo, a gravidade do delito será a gravidade legal, com penas cominadas em abstrato, a fim de consolidar sua intenção limitadora através da legalidade, judicialidade e contraditório (sistema acusatório puro).

em cumprimento ao ônus de justificação do poder de punir. Utilizando esse termômetro democrático, Ferrajoli identificará que houve um abandono do ônus de justificação punitivista, o que provocou um modelo de cultura jurídica acrítico, contemplativo e autoritário, uma vez que a verificação axiológica foi reduzida a uma suposta “moralidade média dos cidadãos”, sob o argumento simplista de ser uma decisão político-majoritária.

Em vista disso, essa dissertação apresentará algumas das principais justificações externas e internas no trato com o cadáver, para posterior contraste com a programação penal eleita, axiologicamente, pelo legislador brasileiro no enfrentamento do tema.

1.2.2 Aspectos controvertidos: Garantismo Penal Integral

O difícil acesso à obra italiana tornou a tradução espanhola uma opção viável de estudo brasileiro, cuja doutrina acabou produzindo uma polêmica tradução da obra *Direito e Razão*, cuja primeira edição veio a ser revista por provocação do próprio Luigi Ferrajoli. Desde então, nota-se que a doutrina brasileira passou a discutir muito sobre qual seria a melhor interpretação. Parcada dos intérpretes sustentou uma compreensão i) garantista-“abolicionista”; e outra parcela uma concepção ii) garantista-“integral”.

Ora, ao mesmo tempo em que Ferrajoli é um opositor expresso ao abolicionismo penal, em seu Capítulo V, da Parte II, do *Direito e Razão*, também é opositor da ideia de sopesamento dos direitos fundamentais dos acusados e das vítimas, a qual embasa o denominado garantismo integral. Também denominada “garantismo binocular”, essa interpretação brasileira tenta apresentar uma dupla dimensão da obra, sob o ponto de vista dos limites do poder de punir (Garantismo Negativo) e da expansão do direito penal, para fins de proteção proporcional dos bens jurídicos violados pela conduta do agente (Garantismo Positivo). Tal compreensão adveio da interpretação feita dos conceitos de garantias positivas e negativas de Ferrajoli, por Miguel Carbonell²².

Desde então, o suporte do garantismo integral brasileiro apoia-se na ponderação entre garantias individuais e a tutela dos interesses democráticos da sociedade,

[...] como uma primeira aproximação, a teoria garantista- cujo marco histórico fundamental é a obra *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli- tem como pressupostos a proteção de direitos fundamentais individuais (denominados *direitos de primeira geração*) estabelecidos precípua mente na Constituição da República. Todavia, “garantismo penal” – pelo menos em nossa ótica e, segundo compreendemos,

²² “(...) las primeras [garantías negativas] obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respeto de algun derecho fundamental, mientras que las segundas [garantías positivas] generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algun derecho” (2005, p. 182)

também na de Ferrajoli – não é um marco teórico calcado *exclusivamente* na premissa sintetizada acima. Louvamos e defendemos abertamente a proteção dos direitos fundamentais *individuais*, mas a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos (não se olvide dos *coletivos e sociais*), também deveres (que são pouco considerados doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil), e está calcada em inúmeros princípios e valores que *não* podem ser esquecidos ou relegados se a pretensão é efetivamente fazer uma compreensão *sistêmica e integral* dos comandos da Carta Maior. (FISCHER, 2010, p. 26-27)

A proposta de interpretação integral, ora analisada, parte de uma “tese central”, a qual o garantismo de Luigi Ferrajoli observaria rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e sociais), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos)” (FISCHER, 2010, p. 31), por razões de proporcionalidade.

Tal equalização foi desenvolvida com base em critérios de suficiência ou insuficiência da proteção do bem jurídico, ou seja, o garantismo integral parte de uma visão conjugada da obra “Direito e Razão” e do princípio da proporcionalidade, invocando o paradigma do julgamento alemão sobre a descriminalização do aborto, em 1975, como justificação externa²³.

O tradicional garantismo negativo sustenta-se na função clássica do Direito Penal, denominada de função liberal-iluminista, ao passo que a visão mais atual preconiza a existência de um duplo viés (negativo e positivo) na teoria garantista. Este último aspecto é sustentado no neoconstitucionalismo - *locus* da própria construção da moderna teoria do bem jurídico-penal - e numa nova visão sobre o princípio da proporcionalidade. Neste diapasão, o princípio da proporcionalidade, que orienta a avaliação da compatibilidade constitucional dos atos do Poder Público (sobretudo, os normativos), possui duas interfaces: de um lado, a vedação do excesso, e de outro, a proibição de proteção deficiente (MAGALHÃES, 2012, p. 212).

Respeitosamente, a esse ponto, a discussão proposta pelo garantismo integral pertenceria à faceta teórica de validade jurídica e de efetividade (plano jurídico), bem como de justificação externa de normativas penais (plano filosófico-político) do modelo garantista ferrajoliano. Deve-se recordar que a visão constitucional de Ferrajoli está atrelada à limitação do poder de punir, através do princípio da legalidade, como forma de preservação da autonomia entre moral e direito, não permitindo que o direito seja motivado por razões externas, ainda que justas²⁴. A leitura garantista é positivista-crítica, opositora da técnica de

²³ “Não se ignora que a determinação acerca do tipo de proteção (sanção) a ser aplicada aos bens jurídicos é tarefa precípua do legislador. Isso parece mais do que óbvio, sob pena de violação do princípio da reserva legal. Entretanto, como ficou bem assentado pelo Bundesverfassungsgericht na discussão do acórdão BVerfGE 88, 203, é também verdade que o legislador deverá observar a proibição de proteção deficiente, sendo que, sob tais circunstâncias, estará ele sujeito ao controle jurisdiccional de constitucionalidade, uma vez que – e aqui vem a questão principal daquele julgamento, ‘as prescrições que o legislador expede devem ser suficientes a uma adequada e efetiva proteção, devendo estar fundamentadas em cuidadosas investigações e em avaliações plausíveis’” (STRECK, 2004, p. 330)

²⁴ “Lo que llamamos *constitución* consiste precisamente en este sistema de reglas, sustanciales y formales, que tiene por destinatarios a los titulares del poder. Bajo esta perspectiva, las constituciones no representan sólo el complemento del Estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes,

sopesamento, por isso, não há como interpretar que seria possível excepcionar garantias individuais por princípios.

Além disso, o modelo teórico-normativo vale-se da distinção entre as noções de justiça, validade, efetividade e vigência para racionalizar o Direito, com o objetivo de afastar da decisão judicial critérios valorativos e subjetivos de fundamentação, a exemplo da avaliação de suficiência ou deficiência de proteção. Ao juiz cabe a aplicação da lei ou a sua invalidação; e, nos casos de antinomia ou lacunas, Ferrajoli defenderá decisões *pro libertatis*.

A argumentação integral, ao reclamar uma proteção suficiente ou denunciar outra insuficiente, para fins de fundamentação jurisdicional, prescinde de harmonização com a teoria garantista, que acredita “não ser a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei quanto a um fenômeno ser relevante penal” (FERRAJOLI, 1995, p. 35). Para Ferrajoli (idem, p. 231), o uso de justificações penais, sob o ponto de vista externo, foi desenhado apenas para medir o grau de legitimidade democrática e de arbítrio de uma estrutura normativa, considerando legítima a norma que substitua a selvageria vingativa da vítima pela “imparcialidade do Estado”. A crítica ao “quando, como e porque punir ou proibir” está localizada fora do Direito, pertencendo à esfera filosófica, política ou acadêmica e nunca à aplicação da norma.

Por isso, ao abordar o uso do direito penal como instrumento preventivo na tutela dos direitos fundamentais, em face dos excessos do delito ou da pena, Ferrajoli está a falar, de forma ideal, com a academia ou com a política, em termos epistemológicos e axiológicos, mas, de nenhuma forma, com o julgador do caso concreto.

O ‘Garantismo’, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, *mesmo contra os interesses da maioria*, é o objetivo justificador do direito penal: *a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições*, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, consequentemente, a garantia da sua liberdade, mediante o respeito também de sua verdade. (FERRAJOLI, 1995, p. 335-336, grifos e tradução nossos)

Nesse sentido, quando autor aduz que preferirá tanto o “ofendido ou ameaçado com o delito, como o fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários” (FERRAJOLI, 1995, p.335), está a dizer que, em termos ideais: i) entre o embate de vítima e suposto autor, o Estado somente poderia atuar quando presente uma lei legítima; ii) entre o

incluso al legislativo, también son un programa político para el futuro: la imposición a todos los poderes de imperativos negativos y positivos como su fuente de legitimación, pero también, y diría, sobre todo, de deslegitimación” (FERRAJOLI, 2000, p. 171).

suposto autor dos fatos e a aplicação da lei penal, o Estado somente poderia atuar se respeitas as garantias individuais, em sua integralidade.

Um *sistema penal, com efeito, está justificado* apenas se a soma das violências - delitos, vinganças e punições arbitrárias - que está disposto a prevenir for superior às violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas a estes combinadas. Naturalmente, um cálculo deste tipo é impossível. Pode-se dizer, sem embargo, que *a pena está justificada como mal menor* - ou seja, somente se for menor, menos aflitiva e menos arbitrária - se comparada a outras reações não jurídicas, que, é lícito supor, se produziriam na sua ausência; e, de forma geral, o monopólio estatal do poder punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos da anarquia punitiva. (FERRAJOLI, 1995, p. 336, tradução nossa).

Note-se que as relações Estado-Vítima e Estado-Acusado estão em planos teóricos distintos, para que se evite, justamente, a ideia da vingança. Por isso as garantias funcionam como um esquema epistemológico, orientado a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e do poder de punir, pela submissão jurisdicional, absoluta, à mera e à estrita legalidade. “Apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisos é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva” (FERRAJOLI, 1995, p. 35, tradução nossa)

Ainda que seja impossível a existência de um ordenamento jurídico sem antinomias, lacunas ou aporias, a atividade hermenêutica mais ou menos opinativa é pressuposto de *hard cases* e não premissa do modelo de direito garantista. Daí a impossibilidade do garantismo penal integral estar harmonizado com o garantismo ferrajoliano, construído às críticas dos modelos constitucionais principalistas, os quais serviriam melhor à proposta garantista integral, centralizada no processo de proporcionalidade, o qual não deixa de ser uma atividade valorativa.

Em razão dessa ausência de compatibilidade e pelo objetivo dessa dissertação estar vinculado à identificação das narrativas inseridas na programação penal do uso do cadáver enquanto um recurso de poder, não será realizada uma leitura crítica da temática por um viés que conduza aos primados do garantismo integral com ênfase no princípio da proporcionalidade (proteção suficiente ou insuficiente), em respeito ao método de trabalho eleito.

2 UM DIÁLOGO ENTRE OS VIVOS E OS MORTOS: DO SAGRADO AO JURÍDICO

A fim de identificar a axiologia existente entre os vivos e os mortos, bem como verificar a carga de moralidade envolvida, é necessário revisitar a história, composta de

[...] cadáveres [que] gritam e – como na marcha de Garibaldi – as tumbas se abrem e os mortos despertam e exigem que os criminólogos os escutem. Ainda que sejam pó, que tenham desaparecido ou que tenham sido sepultados em valas comuns, apesar de todos os esforços para eliminá-los, os cadáveres reaparecem já que não são poucos. [...] Os massacradores temem os cadáveres. A Inquisição e os nazistas os reduziam às cinzas; os sérvios, por sua vez, destruíam cemitérios; a ditadura da segurança nacional argentina os lançava ao mar. [...], porém os cadáveres retornam, superando sua própria supressão: a tumba de Cristo está vazia. A criminologia está cercada por cadáveres, que não podem fazer calar seus gritos. (ZAFFARONI, 2012, p. 350)

Apesar da humanidade ser a única espécie consciente de sua finitude, o “sentido da morte não é ensinado” (SANTOS, 2016, p. 98), tampouco pode ser reduzido a uma única expressão. Trata-se de um processo, que passa por questões individuais e coletivas: “um amálgama de características herdadas das tradições passadas- urbanas, rurais e pré-históricas-, mas também das atuais pressões econômicas, políticas e de saúde pública impostas pelo nosso tempo e pelas nossas sociedades” (KELLEHEAR, 2016, p.16).

Na própria História, observa-se que os vivos sempre se utilizaram dos mortos enquanto recurso. Basta agrupar os tantos i) recursos políticos, a partir da morte (enquanto forma de estabelecimento de poder: dinastias, genocídios e guerras); ii) recursos religiosos (enquanto norma moral intangível); iii) recursos punitivos (a finalidade da pena capital, de forma oficial ou não-oficial, e a exibição pública do morto). E, ainda, os tantos iv) recursos científicos (enquanto evolução científica e terapêutica); e os v) recursos psicológicos (enquanto terapêutica de percepção, elaboração ou aceitação da dor do enlutado).

Por esses breves agrupamentos já se mostra possível vislumbrar que o domínio do morto é uma fonte de comunicação de poder, em razão do cadáver constituir uma complexa rede de construção e rompimento de vínculos sociais, transmitida de modo intergeracional e transgeracional²⁵ (Item 2.1). Em vista disso, será apresentada uma síntese dos principais aspectos sociais envolvendo o corpo do morto, no intuito de dimensionar alguns discursos

“Há, [na psicanálise], uma diferença entre transmissão intergeracional e transgeracional. A *intergeracional* diz respeito à transmissão consciente de conteúdo mental no ciclo vital, como identificação de fantasias que são organizadas na história familiar e herdadas pela geração subsequente, resultando no efeito estruturador do aparelho mental. *Transmissão transgeracional* ocorre inconscientemente e são transmitidos às futuras gerações conteúdos mentais que são dissociados e não simbolizados por palavras ou histórias, portanto afetos primitivos e não integrados, resultantes de traumas, dor, perdas, que não são elaborados e não são resolvidos, e esse tipo de transmissão transgeracional permanece encapsulado, agindo tanto como uma violenta reclusão de sentimentos de si mesmo, ou transmitido para as futuras gerações”. (EIZIRIK)

presentes, ainda que “desconfortáveis” socialmente, a exemplo daqueles inseridos nas lógicas de dominação-exploratória de alguns corpos. Essa identificação axiológica externa será obtida por uma compreensão foucaultiana e necropolítica de Achille Mbembe (Item 2.2).

Em linhas gerais, o presente capítulo objetiva responder se: o cadáver tem relevância jurídica ou seria um tema, exclusivamente, moral, político ou religioso? A resposta para tal assertiva será buscada por meio de um posicionamento garantista de separação entre direito e moral, motivo pelo qual serão expostos os principais aspectos normativos (direitos fundamentais e da personalidade), enquanto recorte normativo analítico (Item 2.3). Ainda, pelo direito penal ser técnica de *ultima ratio*, a extração de dados referenciais críticos, empíricos e normativos, será essencial para uma leitura crítica das políticas criminais em torno do cadáver (Capítulo 3).

A utilidade de passar, rapidamente, por tais raciocínios está associada à investigação epistemológica quanto ao conceito material de crime e eventual bem jurídico afetado (Capítulo 4), uma vez que “o conceito de bem jurídico [não deixa de ter] uma função crítica ou seletiva no âmbito do exercício do poder punitivo, [sendo] possível identificar um referente material que constitua o núcleo e razão de ser do ilícito penal” (BECHARA, 2014, p. 24).

2.1 A experiência social-ocidental com o luto: da crença ao liame psicológico

A relação entre os vivos e os mortos pode ser vista sob diversas referências emocionais: “o desejo de preservar o corpo (mumificação), mas também o de se livrar dele inteiramente (cremação), o desejo pelo morto (no acariciar, apalpar ou comer partes do cadáver) e a repugnância pela sua visão e cheiro (em ritos de ablução para viúvas)” (KELLEHEAR, 2016, p.199). Em função dessa complexidade de percepção temática, por didática, será apresentada a experiência social-ocidental com o luto a partir de sua origem religiosa até sua inserção como tema de saúde mental.

2.1.1 Fase religiosa

Na Idade da Pedra, o contato entre o vivo e morto não possuía complexos atravessamento, até porque o mundo dos mortos realizava-se por um acontecer repentino, com mais expectativa de morte do que de vida - vide os registros de canibalismo primitivo,

possível para fins de controle populacional, alimentação, religião ou poder. Os sobreviventes eram atraídos ao luto, porém, de forma ambivalente, eis que divididos entre o afeto e a ausência de desejo que os mortos retornassem para prejudicá-los.

Em termos de desenvolvimento religioso, afirma-se que a morte é elemento “perenemente importante e essencial a todos os seus mitos, ensinamentos doutrinários, práticas fúnebres, mas também com as próprias raízes dos estilos de vida e dos comportamentos de uma sociedade” (OBAYASHI apud KELLEHEAR, 2016, p. 126). Assim, o fato de a morte biológica estar no centro das religiões históricas (Egito, Mesopotâmia e cristianismo medieval) não deve surpreender ninguém.

Note-se o legado egípcio quanto ao desejo de ressurreição do cadáver faraônico, a partir dos tantos sarcófagos, do livro dos mortos, dos rituais de mumificações para a “vida eterna” e, ao mesmo tempo, a seletividade dessa ritualística às figuras de poder, das necrópoles e da simbologia de Anubis²⁶. Para os romanos, a interdição da sepultura e a negação da ritualística fúnebre aos mortos aparece como uma forma de punição além da morte. O destino dos condenados nas arenas, dos inimigos infames ou dos escravos sub-elevados não era igual aqueles de morte natural ou heroica, não sendo permitido sequer lamentá-los (MOTA, 2011).

Tamanha a importância da ritualística fúnebre nas civilizações antigas que uma das mais famosas obras da mitologia grega diz respeito à Antígona, peça produzida por Sófocles, cuja heroína insurge-se contra seu tio Creonte, a fim de realizar os rituais fúnebres de seu irmão (Polinice):

Antígona, fiel aos preceitos tradicionais da religião, segundo os quais a alma de um morto, sem as exequias, vagaria indefinidamente sem chegar ao Hades [deus dos mortos], confronta-se com Creonte, que representa o poder da cidade. Desobedecendo ao tio, ela enterra Polinice, pelo que é condenada e morta, segundo Sófocles, sendo enterrada viva. Esse mito, assim como a tragédia que o narra, é muito significativo porque trata da importância do rito fúnebre, de dar fim a um cadáver, e do poder do Estado autoritário e vingativo que tenta impedi-lo (COSTA, 2018, p.11)

O cristianismo primitivo também exerceu influência na percepção social do luto. O caráter milagroso da ressurreição de Lázaro e a própria crucificação de Jesus: a exibição de seu corpo; a vigília romana temerária à subtração de seu cadáver, as polêmicas do desaparecimento, bem como sua ressurreição reforçam o caráter sagrado do corpo humano de todos os cristãos - ao ponto de hoje originarem “dias santos” (Páscoa e Dia de Finados).

²⁶ Divindade encarregada de três atribuições: i) participar dos rituais de embalsamento; ii) vigiar as necrópoles e iii) estabelecer contato entre o morto e o tribunal funerário.

Antes da Era Viking, os Escandinavos sepultavam cadáveres cremados em conjunto com objetos fúnebres. O costume de enterrar cadáveres inteiros com roupas e ornatos era próprio da Era Viking (...). Não foram encontradas sepulturas com crianças, escravos, ou cidadãos pertencentes a camadas subalternas continuando o debate em torno do destino reservado aos seus corpos após a morte. É possível que os Vikings cremassem estas pessoas ou as depositassem em lagos ou pântanos – afinal de contas, não teriam entrada reservada em *Valhalla* (EDITORS, posição 522-523)

Na Idade Média, a morte era uma constante, diante da sucessão de eventos epidemiológicos. Por isso, a sociedade medieval não se comovia demasiadamente com a morte, na verdade a naturalizava. Por outro lado, a dominação católica a respeito da ressurreição e da reconciliação do morto com a sociedade estabelecia-se por meio da confissão e do arrependimento de seus pecados antes da morte – sendo o “céu” e o “inferno” lugares pré-definidos e, assim, emocionalmente seguros para o luto.

Igualmente, é possível observar a permanência de rituais funerários desiguais, a depender de sua “dignidade social”. Os mortos com representatividade social eram enterrados no interior da própria igreja, ao passo que as pessoas comuns eram enterradas em um terreno ao lado. Já os que não possuíam dignidade social alguma, eram enterrados em uma vala comum, que permanecia permanentemente aberta.

Na Idade Moderna, permanece o dogmatismo religioso entorno do luto, ainda que seja um período marcado pela insurreição absolutista à noção de pecado, no linear do Renascimento. Há, no Século XVI, “a tradição do último retrato”, a fim perpetuar a imagem do nobre ou monarca falecido, bem como o uso das máscaras mortuárias nos rituais de reis e santos, interferindo nas construções da memória social.

2.1.2 Fase científica do luto

A revolução industrial e a revolução médico-científica interferiram na interação entre o morto e os sobreviventes, afinal, acrescentaram a ideia sanitária do necrocontato. Radicalizando, por argumentos científicos, a separação entre vivos e mortos de tal modo que o convívio entre ambos passou a ser uma fonte de perigo epidemiológico e não uma mera hostilidade ao corpo do morto. Alterou-se, portanto, a distância da sepultura, reduziu-se a forma de exercício do luto, passando a agonia da morte, agora, a incomodar.

O positivismo de Augusto Comte e o desejo de afastamento do controle religioso também atingem o relacionamento com o luto. A psicanálise de Sigmund Freud foi uma das abordagens que partiu da hostilidade para concluir à ambivalência do luto, pela observação

das “tribos primitivas australianas”, cujos mortos eram ora tratados como poderosos soberanos, ora como inimigos” (FREUD, 1996, p. 67). Esse relacionamento teria origem num *tabu*²⁷, o qual estaria voltado à analogia da infecção, ao horror despertado por sua putrefação, à tristeza pela morte e ao “medo do retorno do morto”, por emoções ambivalentes.

Freud indica que esses *tabus* vão desde o contato físico com o morto (ou com o enlutado) até a proibição de pronúncia de seu nome, a alteração desse nome ou do nome do próprio clã para se distanciar do morto. A exemplo de algumas tribos sul-americanas, para as quais a mera pronúncia do nome de uma pessoa morta era considerada um “insulto” mortal, incorrendo-se em um castigo “não menor do que o estabelecido para o assassinato” (FREUD, 1996, p. 70).

O pavor de enunciar o nome de um defunto leva, na verdade, a evitar a menção de qualquer coisa na qual o morto tenha participado; e uma consequência importante desse processo de supressão é que esses povos não possuem tradições nem lembrança histórica (...). Entretanto, um certo número desses povos primitivos adotou práticas compensatórias que revivem os nomes dos mortos após um longo período de luto, dando-os aos filhos, que são assim encarados como reencarnações dos falecidos.

O tabu sobre nomes parecerá menos misterioso se tivermos em mente o ato de que os selvagens primitivos encaram o nome como uma parte essencial da personalidade de um homem e como uma posse importante. (FREUD, 1996, p. 71).

A justificação freudiana para tal tabu ou transformação de um ente querido (quando vivo) em “demônio” (quando morto) decorreria do contraste entre o sofrimento consciente e a satisfação inconsciente pela morte que ocorreu, em um procedimento defensivo de projeção do luto, através de cerimônias que os distanciassem. Não seria, portanto, o enlutado que nutriria sentimentos hostis pela morte ou pelo morto, mas a “alma do defunto que os alimentaria” (FREUD, 1996, p. 76), no processo do luto, segundo a teoria instintiva freudiana, cujo enfoque era puramente científico²⁸.

A caminho de um maior cientificismo, no século XVII, por volta de 1621, Robert Burton, ao publicar *The anatomy of melancholie*, propôs que o pesar ocasionado pelo rompimento de um vínculo era, ao mesmo tempo, sintoma e causa da melancolia (depressão clínica). Já com a expansão da clínica, nos séculos XVII e XVIII, o luto passou a ser

²⁷ Por *tabu* entenda-se “um sentido de algo inabordável, sendo principalmente expresso em proibições e restrições. Nossa acepção de ‘temor sagrado’ muitas vezes pode coincidir em significado com tabu. As restrições do tabu são distintas das proibições religiosas ou morais. Não se baseiam em nenhuma ordem divina, mas pode-se dizer que se impõe por sua própria conta (...). As proibições dos tabus não têm fundamento e são de origem desconhecida”. (FREUD, 1996, p. 37)

²⁸ Em sentido oposto, Sócrates ao sugerir que o medo da morte é antinatural, pois se baseia na noção de que se conhece algo que se desconhece.

considerado causa de morte, inclusive, com prescrições de medicações para quem fosse diagnosticado com luto patológico. (FRANCO, 2010, p. 22)

Nesse sentido, em 1835, sabe-se que o médico estadunidense Benjamin receitava ópio para os enlutados, surgindo com ele a expressão “coração partido”, relacionada a pessoas enlutadas que, por problemas cardíacos, iam ao óbito. Ainda em sede positiva, em 1872, com a publicação *The expression of emoticons in man and animals*, Charles Darwin descreveu que os animais, sobretudo os mamíferos, choram quando rompem seus vínculos, por isso, os seres humanos possuem regras de comportamento para essa experiência.

Por meio da identificação de sintomas psiquiátricos ou transtornos pós-traumáticos, os estudos de Freud (Luto e Melancolia), a partir de sua observação da I Guerra Mundial, chegaram a vincular o luto, *per se*, à depressão-manifestada em relações ambivalentes (teoria da ambivalência). Com relação ao luto em razão de violência, a ideia freudiana do trauma e sua atualização (“constância”), que seria uma condição em que o evento traumático “destrói o sentido, a significação e a simbolização, por sua primeira reação ser o silêncio e a impossibilidade da narração” (ROSA, 2018, p. 291).

Por igual pretensão de cientificação do luto, em meio a II Guerra Mundial, John Bowlby retomou a ideia de Darwin, para desenvolver o sofrimento do luto por meio de uma teoria do apego. Na mesma época, Lindemann pontuou ser indesejável reprimir o luto.

Ao distinguir a força do apego da segurança do apego, por meio da observação dos efeitos da separação, Mary Ainsworth viabilizou a constatação de Parkes quanto à distinção da experiência do luto entre adultos e crianças, a partir do poder de reorganização (e não esquecimento da morte).

Ernest Becker nega a noção de instinto e ambivalência freudianos, tal como nega a total separação entre ciência e religião, em termos de luto, pois: primeiro, historicamente, uma “nascer da outra”; segundo, pela impossibilidade da separação entre a experiência psiquiátrica e a religiosa, pelas experiências serem subjetivas. Ademais, a psicanálise pós-freudiana de Becker afirmará que o luto traumático, decorrente de uma violência, não se restringirá à psicologia, mas à sociologia, política e ética.

Outra construção relevante, em termos de luto, é a sistematizada por Kübler-Ross, que reúne, sob um viés psiquiátrico, cinco fases do processo de elaboração do luto (negação, raiva, barganha, depressão e aceitação) – sujeitando-se as pessoas à, no mínimo, duas delas. Além disso, Ross segue justificando a morte como um pavor universal e reconhece que seu impedimento ou interferência ocasionam um sofrimento avassalador, até porque muitos

parentes “preocupam-se com as memórias e ficam ruminando fantasias”. (KÜBLER-ROSS, 1996, p. 191)

Quando perdemos alguém, sobretudo quando tivemos muito pouco tempo para nos preparar, ficamos com raiva, zangados, desesperados, deveriam deixar que extravasássemos estas sensações. Em geral, as famílias preferem ficar sozinhas. (...) O que [recomenda-se] novamente aqui é o seguinte: deixem o parente falar, chorar ou gritar, se necessário. Deixem que participe, converse, mas fiquem à disposição (KÜBLER-ROSS, 1996, p.191-193)

De outro lado, por uma análise-comportamental²⁹, que parte da relação organismo-ambiente, quando um reforço não segue a resposta, poderá ocorrer frustração, cólera ou ansiedade (SKINNER, 2003). Assim, a morte repentina de alguém querido é seguida por uma depressão continuada, por não haver estímulos comportamentais antecedentes, senão estímulos nutridos por condicionamentos indistintos do cotidiano (2003, p. 196).

A professora de psicologia Maria Helena Pereira Franco (2010) aponta, também, que essas visões do luto são incompletas, pois deixavam de considerar componentes sociais, culturais e espirituais na totalidade do fenômeno, contribuindo para a sua patologização. A exemplo da perspectiva ocidental que valoriza a expressão emocional do luto, “com implicações que desconsiderem a cultura, a exemplo da influência de gênero, que leva a reprodução da ideia de que o homem não vivencia o luto saudável, pelo fato de não expressarem suas emoções” (FRANCO, 2010, p. 31).

Outro âmbito que reconhece a importância da percepção cultural do luto diz respeito à necessária gestão coletiva do sofrimento, a partir de processos de memória, especialmente em situações de violência traumática, como projeto de superação e amparo à perlaboração³⁰ (ROSA, 2018, p. 296). Por se falar em lutos traumáticos, vale citar, por último, os efeitos psicológicos do desaparecimento de pessoas, que são devastadores pela incerteza do luto. Ter alguém desaparecido “é quase uma interdição das manifestações de felicidade, é aflição e sofrimento diários” (OLIVEIRA, 2012. p. 120). Encontrar o cadáver de uma pessoa desaparecida, por outro lado, torna o processo de luto realizável e, assim, mais confortável.

Não à toa o falecimento e o desaparecimento de algum familiar são situações patológicas, consoante o Catálogo Internacional de Doenças (CID), disponibilizado pela Organização Mundial da Saúde, sob a numeração CID 11 - QE61.

²⁹ Ou seja, oposta à proposta psicanalítica de inconsciente. O comportamento seria identificado com a própria vida; sendo a tarefa da análise do comportamento desenvolver um conjunto de leis que possibilite a predição e a modificação do comportamento.

³⁰ Por perlaboração entenda-se um conceito psicanalítico relacionado ao trabalho psíquico com o enlutado, dirigido a aceitação de certos elementos nele reprimidos (ROSA, 2018).

Diante desses elementos reunidos, é possível constatar que a origem histórico-religiosa do luto não lhe restringe o âmbito de incidência, ao contrário: a dor do enlutado ou daquele em situação permanente de incerteza, provocado pelo desaparecimento, são referenciais que extrapolam uma opção apenas religiosa.

A constituição do fenômeno psicológico se faz numa relação dialética com o mundo social. No caso da morte, em cada tempo e cultura existe um significado atribuído a ela. Inicialmente, esse significado é externo ao indivíduo, pertencendo à cultura. (COMBINATO; QUEIROZ, 2006, p. 214)

2.2 O morto como um recurso de poder político e científico: resumo histórico³¹

Buscou-se investigar, até agora, se a vinculação do sobrevivente com o morto advinha de dogmas puramente religiosos, sendo concluído que não. No entanto, o cadáver expõe relações complexas que vão muito além do luto individual, motivo pelo qual serão perquiridos os atravessamentos de poder político-científico em torno do cadáver, a fim de identificarmos os elementos-referenciais envolvidos, já que o poder “não se funda em si mesmo e não se dá a partir de si mesmo” (FOUCAULT, 2008b, p. 4).

No es difícil percibirse de que hay un valor simbólico en cada postura, en cada mutilación, en cada rastro de tortura, y en todos y cada uno de los demás aspectos en la presentación de los cadáveres que suelen completar o evidenciar lo que se escribe en los narco mensajes que se encuentran junto a ellos. (CUÉLLAR; DÍAZ, 2012, p.191).

Daí a relevância de racionalização quanto à influência psicológica do luto na vida de alguém, especialmente diante “do velho direito de causar a morte ou deixar viver, [o qual] foi substituído por um poder de causar a vida ou devolver a morte” (FOUCAULT, 1988, p. 131). Em vista disso,

[...] pensar o corpo é, portanto, uma das formas mais interessantes pelas quais podemos acessar questões maiores a respeito da política e da representação. O corpo como lócus de intervenção é há séculos um eixo importante de formações políticas, movimentos e ideologias. Disputar o corpo é, assim, disputar também as políticas do possível e do desejável em determinado contexto social e histórico (MONTEIRO).

Por isso, a problematização do tema revisitará algumas narrativas históricas de poder, cujo modo de operacionalização adveio da manutenção de uma dominação-exploratória de alguns corpos (vivos ou mortos), em benefício de outros: dinâmica hereditária, colonial e não abolida entre nós, seja do ponto de vista de comportamentos de alguns representantes do

³¹ Esclarece-se que essa dissertação não trabalhará o *narcocadáver* ou suas variações teóricas, a despeito do uso do morto como um recurso político de organizações criminosas.

Estado, seja de alguns profissionais das ciências saúde, em face de vulneráveis; sendo esse o recorte feito por essa dissertação.

É necessário observar que a exibição, o desparecimento ou destruição do corpo do morto não foram fenômenos neutros, ou seja, dirigidos sem qualquer finalidade. A morte comunica-se com a memória social, como se extraí dos tantos genocídios e do impacto dos procedimentos anatômicos e terapêuticos, especialmente quando praticados pelo abuso de uma estrutura de poder. Em sentido *lato* e político, a Humanidade descreve a exibição de cadáveres como elemento de submissão ao poder, já que, muito além do poder de punir³² e causar a morte, os cadáveres estavam ali para inibir, formar e disciplinar toda uma memória coletiva.

Na Antiguidade, a constante exibição de corpos crucificados e a espetacularização da destruição de outros nas arenas romanas. Na Idade Média e Moderna, permaneceu o apelo à exibição do cadáver enforcado, das partes esquartejadas (a exemplo de Tiradentes), às “entregas de cabeças” aos inimigos, mantendo aquele roteiro de espetacularização pública do poder de causar a morte.

Era da prática inquisitiva o uso do distanciamento social com o lado humano do cadáver enquanto recurso de manutenção discursiva. Para tanto, aquele que procurasse conversar com os mortos (necromancia) seria imputada a prática de um “malefício”, pois, presumia-se que tal comunicação só poderia ter ocorrido “sob o sangue de uma pessoa ou de um animal”. Além disso, aquele que “julgasse conseguir chamar as pessoas mortas do inferno às suas perguntas, estaria na verdade a consultar os demônios, que tomariam a forma das pessoas mortas chamadas a responder” (KRAEMER; SPRENGER, 2020, p.244). Afinal, o diálogo santificado era restrito aos eclesiásticos. Na Idade Moderna, temos não só os excessos dos monarcas, mas também a sua guilhotina (Luís XVI e Maria Antonieta) e a exibição de cabeças políticas pelo carrasco ao povo, seguida da famosa frase: “viva a República”, enquanto recurso de reafirmação da ruptura com o antigo poder.

No âmbito do uso político-científico, o manejo do cadáver descreve igual relação assimétrica. Na Antiguidade, a ideia de ressurreição exclusivamente faraônica; a ocorrência dos rituais fúnebres mediante vontade dos deuses, para os gregos; o constante uso de figuras xenotransplantadas (Esfinge, Ganesha, Minotauro, Centauros e Sereias), bem como a presença da anatomia, em sede de dissecações e de vivissecções de pessoas condenadas, em Alexandria, retratam a desigualdade na representação do luto e sua axiologia.

³² O uso do morto e sua conexão com o poder de punir será analisado no Capítulo 3.

A partir do Cristianismo, dada a “semelhança a Deus”, o discurso de dignidade da pessoa sacralizou o corpo humano, tornando-o intangível à experimentação científica, em linhas gerais. Afinal, o poder sobre a vida, a dor e a morte eram comportamentos divinos, sendo a igreja e o soberano seus representantes. Nesse sentido, o conto sobre o “sono profundo de Adão, em que Deus o anestesiou. Posteriormente, tomando-lhe uma costela, procedeu a uma operação cirúrgica, a qual foi finalizada pela sutura, ao fechar a ferida” (SÁ, 2003, p. 49).

Na Idade Média, a ambiguidade entre a estagnação da anatomia-prática³³ e o milagre de Cosme e Damião, o qual passa pela realização de um transplante humano *post mortem*, com contornos de igualdade biológica entre a população pela “vontade de Deus”³⁴. No mesmo contexto, temos o Papa Inocêncio VIII, que tanto protagonizou a lenda de transfusão sanguínea de três crianças, como proclamou a “Bula contra as Bruxas” (*Summis Desiderantes Affectibus*), pontuada como diabólica a capacidade “de realizar, substancial e sinistramente, a metamorfose dos corpos” (KRAEMER; SPRENGER, 2020, p. 80-81).

Em termos modernos, a ciência que desenvolvia novas práticas terapêuticas, desconstruindo o “poder diabólico”, também servia à construção de um discurso milagroso da cura, arraigado ao poder discricionário de decisão dos representantes da vontade de Deus³⁵. Com o interesse do soberano em enfraquecer o poder eclesiástico, houve um crescente incentivo ao uso do corpo humano, mitigando sua concepção sacral. O retorno do desenvolvimento científico sob o cadáver é sintoma da tumultuada disputa entre a Igreja e os líderes políticos, a partir do interesse de desqualificar o discurso do domínio exclusivamente divino sob alguns processos biológicos³⁶.

³³ O estudo da Anatomia-Prática estagnou-se pelo desinteresse político e religioso daquela época, especialmente pelo corpo humano ser visto como local da alma humana dada por Deus, os “esquartejamentos poderiam condenar a alma do indivíduo que tivesse ameaçado o corpo social, uma vez que, o elo entre a punição e a alma era, inevitavelmente, o corpo” (BUSCHINELLI, et. al., 2012, p.155). O conhecimento médico-científico era, em regra, permitido somente através dos escritos antigos, sem qualquer espírito crítico até o século XVIII.

³⁴ São Cosme e Damião transplantaram uma das pernas de um sacristão, a partir da perna de um negro. O transplante foi feito com sucesso e o sacristão passou o resto da vida com uma perna de cada cor (SANTOS, 1991, p.127).

³⁵ Também retratando o uso de partes de corpos, com conotação racial, a “lenda do escravo simpático do Século XV”, narrada pelo poeta Elizio Calenzi, sobre um certo “Branco da Sicília”, que desenvolveu uma técnica de construir um novo nariz, utilizando a pele do braço de um escravo. Uma simpatia mística passou a existir entre o doador e o enxerto, e, quando o escravo morreu, houve a queda do nariz” (CALNE, 1963, p. 3-6).

³⁶ O Rei Frederick II (1231 d.C.) ordenou o ensino da anatomia humana aos estudantes de Medicina, impulsionado a introdução da dissecação humana na grade curricular da Medicina, por Mondino Luzzi, no século XIV, em Bolonha. Os estudos de Versalius foram capazes de alterar com a percepção do estudo cadavérico como fenômeno místico, sendo-o físico; permitindo-se constatar os equívocos de Galeno secularmente segmentado na Medicina, até então.

A percepção crítica dos fenômenos sociais, por meio das noções de biopoder, biopolítica e necropolítica, serão trabalhadas a seguir, considerando que:

[...] o corpo humano, em particular, demonstra-se cada vez mais como um lugar de conflitos, os quais exigem decisões complexas e elaboradas. Os questionamentos envolvidos chegam ao coração da cidadania moderna, já que colocam em discussão a profunda antropologia do gênero humano e implicam uma redefinição dos limites do poder do homem sobre ele mesmo e sobre o ambiente que o circunda. (RESTA, 2008, p.146)

2.2.1 Narrativas de poder verticalizado e o cadáver: do biopoder ao necropoder

Ah, o racismo europeu nas colônias nos preparou para isso! E aqui estamos prontos para o correr o grande risco ianque. Então, de novo, cuidado. (CÉSAIRE, 1955/2020, p.76)

A dinâmica moderna, estabelecida pelo sistema colonialista-europeu, repercutiu na forma como a sociedade posicionava-se a respeito da representação de seus cadáveres: alguns “merecedores” de piedade, outros de mecanismo de opressão; alguns de um ritual de luto; outros de indiferença ao seu desaparecimento.

De forma geral, a noção de privilégio e racismo³⁷ também está ligada às narrativas de poder que recaem sob o cadáver. Por isso, para uma investigação da axiologia que remete à Idade Moderna, é essencial a abordagem foucaultiana e necropolítica de Achille Mbembe³⁸, também pelo encontro teórico do necropoder de Mbembe com o uso do cadáver e as noções de violência, racismo (discriminação e poder) e dispositivos coloniais de Franz Fanon, bem como do conjunto epistêmico da noção de dispositivo, liberalismo, poder disciplinar, soberania e biopolítica de Michel Foucault.

Insta salientar, portanto, que Michel Foucault constatará que “por muito tempo, um dos privilégios do soberano fora o direito de vida e morte” (FOUCAULT, 1988, p. 127). No entanto, a partir da modernidade, esse privilégio da soberania foi se transformando em “um poder cuja função mais elevada já não era mais matar, mas investir sobre a vida, de cima a

³⁷ “A colonização falseia as relações humanas, destrói ou esclerosa as instituições e corrompe os homens colonizadores e colonizados. Para viver, o colonizado precisa suprimir a colonização. Mas, para se tornar um homem, deve suprimir o colonizado que se tornou. Se o europeu deve aniquilar em si o colonizador, o colonizado deve superar o colonizado” (MEMMI, 1956/2007, p. 189)

³⁸ Necropolítica: Ensaio que pressupõe que a “expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar que pode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Ser soberano é exercer o controle sobre a mortalidade e definir a vida como implantação e manifestação de poder” (MBEMBE, 2003/2018, p.5).

baixo" (FOUCAULT, 1988, p. 131) - o que resultará em seus conceitos de biopoder³⁹ e biopolítica⁴⁰, através da institucionalização da saúde e da disciplina/normatização/gestão tecnológica dos corpos, a partir do Século XVIII.

"O poder [do soberano] era, antes de tudo, nesse tipo de sociedade, direito de apreensão das coisas, do tempo, dos corpos e, finalmente, da vida; culmina com o privilégio de se apoderar da vida para suprimi-la" (1988, p. 128), e foi sendo substituído por um discurso reverso de defesa do "corpo social". Justamente por isso, no final desse período, será extraída a ideia de que "o poder penetrou no corpo e se encontra exposto no próprio corpo" (FOUCAULT, 2003, p. 82). Daí a razão de Foucault afirmar que, na verdade, a própria liturgia do respeito dos mortos não derivaria da teologia cristã⁴¹, mas de uma política sanitária higienista, que alocou na periferia das cidades a localização dos cemitérios, no final do século XVIII.

A propósito do corpo como espaço de ciência, Foucault atribuiu a estagnação da anatomia prática dos séculos passados, não em virtude da escassez do cadáver em nome da sacralidade do corpo, mas ao antagonismo científico entre o discurso clínico (olhar sob a vida) e o anatômico (olhar sob a morte) no campo de poder teórico da própria Medicina:

A partir do dia em que se admitiu que as lesões explicavam os sintomas e que a anatomia patológica fundava a clínica, foi preciso convocar uma história transfigurada, em que a abertura dos cadáveres, ao menos a título de exigência científica, precedia a observação, finalmente, positiva, dos doentes; a necessidade de conhecer o morto já devia existir quando aparecia a preocupação de compreender o vivo. (FOUCAULT, 1977, p. 143)

Esse novo discurso científico, em meio à articulação da Medicina sob o cadáver, fez com que se expandissem as dissecações no positivismo. Na Holanda, a dissecação cadavérica era permitida apenas em face dos criminosos e migrantes, em respeito aos sentimentos dos amigos e familiares de outros "tipos de cadáveres" (RUPP, 1993).

³⁹ Biopoder: A noção de biopoder foi criada por Foucault em 1970, em seu livro *História da Sexualidade I: a vontade do saber*, a partir de seu conceito de governabilidade e de seus estudos sobre o século XVI. Vê um dos polos do biopoder como a) anátomo-política do corpo humano (corpo como máquina) e b) corpo-espécie (políticas sociais relacionadas à natalidade e mortalidade – "biopolítica").

⁴⁰ Biopolítica: análise da biopolítica conjuga os corpos a partir do biopoder(es). "O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade biopolítica. A medicina é uma estratégia biopolítica" (2003, p. 80)

⁴¹ "A individualização do cadáver, do caixão e do túmulo aparece no final do século XVIII por razões não teológico-religiosas de respeito ao cadáver, mas político-sanitárias de respeito aos vivos. Para que os vivos estejam ao abrigo da influência nefasta dos mortos, é preciso que os mortos sejam tão bem classificados quanto os vivos ou melhor, se possível" (FOUCAULT, 2003, p.90) – vide as tantas igrejas e lugares santos da Europa revestidos de esqueletos e ossos humanos (Capela de Ossos -Évora /Portugal; Cripta dos Capuchinhos-Roma/Itália; Catacumbas dos Capuchinhos- Palermo/Itália; Ossuário de Wamba/Espanha; Capela dos Crânios-Czermá/Polônia etc....).

Na Inglaterra, Hare e Burke, conhecidos ladrões de corpos do século XIX, condenados pela subtração de cadáveres, sua venda para alguns anatomicistas e pelo homicídio de pessoas em situação de rua para posterior venda de seus corpos⁴² -tamanha foi a repercussão social que Mary Shelley publicou, em 1818, a estória de Frankenstein. A subtração de corpos inglesa ensejou a edição do *Anatomy Act* (1832), que proibiu o acesso ilimitado ao corpo morto, estabelecendo que os pobres que morressem nas casas de trabalho e nos hospitais “seriam anatomicizados para angariar os fundos necessários a fim de lhes proporcionar um funeral cristão. Os mais abastados, por sua vez, trataram de cercar seus cemitérios, proteger seus mortos” (GALINDO, 2006, p. 49).

Ainda, a influência do próprio sistema colonial na percepção do cadáver, a partir da seletividade na escravidão clássica, isto é, a posse do outro como coisa (escravidão *chattel*)⁴³, resta bem ilustrada na seguinte explanação:

[...] quando analisamos o racismo científico dos séculos XVIII e XIX podemos perceber que a anatomia teve grande importância para a construção de hierarquias raciais. Por muitas vezes é a anatomia do corpo negro que é apontada como indício da inferioridade. É por meio das características desse corpo que se verifica um certo tipo de desvio. O corpo negro é apontado como o corpo que abriga uma aberração anatômica. (MOTOKANE; SILVÉRIO, 2019, p. 34-35)

No Brasil-Colônia, a história seguiu registrando a experiência europeia. Os primeiros corpos eleitos como objeto de estudo-anatômico seguiram a sistemática colonial, intensificando suas experimentações nos corpos dos escravos, como o fez o cirurgião Luís Gomes Ferreira (ABREU, 2007, p. 152). É de se ver que a legalidade colonial da mercantilização de corpos para os seus mais variados fins nunca impediu ou reduziu o contrabando dessas mesmas pessoas, senão as brutalizou ainda mais (WISSENBACH, 2009, p.291).

O corpo do escravo (negro e indígena) era o corpo que retratava o poder do soberano, assim, a tortura era marcada e exibida nos seus corpos vivos ou mortos, reproduzindo a todo instante o seu lugar de coisa, pela exibição do cadáver morto no pelourinho ou na força. De igual modo, os revolucionários, a exemplo de “Tiradentes”.

Com o iluminismo, seguido da industrialização, constroem-se novas disciplinas e normativas na administração dos corpos humanos, pautadas na soberania que articula

⁴² Burke foi condenado à pena de morte e à dissecação de seu cadáver, sendo seu esqueleto exposto até hoje na Universidade de Edimburgo (BARROS FILHO, 2016).

⁴³ A partir do julgamento dos crimes cometidos na Iugoslávia, notadamente o caso Prosecutor Vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac e Zoran Vukovic, atualizou-se o conceito de escravidão clássica foi ampliado, dando-se, pois, pela “destruição gradativa da personalidade jurídica do ser humano (ainda maior quando escravo chattel)”. (TPI, IUGSLÁVIA, 2001, p. 117).

condições de sobrevivência, na medida que a política do biopoder “é agora, cuidadosamente, recoberta pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida” (FOUCAULT, 1988, p. 131), a fim de se produzir corpos economicamente ativos e dóceis. Essa propagada missão pública de “garantir a vida” é poderosa. Foi capaz de tornar aceitável/indiferente àquela sociedade que apenas alguns corpos fossem submetidos, de forma autoritária, para a preservação dos interesses dos demais, através de um discurso de periculosidade quanto à “ameaça do outro” e à “proteção heroica de si mesmo”.

Vejamos, o genocídio de Nanking (1937), em que, não obstante o massacre pelo exército japonês, alguns chineses decapitados tinham suas cabeças guardadas por alguns dos soldados japoneses (VEZNEYAN, 2009, p. 162). Ainda que o poder de punir seja explorado no Capítulo 3, enquanto movimento de política criminal, não poderíamos deixar de ressaltar a força dessa narrativa, capaz de calcar a própria dogmática penal (neokantista):

O positivismo perigosista, embora refletisse forças mundiais, na aldeia penal se formou como produto de um acordo entre polícias com poder e sem discurso e médicos com discurso e sem poder, que deixava em posição subordinada juristas, tributários dos ensinamentos dos médicos: a criminologia etiológica do reducionismo biologista [que] estava engolindo o direito penal. (ZAFFARONI, 2019, p. 129)

Em se tratando da política eugenista da Alemanha-Nazista, cabe referir que as Leis de Nuremberg⁴⁴ deram suporte não só à dissimulação de milhares de cadáveres mortos no campo de concentração como, também, a sua submissão aos atrozes experimentos científicos para estudo *post mortem*. As experiências com o veneno (1943-1944), no campo de Concentração de Buchenwald, para investigar o efeito, consistia em ministrar junto à alimentação das pessoas, que morriam imediatamente ou eram sacrificadas para fins de realização de autopsia (PEREIRA; SOUZA, 2015, p. 10).

Sem contar a tentativa de ocultação de:

[...] 86 corpos [que] foram enviados ao Instituto de Anatomia da Universidade de Estrasburgo, onde foram conservados em formol. Quando faltavam poucos dias para que os aliados tomassem Estrasburgo, Himler ordenou destruir os 86 corpos. Deles, 70 foram esquartejados para impedir sua identificação e 16 ficaram inteiros. (AGUILAR, 2013)

Hannah Arendt, quanto às práticas nos campos de concentrações alemães, apontará o uso da morte anônima como aquela de impossível informação sobre a vida ou a morte de um prisioneiro: roubava-se a própria morte das pessoas que ali estavam, como prova de que nem

⁴⁴ “Lei da Cidadania do Reich” e “Lei para a Proteção do Sangue e da Honra Alemães”.

a morte lhes pertencia e que elas próprias não pertenciam a ninguém. Assim, a morte nada mais fazia do que ratificar que elas nunca haviam existido (2012, p. 600).

O julgamento dos médicos nazistas também reforça a ideia de submissão de corpos descartáveis, por um “bem” comum. Alguns relatos documentados da ditadura militar brasileira demonstram a seletividade na venda e compra de cadáveres, que, quando vivos, estavam institucionalizados no Hospital Psiquiátrico Barbacena, por razões políticas ou de saúde mental:

[...] 1823 corpos foram vendidos pelo Colônia para dezessete faculdades de medicina do país entre 1969 e 1980. Com a subnutrição, as péssimas condições de higiene e de atendimento provocaram mortes em massa no hospital, onde registros da própria entidade apontam dezesseis falecimentos por dia, em média, no período de maior lotação. A partir de 1960, a disponibilidade de cadáveres acabou alimentando uma macabra indústria de venda de corpos. (ARBEX, 2013, p. 76)

Afinal, como dizia o catedrático professor de medicina, seriam “mais úteis após a morte do que o foram durante a vida. Muitos deles constituíram, em vida, uma sobrecarga para a sociedade. Após a morte, com seu corpo, eles se redimem e pagam com juros abundantes a dívida que contraíram, durante a vida, para com a comunidade” (DIO DIO, 1986, p. 25).

Em 1992, a Argentina processou penalmente a venda de órgãos de pacientes, institucionalizados em um hospício (Instituto Montes de Oca), de 1976 a 1991. Constatou-se que o *modus operandi* contava com a comunicação fraudulenta à família sobre uma suposta “fuga de mais de 1.400 pacientes (desaparecidos)⁴⁵ ou a morte “natural” de outros.

Vale aduzir que a década de 90 conta sobre a representação política negativa conferida aos cadáveres, não mais exibidos, mas ocultados, a exemplo do que foi visto pela descoberta da vala clandestina de Perus e suas então 1049 ossadas, em São Paulo/SP (Brasil), ainda que, em situações excepcionais, tenha permanecido a utilização e a exibição cadavérica, a exemplo do genocídio de Ruanda (1994). Com relação à experiência brasileira, Desirée de Lemos Azevedo entende que o desaparecimento de pessoas teve um papel fundamental na caracterização da ditadura militar como um regime autoritário excepcional, por ser o elemento de opressão dos governos pós-1964, ainda que a violência sempre tenha marcado nossa história (AZEVEDO, 2020, p. 79)⁴⁶.

O desaparecimento de pessoas, notadamente quando por razões políticas (desaparecimentos forçados), não deixa de ser uma forma de eliminação, que não deixa

⁴⁵ Apenas alguns cadáveres foram localizados, em situação de mutilação e outros sem as córneas.

⁴⁶ Já que Até a Revolta da Chibata (1910) manteve a identificação do diário de bordos de seus opositores políticos, cujos cadáveres foram jogados no mar ou abandonados na selva.

vestígio, já que a ausência do corpo (vivo ou morto) “elide a apuração dos fatos, e a justiça, assim como o silêncio e o esquecimento, favorecem acomodações políticas” (TELES, 2020, p. 291).

Dessa forma a relevância das inquietações de Mbembe, ainda que dirigidas à dominação palestina, sobre: qual “lugar que é dado à vida, à morte e ao corpo humano (em especial o corpo ferido ou massacrado)? Como eles estão inscritos na ordem do poder?” (MBEMBE, 2003/2018, p. 7). O necropoder responderá por seu próprio conceito de soberania⁴⁷, que o terror da população é um componente quase necessário ao político, o qual, a exemplo do holocausto, verá “na exumação constante de ossadas desaparecidas; a permanente lembrança de um corpo rasgado em mil pedaços e irreconhecível; os limites, ou melhor, impossibilidade de representação de um ‘crime absoluto’” (MBEMBE, 2003/2018, p. 43).

Nota-se que, exatamente por isso, a conduta de fazer desaparecer ou não evitar o desaparecimento, aqui no sentido de ocultação de cadáveres, não deixa de ser uma forma de (necro)política, que atravessa o luto não vivido e o cadáver ignorado, constituindo um fenômeno não superado da ditadura brasileira, até pela repetição do discurso “se não há corpo, não há crime” (ARAÚJO, 2016) – vide os efeitos da privação do luto das Mães de Acari e das Mães de Maio⁴⁸, que de comum expõem: territórios vulneráveis e a atuação do Estado, em casos de desaparecimento de jovens negros.

Conclui-se com os dizeres de Christiano Jorge dos Santos, para quem o racismo possui “um mal dissimulado, oculto de existir” (2010, p. 207), motivo pelo qual não seria possível investigar a axiologia do uso do morto sem o reconhecimento de um racismo estrutural e de um abuso à vulnerabilidade, que reverbera após a morte, enquanto elementos de seleção.

⁴⁷ Achille Mbembe abordará a questão da morte e do corpo do morto pelas experiências de ocupações-palestinas. Perceberá que o corpo não esconde só os efeitos de uma arma, mas torna-se uma arma (homem-bombas), em que quem mata e quem morrer pode estar no mesmo ambiente aétilo. Tal seria fruto da desumanização vivenciada desde a I Guerra, pela mecanização, silêncio, impessoalidade das execuções de corpo. Para a **necropolítica** aplica-se a pura política da morte, por meio de grupos que se servem para isso, por isso seu conceito de soberania como: “a capacidade de definir quem importa e quem não importa, quem é descartável e quem não é” (MBEMBE, 2003/2008, p. 41).

⁴⁸ Trata-se a “Chacina de Acari” (26/07/1990), de 11 jovens que foram “sequestrados” de um sítio em Suruí, bairro de Magé/Rio de Janeiro, por um grupo supostamente de policiais, o qual teria exigido eventual resgate para fins de libertação das vítimas (que até hoje não foram localizadas). Já os “Crimes de Maio” (12-20/05/2006) retratam a morte de cerca de 564 pessoas, no Estado de São Paulo, em razão do conflito entre a polícia e a organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (“PCC”). Ocorre que o desaparecimento dos corpos de muitos jovens, possivelmente mortos, os quais, em nada tinham a ver com o crime organizado, a não ser o infortúnio de estar na periferia, permanece presente.

2.2.2 Alguns reflexos da pandemia de Covid-19 e a gestão do luto no Brasil: Portaria Conjunta MS/CNJ nº 1/2020

Tanto o falecimento, como o desaparecimento de alguém são fenômenos desestruturantes. Assim como o luto, o cadáver e o desaparecimento de pessoas tornaram-se temas político-democráticos, a partir do momento que o Estado passou a ter a missão de destinar condições de bem-estar social. Tamanha o significado dessa vocação democrática que, mesmo diante de situações de guerra declarada⁴⁹ ou desastres⁵⁰, a gestão de corpos ocorrerá por meio de sua identificação e acesso à informação por parte de seus familiares.

No entanto, a partir de 11 de março de 2020, com a decretação da pandemia pelo Sars-CoV-2, ocasionada pelo COVID-19, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), a Humanidade passou a revisitar temas como o luto, a memória, o acesso à informação e a gestão política da morte, uma vez que o luto é uma experiência individual, familiar e coletiva. As medidas de contenção da propagação da doença, como o isolamento e distanciamento sociais interferiram de forma abrupta para a manifestação do luto:

Devido ao distanciamento social exigido, frequentemente não existiu qualquer tempo de despedida por parte dos familiares. Nestas circunstâncias, assuntos ficaram pendentes, palavras ficaram por dizer, colocando a pessoa em luto num estado de grande angústia e de culpabilização. Não podemos esquecer ainda as restrições inerentes à realização das cerimônias fúnebres, as quais possuem uma função adaptativa muito importante. São rituais que permitem expressar a dor da perda, representar um momento de concretização das despedidas e de permitir a coesão social. (TEIXEIRA, 2020, p. online)

Em razão disso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) passou a se atentar às medidas adotadas pelos Estados americanos frente à pandemia, que pudessem ensejar a prática de violações de direitos humanos, especialmente graves violações aos grupos mais vulneráveis⁵¹, por meio da Resolução nº 1/2020, em razão da privação de direitos e garantias oficializada pelo estado de calamidade/estado de exceção. Especificamente sobre o luto, em 1º de maio de 2020, a CIDH publicou um comunicado de imprensa para tratar sobre

⁴⁹ Em termos de guerra declarada, a *Convenção de Genebra de 1949 (art. 130) e seus Protocolos Adicionais I e II* promulgados pelo Brasil através dos Decretos nº 42.121, de 21 de ago. de 1957, e nº 849, de 25 de jun. de 1993.

⁵⁰ Em termos de desastre, vale destacar a publicação *Gestão de Cadáveres após Desastres: Manual para Equipes de Primeira Resposta no Terreno*, produzida por organizações internacionais – Organização Pan-Americana de Saúde (Opas), Organização Mundial da Saúde (OMS) e Comitê Internacional da Cruz Vermelha Internacional (CICV); e o *Guia de Identificação de Vítimas de Desastre (Disaster Victims Identification Guide)*, Anexo 13, que integra o Manual elaborado pela Interpol em 2014.

⁵¹ A CIDH elencou os grupos que considera mais vulneráveis, a saber: pessoas idosas, pessoas privadas de liberdade, mulheres, povos indígenas, migrantes, solicitantes de asilo, pessoas refugiadas, apátridas, vítimas de tráfico de pessoas, pessoas deslocadas internamente, meninos, meninas, adolescentes, pessoas LGBTQA+, pessoas afrodescendentes e pessoas com deficiência (Resolução nº 1/20, Consideração nº III).

o respeito ao luto das famílias de pessoas falecidas na pandemia, destacando-se a importância de se permitir que os familiares pratiquem seus rituais no sepultamento das pessoas queridas, para homenagem e preservação da memória delas, e de se assegurar que os corpos recebam tratamento digno.

No Brasil, o início da pandemia foi marcado pela polêmica Portaria Conjunta nº 1 do Ministério da Saúde (MS) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), assinada em 30 de março de 2020, que autorizou que os estabelecimentos de saúde pudessem encaminhar para sepultamento ou cremação corpos de pessoas mortas por Covid-19 sem o registro de óbito em cartório, quando ausentes seus familiares (“corpos não reclamados”, identificados ou não) ou por “exigência de saúde pública” (art. 1º, *caput*). Para fins de posterior identificação civil dos cadáveres não identificados, os estabelecimentos hospitalares deveriam, na medida de suas possibilidades, anotar na declaração de óbito (DO) as características biométricas do paciente e, se possível, fotografar a face e a impressão dactiloscópica, para fins de anexar tais informações à declaração de óbito e aos arquivos do estabelecimento de saúde (art. 1º, §2º).

Necessário questionar: a cremação de cadáveres não identificados, desacompanhados de seus familiares, seria compatível com a gestão democrática dos sepultamentos? Quem seria essa equipe de saúde responsável pelas notificações?

Antes da Portaria nº 1, a declaração de óbito sempre foi documento privativo do médico e compõe o Sistema de Informações sobre Mortalidade do Sistema Único de Saúde pela relevância das informações que contempla, segundo o Manual de Preenchimento de Declaração de Óbito, emitido pela Fundação Nacional de Saúde (FUNASA). Tais declarações de óbito deveriam ser encaminhadas às Secretarias Estaduais, que redistribuiriam à rede especializada: Instituto Médico Legal (IML), unidades de saúde, serviços de verificação de óbito e cartórios, com base na causa e circunstância da morte.

O fluxo pré-pandemia, relacionado às declarações e registros de óbitos, exigia a declaração de todas as informações causais e circunstanciais disponíveis, de modo a viabilizar a localização de eventual cadáver desaparecido. Eliana Faleiros Vendramini Carneiro (2020) alerta que, apesar da excepcionalidade dessa pandemia, na prática, a falta de respeito à identificação do cadáver e a comunicação de seu encontro a um familiar não decorre da pandemia, senão de uma necropolítica à brasileira⁵².

Concomitantemente à flexibilização da inserção de dados na declaração de óbito e da própria obrigatoriedade do óbito para o sepultamento, causou comoção o desaparecimento de

⁵² Nesse sentido já consignamos de aprofundada em: “O Ministério Público em Busca de Pessoas Desaparecidas: desaparecimentos forçados por omissão do Estado”, publicado em 2016.

três bebês indígenas, que, mesmo identificados, tiveram seu paradeiro oficialmente dado por desaparecido, em decorrência da comentada alteração no fluxo funerário⁵³. A rumorosa repercussão midiática do desespero de suas mães fez com que esses bebês fossem localizados, em serviços públicos: dois estavam no cemitério municipal e o outro no IML. Não bastasse a dor do redesaparecimento e da ausência de divulgação da posse desses cadáveres, essas três mães-Sanömas (grupo étnico Yanomami) não foram respeitadas sequer em sua liberdade de crença, pois os Yanomamis não sepultam seus mortos.

Essa situação foi tão paradigmática que provocou os questionamentos do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro sobre os eventuais casos de subnotificação de “fugas” ou “mortes por COVID-19” nos presídios, em razão da celeridade e informalidade para o sepultamento. Não faz muito tempo que o Brasil operou da mesma forma e institucionalizou, oficialmente, dinâmicas de produção e ocultação de violências estatais, “sendo possível, por essa portaria, estabelecer novas alternativas para casos de desaparecimentos forçados” (AZEVEDO, 2021, p. 114).

Em uma leitura atenta ao Sistema Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas (Lei nº 13.818/19) e da Lei de Registro Civil (Lei nº 6.015/73), bem como da Nota Técnica da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público, que trata da divulgação e ampliação do uso do Sistema Nacional de Localização e Identificação de Desaparecidos (SINALID) (Nota Técnica nº 2/2020-CDF COVID-19), e do Ofício nº 114/2020/PFDC do Ministério Público Federal, essas alterações da Portaria MS/CNJ nº 1/2020 foram modificadas. A Portaria Conjunta MS/CNJ nº 2, de 07 de maio de 2020, reformulou o texto, tornando vinculada (e não mais discricionária) a inserção e guarda dos dados biométricos e de translado com o cadáver, o registro de tal óbito junto ao banco de dados do Sistema Nacional de Localização de Pessoas Desaparecidas (SINALID), e a impossibilidade de cremação de cadáveres não identificados e não reclamados (art. 1º, §§ 2º a 7º).

Quanto à situação de desconhecida posse dos cadáveres não identificados, incentivou-se a possibilidade da parceria entre a Polícia Técnica Científica com os estabelecimentos de

⁵³ “Roraima, 28 de abril de 2020. Três mulheres Sanöma, grupo étnico Yanomami, e seus bebês são levadas para Boa Vista com suspeita de pneumonia. No hospital, todos contraem Covid-19. Sem falar português, as mães ficam sabendo, dias mais tarde, que seus filhos não resistiram. Contudo, quando tiveram alta, não havia corpo que pudesse levar de volta à aldeia. Os bebês haviam desaparecido. O caso aconteceu cerca de um mês após a assinatura da Portaria Conjunta N° 1 entre o Ministério da Saúde (MS) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 31 de março de 2020, que autoriza os estabelecimentos de saúde a encaminhar para sepultamento ou cremação os corpos de pessoas mortas por Covid-19 sem o registro de óbito em cartório nas hipóteses de “ausência de familiares” e de “exigência de saúde pública” (AZEVEDO, 2021, p. 113).

saúde para fins de colheita de material genético, para posterior cruzamento com o cadáver, como já é feito através do sistema CODIS⁵⁴.

Em todo o caso, os efeitos da pandemia no luto vão muito além da alteração de sua liturgia ritualística, não sendo possível dimensioná-los ainda. A marca de 500 mil mortos, em 19/06/2021, demonstra que o Brasil enfrenta atravessamentos complexos, especialmente pelo reforço constates a lógicas de poder desiguais, as quais são mantidas por razões de abuso à vulnerabilidade, de forma estrutural.

2.3 Luto, memória e história: o cadáver em termos de fundamentalidade

A interface interdisciplinar desenvolvida supra serviu de arrimo para fins de levantamento empírico, quanto à base epistemológica que circunda o tema. Os referenciais empíricos ali identificados fornecem dados para uma análise crítico-normativa das justificações constitucionais. Nesse sentido, Peter Harbele (2003), que percebe a constituição como “ciência aberta da cultura”⁵⁵, sempre reconhecerá a influência de antecedente de fatos culturais, revelados da soma das experiências pretéritas que sinalizam ao Constituinte seu conteúdo de criação e incidência (a exemplo de instituições, bens, garantias e direitos fundamentais)⁵⁶.

Em consonância à metodologia ferrajoliana, os traços de fundamentalidade irradiados das relações com o cadáver serão demonstrados pelo emprego conceitual-jurídico de bens, direitos e garantias fundamentais do referido autor. A relevância de tal cuidado está atrelada à didática de catalogar a análise do tema, sem perder de vista a metodologia garantista. Daí a predileção pelo conceito de i) direitos fundamentais, de Luigi Ferrajoli, na síntese de Sérgio Cademartori (2007, p. 38):

[...] para Ferrajoli, uma vez reconhecida a natureza dos direitos fundamentais enquanto princípios axiológicos de justificação do Estado, tais direitos não são “fundados”, mas fundantes; mas não são normas, e sim princípios ético-políticos externos, carentes de fundamentos, já que eles são fundamentos (fruto de opções

⁵⁴ Para maior aprofundamento, recomendamos a leitura de nosso artigo: Ministério Público em Busca de Pessoas Desaparecidas: a Necessidade da Identificação Criminal de Vítimas de Homicídio via CODIS - Combined DNA Idex System, *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo* (ESMP/MPSP), v. nº16, nº 2, p. 89-107, 2019.

⁵⁵ Para Harbele (2003), o conceito cultural e aberto da constituição advém de um duplo processo cultural, que possui natureza temporal e espacial. Enquanto *processo temporal*, há um elemento diacrônico, resultado das experiências históricas, e outro sincrônico, que corresponde ao processo constituinte em si. Enquanto *processo espacial*, identificam-se os elementos relacionados aos padrões culturais, cuja gênese corresponde ao “processo aberto de constituição” (padrões sociais transmitidos entre as gerações); a exemplo do federalismo dos EUA, direitos humanos etc.

⁵⁶ Adverte-se que não se trata de um diálogo entre Ferrajoli e Harbele.

morais e convenções); mas, uma vez incorporados à ordem normativa, convertem-se em normas jurídicas de nível constitucional.

Trata-se de “todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status de pessoas*” (FERRAJOLI, 2001, p. 19). Encontram-se em qualquer expectativa positiva (prestações) ou negativa (abstenções) em face de uma norma. Essas obrigações prestacionais ou proibitivas serão chamadas de ii.a) garantias primárias. As violações desses direitos subjetivos que ensejam reparação ou sanção, na via jurisdicional, serão chamadas de ii.b) garantias secundárias. Já a noção de “bens” corresponderá “aquilo que pode ser objeto de uma situação jurídica” (FERRAJOLI, 2011, p. 52-53), logo, serão iii) bens fundamentais todos aqueles “bens cuja acessibilidade é garantida a todos e a cada um porque objeto de outros tantos direitos fundamentais e que, por isso, da mesma forma que estes, são subtraídos à lógica do mercado, a exemplo do corpo humano” (FERRAJOLI, 2011, p. 54).

Dessa forma, essa dissertação observará o cadáver como bem fundamental, por constituir objeto de outros direitos fundamentais, os quais serão apresentados a seguir.

2.3.1 Direito ao luto digno, à memória social, à verdade e à informação

No Brasil, a fundamentalidade do tema é extraída do conteúdo da Constituição de 1988, que, incorporando a lógica de diversos documentos internacionais de direitos humanos⁵⁷, considera o valor ético-político em face do cadáver como bem fundamental, a partir da sistematização dos direitos fundamentais relacionados ao luto, como o direito à saúde (psicológica) e à liberdade de crença, bem como aos direitos fundamentais transindividuais, a exemplo dos direitos à cultura, à história, à memória e à verdade, que integram o patrimônio social de gestão dos mortos. Do ponto de vista individual e externo (ao direito), o exercício de luto incorporou-se ao núcleo essencial da própria dignidade da pessoa humana, constituindo parte da identidade do enlutado, afinal, a experiência do luto é um dos múltiplos:

[...] aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, sociológico o somático, mientras que otros son de

⁵⁷ Declaração de Direito do Homem e Cidadão; Pacto de San José da Costa Rica e seu art. 17 (Decreto Federal nº 678); Convenção de Viena de 1948 e seus Protocolos Adicionais (Decreto Federal nº 849/1993); Convenção de Haia (Decreto Federal nº 719/1914; Declaração Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado das Nações Unidas; Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas de 1994; Protocolo Adicional à Convenção de Combate ao Crime Organizado Transnacional (Decreto Federal 5.016 e 5.017/2004); Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado (Decreto nº 8.767/2016); Sentença Brasil Vs. Gomes Lund.

diversa índole, ya sea ésta cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, em conjunto, globalmente, caracterizan y perfilan el ser ‘uno mismo’, el ser diferente a los ‘otros’, no obstante ser todos iguales em cuanto pertenecen a una misma especie animal” (SESSAREGO, 1992, p. 15).

Sob o ponto de vista individual e interno (ao direito), o exercício do luto é um desdobramento dos direitos fundamentais à liberdade, à igualdade, à saúde mental (direito à vida), à proibição da submissão a tratamento degradante, ao livre exercício de consciência e crença, bem como ao acesso à informação (art. 5º, *caput*, inc. III, VI, X e XIV, da CF/88).

No Brasil, trabalha-se de forma infraconstitucional com o cadáver, pelo prisma dos direitos da personalidade, observados como cláusulas abertas, no Código Civil de 2002 (CC/02). A doutrina clássica civilista vislumbra que o luto expressa direitos aos seus parentes “em razão do sentimento de piedade [entre outros] que os liga à pessoa falecida” (CHAVES, 1977, p. 289-290), argumento de cunho moral, também apresentado pela doutrina penal clássica, quando da edição do Código Penal de 1940 (CP/40). Antônio Carvalho Martins (1986, p. 62) afirma que a

[...] família apenas recebeu da lei os poderes necessários para a manifestação dos seus afetos. Após a participação do óbito, esses poderes traduzem-se, sinteticamente em: conservar e proteger o cadáver, decidir supletivamente sobre o lugar e modo de enterro e honras fúnebres. Quanto ao mais, incumbem-lhes aceitar o cumprimento das normas regulamentares sobre polícia sanitária e mortuária.

O entendimento mais atual da doutrina civilista percebe o luto como um dos “direitos ínsetos na pessoa, em função da própria estruturação física, mental e moral” do familiar (BITTAR, 2015, p. 35-36). Diante da extinção da personalidade jurídica com a morte, o português André Gonçalo Dias Pereira apresenta melhor visão técnica ao conferir ao luto não o status de direito, mas de bem jurídico tutelado⁵⁸.

A violação desses direitos fundamentais atrelados ao processo de luto enseja a reparação por “quaisquer atos que possam afetar a saúde mental e o equilíbrio emocional da pessoa” (DINIZ, 2014, p. 217) e, de igual forma, a violação ao acesso à informação, pois:

[...] ante el derecho de la persona se yergue el deber de los demás de respetar la ‘verdad’ que cada cual proyecta, de modo objetivo, em sea vida de relación social. Tratándose de una situación jurídica subjetiva hallamos también que frente al derecho del sujeto, aparece a sea vez, su propio deber de ser auténtico em las manifestaciones externas de su personalidad, de que ella se exprese tal cual es. (SESSAREGO, 1992, p. 115)

⁵⁸ Através do reconhecimento ou atribuição de direitos subjetivos ou através da proteção (objetiva) de bens jurídicos. É nesta segunda via que entendemos dever ser considerada a tutela dos interesses, valores e dimensões espirituais- em suma dos bens jurídicos ligados ao cadáver e à memória do defunto (2015, p. 318-319)

Justamente por essa projeção objetiva do modo de vida e das relações sociais sobre o luto é que se torna possível delimitar os elementos ético-políticos que justificam o interesse jurídico: em razão do cadáver, sua história e a causa de sua morte figurarem como fragmentos do patrimônio histórico-cultural de toda uma civilização - ponto de vista coletivo e externo (ao direito). Ainda sob o ponto de vista coletivo, mas interno (ao direito), o cadáver se relaciona com a transmissão do patrimônio cultural entre diversas gerações, prometida pela Constituição Federal de 1988, que assegura não só o pleno exercício dos direitos culturais, como também às fontes da cultura nacional” (art. 215, *caput*, da CF/88), não sendo constitucionalmente legítimo aceitar políticas que obstruam, prejudiquem ou impeçam o acesso à informação sobre a identidade de quem morreu, como morreu e onde está aquele cadáver.

Afinal, o cadáver é a maior fonte de prova e de memória, pois objeto de “expressão e vivências” de diferentes grupos da sociedade brasileira (art. 216 da CF/88). É verdade que “o ser humano não vive apenas da cultura, mas essencialmente vive graças à cultura e da cultura das gerações passadas e presentes (num sentido de contrato cultural das gerações, que em si é uma conquista cultural” (HARBELE, 2003, p. 242) e pertence à educação histórica de cada sociedade.

Não à toa, o direito fundamental de acesso à informação (art. 5º, inc. XIV, da CF/88) e publicidade dos atos da Administração (art. 37, *caput*, da CF/88), *per se*, já fundamentariam uma gestão cadavérica racional, democrática e oficial. Do contrário, não é possível esquecer do impacto histórico-cultural da verdade gritada pelos mortos da ditadura militar, que, apenas em 1990, no cemitério Dom Bosco, descortinou-se parte da história do antigo regime, por meio da exumação dos cadáveres que ali estavam sem identificação. O que se deu, igualmente, no Araguaia, que apenas em 1991, após expedição não-oficial de parentes de desaparecidos da ditadura, revelou um verdadeiro cemitério clandestino de desaparecidos⁵⁹.

Observando esses episódios, Flávia Piovesan classifica o direito fundamental à verdade por uma dupla dimensão (individual e coletiva). Individual ao conferir aos familiares de vítimas de graves violações o direito à informação sobre o ocorrido, permitindo-lhes o direito ao luto; coletivo ao “assegurar o direito à construção da memória e identidade coletivas, cumprindo um papel preventivo, ao confiar às gerações futuras a responsabilidade de prevenir a ocorrência de tais práticas”. (PIOVESAN, 2018, p.485)

⁵⁹ A propósito, a condenação brasileira no caso Gomes Lund.

Em suma, o morto é patrimônio histórico-cultural e há compromissos “mínimos às próximas gerações humanas com o acesso e fruição à memória coletiva e aos valores fortalecedores da identidade dos grupos, especialmente dos grupos vulneráveis” (SOARES, 2007, p. 67). Por isso, o modelo de relacionamento jurídico com os próprios cadáveres, no Brasil,

[...] é o que diferencia uma sociedade de outra e o que a constitui. Se são os gloriosos, se são os virtuosos, se são os poderosos, se são os midiáticos, ou se a morte é sempre um fracasso(...) todos estes modos de se relacionar com o morto constituirão identidades culturais diferentes. (CULLETON, 2015, p. 241-242)

Assim, era mister esclarecer as justificações que tornam o cadáver embutido de traços de fundamentalidade, enquanto bem fundamental, a fim de examinar a programação penal conferida ao tema, no intuito de verificar sua legitimidade, o que será feito no Capítulo 4.

2.3.2 *Disposição gratuita do cadáver*

A impossibilidade da capitalização de corpos, vivos ou mortos, inteiros ou em partes, é produto histórico de toda uma construção humanista, amparada pelo modelo ideológico escolhido pelo Brasil: regime democrático. Em termos de democracia substancial⁶⁰, a distribuição de órgãos gratuita iguala as chances de todos os potenciais receptores, bem como a qualidade de ensino de todas as instituições de ensino pelo contato com o material didático cadavérico.

Abordar a gratuidade cadavérica, no contexto de uso do morto como um recurso de poder, tem sua importância pelo conflito gerado com ideias utilitárias, as quais, não fosse a gratuidade constitucional expressa, poderiam convalidar o aproveitamento obtido de forma não violenta, sem qualquer consideração aos atravessamentos epistêmicos que integram a política do biopoder e da necropolítica. Ao prever expressamente a gratuidade do uso humano *post mortem*⁶¹ (art. 199, §4º, da CF/88⁶²), a Constituição brasileira harmonizou o tema,

⁶⁰ “En efecto, pues el mismo ha injertado en la democracia una dimensión sustancial, correspondiente a la dimensión sustancial de la validez de las leyes y diseñada por los límites y los vínculos jurídicos, de sustancia o contenido, impuestos a los poderes políticos de mayoría. En síntesis, ha impuesto la que cabe llamar esfera de lo no decidible: esto es, lo que ninguna mayoría puede válidamente decidir, o sea, la violación o la restricción de los derechos de libertad, y lo que ninguna mayoría puede legítimamente no decidir, es decir, la satisfacción de los derechos sociales constitucionalmente establecidos”. (FERRAJOLI, 2014, p. 9)

⁶¹ Desde a Ata da 1ª reunião (Instalação) da Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente, realizada em 07 de abril de 1987, há manifestação pela constitucionalização e legislação do transplante. Quanto ao comércio humano, a pauta proibitiva está presente desde o Anteprojeto Afonso Arinos (art. 358, p. único).

⁶² CF/88, art. 199, § 4º - “a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”.

sistematicamente, com os critérios de isonomia, formal e substancial, enfrentando, normativamente, a situação de vulnerabilidade. Sendo mister dizer que essa situação de vulnerabilidade advém de uma prática ainda reproduzida pela indiferença não só do uso do corpo, mas do corpo do outro.

Giogio Agamben bem sintetiza que na relação do uso do corpo as noções de senhor e escravo repetem-se no tempo, como já dizia Aristóteles. Dentre outras características,

[...] o escravo, que se define por intermédio desse ‘uso do corpo’, é o homem sem obra que torna possível a realização da obra do homem, aquele ser vivo, que embora sendo humano, é excluído da humanidade – e, por essa exclusão, incluído nela – para que os homens possam ter uma vida humana, ou seja, política. (AGAMBEN, 1942/2017, p. 41)

Distribuído em legislação esparsa, a disposição gratuita do cadáver é trabalhada na esfera infraconstitucional, seja para fins terapêuticos (Lei nº 9.434/97), seja para fins científicos (Lei nº 8.501/92, Resolução do Conselho Nacional da Saúde nº 466/2012 e suas revisões). Além disso, a proximidade entre o uso do corpo, os direitos da personalidade e as situações de vulnerabilidade faz o direito trabalhar em rede com a percepção do cadáver como coisa *extra commercium*.

Trata-se, afinal, de uma relação jurídica unilateral, sem contraprestação de qualquer natureza, dado ao amplo alcance conferido ao termo constitucional e proibitivo de “todo o tipo de comercialização”. Nesse sentido, prometer ao paciente ou ao familiar vantagem diversa ao proveito monetário, a exemplo de um tratamento médico-hospitalar, eventual passagem de transporte para outro estado ou país, também são comportamentos inviabilizados pela lei e pelo objetivo de erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, inc. III, da CF/88). O ato gratuito que concede a fruição humana *post mortem* pode advir de ato de disposição gratuita em vida ou, após a morte (art. 14 do CC/02)⁶³. Entende-se, ainda, que a família do de cujus poderá dispor gratuitamente do cadáver, suas partes, ossos ou tecidos, mediante o consentimento livre, esclarecido e informado⁶⁴.

⁶³ CC/02, art. 14 – “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”

⁶⁴ “O consentimento informado constitui, segundo o Comitê Nacional de Bioética da Itália, a legitimação e o fundamento do ato médico. Por esse motivo, deve, além de comportar o conhecimento objetivo do tratamento ou da experimentação, ser isenta de vícios, como erro, coação física ou psíquica, ou simulação, não podendo estar condicionada por interesses ou promessas. (DINIZ, 2014, p. 809)

Não serão enfrentadas as discussões sobre a divergência da vontade de doação *post mortem* do de cujus com seus familiares, por ser tema complexo e não estar dentro do objeto de análise perquirido.

Ainda assim, é necessário esclarecer que os direitos fundamentais e a crítica epistemológica gritam por maior fiscalização às situações de utilização de corpos sem qualquer consentimento ou sua dissimulação. Saliente-se, ademais, sobre a exigência legal de identificação civil do cadáver utilizado, em regra, qualquer que seja o fim de sua utilização, como política de enfrentamento ao tráfico humano e ao desaparecimento de pessoas, cuja motivação epistêmica consta do item 2.2.

Quanto ao aspecto teleológico, tem-se que o cadáver somente poderá ser usado para fins de aproveitamento científico ou terapêutico. Quanto à finalidade de estudo ou pesquisa, é oportuno esclarecer pela possibilidade de utilização de cadáver identificado, doado diretamente pelos familiares, ou, sem o consentimento dos familiares, apenas nos termos da Lei nº 8.501/92, quando o morto for considerado não reclamado. A não reclamação cadavérica consiste na legalidade excepcional do uso de um cadáver, civilmente identificado, que tenha sido encontrado desacompanhado de seus familiares.

Nesse procedimento da não reclamação, deverão ser realizadas buscas por consentimento do familiar, não obstante o registro de seu óbito (art. 81 da Lei de Registros Públicos) e, no silêncio de interesse familiar pelas próximas 48h, será expedida a respectiva guia de sepultamento em área pública⁶⁵, ressalvado o interesse de uso anatômico-científico, após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias sem a reclamação, no Estado de São Paulo (art. 2º da Lei nº 8.501/92).

Nota-se que essa doação presumida por lei pressupõe a publicidade da posse do cadáver em razão da exigência legal de publicação em canais de comunicação pelo prazo de 10 dias (art. 3º, §1º, da Lei nº 8.501/92). A preocupação com o não desaparecimento de pessoas por razões de uso científico fez com que a lei exigisse a guarda de todos os dados que permitam posterior reclamação, a exemplo de fotografias, pertences e documentos encontrados com o morto (art.3º, §4º, da Lei nº 8.501/92).

Já o cadáver não identificado e não reclamado poderá ser utilizado, exclusivamente, para o fim científico, sendo imprescindível a conservação de dados que possibilitem sua posterior identificação (art. 3º, §4º c.c. arts. 4º e 5º). Quanto à morte violenta ou suspeita de

⁶⁵ O Estado de São Paulo regulamentou de forma ainda mais clara a provisão de corpos para estudo e pesquisa, através do Provimento da Corregedoria-Geral de Justiça nº 16/97, o qual condiciona expressamente o uso didático dos corpos desacompanhados de seus familiares, no momento do óbito, à publicidade da posse do corpo.

crime, não será possível a utilização de cadáver, identificado ou não, para o fim de estudo e pesquisa (art. 3º, §3º, da Lei nº 8.501/92 c.c. art. 158 do CPP).

Quanto ao uso terapêutico do cadáver, mesmo diante de morte violenta ou suspeita, seu aproveitamento poderá ser realizado quando se tratar de pessoa identificada ou em caso de doação por seu familiar (art. 25 do Decreto Federal nº 9.175/17), desde que: a “retirada i) não prejudique a análise e a identificação das circunstâncias da morte” (§1º); ii) tenha ciência prévia dos serviços médico-legais ou de verificação de óbito (§2º); e iii) o corpo seja acompanhado de relatório circunstanciado da cirurgia de retirada e dos eventuais procedimentos realizados”. Os cadáveres resultantes de morte violeta com identidade desconhecida, via de regra, serão inutilizados, em razão de se tratar de fonte de prova de uma morte suspeita, exigindo-se exame pericial de corpo de delito (art. 158 do CPP/41).

Tendo em vista o programa constitucional, é possível dizer que o Brasil possui alguns instrumentos de contraposição à obtenção onerosa de cadáveres, atribuindo especial tratamento ao corpo humano *post mortem*, não ignorando, no plano jurídico, as mazelas sociais do uso abusivo e/ou arbitrário do corpo humano. Ainda assim, na prática, percebe-se que o tema não é muito articulado, no sentido da rede de proteção de direitos coordenar uma política que permita uma gestão democrática do cadáver, apta a enfrentar, por meio de ações preventivas, fiscalizatórias e sancionatórias, ao fenômeno do tráfico de órgãos (em sentido lato).

Enfim, a constitucionalidade da gratuidade, prevista pelo ordenamento, limita o modo de utilização do corpo, o que não prescinde de amplo debate, interdisciplinar, em razão da epistemologia do tema demonstrar situações sociais extremamente complexas e derivadas de dinâmicas estruturais da própria sociedade (vide os itens 2.1 e 2.2). Não se pode dizer que existe, no Brasil, atualmente, um trabalho de racionalização do direito, especialmente na seara penal, quanto ao controle jurídico sob narrativas político-sociais ou científicas não democráticas.

O uso do corpo do morto permanece sendo um assunto restrito a determinados setores envolvidos, historicamente, na construção das narrativas que verticalizam poder; um tabu para parte da sociedade, tal como os casos de abuso resumidos a uma “lenda urbana” – o que prejudica a submissão de casos duvidosos ao controle da lei. Nesse sentido, ainda que expressa a preocupação do cadáver como um recurso do poder político-econômico, não se vê, em termos práticos, um efetivo comprometimento com o tema, que permanece superficial e restrito aos contornos do direito positivo, a exemplo da simples menção da proibição da pena

de morte e da tipificação dos crimes contra a vida, respeito aos mortos ou inseridos no âmago dos transplantes, sem maiores problematizações.

3 A POLÍTICA CRIMINAL CONTADA PELOS CADÁVERES

A busca por justificações externas de legitimidade, produto da metodologia garantista, consegue apresentar narrativas de poder de diversas naturezas, ao propor uma observação ampla e retrospectiva da genealogia de seu objeto crítico. Iniciou-se a crítica por meio de narrativas alheias ao direito penal, em razão da atuação excepcional e última desse.

Mostrava-se essencial conhecer se haveria traços de fundamentalidade das relações jurídicas advindas do cadáver ou mera moralidade, bem como se os elementos das justificativas axiológicas pertenceriam a discursos democráticos ou arbitrários. Considerando que falar do morto é tratar de um conjunto de normas, dogmas e políticas anteriores ao direito penal, a investigação das narrativas político-criminais será obtida pela análise crítica dos principais movimentos de política criminal.

Esse capítulo analisará os contextos em que o cadáver foi utilizado como um recurso do poder de punir. Considerando que “o culto à lei e ao direito em vigor não significa o estiolamento da crítica ao direito consciente dos defeitos das instituições, com o propósito de melhorá-las e aperfeiçoá-las” (MARQUES, 1965a, p. 66), a reflexão sob os movimentos de política criminal trará ao debate importantes contribuições.

A propósito, a política criminal foi vista em Liszt, como um dos nortes de sua proposta de “ciência penal conjunta/total/global”⁶⁶. Por sua vez, para Jorge de Figueiredo Dias (1999, p. 23), a consecução de uma tarefa social de controle do crime depende “de uma definição estratégica de controle social do fenômeno da criminalidade”, sendo insuficientes a mera compreensão legal ou dogmática.

No contexto do Estado de Direito (liberal-individualista), marcado pelo positivismo jurídico, a política criminal encontrava barreiras estruturais para o seu desenvolvimento, pois era entendida como “auxiliar” do direito penal. Se, por um lado, a política criminal tinha a função de revelar os caminhos da reforma penal, por outro, “ela não detinha competência para influenciar, de qualquer forma, a compreensão, a sistematização e, em definitivo, a aplicação das normas jurídico-penais” (DIAS, 1999, p. 27-28).

⁶⁶ Por ciência total entenda-se o olhar dogmático, político-criminal e criminológico do direito penal. “Esta ideia de v. Liszt, como todas as ideias verdadeiramente percursoras, não conseguiu impor no âmbito jurídico-penal sem antes ter acarretado ao seu autor muitas incompreensões e mesmo a mais decidida oposição. Nesta se tendo distinguido Karl Binding, que acusou as concepções ‘globais’ deste tipo de abandonar o solo firmado da lei, do seu tratamento dogmático-sistêmático, do seu conhecimento e aplicação precisos, para, cedendo a ‘impulsos diletantes’, penetrar no terreno movediço e interdito a juristas enquanto tais das investigações de caráter político e científico-natural”. (DIAS, 1999, p. 24)

Justamente por atenuar as exigências legais formais, o paradigma do Estado Social de Direito influenciou no estatuto da política criminal; contribuindo com sua autonomia em relação ao direito penal positivo e sua dogmática:

Não é por acaso, com efeito, que se passa então a sublinhar que o objeto da política criminal é de todo o ponto diverso do objeto da dogmática jurídico-penal. Este continua a ser constituído pela infração penal, tal como ela seja estritamente definida por lei votada no Parlamento; diferentemente, o objeto da política criminal não é constituído apenas pela infração penal, mas por todos os fenômenos de patologia social substancialmente aparentados com aquela. (DIAS, 1999, p. 30)

Essa falta de intersecção enfraquecia ambas as ciências, o que ensejava uma maior preocupação sistêmica social do que com a regra. A partir do Estado Democrático e Social de Direito⁶⁷, a política criminal passou a ocupar um lugar de transcendência da dogmática, inclusive, chegando ao ponto de integrar-se a ela, a exemplo do funcionalismo de Claus Roxin. Jorge Figueiredo Dias propõe uma visão cooperativa e otimizadora entre a política criminal e a dogmática, vendo a política criminal como produto

[...] da interdisciplinaridade do direito penal com a ciência política e especialmente com a engenharia institucional. É função da ciência política precisar os efeitos das decisões legislativas e judiciais e, por conseguinte, notificar ao dogmático, ao parlamentar e ao juiz as consequências reais daquilo que o primeiro propõe e os demais decidem, assim, como informar-lhes acerca do sentido político geral do quadro de poder em que tomam suas decisões, o qual pode ser liberal ou autoritário, garantidor ou policial, isto é, reforçador ou debilitador do estado de direito. (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 275)

3.1 O cadáver em meio aos primeiros movimentos de Política Criminal

Desde as sociedades mais primitivas, o uso do cadáver nunca deixou de representar um recurso de memorização da extensão do poder de punir, em face da força comunicativa social da imagem da morte e dos cadáveres. As características da brutalidade, vingança e atos sacrificiais do período primitivo são até hoje comunicadas pela violência destinada ao corpo humano. Enquanto tabus, viu-se que o exercício de luto possuía intervenções normativas, que criavam uma atmosfera plural, no sentido de variar a respeito da importância ou não da liturgia do luto e do respeito aos sentimentos envolvidos (dor, alegria ou indiferença).

⁶⁷ “Sob esta designação quero compreender todo o Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa mesma razão, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e realização de todas as condições-políticas, sociais, culturais, econômicas- do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um”. (DIAS, 1999, p. 33)

A proibição e os efeitos do contato com o cadáver ou com a viúva foram observados por Bronislaw Malinowski, em uma sociedade tribal não ocidental. Os sistemas legais e religiosos obedeciam à mística e justificavam seu cumprimento pela força dos costumes, o que pode ser visto, justamente, nos ritos de luto e de tristeza pelos mortos:

Em primeiro lugar, percebemos neles, naturalmente, o seu caráter religioso: são atos de religiosidade em relação aos mortos, causados por medo, amor ou solicitude para com os espíritos daqueles que partiram. Enquanto demonstração ritual e pública da emoção, eles são também parte da vida ritual da comunidade. (MALINOWSKI, 2003, p.33)

Havia, ainda, uma obrigação social por “respeito” ao espírito do morto (e não aos vivos ou à verdade por trás da morte). A essa lógica também se inserem noções de seletividade, sendo a bruxaria ora uma justificativa de punição, ora redenção - se praticada em prol do clã. Por isso, os corpos dos mortos não receberiam o mesmo tratamento, pois variava em termos de ritualística e “respeitabilidade”, a depender de quem era o cadáver (feiticeiro, adulterio ou morto por bruxaria) e a causa da morte (natural, punitiva ou sacrificial).

Demonstra-se, com isso, que até os sistemas mais informais de direito realizavam a gestão cadavérica de forma seletiva e irracional, apoiados na ideia de “bom ou mau” ou de “bem maior”. Esse tipo de discurso utilitário do corpo, enquanto um recurso “sacrificial”, é atual e pode ser visto nos corpos de terroristas, que são transformados em instrumento do crime, como se fosse uma “máscara que esconde a arma que logo será detonada” (MBEMBE, 2003/2018, p. 63)⁶⁸.

Outra narrativa antiga e utilitária-sacrificial refere-se ao uso do cadáver a partir da vontade de um ser superior, a exemplo dos deuses”⁶⁹. A atualidade reside que a vontade de deus foi substituída pela vontade do soberano e, posteriormente, pelo Estado. Talvez, por isso, a ambiguidade da representatividade social do cadáver não tenha se desvinculado dos discursos retributivos entorno do corpo do morto (exiação, retribuição jurídica, na seara das más práticas sancionadas pelo poder de punir); reafirmando-se a força do poder de punir, em meio à finalidade da pena⁷⁰.

⁶⁸ “Ao contrário do tanque ou míssil, que é claramente visível, a arma contida na forma do corpo é invisível. O corpo não esconde apenas uma arma. Ele é transformado em arma, não em sentido metafórico, mas no sentido verdadeiramente balístico” (MBEMBE, 2003/2018, p. 63).

⁶⁹ “O sacrifício opera a partir da mesma mecânica, procurando controlar e canalizar os deslocamentos e substituições espontâneos que ocorrem nesse momento [do sacrifício]” (VANZOLINI, 2021, p. 124), sendo o sacrifício uma violência sem vingança e a vítima sacrificial é o inimigo que, aniquilado, salvará a comunidade.

⁷⁰ “Tradicionalmente as teorias sobre as finalidades da pena são classificadas como absolutas/retributivas, relativas/preventivas e mista/ecléticas. Para as teorias absolutas [vingança, exiação, imperativo da justiça e retribuição jurídica], a pena teria função predominante retributiva, ou seja, teria como objetivo compensar o mal do crime. Para as teorias relativas [prevenção geral/especial; negativa/positiva], a pena teria como função prevenir novos crimes, ou seja, teria um objetivo futuro. Para as teorias mistas, por fim, a pena teria as duas

Tanto é assim que nos primeiros movimentos de vingança de sangue (pública ou privada)⁷¹, registrados nos mais antigos documentos penais (Código de Hamurabi, Lei de Talião, Livro de Manu e Bíblia), é possível descrever a dimensão da potência política a depender da forma de manipulação do cadáver. Veja-se o peso milenar das espetacularizações das arenas romanas, das exibições dos flagelos dos criminosos comuns ou dos inimigos.

As organizações antigas também evidenciaram a seletividade quando em estritas situações escolheram beneficiar as famílias de “desertores” que podiam negociar o castigo, a fim de preservar o corpo de seu ente querido. Veja-se o povo nilota:

O chefe primeiro verifica quanto gado possuem os parentes do assassino e se eles estão dispostos a pagar a indenização. (...) O chefe também visita os parentes do morto e pede-lhes que aceitem o gado em troca da vida. Em geral, eles recusam, pois é ponto de honra ser obstinado, mas a recusa não significa que não dispostos a aceitar o resarcimento. (PRITCHARD, *apud* Vanzolini, 2021, p. 131)

Em outras civilizações, o cadáver poderia constituir um elemento preventivo ou curativo de gestão da violência⁷². A dissecação cadavérica, quando permitida, relacionava-se a um efeito da pena que recaía mais uma vez sob o corpo do condenado. Aliás, o uso do corpo de condenados trazia uma ideia de redenção, dada à contribuição científica.

Porém, além da dimensão *inter pars*, a antiguidade deu parâmetros da utilização do cadáver como recurso do poder dos interesses da própria organização social. Quem não se recorda da passagem bíblica quanto ao desejo pela cabeça do “rebelde” João Batista? O que dizer, também, da força comunicativa do cadáver de Jesus, que foi punido pela crucificação, exibido a todos, e que foi capaz de erguer a maior instituição político-religiosa em torno do mistério do desaparecimento de seu cadáver?

Não obstante o discurso cristão de humanização das penas, as práticas brutais e tirânicas perduraram por vários séculos, mantendo-se a lógica representativa cadavérica. Mudam-se os “inimigos”, mas permanecem as velhas práticas de dominação política pelo terror. A construção do pecado, enquanto violação do sagrado, justificou a barbárie da expiação e do suplício por um discurso da “vontade de deus” e “não dos homens”, como

finalidades anteriormente referidas, ou seja, a retribuição pelo mal do crime e a prevenção de novas infrações” (DINIZ; Vanzolini, 2021, p. 517).

⁷¹ “O fenômeno se explica por uma série de razões morais, religiosas, culturais, políticas etc., que não importa averiguar aqui. Mas pôde persistir e teve aceitação popular porque representava também a sobrevivência de formas arcaicas de reação contra o crime, profundamente enraizadas em imemoriais costumes e nos instintos humanos. Notadamente, como resíduo da vingança privada, da lei de compensação e de primitivas concepções místicas” (GONZAGA, 1973, p. 182).

⁷² “O primeiro será chamado de preventivo, pois visa impedir que a violência irrompa de forma descontrolada e atinja toda a comunidade. Nessa categoria encontram-se a rigidez dos costumes, as guerras exógenas e os ritos sacrificiais. O segundo será chamado de curativo: atua quando a violência já eclodiu e tem como objetivo evitar sua propagação, impedir que inaugure um ciclo crescente de destruição. Dentre eles o mais importante são a vingança privada e o sistema judiciário” (Vanzolini, 2021, p. 120).

justificação da heresia. Aliás, eram, pois, “as bruxas os criminosos que merecem a mais severa punição” (KRAMER; SPRENGER, 2020, p. 234).

As bruxas ocupavam o papel de “bode expiatório”, afinal, eram “responsáveis” desde o desaparecimento de crianças, a fim de que fossem devoradas ou oferecidas (sacrificadas) aos demônios em rituais de feitiçaria; até as mudanças climáticas e outros eventos da natureza, de modo que não haveria outra saída a não ser aniquilá-las (vide as tantas fogueiras da Idade Média). A construção da bruxa como inimiga justificava a destruição de seu corpo e punição além da morte, por um discurso de transcendência do suplício ou da expiação, visto que propagava-se que “quando as autoridades religiosas negligenciam na reprevação do pecado, não raro, as pessoas boas são punidas junto com as perversas” (KRAMER; SPRENGER, 2020, p. 238). Os demais hereges ocupavam, também, a ostentação do suplício junto ao poder do soberano:

[...] esses rituais modernos da execução capital dão testemunho desse duplo processo — supressão do espetáculo, anulação da dor. Um mesmo movimento arrastou, cada qual com seu ritmo próprio, as legislações européias: para todos uma mesma morte, sem que ela tenha que ostentar a marca específica do crime ou o estatuto social do criminoso; morte que dura apenas um instante, e nenhum furor há de multiplicá-la antecipadamente ou prolongá-la sobre o cadáver, uma execução que atinja a vida mais do que o corpo. (FOUCAULT, 1987, p. 16-17)

A heresia não absolvia ninguém, até o cadáver do herege merecia punição se a causa da morte não ocorresse pelo poder de punir. A simples suspeita de uma heresia já ensejava o desenrolar do processo inquisitorial, onde o herege poderia ser condenado a todas as sanções cabíveis, inclusive à pena capital, mesmo que já estivesse morto por outro motivo: “desenterrado então o cadáver, ou o que deste restasse, realizava-se macabro cortejo pelas ruas, até o patíbulo, onde era procedida à incineração” (GONZAGA, 1993, p. 141)⁷³.

Quando o conflito deixou de ser uma lesão à vítima e passou a significar um delito contra o soberano, “isto é, quando sua essência de lesão a um ser humano converteu-se em ofensa ao senhor, desvinculou-se da própria lesão e foi subjetivando como inimizade para com o soberano” (ZAFFARONI *et.al*, 2003, p. 392-393). A substituição da vontade da igreja pela do soberano fez com que o sistema colonialista perpetuasse a mesma lógica de justificações externas, na gestão do cadáver, a pretexto da “defesa, em face da ameaça do inimigo”:

O discurso teocrático, usado durante a primeira etapa da planetarização do poder, apresentava o genocídio colonialista como uma empresa piedosa, em cujo nome se matavam os dissidentes internos, os colonizados rebeldes e as mulheres desordeiras.

⁷³ Bernadino Gonzaga acrescenta que “isso, que causa hoje profunda repulsa, não era privativo da Inquisição, mas prática usual entre os romanos e em todo o Direito subseqüente” (*ibidem*).

O *inimigo* desta empresa, depois da extinção dos infelizes albigenas e cátaros, era Satã, o que deu lugar à primeira de uma longa história de *emergências*, que seguiram pelos séculos afora até a atualidade, ou seja, ameaças mais ou menos cósmicas ou apocalípticas que justificam uma guerra e, por conseguinte, demandam a individualização de um *inimigo*. (ZAFFARONI, 2007, p. 33)

Mesmo quando presente a intenção de humanizar a pena capital, como pelo uso da guilhotina, a exposição do cadáver como um recurso afirmativo do poder do soberano não recuava diante da fuga ou do suicídio, pois “nem por isso ficava cancelado o espetáculo. A execução se fazia no seu cadáver, ou, se isso não fosse possível, o sentenciado era executado em efígie, substituído no patíbulo por uma figura que o representava” (GONZAGA, 1993, p. 44).

Quanto ao ponto de vista científico desse período, o Renascentista, oscila na legalidade do uso do anatômico-prático do cadáver, não fugindo à regra, ou seja, selecionando os interesses envolvidos e os corpos de quem poderia ou não ser necropsiado. Os anfiteatros de anatomia retomam, em certa medida, a representação das arenas romanas: não mais para assistir a morte, mas ao morto.

Substituem-se as explicações da cura milagrosa pela cura científica, fortalecendo o relacionamento do soberano com seus súditos. Na Itália, por exemplo, os anatomistas dissecavam apenas pessoas humildes e desconhecidas, ou, ainda, de regiões distantes, para “não ultrajar os vizinhos ou parentes” (RUPP, 1993, p. 26). Tal máxima aplicava-se, inclusive, aos criminosos, que só poderiam ser dissecados se naturais de outros territórios, novamente, para evitar a abominação de parentes e amigos. Nota-se, portanto, a preocupação pública italiana em assegurar a ligação psicológica dos vivos pelos cadáveres⁷⁴.

Sob outro ponto de vista, a morte e, por isso, o cadáver passa a ser atingido pelas críticas iluministas, compondo o conjunto epistêmico do chamado direito penal liberal ou humanitário. Na síntese de Cesare Bonesana, conhecido como o “Marquês de Beccaria”, demonstra-se que a pena de morte não seria um direito, pois é “a guerra da nação contra o cidadão”. No entanto, nem mesmo Beccaria conseguiu desprender-se do discurso do combate ao inimigo, vez que aceitava a pena de morte, em caráter excepcional⁷⁵.

⁷⁴ Embora existam alguns cadáveres de fragmentos importantes da sociedade (como Lombroso e Jeremy Bentham), devemos esclarecer que a dissecção decorreu de ato vontade e com o fim de prestigiá-los, pois cientistas. Naquele período, as dissecções ocorriam em condenados à morte ou corpos com morte natural, enquanto “corpo morto posicionado como mercadoria. Houve, desde o início das dissecções, um intenso mercado de corpos mortos, intermediado por ladrões, cujos preços variavam em função das dificuldades e facilidades de obtenção” (GALINDO, 2006, p.47).

⁷⁵ “A morte de um cidadão não pode crer-se necessária a não ser por dois motivos: o primeiro, quando, também privado da liberdade, ele tenha ainda relações e poder tais que possam afetar a segurança da nação; o segundo, quando sua existência possa produzir perigosa revolução para a forma de governo estabelecida” (BECCARIA, 1764/1999, p. 91).

Essa questão do “medo de revoluções populares” foi algo que, posteriormente, acompanhou a ideologia positivista, que, na vertente antropológica de Cesare Lombroso, viu no corpo do criminoso a razão do crime. A anatomia prática cresce no meio jurídico, como forma de justificar o crime de forma determinada, ao ponto de Lombroso afirmar que a moralidade e a pena nasceriam, em grande parte, do crime, a exemplo da antropofagia jurídica⁷⁶.

Dissecando diversos cadáveres de criminosos, o positivismo atávico lombrosiano traçou um perfil de seu “homem delinquente: nato, louco, por paixão, de hábito ou de ocasião”, seja por seus dados biométricos (tamanho do crânio, fisionomia, tatuagem), seja pelos psicológicos (insensível, insano, promíscuo etc.). A “mulher delinquente: a prostituta e a insana” não poderia ser criminosa nata, por falta de capacidade mental, a exemplo de Eufrásia Mercier, condenada pelos crimes de homicídio e ocultação de cadáver, por razões de herança, mas, para Lombroso (2017, p. 575): “era evidentemente louca de nascimento”.

Ainda que tenham surgido críticas a esse pensamento, constroem-se novas disciplinas e normativas na administração de corpos a partir da justificação lombrosiana. “As classificações hierarquizantes serviam para ordenar os problemas locais (pobres e indesejáveis) e os problemas gerais (nações e cultura periféricas)”, segundo Vera Malaguti Batista (2011, p. 41).

A propaganda de um determinismo antropológico, de um positivismo sociológico (Enrico Ferri) e mesmo em sua fase jurídica (Rafael Garofálo) serviram bem às leis raciais, à política criminal do inimigo e, assim, a todos os genocídios coloniais do século XIX e do século XX, bem como, ainda, aos movimentos neokantistas, desenhados para eliminar e fazer desaparecer.

Com efeito, os perigosos ou *inimigos* foram *parasitas* para os soviéticos, *subumanos para os nazistas e inimigos do Estado* para os fascistas, todos submetidos a um *sistema penal paralelo*, composto por tribunais especiais inquisitoriais/policiais. (...) No fundo, uma base ideológica comum no campo penal, que era o *perigosismo médico/policial* (racismo), proveniente do século XIX. (ZAFFARONI, 2007, p. 54-55).

Eugênio Raul Zaffaroni (2019, p. 25) alerta que “o nazismo não nasceu do nada, nem foi um surgimento passageiro”, aliás, compõe os relatos de genocídio neocolonialista europeu,

⁷⁶ Segundo Lombroso, o termo antropofagia jurídica foi empregado por Letourneau, referindo-se a um meio sancionatório, no qual o condenado era devorado pelo povo. “O condenado era dependurado numa estaca e a um dado sinal a multidão se precipitava sobre ele, esquartejando-o com machado ou cutelo, ou só com unhas e dentes. Os pedaços arrancados eram devorados imediatamente, crus e sanguinolentos: eles eram molhados com uma mistura preparada antes em uma cuia de coco e feita com suco de limão, sal, etc. Nos casos de adultério, o marido tinha direito de escolher o primeiro bocado. E tanta era a briga que muitas vezes uns feriam os outros nos choques. (LOMBROSO, 2007, p. 97)

na “ocupação dos territórios selvagens”. Na fase de sua legislação de guerra, o nazismo chegou a regredir à pena capital não só aos inimigos, mas aos cidadãos, inclusive os menores de 18 anos (ZAFFARONI, 2019, p. 25 e 97).

As primeiras décadas do século XX foram marcadas por genocídios, que estabeleceram uma lógica de dissimular seus cadáveres em razão dos relacionamentos econômicos globais. Diferentemente do medievo e da modernidade, em que os mortos eram espetacularizados, o morto como um recurso de poder ganhou novo paradigma no século XX.

Trata-se de uma lógica de eliminação não só do corpo do inimigo, mas de sua memória social. Afastados das cidades, os campos de concentração não foram à toa. Mata-se com a ciência ou indiferença dos governados, mas sem sua presença; considerando que o “trabalho pesado fica nas mãos do heroísmo do governante”.

A Ditadura Militar, que já havia ratificado a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, em 1952, permaneceu para aqueles que entendia por inimigos: exterminando e fazendo desaparecer, dentre outras práticas torpemente injustificáveis.

A prática de desaparecimento implicou, com frequência, na execução de detidos, em segredo e sem fórmula de julgamento, seguida da ocultação do cadáver, com o objetivo de apagar toda pista material do crime e de procurar a impunidade dos que cometeram. (CIDH- Caso Gomes Lund, 2010, p. 45)

Enquanto um modelo sistematizado, o direito penal do inimigo de Günther Jakobs traz o inimigo de forma oficial à teoria do direito e do processo penal, centralizando-se no atendimento às expectativas normativas como função e constituição do direito penal, bem como na existência histórica de um direito penal aplicado, na prática, ao inimigo, que é “despersonalizado”⁷⁷. Em um primeiro momento teórico (1985), dizendo-se descriptivo, Jakobs demonstrará que sempre existiram dois direitos penais aplicados: o direito do cidadão e o direito do inimigo – em uma perspectiva crítica. Em um segundo (1999), apresentará que o retorno aos paradigmas garantistas “sería imposible, razón peal qual, em tom crítico, advertiu para a necessidade de se delimitar e diferenciar os diferentes modelos de Direito Penal” (MORAES, 2017), evitando-se a contaminação do modelo penal iluminista, ou seja, do

⁷⁷ “El problema de legitimación, como antes se há dicho, es qué es lo que el Estado puede hacer cuando un autor manifiesta un comportamiento que excluye que en el futuro se confie en el cumplimiento de la norma. Cuando un delincuente de estas características es sometido a custodia de seguridad en, o ve limitada su libertad, bajo el rótulo <<pena>>, por más tempo del que es necesario por el hecho acorrido, no es tratado como una persona em Derecho- pues si así fuera, sería inadmisible que se adopte la perspectiva de los hechos venideros-, sino que el aseguramiento se dirige contra él em cuanto individuo peligroso” (JAKOBS, 2006, p. 171-172)

cidão. Assim, a pena dirige-se a cada destinatário com uma finalidade e grau de redução de garantias diferentes⁷⁸.

No entanto, a partir dos atentados terroristas, notadamente o de 11 de setembro de 2001 (Nova Iorque), sua visão acaba sendo não mais descritiva, mas prescritiva ao direito penal do inimigo com o fim de prevenção geral positiva (ampliativa); negando-se, expressamente, que seja uma teoria absoluta. Logo, se a função do direito penal do cidadão é a contradição, no direito penal do inimigo é um a eliminação do perigo, pois

[...] quem não presta uma “segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve trata-lo, como pessoa, já que vulneraria o direito à segurança dos demais (JAKOBS, 2008, p. 42).

O grau de persuasão do discurso acerca da periculosidade de alguém faz parte da cultura penal, que, hoje, tenta racionalizá-lo e contê-lo, a nível sistêmico, nos Estados Democráticos. Até o cadáver de Cristo foi vítima do poder de punir, para fins de neutralizá-lo, assim como as emergências produzidas pelos demonólogos da inquisição.

Cuatro siglos después del *Malleus*, el positivismo criminológico, con el mismo esquema integrado de criminología etiológica, derecho penal, proceso penal y criminalística, volvió desembozadamente al sistema inquisitivo. El extraño o enemigo, tanto el criminal grave como el disidente, volvió a ser biológicamente inferior, sino por patológico o perteneciente a una raza no suficientemente evolucionada (es un colonizado nascido por accidente em Europa (ZAFFARONI, 2007, p. 76)

Nem mesmo o positivismo jurídico se desvincilhou do discurso perigosista, pois, se Rafael Garofálo defendia os inimigos natos da sociedade em um sentido ôntico, Liszt também abordou a neutralização dos incorrigíveis, já que não era mais possível “matarlos masivamente o depórtalos, optaba con cierta resignación por imponerles penas eliminatorias” (ZAFFARONI, 2007, p. 79). Daí a importância de nossa exposição inicial sobre a interferência do biopoder (poder sobre a forma de vida) e da biopolítica (modo como as autoridades lidam com a vida), que não passam nem um pouco despercebidos na tomada de decisão punitiva do Estado e devem ser reconhecidos⁷⁹. Nisso insere-se o corpo daqueles

⁷⁸ Nessa segunda fase, a pena para Jakobs não só tem a função de “manter” as expectativas normativas, mas a constitui-las, sendo uma auto comprovação de fidelidade ao ordenamento. Por isso ele insistirá em traçar diferentes efeitos penais (efeitos conformadores e preventivos/instrumentais), dirigidas a diferentes destinatários. A função conformadora dirige-se às pessoas, ou seja, participantes da comunicação social, subdivide-se em uma função latente: aos delinquentes reais (prevenção especial), aos delinquentes potenciais (prevenção geral negativa) e à fidelidade interna ao ordenamento (prevenção geral positiva).

⁷⁹ Principalmente na atualidade das Américas em que se “carece de enemigo fijo y también de mito, es destruido, no tiene el colorido de entreguerras ni la inventiva del biologismo racista, su histrionismo es más bien patético, su pobreza creativa es formidabile, es huérfano de toda *brillantez perversa*, más bien tiene una horrible y deprimente capacidad perversa. No hay monumentos neoclásicos, científicos racionalizando, paradas ostentosas, sino que es pobre, funciona porque es poco inteligente, es elemental, no piensa y promocional una

classificados como cidadão e inimigo, em sede de realização do poder punitivo, inclusive, quando mortos.

3.2 Expansão do direito penal e os direitos humanos: dilemas cadavéricos

A expansão do Direito Penal é fato e tem ocorrido mundialmente, muito em razão da fácil justificação de possuir um bem jurídico correlato, que fora violado pelo fato, o que pode ser produto do constitucionalismo principalista criticado por Luigi Ferrajoli. Isso porque, após os genocídios do século XX, notadamente o nazismo, a defesa dos direitos humanos chegou a alterar os próprios modelos constitucionais e a noção de bem jurídico, desvincilhando-se do positivismo formalista (kelseniano).

As três fases de evolução do Estado de Direito (Estado Liberal, Estado Social, Estado Democrático) reverberam na forma de se pensar e realizar o direito penal, principalmente pela incorporação ou positivação dos direitos humanos.

Os direitos humanos de primeira geração destacaram a atuação do legislativa; os de segunda, a atuação executiva; e os de terceira ou pós-materiais, exigem uma atuação mais concreta do Poder Judiciário e do Ministério Público, um pela avocação de responsabilidade de conferir, via decisão, direitos; o outro pela possibilidade de provocações do primeiro através das ações de natureza coletiva e *writs* constitucionais que estão à sua disposição. (COPETTI, 2000, p. 56)

Opera-se uma alteração e ampliação dos paradigmas de legitimidade interna: o direito penal estritamente formalista foi atingido por uma nova forma de se pensar o próprio Direito, chegando a Constituição a prever não só garantias individuais, mas normas de criminalização expressa (mandados de criminalização)⁸⁰. Acrescente-se os tratados de direitos humanos, que abordam questões penais, formando juntamente com o direito positivo um bloco normativo penal. Basta olharmos os §§ 2º, 3º e 4º, do art. 5º da Constituição Federal brasileira para entendermos a magnitude dessas manifestações jurídicas e sua equiparação às emendas ou força supra legal.

Se em um primeiro momento o Direito Penal era visto como limite do poder de punir, de outro, após o horror do pós-guerra, passou a ocupar diversos debates acadêmicos a respeito da reformulação de sua natureza limitativa como meio de tutela de direitos fundamentais.

huella del pensamiento o un pensamiento nulo, porque al menor soplo de pensamiento se implosionaría” (ZAFFARONI, 2007, p. 63-64).

⁸⁰ Em que pese o vasto trabalho acadêmico do Professor Dr. Antônio Carlos da Ponte a respeito dos mandados de criminalização, expressos e implícitos na Constituição de 1988, em razão da metodologia pautar-se no garantismo de Ferrajoli, não será possível manusear referida doutrina, pela restrição garantista à interpretação principiológica que mitigue garantias. Assim, pelo uso do cadáver não ganha status constitucional-penal imediato, os mandados de criminalização implícitos não serão aqui abordados.

Decerto, o discurso legitimador, em meio ao medo e a diversas manifestações sociais, a partir do fim da II Guerra Mundial, foi reclamado a racionalizar mecanismos mais efetivos.

É interessante perceber que um dos paradigmas de expansão do direito penal encontra-se nos cadáveres do julgamento de Nuremberg. Já foi comentado a respeito do aspecto de descartabilidade dos cadáveres daquele período, seja pelas razões científicas, seja pelas de natureza político-racial. O “Julgamento dos Médicos de Nuremberg”, tal como os julgamentos de outra ordem, resultou na condenação de médicos das S.S. por condutas praticadas em face dos corpos dos judeus: ordenando e repartindo a realização dessas tarefas aos seus subordinados. Nesse sentido, foi sob o massacre de milhares de cadáveres que o direito penal expandiu seu conceito de autor, pela denominada teoria do domínio do fato:

Ciertamente no es impensable que alguien que mata de propia mano a personas inocentes no comprenda el injusto material de tal conducta debido a su obcecación ideológica. Pero, por lo general, sucederá que el autor directo puede en todo caso acallar la voz de su conciencia con la idea de la superior responsabilidad de quien le da las órdenes. Sin embargo, el simple error sobre la antijuridicidad formal que entonces podría existir no le procura al sujeto de detrás el dominio de la voluntad sobre el acontecer, como ya se expuso pormenorizadamente más arriba (ROXIN, 2000, p. 271)

Por essa nova forma de perceber a política criminal, passaremos a expor alguns tratados que tocam, de forma imediata ou mediata, o tema proposto no intuito de avaliar se as relações de poder advindas do cadáver foram percebidas e consideradas relevantes, em termos de posicionamento brasileiro, global e penal.

Ratificada em 1969, porém, promulgada apenas em 06 de novembro de 1992, pelo Decreto n.º 678, a Declaração de Direitos Humanos de 1948 ou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) estabelece, enquanto garantia individual, a vedação à pena de morte, também possibilitando a legitimação de novos horizontes de criminalização de forma imediata ao tema, pelo substrato axiológico fornecido, a exemplo da proteção do direito à informação, integridade psicológica. Tem-se como paradigma, ainda, o Estatuto do Tribunal Internacional de Nuremberg (1945-1946), que tipificou os “crimes contra a humanidade”, apresentando um rol de condutas que passaram pelo abuso do corpo humano, por motivos hegemônicos⁸¹.

No mesmo sentido, o Estatuto de Roma, promulgado pelo Brasil pelo Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002, às vistas da criação de um tribunal internacional penal

⁸¹ Visando definir sua competência, o Estatuto de Nuremberg previu, em seu art. 6º, os crimes os quais estaria afeto a julgar, isto é, àqueles contra a paz (“a”), contra a guerra (“b”) e contra a humanidade (“c”); entendidos esses últimos como “o homicídio, o extermínio, a escravidão, a deportação e outros atos desumanos cometidos contra a população civil antes da guerra ou durante a mesma” (grifos e tradução nossos).

permanente, reivindica que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não fiquem impunes (preâmbulo). Ainda, tipifica condutas contrárias aos interesses humanos, como a destruição, no todo ou em parte, de grupo nacional, étnico, racial ou religiosa (genocídio, art. 6º, “a”), bem como práticas de homicídio e extermínio (art. 7º, “a” e “b”), conferindo ao cadáver o status de material delitivo, resultado da consumação do crime.

Eventual exibição ou destruição de corpos como forma de praticar ofensa grave à integridade mental dos demais membros poderia, em tese, ser subsumida ao art. 6º, “b”. O conceito de desaparecimento forçado do Estatuto de Roma pressupõe o desaparecido naquele contexto hegemônico e vivo⁸², não sendo expresso quanto ao desaparecimento do cadáver.

Quanto aos crimes em tempo de guerra, entendidos como parte de um plano ou política em larga escala, tipifica-se às experiências biológicas e outras formas de tratamento cruel (art. 8º, 2, “ii”, do Decreto nº 4.388/02). No entanto, o uso biológico de corpos como meio de exercício de uma política, a exemplo de sua exibição ou desaparecimento, não é expresso tipicamente. O referido tipo internacional parece estar restrito ao desvalor axiológico do uso científico ou terapêutico, não obstante a preocupação com a localização cadavérica, a qual tornou a identificação do cadáver matéria de cooperação entre os Estados, segundo o art. 93, “g”, do referido diploma.

A IV Convenção de Genebra, em 1949, e seus já mencionados Protocolos Adicionais de 1977, reverberam na axiologia-política do cadáver, na medida que visam assegurar que os Estados, mesmo envolvidos em conflitos armados, não façam desaparecer pessoas ou informações sobre elas; exigindo-se a comunicação dos familiares das vítimas feridas ou mortas pelo confronto armado, em sede de direito (art. 32)⁸³ e garantia (arts. 33 e 34, 2, “a” e “c”, do Decreto Federal nº 849/93)⁸⁴. Por sua vez, a Convenção para a Prevenção e a

⁸² Por “desaparecimento forçado de pessoas” entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo (art. 7º, 2, “i”).

⁸³ Art. 32, “aplicação da presente Sessão, as atividades das Altas Partes Contratantes, das Partes em conflito e das organizações humanitárias internacionais mencionadas nas Convenções e no presente Protocolo deverão estar motivadas primordialmente pelo direito que têm as famílias de conhecer a sorte de seus membros”.

⁸⁴ Art. 33. Tão logo quanto permitido pelas circunstâncias, no mais tardar desde o fim das hostilidades ativas, cada Parte em conflito efetuará a busca das pessoas cujo desaparecimento tenha sido noticiado por uma Parte adversa. A fim de facilitar tal busca, essa Parte adversa transmitirá todas as informações pertinentes sobre tais pessoas. Art. 34, 2, “a” e “c”, 2. Tão logo quanto permitido pelas circunstâncias e relações entre as Partes adversas, as Altas Partes Contratantes em cujo território se encontrem os restos mortais das pessoas falecidas em consequência das hostilidades, durante a ocupação ou enquanto se achavam detidas, celebrarão acordos com o propósito de: a) facilitar aos membros das famílias dos falecidos e aos representantes dos serviços oficiais, e determinar as disposições de ordem prática para tal acesso; c) devolução dos objetos de uso pessoal ao país de

Repressão do Crime de Genocídio (1948), promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952, trata dos crimes de genocídio cometidos em tempo de paz ou tempo de guerra, porém, quanto ao cadáver, apenas lhe confere o status de objeto material ou resultado naturalístico do conceito de homicídio estendido, imbuído da especial intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, ético, racial ou religioso (art. 2º, “a”).

Em sentido estrito, o trabalho com o desaparecimento forçado surge com a Declaração Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1992, a qual inspirou a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994, e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, de 20 de dezembro de 2006, em vigor, no Brasil, desde 2010, mas promulgada pelo Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016. É possível dizer que a Convenção de 2006 reconhece a família como vítima do desaparecimento forçado (preâmbulo)⁸⁵, estipulando o compartilhamento de informações entre os Estados como dever – donde se insere a relevância das informações sobre o desaparecido, inclusive se morto; das circunstâncias da morte; e do que foi feito com o corpo. Com a mesma *ratio*, as Regras Mínimas para o Tratamento de Presos da ONU (1955)⁸⁶, revistas pelas “Regras de Mandela” (2015)⁸⁷, que impõem a divulgação da informação sobre a morte do preso e localização de seu cadáver aos seus familiares, reagindo ao fazer desaparecer ou não impedir seu resultado.

Com relação aos discursos de abuso do poder científico, a Organização Mundial da Saúde, por sua Assembleia, expressou sua preocupação com o comércio de órgãos, pela primeira vez, em 1987, com a Resolução nº 40.13, nº 42.5, e, posteriormente, pela Resolução nº 44.25 de 13 de maio de 1991⁸⁸, orientando os países a prevenirem a compra e venda de órgãos humanos, de pessoas vivas ou mortas, para fins de transplantação. No âmbito do sistema global de proteção de direitos humanos, existe o Protocolo Adicional à Convenção de

origem por solicitação desse país facilitar a repatriação dos restos mortais das pessoas falecidas e a ou, exceto quando esse país se oponha a isto, por solicitação do parente mais próximo.

⁸⁵ “Afirmado que todos os Estados-Parte acordam o direito de toda vítima de conhecer a verdade sobre as circunstâncias de um desaparecimento forçado e o destino da pessoa desaparecida, bem como o direito à liberdade de buscar, receber e difundir informação com este fim”.

⁸⁶ Art. 44. 1, “No caso de morte, doença ou acidente grave, ou da transferência do preso para um estabelecimento para doentes mentais, o diretor informará imediatamente o cônjuge, se o preso for casado, ou o parente mais próximo, e informará, em qualquer caso, a pessoa previamente designada pelo preso”. (g.n)

⁸⁷ Art. 8º, “f”, “As seguintes informações serão adicionadas ao sistema de registro do preso durante seu encarceramento, quando aplicáveis: f - Informação das circunstâncias e causas de quaisquer ferimentos ou morte e, no caso de falecimento, o destino do corpo”. (g.n)

⁸⁸ Atualizada pela Resolução nº 62, de 26 de março de 2009, no intuito de revisar esses princípios e reformular seus comentários, especialmente porque “o mundo demonstra que o comércio comercial nesta área evolui de um mercado de órgãos para um mercado de pessoas, onde - abertamente ou sob disfarce - os pobres e vulneráveis são explorados”. (OMS, Assembleia Mundial da Saúde, Resolução nº 62/09) – g.n

Palermo contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (2000), incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.017/04. Foi o primeiro tratado internacional a trabalhar o tema tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos⁸⁹— sem, contudo, abordar o tráfico de órgãos alheio ao crime organizado ou o tráfico de cadáveres independente da finalidade de uso.

Exemplo de sistematização local, o Conselho Europeu promoveu a Convenção de Oviedo (1997), proibindo qualquer tipo de vantagem financeira advinda da doação de partes do corpo humano (art. 21). Do mesmo modo as Diretivas do Departamento de Segurança da União Europeia, dedicando especial atenção aos procedimentos relacionados ao cadáver durante a autópsia:

Esse tipo de tráfico tem um amplo escopo: pode ocorrer como compra e venda de órgãos/tecidos de pessoas vivas, mas também *como roubo de órgãos/tecidos de pessoas mortas (na autópsia, no necrotério)*. Está claro que esse tipo de tráfico não se adequa à definição de tráfico de pessoas descrita no Protocolo de Palermo das Nações Unidas. Consequentemente, não se trata de um ato punível como crime na esfera do tráfico de pessoas (THB). Contudo, tráfico na OTC significa comprar e vender de partes do corpo (órgãos) e como isso é vedado pela proibição universal de lucrar com o corpo humano e suas partes (tratamento e comercialização), que é proibida e punida pelas convenções internacionais, bem como por legislações nacionais de transplantes. (PARLAMENTO EUROPEU, 2015, p. 180, grifo e tradução nossos)⁹⁰

Recentemente, o primeiro Tratado Internacional Europeu para Combater o Tráfico de Órgãos, celebrado na Espanha, em 2017, não só desvinculou o fenômeno enquanto *conditio sine qua non* do tráfico de pessoas, como foi expresso à finalidade de estudo ou pesquisa *post mortem*. Em relação à América Latina, a doação de órgãos de pessoas falecidas para fins de transplantação apenas foi pautada no I Fórum Latino-Americano de Bioética em Transplante, em 2010 (Documento de Aguascalientes)⁹¹.

⁸⁹ Art. 3º, “a” do Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004, “a expressão ‘tráfico de pessoas’ significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade, ou à entrega ou aceitação de benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. *A exploração incluirá, no mínimo, (...) a remoção de órgãos.*”

⁹⁰ “This kind of trafficking has a wide scope: it may occur as buying and selling of organs/tissues from living persons, but also as stealing organs/tissues from deceased persons (at autopsy, in the morgue). It is clear that this form of trafficking does not fall under the definition of trafficking in persons, as described in the UN Palermo Protocol. Consequently, it is not an act punishable as a crime in the sphere of trafficking of persons (THB). However, trafficking in OTC does imply the selling and buying of body parts (organs), and as such falls under the universal prohibition of gaining profit from the human body and its parts (commodification and commercialisation), which is prohibited and punishable under international conventions, as well as under national transplant legislation” (EUROPEAN PARLIAMENT, 2015, p.18).

⁹¹ “Embora em muitos de nossos países ainda exista uma ampla margem para crescimento na taxa de doadores falecidos, alternativas usadas internacionalmente estão sendo analisadas, e se julgadas apropriadas, necessitarão

No âmbito local, diferentemente do Sistema Europeu, que trata a temática com maior rigor, ao admitir outras finalidades propulsoras do tráfico de órgãos, o sistema americano de proteção de direitos humanos é raso quanto à matéria, senão por algumas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos ligadas ao tráfico de pessoas (Caso Brasil *versus* Fazenda Brasil Verde). Por fim, é necessário esclarecer rapidamente sobre a muito citada “Declaração de Istambul” sobre Tráfico de Órgãos e o Turismo de Transplante (2008), que, apesar de versar sobre o tema⁹², não advém de um organismo internacional do sistema de proteção aos direitos humanos⁹³, tampouco tem natureza jurídica de um tratado ou ato normativo internacional em sentido estrito. Enquanto um manifesto, conceituou algumas noções importantes e muito reproduzidas, como os conceitos de a) tráfico de órgãos⁹⁴; b) comércio de órgãos⁹⁵; e c) turismo de órgãos⁹⁶, assim como alguns princípios e estratégias para o enfrentamento da problemática⁹⁷.

Todo o exposto para expressar que a existência de novas manifestações normativas e sociais, na seara dos direitos humanos, pode influenciar no desejo de expansão do direito penal, de forma razoável e irrazoável, como alerta Jesus Maria Silva Sanchez (2013). A sensação social de insegurança e o surgimento de novos riscos, propagados de forma globalizada, ensejam rapidamente a adoção de medidas penais (simbólicas) e pouco refletidas, pois “quando uma sociedade perde pontos de referência, quando os valores compartilhados –

um rigoroso controle ético-legal e de cidadania”. (DOCUMENTO DE AGUASCALIENTES, 2010, tradução nossa)

⁹² Além de já ter constado no preâmbulo da Portaria nº 201, de 7 de fevereiro de 2012, do Ministério da Saúde, a respeito do transplante de órgãos envolvendo estrangeiros não residentes no país. Daí, esclarecemos que o Brasil não “ratificou” a Declaração de Istambul por meio da citada portaria, até porque a internalização de documentos internacionais obedece a um procedimento próprio; sequer sendo uma portaria ministerial o meio adequado para tanto.

⁹³ Sua produção, decorre de um encontro internacional médico, organizado pela Sociedade de Transplante e a Sociedade Internacional de Nefrologia, que contou com a participação de cientistas, médicos e representantes de alguns Estados, a exemplo do Brasil.

⁹⁴ “O tráfico de órgãos consiste no recrutamento, transporte, transferência, refúgio ou recepção de *pessoas vivas ou mortas ou dos respectivos órgãos* por intermédio de ameaça ou utilização da força ou outra forma de coacção, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade, ou da oferta ou recepção por terceiros de pagamentos ou benefícios no sentido de conseguir a transferência de controlo sobre o potencial doador, para fins de exploração através da remoção de órgãos para transplante”.

⁹⁵ “O comercialismo dos transplantes é uma política ou prática segundo a qual um órgão é tratado como uma mercadoria, nomeadamente sendo comprado, vendido ou utilizado para obtenção de ganhos materiais.”

⁹⁶ “As viagens para fins de transplante são a circulação de órgãos, doadores, receptores ou profissionais do setor do transplante através de fronteiras jurisdicionais para fins de transplante. As viagens para fins de transplante tornam-se turismo de transplante se envolverem o tráfico de órgãos e/ou o comercialismo dos transplantes ou se os recursos (órgãos, profissionais e centros de transplante) dedicados à realização de transplantes a doentes oriundos de fora de um determinado país puserem em causa a capacidade desse país de prestar serviços de transplante à respectiva população”.

⁹⁷ A exemplo do consentimento informado, avaliação psicológica do doador, extrema excepcionalidade de realização do procedimento em estrangeiros não residentes. etc.

e sobretudo uma definição elementar do bem e do mal- se desvanecem, é o Código Penal que os substitui (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 77)”.

Já foi narrada a cultura indulgente quanto à seletividade do trato com o cadáver, especialmente quando sobreposto às “construções da figura do inimigo”. Buscou-se, por isso, reconhecer a axiologia dos principais referenciais que acompanham o uso do cadáver como uma ferramenta de poder, a fim de trilharmos um caminho de debate racional e laico, não só para testar os referenciais de subsidiariedade penal, mas para entender as narrativas políticas que interferem no poder de punir e gerir corpos.

Ainda que os tratados de direitos humanos assinalados adotem posicionamentos convergentes, em um movimento de resistência a esse tradicional uso instrumentalizado do cadáver, salienta-se que a simples “criminalização oficial” não é resposta eficiente ou primeira opção. Trata-se de uma necessária mudança estrutural, que perpassa pelo reconhecimento e identificação das próprias agências públicas que, articuladas em rede, dada a interdisciplinariedade do tema, precisam estar atentas à realidade e compromissadas com a efetivação da fiscalização e do controle jurídico de situações eivadas de ilegalidade, quer trate-se do corpo vivo, quer do corpo do morto.

3.3 O Cadáver em “Sistemas Oficiais e Subterrâneos”

Enxergar que o processo de construção histórica brasileira, violenta e colonial, ainda reverbera em nossas narrativas é urgência democrática. Isso porque o Brasil carrega marcas de todo um proceder seletivo e dominador, enquanto uma escolha política (Item 2.2.2.)⁹⁸.

A abordagem redutora de Eugênio Raúl Zaffaroni (2003, p. 39) fornece sistematização crítica. Problematiza-se “a) o que é direito penal? (teoria do direito penal); b) sob quais pressupostos pode ser requerida a habilitação da pena? (teoria do delito); e c) como a agência judicial correspondente deve responder a este requerimento? (teoria da responsabilidade penal)”. Por essa metodologia, o autor parte de uma perspectiva limitadora e redutora da ingerência penal, tendo em vista tanto a sociedade do conflito, como a amplitude (abstrata e concreta) do poder punitivo exercido na prática (poder punitivo real).

Chamará de horizonte de projeção do direito penal “as normas jurídicas que habilitam e limitam o exercício do poder coativo do estado em forma de pena (poder de punir)”, ou seja,

⁹⁸ Nesse sentido, Zaffaroni apresentará que “é indispensável estabelecer a diferença entre: a) o direito penal histórico, como processo de conhecimento do saber referido ao poder punitivo, com seus diversos e sucessivos horizontes e objetos políticos, e b) a definição do direito penal atual, como seu momento contemporâneo e sua proposta de futuro imediato” (2003, p. 42).

“são as hipóteses e condições que permitem formular o requerimento punitivo” (ZAFFARONI *et al*, 2003, p. 39). Fixado esse horizonte, deve o poder de punir coibir seus impulsos punitivos, reconhecendo sua seletividade e as políticas criminais ocorridas na prática⁹⁹.

Não se deve ignorar, no campo jurisdicional, que o poder de punir carrega componentes do estado de polícia¹⁰⁰, atingindo com maior violência pessoas pré-definidas e com certa diferença social. Justamente por esse prejuízo à fruição efetiva das garantias individuais e à segurança jurídica, Zaffaroni (2003, p. 110) reconhece a atuação de outras estruturas de poder não jurídicas nas decisões punitivas.

Refere-se à interferência de outros espaços de coação (tradicional, paralelos ou subterrâneos), que influenciam nos processos de punição viabilizando até mesmo sanções não oficiais. A partir das contribuições de Alessandro Baratta, incorpora-se o processo seletivo de criminalização (criminalização primária e criminalização secundária)¹⁰¹ dentro do próprio direito penal.

O rendimento teórico de tal sistematização permite inferir que, apesar do cadáver conter traços de fundamentalidade, a existência de preconceitos e imagens de desvalor social sob determinadas pessoas, socialmente, contribuem para a criação de um estereótipo diferenciado e de descartabilidade de determinados cadáveres, a exemplo de corpos de pessoas vulneráveis em conflito com a lei, entre outros componentes preconceito. Lógica essa que serve à gestão biopolítica e necropolítica de corpos, que permanecem comunicando regimes autoritários de forma dissimulada e aceita pela sociedade, em virtude do sentimento de indiferença aquele corpo humano matável e descartável, realizado em um sistema não oficial, porém, real.

Ressalta-se que os argumentos vistos na abordagem positivista aos cadáveres permanecem atuais e se aproveitam da

⁹⁹ “(...) todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante se chama criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal (ZAFFARONI *et al*, 2003, p. 43)

¹⁰⁰ Se de um lado o Estado de Direito é regido pela submissão à lei e se baseia em ideais de fraternidade, justiça e respeito ao devido processo legal, o Estado de Polícia é regido pelas decisões do governante, em um discurso paternalista, por vezes de “justiça substancialista”, em nome da consciência moral (da classe hegemônica). Concluem os autores que em todo Estado de Direito encontram-se resquícios de um Estado de Polícia.

¹⁰¹ Por criminalização primária entenda-se a criminalização feita por meio de uma lei penal válida, ou seja, no *dever ser*, enquanto um programa a ser cumprido pelas demais agências. Trata-se, assim, de uma criminalização no plano abstrato. Já por criminalização secundária entenda-se a ação punitiva dirigida às pessoas concretas, a exemplo do momento em que as agências policiais identificam um suposto autor dos fatos, ou, do momento em que os fatos são submetidos ao crivo das agências judiciais. Justamente por se tratar de uma seletividade concreta, a limitada capacidade operacional das agências de criminalização secundária faz com que se elejam pessoas criminalizadas e vítimas potencialmente protegidas para Zaffaroni.

[...] existência de certas *uniformidades da população penitenciária associadas a desvalores estéticos (pessoas feias)*, que o biologismo criminológico considerou causa do delito quando, na realidade, eram *causas da criminalização*, embora possam vir a tornarem-se causas do delito quando a pessoa acabe assumindo o papel vinculado ao estereótipo (é o chamado *efeito* reproduzor da criminalização ou desvio secundário). (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 46)

Dessa distribuição seletiva do direito penal, passa-se a flexibilizar a lei, tornando ainda mais difícil fiscalizar o seu cumprimento. A seletividade da criminalização secundária foca, pois, em pessoas vulnerabilizadas, já que: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação permite-lhes realizar ações ilícitas consideradas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção; e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 47).

Daí a resposta à problematização trazida na introdução quanto ao impacto da exibição dos cadáveres ou seu desmantelamento em operações policiais ou da criminalidade organizada, exibidas pelos meios de comunicação com o jargão: “bandido bom é bandido morto”, em uma apologia à pena de morte e sua espetacularização. Tamanhos os desdobramentos de uma seleção criminalizante que é possível ver a seletividade sobre os vitimizados como resultado, também, de uma dinâmica vertical de poder, a qual permite condensar, em termos político-criminais, o porquê do cadáver vítima de um crime ser tratado de forma desigual, a partir da indiferença social com o corpo do suposto “bandido”, da “prostituta morta” ou da naturalização da posse de cadáveres, para fins de estudo ou terapêutica, independente da origem de sua obtenção.

A naturalização do comportamento de pessoas que exercem poder, mais ou menos arbitrário, mais ou menos brutal, mais ou menos encoberto, obsta a notícia do fato pelas agências oficiais. O reconhecimento da situação de vítima acaba sendo seletivamente considerado, especialmente quando inserida em territórios vulneráveis. Pior, chega-se ao ponto “das classes mais desfavorecidas, que são mais vitimizadas, apoiarem as propostas de controle social mais autoritárias e irracionais” (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 55).

Por sua atuação oficial, as agências policiais gozariam de alto poder de criminalização secundária, ao ponto de limitar a atuação das agências judiciais, pois são os casos selecionados pela polícia que serão resolvidos pela Justiça. Na América Latina, esses profissionais costumam ser recrutados das mesmas camadas que incidem as seleções criminalizantes e vitimizantes – o que instiga uma disputa dentro da própria classe (vulnerável).

O operador da agência policial deve apresentar um discurso duplo, que é conversador e moralista para o público e justificador (racionalizador) internamente.

Este último discurso (interno) incorpora componentes de desvalorização das vítimas, a partir de sua etnia, classe social e mesmo de preconceitos em grande parte conflitivos quanto aos próprios grupos sociais dos quais proveio o operador policial. (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 56)

São inúmeras as notícias de violência policial, desaparecimentos de pessoas por razões de sua letalidade, chacinas e cemitérios clandestinos não respondidas pelo sistema de justiça¹⁰². Além disso, a disciplina militarizada se alimenta, justamente, da imagem bélica da polícia, a qual também sustenta um “estereótipo policial” igualmente “carregado de racismo, preconceitos de classe social e outros tão deploráveis quanto aqueles que compõem o estereótipo criminal (ZAFFARONI *et al.*, 2003).

Note-se que são os mesmos argumentos que traziam medo ao poder da inquisição e do soberano, hoje, instigados pelo temor da força policial, o que contribui para o exercício autoritário de determinados agentes na destinação ou indiferença à localização dos cadáveres. Todos esses fatores influenciam no sistema penal oficial e suas agências¹⁰³, cuja atuação jurídica acaba sendo sobreposta por diretrizes pessoais, tornando o sistema incontrolável e desigual.

Daí a didática da classificação de Zaffaroni, a fim de condensar os discursos oficiais e os não oficiais. Considerará a existência de um direito penal manifesto (funções declaradas, expressas e públicas, a exemplo de leis) e de outro latente (função que a instituição realiza de fato), cuja falta de sincronia entre ambos trará situações aberrantes. A exemplo da previsão constitucional que veda a pena de morte, com ou sem processo, e, na prática, as execuções em operações policiais injustificadas.

Em termos de direito penal manifesto, recorda-se que, nas Ordенаções Filipinas (1603), o Brasil Colônia autorizava seus funcionários públicos a “matar sem sentimento de pena alguma” aqueles que resistissem, doestassem ou, mesmo, tentassem fugir. Mas declarava que tal isenção não valeria se não tivesse havido ‘temperança’ (THOMPSON, 1976, p. 110). No Título XIII do Livro V dessas ordenações, impunha-se como efeito da pena o desaparecimento da memória do morto e a impossibilidade de um sepultamento digno¹⁰⁴.

¹⁰² Questionando à letalidade da polícia paulista, a Ação Civil Pública nº 1025361-76.2019.8.26.0053, em trâmite pela 4ª vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo/SP.

¹⁰³ “Por sistema penal entendemos o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção” (ZAFFARONI *et. al.*, *op. cit.*, p. 60).

¹⁰⁴ “Toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de sodomia per qualquer maneira commetter, seja queimado, e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria, e todos seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos Reinos, posto que tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inhabiles e infames, assi como daquelles que commetem crime de Lesa Magestade” (ORDENAÇÕES FILIPINAS, 1603)

Tratava-se, portanto, de um sistema arbitrário, porém, que divulgava a sua política de afastar da sociedade a natureza humana ou sentimentos de piedade ao condenado; comportamento que pode permanecer enraizado quando o atual Estado Democrático de Direito influencia no processo de luto dos familiares ao tolerar a exibição populista de cadáveres de pessoas em conflito com a lei ou não lhe diligenciar a localização. Tanto o distanciamento social com o cadáver como a criminalização da pobreza já fizeram parte do patrimônio de sistemas penais autoritários brasileiros, o que pode estar dissimulado em parcelas estruturais do Estado, inclusive, na percepção de outras agências que possuem contato com o morto. Aliás, é a pouca atenção dada ao tema pelas agências oficiais que

[...] deixam de lado uma enorme parte do poder punitivo exercido por *outras agências que tem funções manifestas bem diversas*, mas cuja função latente de controle social punitivo não é diferente da penal. Trata-se de uma complexa rede de poder punitivo exercido por **sistemas penais paralelos**. (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 69, grifos nossos)

Estão inseridas no sistema penal paralelo as intervenções médico-psiquiátricas discricionárias, internações psiquiátricas *prima ratio*, experimentação científica, remoção de órgãos, partes e tecidos não consentidas, comércio de órgãos por alguns dos agentes de perícia ou necropsia oficiais, que são atividades que submetem comumente os corpos de

[...] vulneráveis: pobres, soldados ausentes do serviço sem permissão, refugiados políticos e econômicos, desempregados, endividados, pequenos empresários falidos, políticos fracassados, empregados domésticos que se solidarizam com o patrão, prostitutas envelhecidas e sem recursos, pessoas já envolvidas em outras atividades ilegais (SCHEPER-HUGHES, 2003, p. online)

A Colômbia traz o exemplo da utilização dos cadáveres de pessoas em situação de rua, as quais vieram a ser mortas para fins de remoção de órgãos, após serem aliciadas por erro, engodo e fraude, enfim, todos os artifícies relacionados a sua condição vulnerável diante da promessa de alimentação e guarida noturna, em meio a uma estrutura de ensino médico¹⁰⁵. Já em um exemplo brasileiro quanto ao sistema paralelo, pode-se citar o fazer desaparecer de corpos, como nos conta a história de

F. D.M, então com 17 (dezessete) anos, desapareceu em 03/11/2008, quando foi visto, pela última vez, deitado em via pública, em plena madrugada, em abordagem de Guardas Civis Metropolitanos, os quais, quando observados por testemunhas, logo disseram que estava tudo bem e que seguiriam adiante (relato detalhado no respectivo boletim de ocorrência, datado de 06/11/2008). Mesmo com essa

¹⁰⁵ Um grupo de Dirigentes da Universidade Livre de Barranquilha foi acusado de ter organizado um sistema de tráfico de órgãos humanos e cadáveres. “Foi notificado que essa quadrilha assassinou pelo menos 50 mendigos e vagabundos que viviam nas ruas da cidade. Eles eram levados durante à noite para locais próximos à universidade, assassinados antes do amanhecer e depois vendidos: inteiros, ou também em lotes diferenciados por órgãos”(BERLINGUER; GARRAFA, 1996, p. 90).

narrativa, o fato nunca foi investigado pela polícia civil paulistana [permanecendo desaparecido]. (GENNARI; VENDRAMINI, 2016b, nota de rodapé nº 77)

Por fim, os chamados sistemas subterrâneos dizem respeito ao abuso das agências executivas no cumprimento de sua atribuição oficial. Por exercerem algum poder punitivo, ampliam o âmbito de sua atuação, abusando de sua autoridade. Nesse sentido, as execuções policiais, os campos de concentração, os desaparecimentos forçados, a ocultação de cadáveres, tortura, sequestro, corrupção e associação miliciana, etc.:

À medida que o discurso jurídico legitima o poder punitivo discricionário e, por conseguinte, nega-se a realizar qualquer esforço em limitá-lo, ele está ampliando o espaço para o exercício de poder punitivo pelos sistemas penais subterrâneos. (ZAFFARONI *et al*, 2003, p. 70)

Importante recordar que, em 2019, foi amplamente divulgado o episódio paraibano de policiais envolvidos em uma operação que resultou em oito mortes, na cidade de Barra de São Miguel, cuja manipulação de cadáveres ocorreu em total desacordo com as regras de atuação policial. Os corpos dos supostos criminosos foram despidos, alvejados por disparos inúteis e empilhados um sobre o outro como medalhas daquela sociedade tribal:



Figura 1 – Cadáveres de criminosos despidos, na Paraíba, em 2019 (PORTAL 40 GRAUS, 2019).

A ideia do corpo do morto como espaço de disputa por poder não é nova:

Inobstante tudo isso, o Papa Estéfano VI mandou retirar do sarcófago em que achava, há nove anos, os restos mortais de seu predecessor Formoso, para submetê-lo a julgamento perante o sagrado Sínodo. O cadáver foi vestido com hábitos pontifícios, para ser julgado. Condenado, foi o cadáver despojado das vestimentas, arrancado os dedos que esparziam bençãos, degolada a cabeça e lançado os míseros restos no rio Tibre. (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 701)

Compreender que os sistemas subterrâneos se estabelecem em espaços de punição discricionária, ou seja, punição não oficial, ilegal e, por isso, inconstitucional, comprova a necessidade e urgência de racionalização das narrativas de poder envolvidas no uso do

cadáver, a fim de assumir a existência de discursos autoritários como forma de limitá-los. Para que não haja leniência oficial com os sistemas paralelos e subterrâneos é que a proposta redutora recomenda o alargamento do conceito de lei penal, abrangendo não só as leis penais manifestas, mas, também, as leis penais latentes, ainda que eventualmente punitivas ou não punitivas. O rendimento teórico dessa proposta advém de um diálogo mais franco entre a norma jurídica e a realidade, favorecendo a racionalização crítica dos institutos jurídicos.

Inserir as dinâmicas dos cadáveres sob sistemas oficiais, paralelos e subterrâneos, contribui, em termos de didática, na organização e exposição das narrativas de poder estabelecidas com o uso do cadáver, em um contexto penal. Subsumir os casos práticos de utilização do cadáver à margem da lei sob sistemas não oficiais apresenta um democrático percurso para o próprio sistema oficial, direcionado à interrupção da manutenção cíclica de lógicas seletivas, autoritárias ou da percepção do corpo como um espaço disputado de poder. Entre avanços e retrocessos no “confisco dos conflitos (do direito lesionado da vítima) e da utilização desse poder confiscatório, bem como do enorme poder de controle e vigilância que o pretexto da necessidade de confisco proporciona” (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 385), a democracia brasileira deve conhecer a genealogia de sua herança colonial-exploratória, a fim de que não se iluda com atos isolados de “justiça”, que cobram seu preço na dignidade dos familiares e na verdade das presentes e futuras gerações.

4 TIPICIDADE: O CADÁVER E A DOGMÁTICA PENAL

Até agora dissertou-se pelos caminhos da política criminal (dever-ser mediato) para delimitar o contexto de atuação do poder de punir, resgatando os referenciais empíricos que conferem ao cadáver o status de poder. A partir desse capítulo, o enfoque percorrerá os caminhos do direito positivo e da dogmática penal (dever-ser imediato)¹⁰⁶, com o intuito de racionalizar, analiticamente, seu conteúdo.

Das normas reveladas pelas fontes formais do Direito Penal, saem os dados científico-jurídicos com que se constrói e se sistematiza o conjunto de preceitos. Delas extrai o jurista, as regras aplicáveis a uma situação concreta, não lhes descobrindo o sentido latente e oculto, como também lhes devolvendo os corolários e consequências. (MARQUES, 1965a¹⁰⁷, p. 19)

Conceituar um delito significa verificar seus pressupostos jurídicos de existência no intuito da imputação ou refutação da hipótese acusatória. Nesses termos, a doutrina científica já conceituou o fenômeno delitivo¹⁰⁸ sob três perspectivas: conceito material, formal e analítico do delito. “O conceito de crime que dá ênfase ao conteúdo da norma é chamado de material; o que dá ênfase ao preceito é chamado de conceito formal do crime” (BRANDÃO, 2021, p. 38); o que dá ênfase aos elementos científicos do crime é chamado de analítico. Conceitos esses que não precisam ser excludentes,

[...] assim, uma definição formal, que tem a virtude política de recordar o caráter discricionário da criação legislativa do delito (criminalização primária) e a virtude jurídica de destacar o princípio da legalidade, mas se fechada em si mesma oferecerá riscos para o princípio da lesividade, integrar-se-á utilmente à elaboração analítica, por exemplo ao versa-se a tipicidade. Do mesmo modo uma definição material, que tem a virtude de pôr em evidência o princípio da lesividade (e, portanto, a questão do bem jurídico), porém enclausurada conceitualmente pode resultar na postulação criminológica de um ‘delito natural’. (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 21)

O estudo integral dessas feições (material e formal) do crime já aparecia na doutrina brasileira da década de 60, a exemplo de José Frederico Marques (1965b, p. 2-3): “assim como não se pode admitir que o legislador se guie por sugestões *della propria fantasia nel porre divieti sanzionati da pena*, - também não se concebe a existência de atos delituosos

¹⁰⁶ “As reconstruções dogmáticas são formas jurídicas de conteúdo humano e social, donde o jurista não há de olvidar a realidade da vida, com suas manifestações, exigências e vibrações sociais” (NORONHA, 1966a, p. 10)

¹⁰⁷ Não se ignora a existência de inúmeras edições subsequentes da doutrina de Edgard Magalhães Noronha e de Frederico Marques, no entanto, diante da finalidade de trazer ao leitor aspectos históricos, nossa predileção pelas obras mais históricas dos referidos autores.

¹⁰⁸ “Foi a Escola Positiva quem forneceu a primeira definição de delito construída a partir de um método. (...). Com efeito, a Escola Positiva, que se desenvolveu nos séculos XIX e XX, caracterizou-se por investigar metodologicamente o delito, a partir dos dados colhidos da realidade; assim, dita Escola Positiva não pôs ênfase na norma, mas nos dados colhidos pela observação controlada dos fatos, que são traduzidos em forças interiores e exteriores que determinam a realização do crime” (BRANDÃO, 2021, p. 35)

onde não haja *fato vietato e sanzionato da pena*, através de lei regularmente promulgada". Será destinada atenção ao conceito material de crime e seus reflexos na tipicidade material, a fim de demonstrar que a busca por justificação externa traz contornos significativos na gestão da ingerência penal, por de trazer argumentos críticos aos tipos legais.

4.1 Conceito material de Crime

Quando se pergunta pelo conceito material de crime procura-se uma resposta, antes de tudo, à questão da *legitimação material* do direito penal, isto é, à questão de saber qual a fonte de onde promana a legitimidade para considerar certos comportamentos humanos como crimes. Questão essa que fica sem resposta ao identificar a legitimização material com a observação do procedimento formal adequado ao Estado de Direito (DIAS, 1997, p. 54)

Na Antiguidade, a introdução de valores na sociedade advinha da imagem pública que se fazia do cadáver, independente da correspondência legal. A esse ponto, o julgamento de Sócrates e de Jesus, que, de comum, viram a sociedade reverberar seus cadáveres, pelo anseio social, demonstrando a preponderância do conceito material de crime. Exatamente por isso, a doutrina mais atual, como no caso de Jorge de Figueiredo Dias (1997, p. 55), adverte que o conceito material de crime deve conter “padrão crítico”, para que se possa medir a “correção” ou “in correção” do uso do direito penal em determinada situação.

A percepção autônoma entre os conceitos de crime (material e formal) pode ser vista novamente em Beccaria. Crítico da punição do fato sem correspondência aos interesses da sociedade, o humanista considerava que

[...] cada delito, embora privado, ofende a sociedade, mas nem todo delito procura a destruição imediata dessa mesma sociedade. As ações morais, assim como as físicas, têm esfera limitada de atividade e, como todos os movimentos da natureza, são diversamente circunscritas ao tempo e ao espaço. Só a interpretação cavilosa, que é comumente a filosofia da escravidão, pode confundir aquilo que a verdade eterna com imutáveis relações distinguiu. (BECCARIA, 1764/1999, p. 43)

A definição formal do delito foi, justamente, um dos grandes debates teóricos vivenciados entre a Escola Clássica e a Escola Positiva¹⁰⁹, a exemplo da percepção de Francesco Carrara quanto ao crime se tratar de um ente jurídico (e não um ente de fato): “donde se sigue que su objeto no es la cosa o el hombre, sino el precepto violado. Por consiguiente, si el derecho atacado varía, el precepto protector de este derecho varía también” (CARRARA, 1886/2000, p. 95). Afinal, partia-se da ideia de que

¹⁰⁹ “O mérito dessa visão *formalista* do delito foi o repúdio pela capitulação do crime como um *mal em si*, próprio da concepção ontológica do *jusnaturalismo clássico*. Com efeito, marca-se por completo o abandono dos critérios substantivistas – próprios da Idade Média”. (SCHMIDT, 2001, p. 278).

[...] la essência del delito (entendiendo siempre por esta palabra el delito verdadero y propiamente dicho, bien diferente de las contravenciones de policía), consiste en la *violación de un derecho* protegido por la ley penal. – Por consiguiente, el criterio más natural para definir bien la calidad de los delitos y clasificarlos exactamente, es el que se deduce de la *diversidad de los derechos lesionados* (CARRARA, 1886/2000, p. 93)- grifos do autor.

“Todavia, [essa] definição formal não esgota o assunto. Há nela sempre uma petição de princípio. Por que essa conduta transgride a lei? Qual razão levou o Legislador a puni-la? Qual o critério adotou para distingui-la de outras ações também lesivas?” (NORONHA, 1965a, p. 109)

Considerando o criminoso e a defesa social, a definição substancial de crime da Escola Positiva partia de premissas ontológicas e deterministas. O crime como fenômeno natural seria compreendido i) pelas características pessoais do “criminoso” (nato e tipo de criminoso)¹¹⁰ ou ii) pela “ofensa aos sentimentos altruístas de piedade e probidade – não, bem entendido, à parte superior e mais delicada deste sentimento, mas à mais comum, à que se considera patrimônio moral indispensável de todos”, anterior ao Direito, segundo Rafael Garófalo (NORONHA, 1965a, p.44).

Ao argumentar sua contrariedade à pena de morte, Tobias Barreto (1886/2003, p. 144) já associava a pena como uma ciência política, e o sentimento de “justiça” como uma justificativa da retribuição vingativa, que se manifesta em um momento subjacente ao poder de punir: “quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”. Destaque-se, ainda, a valoração social-brasileira feita sob o cadáver de Joaquim José da Silva Xavier (“Tiradentes”), condenado à pena capital, cujo esquartejamento público resultou na exposição das partes do seu corpo, nos locais por onde havia propagado suas ideias liberais, e a cabeça colocada em uma gaiola presa numa estaca. Ao mesmo tempo, as inúmeras especulações, sociais e políticas, a respeito da subtração de sua cabeça engaiolada. Com igual valoração arbitrária, a ambivalência político-social em torno da constante exibição da violência aplicada aos corpos negros e da proibição de igual intervenção no corpo dos senhores, que foram sustentadas pela total indiferença ao corpo do outro, cientificamente inferiorizado:

¹¹⁰ Já tivemos a oportunidade de ressaltar que o “criminoso nato”, terminologia empregada por Cesare Lombroso (1835-1909), refere-se a uma predisposição criminal, a partir das características biopsicológicas de algumas pessoas, ao passo que o “tipo criminoso” de Enrico Ferri (1856-1929) refere-se a quem possa vir a se tornar criminoso, partindo da premissa do anormal, quer, por razões congênitas ou adquiridas, permanentes ou transitórias, morfológicas ou biopsíquicas. “A concepção de crime como uma anormalidade está praticamente superada, dentro do próprio conceito do positivismo penal. E nem poderia ser de outra forma: o crime pode revelar, sempre, com relação a seu autor, um acontecimento excepcional” (MARQUES, 1965c, p. 27).

Aquilo que chegou depois do desastre foram os sobreviventes da catástrofe que procuravam dissimular seu envolvimento teórico sob o manto da científicidade ou neutralidade científica, o que, em grande medida, contribuiu para desorientar o penalismo latino-americano, que, despojando de conteúdo político material importado, esqueceu muitas vezes que nunca pode haver assepsia ideológica quando se projetam decisões de poder, porque isso é impedido pela própria natureza das coisas. (BARRETO, 1886/2003, p. 136)

Mais tarde, o direito penal nazista, percebendo que, para escapar da subordinação jurídica ao positivismo perigosista, precisava inverter o sistema, separando o jurídico das ciências, substituiu a ciência natural pela cultural, sob a construção da dogmática neokantiana¹¹¹, a fim de garantir que a seleção dos valores fosse ordenada pelo Führer.

A passagem do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito reverberou na percepção axiológica do cadáver, por contemplar novos referenciais ético-sociais de direitos humanos. Assim, a anuência ou a leniência às condutas abusivas sob o corpo humano ou o arbítrio estampado nos corpos de pessoas mortas passam a ser desvalorados. O cadáver começa a impor uma série de limites, especialmente quando presentes situações de verticalização de poder e vulnerabilidade.

Daí, a celeuma do Caso dos Exploradores de Caverna, cuja dinâmica gira em torno da morte e do uso (necessário) que se faz do corpo. O enlace entre o direito penal e o cadáver estabelece narrativas que podem delimitar o grau democrático presente na valoração delitiva que se faz do tema. A utilização do cadáver trata da capacidade de selecionar as mais graves situações, dotadas de fundamentalidade jurídica, a fim de verificar se há pertinência e necessidade excepcional de previsão penal.

O rendimento teórico de inserir referido debate de narrativas críticas serve à compreensão da dimensão (penal ou não) dos fatos, em sede do conceito analítico do crime, enquanto elemento descritivo, típico-material e até mesmo a noção de risco permitido ou proibido que envolvam o uso do cadáver. O conhecimento da trajetória axiológica do uso do cadáver permite avaliar a adequação social de determinada conduta¹¹², que pode levar à exclusão delitiva. Veja-se o uso do cadáver para fins terapêuticos ou científicos consentido e

¹¹¹ Daí o porquê não se pode confundir a Escola Positiva com a doutrina do direito penal do autor, que, além da origem germânica, parte de uma concepção subjetivista do direito penal, cujos dados da teoria do delito visam atingir à pessoa do agente, “subvertendo as bases objetivas da ciência criminal na própria área do normativismo jurídico. E se a conduta do delinquente, como fundamento concreto da punição, passa a ser substituída pela personalidade do autor do delito, o fim dessa mutação de conceitos básicos não é o de sub-rogar a pena em medidas e providências preventivas, e sim, o de informar a própria atividade repressiva do Estado” (MARQUES, 1965c, p. 32).

¹¹² Trata-se, segundo Welzel – responsável por sua introdução no direito penal- de um princípio geral de hermenêutica. Pode ser enunciado em poucas palavras: se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente adequadas. (ASSIS, 1982, p. 185)

absolutamente gratuito por seus familiares e, por outro lado, as condutas que utilizam o cadáver onerosamente, de forma dissimulada de seus familiares ou como recurso de poder.

4.2 O cadáver em termos de tipicidade

Escolheu-se dissecar o rendimento teórico-penal do cadáver apenas em termos de tipicidade, em razão desse elemento analítico ter a missão de estipular o horizonte do caso concreto, em termos de alcance da norma penal. Ainda que o cadáver possa ser analisado como recurso manipulador de cenários de justificação, como é o caso das alterações das cenas de crimes (a exemplo do ocorrido em São José dos Campos, em 2021)¹¹³, o espectro da tipicidade possui maior sensibilidade para fins de discussão dogmática, na medida que reduz a norma abstrata ao caso concreto.

Dinâmico, o cadáver pode estar presente em diversas feições típicas, enquanto: elemento descritivo e objeto material da conduta (arts. 211 e 212 do CP/40 e dos arts. 14 e 19 da Lei nº 9.434/97); elemento normativo (*calúnia post mortem*); bem jurídico (“respeito aos mortos”); marco consumativo dos delitos com resultado morte e, ainda, como causa de atipicidade do crime tentado, na hipótese de impossibilidade (o famoso “matar” o morto).

O atual conceito analítico de crime, sabidamente aperfeiçoado ao longo de anos de teoria do delito, envolve a articulação entre elementos objetivos, subjetivos e normativos cuja variabilidade de combinações, no âmbito de incidência da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, compõe o âmago de diversas teorias. A “teoria do delito ocupa-se dos pressupostos gerais – formais e materiais- que devem concorrer para que um determinado comportamento humano possa ensejar a aplicação de uma sanção penal” (QUEIROZ, 2020, p. 167). Trata-se, portanto, de uma criação fictícia: após a seleção legislativa, a dogmática delimita seu âmbito de incidência, existindo correntes teórico-filosóficas bipartidas (crime como antijurídico e culpável ou fato típico e antijurídico), tripartidas (crime como fato típico, ilícito e culpável) e quadripartidas (crime como fato típico, ilícito, culpável e punível¹¹⁴).

¹¹³ Trata-se de execuções policiais, em tese, ocorridas na cidade de São José dos Campos/SP, as quais, para além do homicídio perpetrado, policiais militares alteram o contexto dos fatos, em inobservância absoluta das normas previstas no Código de Processo Penal, destinadas à manutenção e documentação da história cronológica do vestígio, por meio de técnicas de isolamento.

¹¹⁴ A respeito da inclusão do conceito de punibilidade no conceito de crime, Cezar Roberto Bitencourt (2021, p. 252) refuta-a, por entender que o efeito não pode estar contido na causa. “Dessa forma, eventual exclusão de punibilidade, que por falta de uma condição objetiva, quer pela presença de escusa absolutória, não exclui o conceito de crime já perfeito e acabado”.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2021, p. 295), a elaboração do conceito analítico começou¹¹⁵ em Carmignani, em 1833- ainda que possam ser apontadas outras origens mais remotas¹¹⁶. A noção de injusto já aparece em “Grispigni como ‘la condotta umanna corrispondente al tipo descritto da una norma penale, che non presenta cause di giustificazione e che inoltre é psichicamente riferebile ad un soggetto’” (COSTA, 2006, p. 79).

O conceito formal de injusto só é dado através do direito positivo, e o material é prévio ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre a tolerabilidade ou não de condutas geradoras de conflito que colocam em risco a paz social. [...] A definição de injusto possui significação dogmática, visto que tem assinaladas todas as características da conduta ameaçada por uma sanção cujo estudo, no seu conjunto, constitui o objeto da teoria do delito. (COSTA, 2006, p. 80-81)

Em seu nascedouro, por não dissociar a imputação do fato com a sua antijuridicidade, o conceito de injusto era produto de uma mera distinção objetivo-subjetiva. Tratava-se de uma sistematização bipartida do delito, cabendo ao injusto apenas os aspectos descritivamente externos e objetivos da ação delituosa. Não se fragmentava o delito em tipicidade, não obstante a recepção da antijuridicidade de Ihering pelo Direito Penal¹¹⁷, ocorrida no sistema clássico de Liszt. Os aspectos subjetivos pertenciam à culpabilidade e eram, igualmente, não valorados e descritivos. Nesse sentido, para Adolf Merkel, crime era o injusto intrinsecamente culpável, cuja antijuridicidade, de caráter objetivo, referia-se à violação das leis penais, de forma objetiva e formal (BRANDÃO, 2020, p. 75).

A doutrina penal teve muita dificuldade de elaborar um conceito científico de crime, por isso, o critério objetivo-subjetivo de Liszt teve rápida difusão¹¹⁸. “O injusto se definia como a causação física do dano social e a culpabilidade como sua causação psíquica. O delito

¹¹⁵ Além disso, ZAFFARONI (2010, p. 21) indica que a elaboração do modelo analítico de crime, iniciado no século XIX, o qual partia, exclusivamente, da ideia de um legislador racional, considerando o delito por sistemas, meramente classificatórios, fruto da metodologia das ciências naturais, correlata à época.

¹¹⁶ “Carmignani definiu o delito como ‘a infração da lei do Estado protetora da segurança pública e privada, mediante um fato do homem cometido com perfeita e direta intenção’. Carrara melhora a definição, formulando-a como ‘a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso’. Com a definição de Carrara, nasce a ideia e o fundamento da doutrina de que o ‘delito não é uma conduta, nem uma proibição legal; é um ente jurídico, a lesão de um direito por obra da ação ou omissão humana’”. (COSTA, 2006, p.78-79)

¹¹⁷ “A divisão do ilícito civil em dois distintos aspectos: objetivo e subjetivo, correspondentes respectivamente ao injusto e à culpabilidade. A identificação, que ocorre no direito civil, é transportada para o campo do direito penal por Von Liszt, que adota a bipartição entre um elemento objetivo do crime, que é o injusto, e outro subjetivo, que é a culpabilidade” (BUSATO, 2020, p. 159).

¹¹⁸ “Na verdade, a distinção entre injusto e imputação do fato (Stubel) começou a ser esboçada na primeira metade do século XIX, seguindo-se uma classificação tripartida (ação, antijuridicidade e culpabilidade), realizada por Luden, que, posteriormente, como se sabe, foi sistematizada por Von Liszt e Beling, com a inclusão, por este último, da tipicidade. No entanto, num primeiro momento, antijuridicidade e culpabilidade confundiam-se em um conceito superior de imputação, teoria sustentada por Puffendorf (séc. XVII), com a finalidade de distinguir o fato, como obra humana, do puro acaso” (BITENCOURT, 2021, p. 291).

era conceituado como ação antijurídica, culpável e punível" (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 31).

De forma breve, o sistema clássico de Liszt-Beling, cuja contribuição de Beling foi decisiva para o estudo analítico do delito, em razão do acréscimo da tipicidade enquanto categoria fundamental, mantendo-se a metodologia descritivo-ontológica e, pretensamente, neutra. Logo, o injusto continuava completamente objetivo. Para essa corrente, o crime era a ação típica (objetivamente, produzida pela manifestação corpórea muscular do agente e prevista no tipo), antijurídica (objetivamente contrária ao direito) e culpável (aspectos subjetivo e de responsabilidade/imputabilidade).

Não obstante a manutenção das estruturas clássicas do delito até hoje, a doutrina passou a divergir sobre a dimensão teórica de seus elementos. Em reação ao conceito mecanicista clássico, por exemplo, o sistema neoclássico ou neokantista¹¹⁹. Mezger e Frank introduziram e viabilizaram uma dimensão normativa e axiológica na teoria analítica do delito, acrescentando aspectos normativos na culpabilidade, a despeito da inserção da exigibilidade de conduta; ainda mantidos os aspectos subjetivos ali presentes (teoria psicológica-normativa da culpabilidade).

“A culpabilidade precisava incorporar algum critério objetivo, porque a concepção que a restringe a um laço psicológico entre o sujeito e o delito não podia abarcar a culpa inconsciente” (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 32). Assim, a matriz neokantiana foi revista pelo sistema finalista, que encontrou em Hans Welzel seu principal expoente.

O modelo finalista manteve a estrutura tripartida (WELZEL, 2011, p. 57), mas inovou, paradigmaticamente, por limitar o conceito de ação a componentes fenomenológicos (ônticos) e por atrair os elementos subjetivos da culpabilidade para o fato típico, tornando a culpabilidade puramente normativa (teoria da normativa pura). Afinal, o conhecimento ôntico não altera seu objeto, logo, diferente de Mezger, Welzel apoiará, especialmente, seu conceito de conduta na reprodução de estruturas ontológicas. Seu conceito de ação final é, pois, o conceito de:

[...] uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecimento causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante

¹¹⁹ “A referência ao pensamento de Kant, contida na denominação da matriz filosófica que deu origem ao sistema neoclássico, justifica-se. Foi o filósofo alemão, em sua obra Crítica da Razão Pura, cujo tema é justamente a teoria do conhecimento, que desenvolveu a ideia de que o conhecimento puro é independente da experiência sensorial, e que há, ao lado do conhecimento empírico (*a posteriori*), um conhecimento puro, que é anterior à experiência, é um *a priori*. A partir dessa proposição, assume-se no âmbito da ciência do conhecimento, uma dualidade metodológica fundamental: o método empírico serve às ciências da natureza (mundo do ser); o método comprensivo, segundo um sentido valorativo, serve às ciências culturais (mundo do dever-ser). (JUNQUEIRA; Vanzolini, 2021, p. 191)

causal da constelação de causa existentes em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – “vidente”, e a causalidade, ‘cega’. (WELZEL, 2011, p. 31-32)

Sobre o finalismo ser vinculado a um “objetivismo valorativo”, Zaffaroni (2010, p. 34) explica que

o sistema de Welzel era fortemente orientado por uma funcionalidade de fundo moral: o poder punitivo se legitimava porque protegeria valores fundamentais da vida em comunidade, desempenhando assim uma função ético-social.

No Brasil, “apesar da oposição entre ambos, causalistas e finalista coincidem num ponto fundamental: partem de um conceito ontológico de ação, isto é, pré-jurídico, que pertence ao mundo do ser, da realidade” (QUEIROZ, 2020, p. 180), dele decorrendo toda a dogmática. Na Alemanha, não obstante a manutenção da estrutura subjetiva (dolo e culpa) no fato típico, a “ortodoxia finalista” começou a ser abandonada, em função das críticas direcionadas às suas estruturas lógico-objetivas, a exemplo da manutenção meramente causal do nexo de causalidade, o qual não proporcionava, no finalismo, outros critérios de imputação objetiva.

Daí a ventilação do sistema funcionalista alemão, o qual também trabalha sob a construção tripartida do delito (fato típico, antijurídico e “culpável”), porém, acrescentou a eles substratos de política criminal (Claus Roxin) ou de noção sistêmica (Günter Jakobs), em reação à abstração do ontologismo finalista. Essa “retomada” da proposta neokantista, porém dela divergindo pela limitação da valoração, aproxima a política criminal da dogmática, vez que apoiada sob aspectos da moderna política criminal e de teorias da pena.

Justamente tendo a teoria da pena como ponto central de sua releitura conceitual analítica do delito, desenvolveram-se inúmeras variações (funcionalistas). A exemplo do funcionalismo teleológico de Roxin, que se opõe às sistemáticas anteriores pelo desenvolvimento de seu conceito de tipicidade, de seus critérios de imputação (produção ou incremento de risco não permitido) e de seu conceito de culpabilidade, chamada de “responsabilidade” (que inclui outro elemento: a necessidade preventiva da pena).

No funcionalismo sistêmico de Jakobs, as estruturas delitivas são vocacionadas a sustentar sua teoria de prevenção geral positiva. Jakobs radicaliza ao afirmar que “nenhum conceito jurídico penal – e não só a ação e a culpabilidade – está vinculado a dados pré-jurídicos, e que todos eles se constroem em função da tarefa do direito penal” (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 61). Sua teoria opera uma normatização de toda a dogmática penal. Esse modelo traz críticas a respeito da insegurança jurídica, uma vez que pode justificar modelos penais autoritários, já que não se limita por noções pré-jurídicas.

Zaffaroni (2010, p. 61) aponta o retorno neokantiano de ambas as propostas funcionais. Seu o sistema funcional redutor vê no conceito analítico uma função contramajoritária, ou seja, de contenção do poder de punir, uma vez que parte do ponto de sociedade do conflito e da impossibilidade de reconhecer a validade científica de qualquer teoria da pena. Revisa conceitualmente todos os elementos estruturantes da teoria do delito, a partir de dados sociais da realidade, a exemplo de seu conceito de culpabilidade em termos de vulnerabilidade.

4.2.1 Evolução do conceito de tipicidade na teoria do delito

Em termos analíticos, passa-se a expor a evolução do conceito de tipicidade, que, de forma introdutória, pode ser definida:

[...] como uma relação de adequação entre a conduta e a lei penal; por ela se verifica se o modelo de comportamento, que foi abstratamente previsto na referida lei como digno de uma pena, foi concretamente realizado no mundo dos fatos (BRANDÃO, 2021, p. 111).

Ainda que toda conduta humana traga impactos ao Direito, não é toda conduta humana que é relevante para o direito penal, senão aquelas restritas ao juízo político previamente definido pelo Legislador, que as define sob um tipo legal. O conceito de tipo penal é, pois, um “conjunto de elementos que caracteriza um comportamento como contrário à norma, o qual experimentou também importantes transformações [na dogmática]” (VALLEJO, 1994, p. 12, tradução nossa).

A “tipicidade, portanto, é a redução a categorias jurídicas, daquele princípio maior já proclamado pela Magna Carta, quando falava na lei da terra como pressuposto da prisão e encarceramento de homens livres” (MARQUES, 1965b, p. 65). Logo, somente seria crime as condutas que violassem a lei da terra/costumes.

O termo ‘tipo’ [que] exprime a ideia de ‘modelo’, ‘esquema’. É utilizado em todas as áreas do conhecimento para separar e agrupar classes de objetos que apresentem algo de comum. Em criminologia, por exemplo, desde Lombroso, tem-se procurado realizar a classificação dos delinquentes em tipos de algumas formas de comportamento humano. (ASSIS, 1982, p. 179-180)

Já se expôs que, até o surgimento do chamado “sistema Liszt-Beling”, a tipicidade não era uma estrutura fragmentada analiticamente, ou seja, não se destacava das demais estruturas do delito. Refletida a partir da noção *tatbestand* – jargão jurídico do sistema inquisitorial alemão do final do Século XVIII –, a tipicidade foi a última categoria do delito a ser estruturada, bem como trazida do campo processual penal. O *tatbestand*, referia-se “à

exigência de certeza na configuração das figuras delituosas, limitando o arbítrio dos governantes e, principalmente, daqueles que julgar”¹²⁰ (LUISI, 1975, p. 10). Relacionava-se ao “fato”. No direito penal, o *tatbestand* aparece em Feuerbach, diferenciando-o da simples conceituação legal do crime e o confundindo com o próprio conceito de crime (BRANDÃO, 2020, p. 72).

Inaugurando o que se chama conceito clássico do crime, Franz von Liszt (1905) afirmava ser o Código Penal a magna carta dos delinquentes, ou seja, “a garantia, para os que se rebelam contra o Estado e a sociedade, de uma punição segundo certos pressupostos e dentro de certos limites legais” (ASSIS, 1982, p. 206). Por isso, a legalidade, reduzida à noção de tipo legal, passa a exercer uma função de garantia, e a didática dessa categorização passa a ser difundida, notadamente após a contribuição de Ernest von Beling.

Em 1906, na obra *Die Lehre vom Verbrechen*, Beling revisitou o conceito de *tatbestand*, trazendo o tipo ao conceito de injusto, sem quaisquer implicações subjetivas ou valorativas. Classicamente, é crime a ação típica, antijurídica e culpável. O tipo causalista não se referia à antecipação de certo juízo de antijuridicidade, sendo dela mero antecedente lógico.

Tratava-se da simples subsunção fática à esfera legal, de caráter puramente objetivo e descriptivo. O rendimento teórico do sistema Liszt-Beling foi questionado no sentido de continuar a não responder às críticas dirigidas ao injusto culpável, a exemplo do enlace descriptivo ao crime tentado, omissivo e à culpa inconsciente.

Mayer, em 1915, em seu Tratado de Direito Penal, deixou claro que a tipicidade não poderia possuir uma função apenas descriptiva, pois fazia presumir, ou seja, indicava a antijuridicidade, pela própria seleção prévia legislativa das condutas que viriam a ser típicas (*teoria da ratio cognoscendi*). Negou-se, portanto, a ideia de uma tipicidade completamente neutra¹²¹.

Edmund Mezger, em 1931, tentou combater a mesma “neutralidade valorativa” de Beling, porém, de forma distinta ao caráter indiciário reconhecido por Mayer. Seria a tipicidade elemento constitutivo (“essência”) da própria antijuridicidade¹²² (*teoria da ratio*

¹²⁰ O *tatbestand* já apareceu expressamente na Ordenação Criminal Prussiana de 1805 (parágrafo 133). (BRANDÃO, 2020, p. 41)

¹²¹ Mayer contribuiu, assim, também com a existência dos “elementos normativos [que] ‘são aquelas partes essenciais de um evento típico que não tem mais que determinada importância valorativa’, e que ‘como partes essenciais da ação se distinguem das referências do ato e são, de resto, o mais fácil de reconhecer por uma característica que falta nestas: são partes essenciais que não estão na relação de causalidade com o movimento corporal’. Que a coisa alheia subtraída não é causada pelo ladrão” (LUISI, 1975, p. 15)

¹²² “A concepção de Mezger pressupõe a existência de uma antijuridicidade penal distinta da antijuridicidade geral, absolutamente inadmissível no atual estágio da dogmática penal. Com efeito, se a antijuridicidade realmente dependesse da tipicidade, o legislador, ao tipificar uma conduta, criaria para ela uma antijuridicidade

essendi). Em suma: “somente o injusto típico é que constituiria o antijurídico penal; tipo penal é tipo de injusto. Tipicidade é a antijuridicidade tipificada” (LUISI, 1975, p. 17). Daí seu tipo total do injusto.

A valoração normativa de Mezger pode ser vista por toda a sua estrutura do delito. Na tipicidade, podemos compreender a presença dos elementos normativos do tipo, que são de matriz axiológica e vistos nos: i) delitos de exteriorização (que contêm elementos que necessitam da captação do juiz ao seu verdadeiro sentido, como no crime de injúria); ii) elementos típico-normativos (elementos cujo conceito é extraído da lei, como funcionário público); e iii) elementos de valoração cultural (valoração em função de concepções e normas alheias ao direito). Mezger passou a defender o tipo como uma categoria totalmente normativa, a qual continha um juízo provisório do injusto. Indiscutivelmente nazista, a valoração proposta por Mezger permitia a fixação de hermenêuticas racistas e hegemônicas, com base no: “pensamento da responsabilidade do indivíduo ante seu povo e o da regeneração racial do povo como um todo, porque o novo Estado totalitário estava apoiando-se nos princípios básicos de povo e raça” (MEZGER *apud* ZAFFARONI, 2019, p. 137).

Tais percepções permearam a chamada teoria dos elementos negativos do tipo, a qual dialoga com a doutrina de Mezger, como primeira concepção mista (objetiva-subjetiva) do tipo, ao explicar o crime tentado¹²³. Von Weber (1935) identificou que todo fato típico é sempre um fato ilícito, logo, todo o tipo penal já carrega toda a matéria proibida, que só não será típica se justificada. Pode-se resumir a teoria dos elementos negativos do tipo por duas constatações:

- a) uma parte positiva (tipo positivo), que corresponde à completa realização dos elementos do tipo (tipo no sentido tradicional); b) uma parte negativa (tipo negativo), que corresponde à ausência das causas de justificação. Daí o nome da teoria dos elementos negativos do tipo, visto que a presença de tais elementos (legítima defesa etc) nega o próprio tipo; sua ausência, o contrário, confirma-o totalmente. (QUEIROZ, 2020, p. 200).

Gustavo Octaviano Junqueira e Patrícia Vanzolini (2021, p. 295) advertem que não se pode confundir a teoria dos elementos negativos do tipo com a teoria da *ratio essendi*, já que

especificamente penal, diferente da antijuridicidade geral, o que possibilitaria que uma conduta pudesse estar justificada para o Direito Penal e continuasse sendo antijurídica para outro ramo do ordenamento jurídico”. (BITENCOURT, 2021, p. 363)

¹²³ “A concepção mista (objetiva-subjetiva) do tipo foi fruto das dificuldades da conceção objetiva. De um lado, a descoberta dos elementos subjetivos do injusto negava uma total objetividade; de outro, a incapacidade para incorporar a culpa inconsciente desacreditava o pretenso monopólio da subjetividade ostentado pela culpabilidade. [...] Para Weber, a culpabilidade se reporta ao poder enquanto a antijuridicidade se reporta ao dever, substituindo-se a dualidade objetivo/subjetivo pelo dever/poder. Em 1936, o conde Dohna também elaborou um conceito misto do tipo penal. Em sua construção havia um desvalor de caráter misto: do tipo objetivo (que era o juízo de antijuridicidade) e do tipo subjetivo (que era o juízo de culpabilidade)”, segundo ZAFFARONI (2010, p. 143-144).

nessa o tipo é contido pela antijuridicidade, em uma relação circular, enquanto para aquela a antijuridicidade é um elemento adicional (negativo) do tipo. Criticando a teoria da *ratio essendi* e a teoria dos elementos negativos do tipo, Cláudio Brandão (2020, p. 121): “se dizemos que a relação entre tipicidade e antijuridicidade é uma relação de essência, estamos, em verdade, afirmando que elas são uma coisa só, e, se assim não existe sentido em diferenciá-las”.

Em crítica às construções anteriores, há o sistema finalista de Welzel. Com doutrina oposta à ideia causal-naturalista e neokantista, atribuiu-se ao tipo muito mais do que a simples individualização da matéria proibida. O tipo de injusto finalista passa a ser complexo e estruturado sob componentes causais (aspecto objetivo) e componentes finais (aspecto subjetivo), percebendo o tipo em formato objetivo e subjetivo (doloso ou culposo). O tipo finalista será mais abrangente, pois, além de trazer ciência do conteúdo proibido, oferecerá sentido material ao injusto, sendo um tipo de injusto (BRANDÃO, 2020, p. 58). Por incorporar a ideia de adequação social como paradigma material, ensejando a atipicidade de situações comuns à vida social, o tipo de injusto “destaca a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal” (WELZEL, 2011, p. 72-73).

A retirada dos elementos subjetivos da culpabilidade, em Welzel, veio acompanhada de uma concepção de “dolo natural”, desvinculada da consciência da ilicitude (mantida no bojo da culpabilidade). Nucci (2019, p. 293) leciona que essa explicação “é perfeitamente cabível”, embora muitos críticos do finalismo apontem a culpa inconsciente como ponto fraco do finalismo, pois não “natural”.

Os sistemas funcionais, tanto o teleológico de Roxin, como o de Jakobs, inovam no que diz respeito à incorporação de elementos vindos da política criminal na teoria do delito. Como é o caso do liame entre a afetação dos bens jurídicos e a teoria de imputação objetiva, avaliados no fato típico.

No sistema funcional roxiniano, o tipo passa a ter uma função de prevenção geral de delitos, devendo cada tipo ser interpretado teologicamente, surgindo daí a necessidade da maior taxatividade possível. A percepção do injusto (fato típico e ilícito) levará em consideração, ainda, o aspecto da autorização e proibição de riscos aos bens jurídicos tutelados. Diferenciando-se, de forma geral, do funcionalismo sistêmico ou radical de Jakobs, em razão desse preditar sua tipicidade “material” à proteção da vigência e validade da norma.

A sistemática redutora da tipicidade legal fará surgir a chamada teoria da tipicidade conglobante, de Zaffaroni, a qual, já na tipicidade, pretende excluir condutas que apenas

“aparentam” antinormatividade, mas são lícitas no ordenamento jurídico. Zaffaroni (2010, p. 126) parte da percepção da “tipicidade como um terreno de conflito no qual colidem o poder de punir e o direito penal”, enquanto atividade racional redutora (e não arbitrária).

Na tentativa de conter a vulnerabilidade gerada pela distribuição desigual do poder de punir, Zaffaroni definirá sua tipicidade conglobante a partir de três critérios: a) tipicidade legal (adequação da conduta ao tipo legal); b) tipicidade conglobante (violação de uma norma subjacente ao tipo); e c) tipicidade penal (conjugação das duas anteriores). A tipicidade conglobante seria, pois, um instrumento funcional, em razão da

[...] redução abstrata de hipóteses não esgotar a tarefa do direito penal constituindo apenas o pressuposto necessário para o juízo de valor acerca da proibição das ações concretas que se submetem a decisão jurídica. Este juízo é que esgota – neste nível – a função limitadora do direito penal; aí se desenvolve a verdadeira atividade valorativa. (ZAFFARONI, 2010, p. 128)

Também próximo, em certa medida, da ideia de injusto, Paulo César Busato (2020, p. 190) apresenta o tipo de ação, cunhado por Vivés Antón, como aquele cujo

[...] conteúdo do tipo de ação se resume a uma pretensão conceitual de relevância, que equivale à adequada compreensão linguística da definição típica pela lei (tipicidade formal) – e sua consequente limitação pelo princípio de legalidade em todas as suas vertentes – e uma pretensão de ofensividade que corresponde ao caráter de dano ou perigo ao bem jurídico (antijuridicidade material). Dentro da ideia de tipo de ação, evidentemente, restam compreendidos elementos do tipo configurados normativamente e não ontologicamente. É que se o tipo de ação é o reconhecimento de um significado, é certo que sua configuração somente pode ser normativa.

4.2.2 Resenhando os tipos legais brasileiros: do crime contra o respeito aos mortos ao tráfico de cadáveres, suas partes, órgãos e tecidos

Pode-se resumir tudo o que já foi exposto pelo “cadáver sempre ter sido considerado coisa sagrada, inquietante e perigosa” (FRAGOSO, 1958, p. 380)¹²⁴. Pelo objetivo desse estudo ser restrito à identificação das narrativas políticas inseridas na utilização do morto, para posterior avaliação do bem jurídico selecionado para afetação penal, os tipos legais correlatos ao tema serão expostos apenas para delimitar o âmbito de incidência da norma penal conexa ao bem jurídico eleito pelo legislador brasileiro.

¹²⁴ Não se ignora a existência de inúmeras edições subsequentes da doutrina de Heleno Cláudio Fragosa e Nelson Hungria, no entanto, diante da finalidade de trazer ao leitor aspectos históricos, nossa predileção pela obra mais próxima à publicação do Código Penal de 1940.

Em termos penais, entenda-se por cadáver o “corpo humano sem vida, no todo ou em partes”, incluindo-se o natimorto (HUNGRIA, 1959, p. 82)¹²⁵. Para Nelson Hungria, o feto sem maturidade não constitui cadáver, tampouco os restos mortais em completa decomposição, as cinzas e a múmia, em razão de não recaírem sob eles sentimentos.

Muito foi narrado quanto ao cadáver em meio à pena criminal, no entanto, os mortos também constituem outros institutos penais, com natureza dogmática distinta, a exemplo de elementares típicas, resultados agravadores de determinados tipos, do estágio do *iter criminis* e da atipicidade da tentativa do crime de homicídio quando impossível. Quanto à inclusão na seleção típica, desde os romanos vê-se a tutela penal do desrespeito aos mortos, incriminando a *violati sepulchri*, tal como o direito penal canônico. Nas leis bárbaras, vedava-se a profanação e a subtração do cadáver, sob pena da “perda da paz” - o que só confirma o poder dos vivos pela comunicação de sua força através do cadáver.

No Brasil, os cadáveres aparecem em termos típicos a partir do Código Penal de 1890. Os arts. 185 a 188 tratavam dos delitos contra o livre exercício da liberdade individual, incluindo a violação à liberdade de culto dos vivos, em termos de privação ou de outra intervenção na ritualística da morte. A memória do morto também foi tutelada tipicamente quando utilizada para invadir a personalidade jurídica de seus familiares, por injúria ou calúnia, segundo o art. 324.

Entre nós, o Código de 1830 não cuidava de tais crimes e o Código de 1890 considerava simples contravenções a inumação irregular (art. 364) e a profanação de cadáveres (art. 365), bem como a violação, conspurcação ou danificação de sepulturas ou mausoléus (art. 365 e 366). (HUNGRIA, 1959, p. 78)

As primeiras contravenções consideraram a violação das leis sanitárias como bem jurídico afetado, por meio das inumações ou transportes do cadáver para fora do cemitério sem autorização (art. 364). Além disso, incutiram o abstrato, moral e subjetivo juízo do profano como elementar da contravenção de desacato ao cadáver (art. 365). Percebe-se que, talvez, pela proximidade não tão remota com a sistemática colonial, nos primeiros anos republicanos o Brasil não reconheceu os atravessamentos mais sensíveis em torno do cadáver, que são aqueles relacionados a sua utilização, comissiva ou omissiva, como recurso de poder, apto a exterminar a memória da própria existência do morto.

Ganha-se *status-criminis*, no Brasil, com a vigência Código Penal de 1940, o qual passou a prever cinco tipos legais que cercam a questão do morto, sob duas ordens: a ofensa à sua memória caluniada e o respeito devido aos mortos. Em capítulo próprio

¹²⁵ Sobre a antiguidade da edição, igual motivo supra.

(Capítulo II, do Título V, da Parte Especial, do CP/40), foram previstas quatro figuras típicas, dispostas nos artigos 209 a 212, em vigor até os dias atuais. O projeto divorta-se da legislação anterior ao trazer para o catálogo dos crimes fatos contravencionalis (*violatio sepulchri* e a profanação de cadáver) e ao introduzir novas figuras típicas.

A liberdade individual, anteriormente tutelada, é substituída pelo respeito aos mortos, que divide o Título V, da Parte Especial, em capítulo autônomo ao culto religioso. Ainda assim, até pelo próprio período histórico, o cadáver foi contextualizado sob uma espécie de “religião do túmulo”, nas palavras de Nelson Hungria (1959, p. 78). Nesse sentido, o Item 68 da Exposição de Motivos do CP/40:

São classificados como *species* do mesmo *genus* os ‘crimes contra o sentimento religioso’ e os ‘crimes contra o respeito aos mortos’. É incontestável a afinidade entre uns e outros. O sentimento religioso e o respeito aos mortos são valores ético-sociais que se assemelham. O tributo que se rende aos mortos tem um fundo religioso. Idêntica, em ambos os casos, é a *ratio essendi* da tutela penal.

De qualquer forma, a doutrina começa a falar no respeito aos mortos como “um sentimento individual e coletivo, quase religioso” (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 699). Tratou-se de uma reprodução da catalogação feita pelo código penal Italiano, compreendendo o respeito aos mortos como sentimento religioso (FRAGOSO, 1958, p. 371).

Quanto ao bem jurídico selecionado pelo legislador, haverá posterior análise crítica no Item 4.3.2. Ainda assim, é importante antecipar que a visão da época acreditava que “o que a lei penal protege (e neste particular ela tem caráter constitutivo, e não meramente sancionador) não é a paz dos mortos (como se tem pretendido, com abstração do axioma de que os mortos não têm direitos), mas o sentimento de referência dos vivos”. (HUNGRIA, 1959, p. 82). Note-se a influência da expansão ético-principiológica a partir da propagação dos direitos humanos; ao ponto de depositar no direito penal a expectativa doutrinária de construção dos valores de alguém pela norma penal – polêmica já travada por Beccaria.

Quanto à estrutura típica, o art. 209 incrimina a conduta de impedir (impossibilitar ou obstar) ou perturbar (estorvar) o enterro ou cerimônia funerária. Por enterro, entenda-se à “transladação do corpo, sua remoção ou transporte para o local onde será enterrado, haja ou não o cortejo” (NORONHA, 1966, p. 92). Ou seja, não se trata do simples transladar ilegal do corpo, mas, também, ao fato de obstruir sua transferência a local previamente designado.

O crime poderá ser praticado de forma livre, admitindo um rol extensivo de eventos funerários, a exemplo de velórios, romarias etc., em razão do elemento enterro ou cerimônia funerária. O crime só é punido a título de dolo, assim, eventual culpa da agência funerária na entrega do carro fúnebre será atípica.

O crime consuma-se com o efetivo resultado (impedir/perturbar) e só será punido a título de dolo, ou seja, conduta dirigida e consciente à falta de respeito com os mortos, logo, existindo eventual rixa, em um velório, por motivos pessoais, não haverá tal tipo legal. Trata-se da única modalidade de crime contra o respeito aos mortos que previu circunstância individualizadora, consistente na majoração da pena em 1/3 (um terço), se houver violência, além da pena correspondente à violência, em ruptura com o princípio do *non bis in idem* (art. 209, parágrafo único).

O art. 210 do CP/40 cuida da violação ou profanação de sepultura ou urna (cinerária ou ossuária). A conduta não recai diretamente sob o corpo do morto, mas sob o local em que se encontra. Incrimina-se a conduta de violar, como aquela de abrir, devassar ilegitimamente, ou profanar, isto é, perturbar, alvitrar, ultrajar, macular, degradar (COSTA JÚNIOR, 2007, p.701). Por sepulcro entenda-se o local onde está o morto e tudo aquilo que lhe for imediatamente conexo (lápides, ornamentos), pois a lei não faz distinção entre vala comum, cova, urna ou outro recipiente de acondicionamento de cinzas ou ossos. “A sepultura do pária desconhecido merece tanto respeito quanto a do herói celebrado” (HUNGRIA, 1959, p. 81).

Paulo José da Costa Júnior (2007, p. 701) acompanha o entendimento pela necessidade da presença do cadáver ou de seus restos mortais, na sepultura ou na urna, para que não enseje situações teratológicas, pois, “profanar um túmulo vazio é a mesma coisa que apunhalar um cadáver”. Assim, é atípico violar ou profanar monumentos simbólicos dedicados aos mortos onde não estejam sepultados.

Tipifica-se a modalidade dolosa, no entanto a própria noção de profanação apresenta elemento especial subjetivo dirigido a degradar. Consuma-se o crime com a conduta de efetiva violação/profanação.

O artigo 211 do CP/40 tipifica a destruição, subtração ou ocultação do cadáver ou parte dele. Destruir o cadáver ou uma de suas partes significa torná-lo insubstancial como cadáver, a exemplo de incinerá-lo de forma ilícita (ou das penas infamantes tidas no histórico do poder de punir). Subtrair um cadáver ou suas partes significa tirá-lo

[...] da esfera de proteção jurídicas ou da custódia de seus legítimos detentores (cônjugue, parentes, vigia do necrotério, guarda do cemitério). Se o cadáver foi vendido ou entregue a um instituto anatômico, converte-se em coisa, e sua subtração (ou destruição) é crime patrimonial. (HUNGRIA, 1959, p. 83)

Interessante perceber os destaques feitos por Hungria no sentido do abuso do poder científico, identificando sua criminalidade, ainda que sob o enfoque patrimonial. Nesse ponto, até pelas limitações de seu tempo, entendemos, de forma distinta, que o cadáver subtraído ou

entregue a uma instituição de ensino atinge os parentes, os amigos do morto e a sociedade, em seu processo de luto, registro da história e à memória da coletividade, por todos os excessos já comentados a título de política criminal, especialmente quanto ao desaparecimento de pessoas.

Aliás, tamanho é o desvalor que não poderíamos deixar de recordar da Convenção Europeia de 2015 (Convenção de Santiago da Compostela), que movimentou a União Europeia no sentido de que os Estados tipificassem de forma autônoma o “tráfico de órgãos humanos” para quaisquer fins. A exemplo destacamos os tipos legais produzidos pela Espanha e Portugal no Capítulo 5.

Magalhães Noronha (1966c, p. 99) alerta, em linhas gerais, a desnecessidade de apossamento do cadáver para fins de sua consumação. Quanto ao núcleo do tipo “ocultar”, total ou parcial, Magalhães Noronha e Nelson Hungria explicam que se trata de um “fazer desaparecer”, motivo pelo qual a consumação existiria tão logo haja o cadáver desaparecido. Hungria (1959, p. 83) aduz que a ocultação, diferente da subtração, apenas poderia ocorrer antes do sepultamento do cadáver, uma vez que sepultar pressupõe estar em posse do cadáver. A doutrina mais moderna entende que a ocultação do cadáver possui consumação prolongada no tempo, por se tratar de crime permanente, nesse sentido Cézar Roberto Bitencourt (2021, p. 519), Guilherme de Souza Nucci (2019b, p. 677) e Luiz Regis Prado (2017, p.640).

A jurisprudência, no entanto, não é pacífica. A respeito da permanência de fazer desaparecer, inclusive no contexto de desaparecimentos forçados, a sentença internacional proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Guerrilha do Araguaia *versus* Brasil (2010, p. 96), compreendeu ser conduta de consumação permanente ou continuada, a qual impediria a aplicação da Lei de Anistia ou qualquer outra “disposição análoga, como a prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade”. Na contramão desse entendimento, as decisões do Supremo Tribunal Federal (Reclamação Constitucional nº 18.686, então de relatoria do Ministro Teori Zavascki) e do Superior Tribunal de Justiça (5^a Turma, RHC 57.799, Ministro Relator Joel Paciornik), que mantiveram o trancamento liminar da rumorosa ação penal “Caso Rubens Paiva”, o primeiro pela alegada força vinculada da Lei da Anistia (Lei 6.683/79), para o segundo

[...] a ação de ocultar cadáver prevista no artigo 211 do Código Penal só é permanente quando se depreende que o agente responsável espera, em um momento ou outro, que o corpo, objeto jurídico do crime, venha a ser encontrado. Quando a ocultação praticada há 49 anos ainda não foi desvelada, não há viés temporário. Não pode, portanto, ser classificada como permanente.

A discussão quanto à consumação do crime permanente da ocultação de cadáveres, especialmente quando praticadas por agentes de Estado, se dá em razão de constituir fato de extrema gravidade. Tais crimes podem atingir bens jurídicos materiais ou imateriais, porém, para Frederico Marques, o agente deve ter a possibilidade de alterar a possibilidade fática da permanência (MAGGIORE), sob pena de estar diante de mero exaurimento. Existem diversas correntes doutrinárias¹²⁶, cujas principais destacam que: a) o crime permanente consuma-se no ato em que se iniciar a permanência; b) consuma-se no ato que cessar a permanência; e c) a consumação protraí-se no tempo, enquanto integram-se os elementos constitutivos do crime até o fim da atuação omissiva do autor.

José Frederico Marques (1965b, p. 274-278), valendo-se da lição do italiano Marcello Galo, percebe um denominador comum dessas correntes: o sujeito ativo do crime produz com a própria conduta um estado de抗juridicidade que perdura segundo os ditames da sua vontade. Além disso, dialogando com o crime de cárcere privado, entenderá que o crime propriamente permanente poderá ser precedido de ato instantâneo, ou conduta comissiva, que se liga ao comportamento omissivo de permanência, através do tipo.

Em termos de elemento subjetivo, o artigo 211 prescinde de elemento subjetivo especial do tipo, por isso, a finalidade ou a forma de utilização de eventual ocultação poderá ser verificada em sede de individualização da pena-base ou agravação genérica, a depender das circunstâncias e da motivação do caso concreto. Nesse sentido, a importância do aporte axiológico trazido, a fim de chamar a atenção do operador do direito a dados circunstanciais que envolvam a utilização do cadáver como um recurso de poder.

Por fim, o artigo 212 do CP/40 trata da conduta de vilipendiar o cadáver ou suas cinzas (resíduos de cremação ou combustão autorizada, causal ou criminosa). Vilipendiar é o

¹²⁶ “a) Ferri, por exemplo, fala que ‘são crimes permanentes aqueles que com a consumação produzem uma condição jurídica, que se protraí até quando queira o delinquente’. b) Maggiore, ‘o crime permanente em que o estado抗jurídico perdura no tempo, acrescenta, em seguida, que se encontra no poder do agente fazer cessar ou continuar a situação抗jurídica. E, em c) Antolsisei o que se lê é o seguinte: ‘chamam-se de permanente, os crimes que, segundo a figura abstrata delineada em lei, o fato correspondente dá origem a um estado de dano ou perigo que se protraí no tempo e pode cessar por vontade do agente’. d) Biagio Petrocelli diz que existe tal infração penal quando em um dado momento, o crime se completa e se realizada em todos os seus elementos constitutivos, mas sem exaurir-se, pois a conduta do agente continua, ininterruptamente, em todos os instantes sucessivos, a realizar a lesão do interesse que a norma tutela, até que sobrevenha ou ação contrária do réu, ou qualquer outra força que ponha fim ao delito. e) Giovanni Leone vê no delito permanente a) um delito que atinge a um bem imaterial suscetível, como são os bens imateriais, tão só de compreensão, e nunca de destruição; b) um delito que se decompõe em duas fases, de que a inicial é comissiva e a segunda omissiva. Entendendo que nem sempre o crime permanente começará por uma conduta comissiva, f) Alberto Dall’ora elaborou outra conceituação a respeito do delito permanente em conexão com uma teoria geral da conduta delituosa. Para o penalista citado só nos crimes de mera conduta é possível situar-se o delito permanente. A seguir expõe que toda conduta omissiva é naturalmente permanente, enquanto a conduta ativa é sempre instantânea. Mas existem condutas omissivas que são origem a crimes instantâneos, porque o tipo fixa seu momento final” (MARQUES, 1965, p. 274-277).

ato de ultrajar, humilhar, escarnecer o sentimento de respeito aos mortos. Pode ser praticado de forma livre, por meio verbal, escrito ou quaisquer outros gestos, desde que sob o morto ou suas cinzas, em oposição ao modelo italiano que elencou um rol de atos de vilipêndio.

Constituirão fatos de vilipêndio o tirar as vestes do cadáver, escarrar sobre ele, cortar algum membro, inclusive se praticados em meio aos anfiteatros de anatomia, desde que com o fim de escárnio, pois o crime apenas é punido na forma dolosa (HUNGRIA, 1959, p. 84-85). A “carreata de cadáveres”, assistida na Paraíba, em 2019, em tese, exemplifica esse tipo.

Em termos de legislação extravagante, manteve-se o desvalor contravencional ao aspecto sanitário em torno dos cadáveres¹²⁷. O artigo 67 da Lei de Contravenções Penais de 1941 tipifica as condutas de inumar ou exumar em contrariedade às disposições socioambientais do necrochorume¹²⁸, e inumar ou exumar sem autorização do Poder Público. A depender da inumação ou exumação, atente-se à especialidade dos crimes ambientais.

Quanto ao transporte e à exibição do cadáver ou de suas peças anatômicas ilegais, não há figura típica afeta de forma especializada, salvo se para fins de transplante. Logo, eventual organização criminosa, terrorista ou associação criminosa ou miliciana que manipule o cadáver ou partes de corpos humano (nacrocadaver)¹²⁹, sem destruí-lo, a fim de intimidar outra estrutura criminosa ou a própria sociedade não encontrará uma figura típica taxativa, senão eventualmente subsidiária aos tipos reservas (a exemplo do vilipêndio).

No mesmo linear atípico, o tráfico de cadáveres inteiros ou em partes (tráfico humano *post mortem* em sentido *lato*). Diferentemente do sistema europeu, a Lei nº 9.434/97, ainda que contemple tipos mais especializados quanto ao cadáver, restringe-se à finalidade terapêutica de utilização de órgãos, por razões de legalidade. Assim, o tráfico humano *post mortem* para fins de estudos ou pesquisas é, em si, atípico no Brasil.

Em termos de tratamento, a Lei nº 9.434/97 aborda o cadáver nos tipos legais previstos nos artigos 14, 15, 16, 17 e 19, que atuam em fases distintas do processo de transplantação ou outra terapêutica. Quanto aos artigos 14, 16 e 17, sua questionável constitucionalidade advém da previsão de diversos elementos normativos de forma ampla e genérica, pois meramente

¹²⁷ “Deve ser desclassificada a conduta descrita no art. 210 do CP (violação de sepultura) para a contravenção penal consistente em exumar cadáver sem a observância das disposições legais, se resta demonstrado que não houve crime contra o respeito aos mortos e sim mera infração das normas da Administração Pública” (TJMG, AC. 1.0378.01.001721-9/001, 2^a Câmara Criminal, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, julgado em 03/02/2005)

¹²⁸ A respeito dos aspectos socioambientais e a ordenação urbana dos cemitérios já tivemos a oportunidade de realizar, enquanto estudo de caso sobre as condições dos cadáveres não identificados, possivelmente em situação de desaparecimento, no Cemitério de Perus (GENNARI; VENDRAMINI CARNEIRO, 2020a).

¹²⁹ O art. 8º da Convenção de Santiago da Compostela pede incriminação quanto à preparação, preservação, armazenamento, transporte, transferência, receção, importação e exportação de órgãos humanos removidos ilicitamente

remissivos ao “desacordo das disposições daquela lei”, o que, em termos práticos, significa o complemento normativo por outras treze normas, de conteúdo nada fragmentado (arts. 1º a 9º-A, 11 e 13 da referida lei).

Em razão do objetivo desse item 4.2.2 ser a apresentação dos principais tipos penais, os aspectos penais da lei dos transplantes não serão comentados com a crítica e detalhamento devidos, bastando compreender que seu artigo 14 trata da remoção ilegal de órgãos, partes ou tecidos do cadáver, a exemplo da remoção de órgãos obtidos por abuso à vulnerabilidade ou coação, fraude no consentimento – interpretação que encontra compatibilidade democrática, pois reação às narrativas de poder autoritário sob o corpo. O artigo 16 trata da realização ilegal do transplante ou enxerto, o que pode alcançar a consecução de procedimentos que utilizem órgãos de cadáveres obtidos de forma ilegal. Já o artigo 17 aborda estritamente o tráfico de órgãos, parte e tecidos do corpo humano, compreendido pelas condutas recolher, transportar, guardar ou distribuir de forma ilegal, enquanto fase intermediária entre os tipos anteriores.

O art. 15 refere-se à compra e venda de órgãos, parte e tecidos do corpo humano (vivo ou morto). Como forma de encontrar justificações externas e, assim, conferir maior taxatividade aos tipos dos artigos 14, 16 e 17, sem pretender exaurir o tema, é possível compreender com clareza a incriminação das condutas de remoção, realização, recolhimento, transporte, guarda ou distribuição de órgãos post mortem, por meio de obtenção onerosa (art. 199, §4º da CF/88 c.c. art. 1º da Lei nº 9434/97), clandestina (arts. 2º e art. 13, §1º, do Decreto 9.175/17), sem o diagnóstico válido de morte encefálica (art. 3º), sem o consentimento válido (art. 4º e 5º), praticado em pessoa não identificada (art. 6º) e sem verificação da causa mortis (art. 7º, p. único).

Por fim, o art. 19 da Lei nº 9.434/97 trata da não recomposição ou devolução indigna do cadáver à família, após a realização da remoção lícita de órgãos, partes ou tecidos. Percebe-se não se tratar do respeito ao morto, mas sim ao luto da família.

A atecnia da única sistematização do tema é tamanha que a falta de comprometimento com os princípios mais basilares da legalidade, em termos de taxatividade, fragmentariedade e ofensividade compromete a racionalização da análise da afetação do bem jurídico selecionado pelo legislador, diante da irracionalidade de seus principais tipos legais. Ainda assim, é possível inferir que as narrativas do poder científico são submetidas aos direitos fundamentais, enquanto política oficial, tornando ilícito e desvalorado, inclusive na seara penal, comportamentos que anteriormente eram tolerados de forma oficial; a exemplo da

relevância jurídica do consentimento do doador para fins de remoção de órgãos, sua dignidade e gratuidade para consentir.

4.3 Bem jurídico penal e seus elementos referenciais brasileiros

A síntese da evolução da teoria do delito e a própria apresentação sobre os tipos legais brasileiros demonstram que não há como se construir uma teoria do tipo penal de forma meramente descritiva ou objetiva¹³⁰, ou fundamentada exclusivamente por sua previsão em lei. Os casos concretos são dinâmicos e chamam, a todo momento, pelos filtros da fragmentariedade e ofensividade, cujo exame do bem jurídico, vindo do exame constitucional “tem bastante relevância porque, se a conduta, à primeira vista, típica, não violar o bem jurídico, tem a sua tipicidade excluída” (BRANDÃO, 2010, p. 165).

O tipo é produto de uma decisão política, e, portanto, de uma valoração; sua limitação interpretativa é uma atividade jurídica (valorativa) que constitui uma face do juízo de tipicidade traduzida na valoração de um pragma. (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 131)

Ao plasmar os tipos penais em abstrato, além de descrever as condutas e fatos presumidos aprioristicamente ilícitos, o Legislador só poderá legislar em face de condutas “que a sociedade reconhece da mais alta valoração” (LUISI, 1975, p. 54). Trata-se da garantia individual que exige do legislador o ônus de justificar a ofensividade dos bens jurídicos afetados ao tipo legal como pressuposto de uma atividade prévia, racional e republicana na seleção e controle da lei.

4.3.1 Evolução do Bem Jurídico Penal

“De forma geral, pode-se afirmar que toda norma jurídica incriminadora surge para amparar algo e alguém, os quais estão vinculados por meio de uma relação de interesse” (BECHARA, 2014, p. 89). “A estrutura dos tipos é moldada, também, tendo presente o bem jurídico tutelado. Certas condutas são normalmente irrelevantes, nada tendo essencialmente de antijurídico. Mas quando dirigidas a um bem jurídico, adquirem o matiz da ilicitude” (LUISI, 1975, p. 54).

A divergência doutrinária reside na capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico por sua aptidão de limitar ou expandir o poder de punir, a depender da doutrina

¹³⁰ Disso resultava a classificação com base no critério de “anormalidade” do tipo, *tipo normal* (com elementares meramente descritivas e objetivas) e *tipos anormais* (com dados subjetivos ou valorativos)

adotada. Ainda que seja possível reconhecer que a teoria do bem jurídico inicie no iluminismo¹³¹, no brado de limitar e controlar o poder de punir, “não podemos olvidar que os mesmos Estados Teocráticos “associavam a pena a um ato tido como criminalmente e lesivo porque havia a afetação de um bem jurídico devido a deus” (COPETTI, 2000, p. 91). A exemplo da valoração material feita à bruxa.

Em termos de destaque teórico, o bem jurídico nasce das divergências sobre a função do Direito Penal e da finalidade da pena, no século XIX, cujas críticas à proposição sobre o objeto do direito penal de Paul Johann Anselm von Ritter Feuerbach (1801) fomentaram inúmeras discussões de sua concepção individualista do bem jurídico. Famoso por sistematizar a ideia do *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimen* e *nullum crimen sine poena legali* (1989, p. 55), Feuerbach buscou a justificação interna do objeto do direito penal estrita aos “direitos subjetivos individuais”.

Seria, portanto, “a conservação dos direitos o objetivo geral das leis penais, assim, serão objeto de suas cominações protetoras tanto dos direitos dos súditos, como também dos direitos do Estado (como pessoa moral)” (FEUERBACH, 2007, p. 56, tradução nossa)¹³². Percebe-se que as discussões inaugurais do “delito-lesão de direito individual” de Feuerbach assemelham-se à pergunta garantista de “por que punir?”.

Em oposição à concepção individualista, Johann Michael Franz Birnbaum, primeiro autor a empregar a expressão “bem jurídico”, em 1834, passa a abranger um conjunto de valores aptos a justificar a punibilidade dos comportamentos a ela contrários¹³³. Seria o crime “a lesão ou perigo, atribuível à vontade humana, de um bem a todos igualmente garantido pelo poder do Estado” (BECHARA, 2014, p. 95).

Tal ideia torna-se o paradigma da concepção materialista do bem jurídico, distinguindo bens jurídicos individuais e coletivos, por meio do mundo do ser, pois os bens garantidos pelo Estado seriam obra de sua própria natureza ou do desenvolvimento social; chamados por Birnbaum de bens inatos ou adquiridos. Os penalistas não foram uníssonos na

¹³¹ “O movimento iluminista, a partir de duas correntes filosóficas distintas, o racionalismo cartesiano e o empirismo inglês, construiu um processo evolutivo em que, totalmente desvinculado de noções ético-religiosas, o delito passou a ser considerado como violação do pacto social, e a pena, como instrumental de sua prevenção, havendo, com isso, o favorecimento e a garantia dos bens individuais frente à incerteza da atuação estatal nos procedimentos persecutórios e de execução penal”. (COPETTI, 2000, p. 91)

¹³² “Puesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales, serán objeto de sus cominaciones protectoras tanto los derechos de los súbditos, como también los derechos correspondientes al Estado (como persona moral)”.

¹³³ Vale recordar que em Birnbaum o Estado era o único depositário de todo e qualquer bem jurídico. Para André Copetti (2001, p. 92), “o único objeto do delito era a vontade geral, e o fato individual é concebido como uma lesão ou perigo, não de um interesse individual, mas de um bem de valor coletivo para toda a sociedade. Com isso atende-se novamente aos interesses de proteção penal através da criminalização e penalização dos delitos contra a religião e a moral, excluídos da intervenção penal estatal à luz da teoria privatista de Feuerbach”.

aceitação da teoria de Birnbaum, alguns o acusaram de romper com os ideais iluministas de limitação do poder de punir (Biding); outros entenderam que sua teoria carecia de precisão quanto a qual bem jurídico seria merecedor de tutela penal¹³⁴, ou seja, quais os critérios de racionalização para se identificá-los.

O rendimento teórico dessa concepção materialista está em perceber a relevância de bens jurídicos coletivos, porém, não fornece meios de controle dos processos de decisão sobre qual bem jurídico, excepcionalmente, poderá ser afetado pelo direito penal, por se tratar de uma decisão valorativa desacompanhada de instrumentais de autocorreção/autocontenção.

Positivista, assim creditando à norma a fonte criadora da ação antijurídica e a previsão legal como ato criminoso, Karl Binding foi responsável por conceituar bem jurídico como aquele criado, exclusivamente, pelo legislador, afastando-se das concepções morais e religiosas dentro do Direito Penal. Por isso, atribui-se a Binding o conceito de bem jurídico formal, enquanto expressão da própria lei, independentemente de sua relevância jurídica. Em suma,

[...] o conceito de bem jurídico surge, portanto, pela primeira vez em Binding, que lhe confere sentido formal, positivado. A partir das definições de Birbaum e sem guardar preocupação com as ideias iluministas, definiu o bem jurídico formalmente como tudo aquilo que, não sendo em si um direito, aparece aos olhos do legislador como condição de vida saudável da comunidade, merecendo, assim, a garantia jurídica frente à lesão ou à colocação em perigo não desejada. (BECHARA, 2014, p. 100)

A crítica a esse conceito formal do bem jurídico está na redução do bem jurídico a um simples elemento da norma, totalmente dependente dela e contido nos limites de sua própria previsão, permanecendo refém de uma decisão do Estado.

Liszt conceituará o bem jurídico como “uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo valorativo não depende do legislador, por ser um dado social preexistente. Contrariamente a Binding, para von Liszt, o bem jurídico não é um conceito exclusivamente jurídico” (COPETTI, 2001, p. 93), em razão da descrença do autor à infalibilidade do legislador. Por isso, verá no bem jurídico um ponto de união entre a dogmática e a política criminal, cabendo a essa a identificação dos interesses dotados de relevância penal, além dos limites do legislador.

¹³⁴ “Com efeito, a mudança terminológica efetuada pelo autor importou em uma transformação substancial na intervenção penal, haja vista que até então o debate se centrava exclusivamente nos direitos individuais reconhecidos, pertencendo mais a uma esfera espiritual. A partir das formulações de Birnbaum, os objetos (bens) essenciais relacionados ao homem passam a ter uma posição concreta, permitindo, inclusive, a diferenciação entre lesão e perigo; consumação e tentativa; bens individuais e coletivos. (BECHARA, 2014, p. 98)

As críticas que recaem sob o bem jurídico listziano dizem respeito à ausência de elementos racionais que delimitem critérios sobre quais interesses merecem ser protegidos. Dessa forma, apesar das diferenças nas concepções de bem jurídico com Binding, especialmente quanto à origem social ou normativa do bem jurídico, “acabam coincidindo em um modelo e forma de Estado. Para Binding, tal poder é legitimado por meio da autoridade da norma; para Liszt, em um interesse social que se identifica com o do Estado” (BECHARA, 2014, p. 104).

Pretendendo-se transpor o controle pelas ciências naturais, a busca por um critério do bem jurídico no neokantismo pode ser vista em Gustav Radbruch, o qual pregava uma realidade neutra, a qual só poderia ser valorada por dados culturais (“intencionalidade valorativa do direito”). O bem jurídico passou a ser utilizado como critério de interpretação dos tipos legais, a partir dos valores da comunidade, e não mais como garantia, sob um “processo de espiritualização” do bem jurídico, principalmente por Richard Honig – que o conceituava como “o fim reconhecido pelo legislador nos preceitos penais individuais em sua fórmula mais sucinta”, ou ainda ‘como uma síntese categorial’” (BUSATO, 2020, p. 266).

A necessidade de um juízo de valor feito pelo Estado neokantiano, que possuía um discurso discriminatório, levou a um esvaziamento da teoria do bem jurídico. A Escola de Kiel entendia por sua inutilidade, afinal, se “o indivíduo deve fidelidade ao povo”, logo, o delito não constitui uma lesão do bem jurídico, mas a uma lesão ao próprio povo.

Mezger permanecerá utilizando o bem jurídico como o valor objetivo protegido na lei penal, valor esse que deriva de um complexo cultural anterior ao ordenamento. Georg Dahm pugnará por uma essência de delito relacionada à vontade hostil à comunidade e consciência de realizar o injusto, pouco importando-se com resultado da conduta, violador de uma lei formal, ou com a lesão a um bem jurídico tutelado para fins de imputação.

As doutrinas do contexto nacional-socialista alemão neutralizaram o desenvolvimento teórico do bem jurídico ao romperem com os paradigmas de danosidade social, propositores à aferição do bem jurídico tutelado como forma de racionalização e, por isso, controle do direito penal. Não à toa, a doutrina do pós-guerra buscou limitar a expansão penal, voltando à ideia de conceitos ético-políticos, ou seja, pré-jurídicos, ligados à justiça como forma de resistir à lei injusta, inclusive Radbruch.

Afinal, o regime nacional-socialista alemão acabou com a diferença entre direito e moral, ao ponto de reduzir o ordenamento jurídico ao sentimento alemão. Assim, “a ideia principal foi que o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não

convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simplesmente sentimentos” (ROXIN, 2018, p. 12).

Daí o ontológico do sistema finalista de Welzel, consubstanciado em estruturas lógico-objetivas da realidade, aptas a externar a violação de determinados valores, a partir do sentido empregado ao resultado (desvalor do resultado) ou na direção da atividade (desvalor da ação). Nesses termos, o finalismo vê no bem jurídico uma instância pré-jurídica, que influencia e é influenciada pelas relações sociais, isto é,

[...] um bem vital para a comunidade ou para o indivíduo, que, por sua significação social é protegido juridicamente. De acordo com seu substrato, pode aparecer das mais diferentes formas: como *objeto psicofísico ideal-espiritual* (por exemplo, aquele-vida, este-honra), ou como um *estado real* (por exemplo, tranquilidade do lar) ou como *relação vital* (por exemplo, o matrimônio ou parentesco), ou como *relação jurídica* (por exemplo, propriedade, direito de caça), ou ainda como *conduta de um terceiro* (por exemplo, o dever de fidelidade do empregado público, nem jurídico protegido contra o suborno)

Logo, bem jurídico é todo o estado social desejável que o direito quer resguardar lesões [...]. A significação de um bem jurídico não há de ser apreciada isoladamente em reação a ele mesmo, mas sim e só em conexão com toda a ordem social (apud, BRANDÃO, 2021, p. 40)

“Os casos de lesões insignificantes a bens jurídicos foram tratados como atípicos por Welzel, dentro de sua teoria da adequação social da conduta” (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 228). A crítica dirigida ao bem jurídico finalista envolve a ausência de critérios para delimitar o que o Estado realmente deve proteger. Roxin criticou severamente Welzel, justamente pelo emprego da adequação social e os arbítrios praticados pela atividade interpretativa do que é ou não é “adequado”.

Malgrado às críticas, a partir do finalismo foi retomado a discussão do conteúdo material dos bens jurídicos tutelados. Os direitos humanos e sua influência nas constituições do pós-guerra também contribuíram na retomada de estudos doutrinários acerca do bem jurídico, em razão da alta carga valorativa constitucional funcionar como fonte orientadora do *ius puniendi*, materializada nos bens jurídicos¹³⁵.

Não se trata mais de delimitar o Direito Penal, em sentido negativo, mas, antes, de verificar a possibilidade e a própria necessidade de se encontrar no texto constitucional uma síntese *a priori* ou um modelo de sistema que se imponha de cima, vinculando o legislador tanto a respeito dos fins da pena como dos instrumentos de tutela. (BECHARA, 2014, p. 122).

No funcionalismo teleológico de Roxin, “a questão sobre qual a qualidade que deve ter um comportamento para que seja objeto da punição estatal será sempre um problema central não somente para o legislador, mas, também para a Ciência do Direito Penal” (ROXIN, 2018,

¹³⁵ A respeito dessa função orientadora da constituição aos aspectos materiais do bem jurídico, Giuseppe Bettoli.

p. 11). Por isso, a legitimação necessita de uma explicação para além da discricionariedade do Legislador, com o conceito de bem jurídico como “o bem ideal que se incorpora no objeto do ataque concreto” (ROXIN, 1997, p. 63).

No mesmo sentido do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos constituir um limite negativo ao legislador, Bernd Schünemann (2007, p. 19) acrescentará, ainda, que o referido limite não evolve apenas casos de inconstitucionalidade, que demandam um processo de análise, pois a *ultima ratio* penal também estabelece um limite legal de proteção às liberdades civis¹³⁶. Diante disso, entenderá que o consentimento do ofendido na violação de bens disponíveis excluirá a tipicidade de eventual tipo legal.

Ainda que essa vinculação constitucional para limitações possa ser tida como um importante filtro de seleção, não se pode olvidar que a formatação programática das constituições do pós-guerra apresenta muitos valores idealizados, que nem sempre correspondem à realidade social. As teorias sociológicas do bem jurídico aludiram que “sob essa perspectiva, os bens jurídicos deixam de ser confundidos com objetos coisificados pelo Direito e passam a ser identificados como situações ou estados de destacado valor social” (BECHARA, 2014, p. 130).

Winfried Hassemer negará que o conteúdo do bem jurídico seja a mera descrição normativa formal ou a conformidade às exigências morais ou religiosas. O conceito do autor prelecionará “a redução os bens jurídicos aos interesses individuais das pessoas (tais bens podem ser coletivos, desde que mantenham essa vinculação). Essa concepção tem o mérito de estabelecer um marco referencial claro - a pessoa -” (BECHARA, 2014, p. 131), limitando a seleção do legislador. É chamada, por isso, de teoria pessoal do bem jurídico.

Além disso, sustentará que a constituição oferece norte ao princípio da ofensividade, estando no bem jurídico a própria justificação da proibição de atuar. No entanto, as condições de incremento da comunicação social feita a um bem jurídico são a frequência de sua lesão e a necessidade de atuação penal pelo efeito social produzido pela lesão. Também em meio a um conceito sociológico, tem-se Jesús Jimenez María Silva Sánchez, para quem bem jurídico seria tudo aquilo que a pessoa necessita para sua autorrealização.

Em sentido oposto, Jakobs, negando o conteúdo material do bem jurídico, por conceituá-lo como “validade fática das normas, que garante que se possa esperar o respeito

¹³⁶ “No se expresa la determinación del bien jurídico solamente al final del proceso de interpretación como una etiqueta concluyente, sino que se dirige en su línea de ataque principalmente liberal, es decir, sin limitaciones innecesarias de las libertades civiles, la configuración de la materia de prohibición; es entonces, refiriéndose al proceso de interpretación, tanto inmanente como crítico” (SCHÜNEMANN, idem).

aos bens, aos papéis e à paz pública” (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 219). O delito trata-se, portanto, de uma infração a um dever.

Em oposição à visão sistemática funcionalista, Raúl Zaffaroni entenderá:

O direito penal recebe o bem jurídico *já tutelado* e a norma que se deduz do tipo não faz mais do que anunciar um castigo para certas formas bem demarcadas e isoladas de ofensa a ele, mesmo quando o faça por expressa obrigação constitucional. Essa obrigação determina a criminalização primária de algumas ações que afetam o bem jurídico, porém mesmo que a obrigação não existisse o bem jurídico continuaria existindo. (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 216)

Em suma, o antagonismo entre funções limitantes e legitimadoras gerou muita tensão doutrinária, com inúmeras visões teóricas, sendo apresentadas suas acepções principais, por não ser a evolução do bem jurídico a matéria central desse trabalho. De qualquer modo, a presente passagem histórica prestou-se a localizar o espaço dogmático de inserção axiológica às narrativas de poder demonstradas nos capítulos anteriores.

Entender quais são os contextos que tornam o uso do cadáver um tema jurídico-constitucional não era suficiente para se reclamar à norma penal, motivo pelo qual essa pesquisa necessitava buscar as situações mais graves dentro da temática, para que fosse possível delimitar, ainda que provisoriamente, um espectro de atração penal ao tema, compatível com à excepcionalidade penal junto à restrição de liberdade individual, regra no ordenamento.

A revelação de referências interdisciplinares, que inseriram a matéria no âmbito de relações verticalizadas de poder, trouxe à tona uma visão crítica do ordenamento jurídico brasileiro quanto à afetação penal do bem jurídico penal, então resumido ao respeito dos sentimentos pelos mortos, como norma de ordem pública. Daí a relevância de percorrer os aspectos conceituais do bem jurídico penal, uma vez que a crítica à criminalização brasileira de sentimentos mostra-se evidente, pela alta carga de moralidade presente.

4.3.2 Respeito aos mortos: uma crítica racional ao bem jurídico afetado

O cadáver sempre foi objeto das decisões penais. Em termos de valoração material, sabe-se que as Ordenações Filipinas ligavam o cadáver à satisfação da força punitiva, a fim de excluir da memória social a existência do condenado, como é possível constatar nas palavras do Conselheiro Batista Pereira (*apud* CARVALHIDO, 2003, p. 14):

A pena de morte natural era agravada pelo modo cruel de sua inflição; certos criminosos, como os bígamos, os incestuosos, os adúlteros, os moedeiros falsos

eram queimados vivos e feitos em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura se pudesse haver memória.

Em termos de bem jurídico, já foi dito que o Código Criminal do Império não atribuía o morto como relevante, salvo em termos de aplicação da pena, cuja seletividade reduzia o luto dos familiares de condenados, pois não poderiam realizar cerimônias funerárias com “pompas” (art. 32)¹³⁷. A vontade de punir era tão irracional e absoluta que, não satisfeita com o corpo do morto, transcendia à memória coletiva e à integridade psicológica dos enlutados.

De forma oposta, contra a honra e boa fama, o Código Penal de 1890 insere a memória do cadáver como bem jurídico tutelado e com *status criminis* (art. 324), ao incriminar a calúnia e injúria contra os mortos (art. 324). Naquele contexto, as demais preocupações de tipicidade autônoma do cadáver envolviam um juízo político criminal de menor valor, pois tidas como contravenções, a exemplo da profanação de sepultura¹³⁸, cuja valoração era carregada de moralidade ao punir o respeito aos mortos e não ao luto dos vivos. Não obstante tais seleções legislativas, a pauta sanitária foi inserida na agenda penal do Código Penal de 1890, bem jurídico esse que seria o único merecedor de tutela penal para Francesco Carrara¹³⁹.

Interessante notar que a doutrina contígua ao diploma de 1890 não estava tão distante do constante uso penal conferido ao cadáver, em termos de recurso de poder político. Não datava de muito o fim dos flagelos da escravidão e das exibições de corpos no Império, e, ainda assim, o bem jurídico identificado pela decisão política do legislador da época não reconheceu as disputas de poder sob o próprio corpo como um aspecto relevante do fenômeno ligado aos mortos.

Já comentamos a respeito de ser o Código Penal de 1940 o primeiro diploma penal a criminalizar, no Brasil, o respeito aos mortos, em época de profundo envolvimento da teoria do direito com aspectos de religiosidade. Já foi exposto que Nelson Hungria comentará o bem jurídico de respeito aos mortos com uma função constitutiva de comportamentos sociais e não meramente sancionatória em caso de violação. A confusão entre direito e moral é latente, a

¹³⁷ Código Criminal do Império de 1830, art. 42 - “os corpos dos enforcados serão entregues a seus parentes, ou amigos, se os pedirem aos Juízes, que presidirem à execução; mas não poderão enterra-los com pompa, sob pena de prisão por um mez á um anno”.

¹³⁸ Código Penal da República de 1890, art. 365 – “Profanar cadaver; praticar sobre elle, antes ou depois da inhumação, qualquer desacato tendente a quebrantar o respeito devido aos mortos; violar ou conspurcar as sepulturas”.

¹³⁹ Em critica a esse posicionamento a doutrina nacional achava “estranha esta concepção do grande mestre, que se empenhou em polêmicas para defende-la, pois abstrai completamente a religiosidade que os mortos envolvem, e o sentimento de respeito que sempre evocam, que são valores mais importantes” (FRAGOSO, 1958, p. 382).

começar pela impossibilidade de violação da paz ou respeito diante de um morto, senão ao luto dos vivos – o que, em certo ponto, concorda o autor.

Nesse sentido, a continuidade típica apenas da calúnia *post mortem* (art. 138, §2º), inclusive em capítulo distinto e dedicado ao título dos vivos (Título I, da Parte Especial, do CP/40 - “Dos Crimes Contra a Pessoa”). Ainda assim, em termos teóricos, Nelson Hungria conceituará o bem jurídico em torno dos mortos por uma visão material do bem jurídico, não se limitando a sua legitimidade por razões puramente formais.

O sentimento aos mortos é um relevante valor ético-social, e, como tal, um interesse jurídico digno, por si mesmo, da tutela penal. Cuida-se esta de resguardar a incolumidade dos atos fúnebres, do cadáver em si mesmo e da sepultura. (HUNGRIA, 1959, p.79).

Ainda que não tenha doutrinado quanto à amplitude e moralidade de se incriminar o sentimento de respeito aos mortos, pode-se dizer que Nelson Hungria buscou legitimar o alcance do tipo a um valor ético, prévio ao direito, conectado aos vivos; como é possível se depreender por sua posição quanto à especialidade da subtração de cadáver ao crime de furto (HUNGRIA, 1959, p. 83). Caso fosse retirado da esfera de proteção jurídica de seus legítimos detentores (cônjuge supérstite, parentes do morto, vigia do necrotério, guarda do cemitério, etc), haveria o crime do artigo 211; se retirado da esfera de proteção de um instituto anatômico, ali destinado para fim científico, por converte-se em coisa, haveria o crime do artigo 155.

O próprio Nelson Hungria reconhece que o vilipêndio ao cadáver “é uma das formas do antigo sacrilégio, embora securalizada”, e prossegue, aduzindo que mesmo se houvesse autorização do *de cuius* para tal conduta, o crime não poderia ser excluído, “pois está em jogo interesses de ordem pública, qual a preservação do sentimento de respeito aos mortos. Nem mesmo o cadáver que serve a fim de estudo no anfiteatro de anatomia pode ser impunemente vilipendiado”. (HUNGRIA, 1959, p. 72 e 85)

O Supremo Tribunal Federal, no RHC 54.486/RJ, de relatoria do Ministro Leitão de Abreu, 2ª Turma, em julgado de 18 de junho de 1976, já se deparou com essa questão, ao julgar atípicos dois alunos e um professor de medicina que manipularam um cadáver, extraíndo-lhes os olhos com respeito: “enucleados os globos oculares, os pacientes, autores da enucleação, tiveram o cuidado de suturar as fendas palpebrais, para evitar a desfiguração do cadáver, evitando exatamente o aspecto chocante que, sem olhos, este certamente apresentaria”. Mantendo-se referida *ratio*, caso a ocultação dos cadáveres da ditadura militar tivesse ocorrido com respeito seria menos reprovável? Caso o crime organizado, milícias ou

agentes oficiais adotem uma cerimônia fúnebre para “fazer desaparecer seus mortos”, em cemitérios clandestinos, haveria violação ao bem jurídico escolhido pelo legislador?

Ainda nessa linha, há de se notar a incoerência das escolhas penais legislativas junto ao uso de corpos por razões acadêmicas ou científicas, que não valoram negativamente o tráfico de órgãos para tal fim, mas, em tese, tipificariam eventual remoção de órgãos “sem o devido respeito”. Compreendendo tratar-se de respeito aos vivos, José Frederico Marques (1965b, p. 22) atribui indispensabilidade da vítima do delito estar viva, sendo o sujeito passivo, na profanação de cadáveres ou no crime de injúria aos mortos, “no primeiro caso a coletividade em seus sentimentos de respeito aos que faleceram, e a família na segunda hipótese, por ser sobre esta que refluí a desonra da memória do parente morto”.

Assinale-se que a doutrina clássica compreendia o impacto social da memória do cadáver junto à família, mas não conseguia se rebelar contra a moralidade do conteúdo da norma, tampouco restringir o âmbito de incidência às situações de sua integridade psicológica e direito ao luto ou de sua privação, considerando grave o desaparecimento de pessoas ou a manipulação da história do cadáver. Aliás, os comentários da doutrina clássica brasileira limitam-se à sacralidade do morto, expandindo um bem jurídico de tamanho alcance, porém, negando sua natureza política, talvez, pela proximidade da época ao regime militar. Ainda assim, em razão de todos os tratados de direitos humanos expostos, era (e ainda é) necessário racionalizar a respeito da ofensividade em comento.

A Constituição de 1988 e todos os movimentos político-criminais que cercam o tema afastam a tutela penal de sentimentos, o que não pode ser confundido com outras facetas que conferem juridicidade e permitem a articulação dos princípios da subsidiariedade, ofensividade, como no caso da afetação da integridade psicológica, memória, história e verdade coletivas. Por se referirem a fatos e não dogmas, é possível avançar na limitação de seu espectro, nesse processo de racionalização, tornando taxativo o fragmento que seja avaliado com maior desvalor, dentro das narrativas envolvidas.

A privação do direito à informação verdadeira a respeito da localização de um cadáver ocultado, a violação dos direitos da personalidade dos enlutados e do regime democrático quando do uso político do cadáver, por meio de sua exibição, quando de posse abusiva são referências lógicas, que poderiam ser selecionados como decisão política. Não obstante seja interessante notar que de efeito transcendente da pena, o cadáver chega a ser afetado como bem jurídico, as narrativas epistemológicas que conferem seriedade crítica ao fenômeno social aparecem ignoradas, por uma postura irracional do legislador, que não se incomoda

com um tom de “religiosidade social” (NORONHA, 1966, p. 95), que reduz as contribuições interdisciplinares que investigam a relevância do tema. Em igual crítica, Paulo Cesar Busato (2017, p. 828) afirma que esse conceito moral “pouco tem a ver com as modernas tendências do Direito penal”.

Diante de todas as referências histórico-políticas trazidas, não é o fato de um suposto sentimento, ínsito ao ser humano, incitar o uso da ferramenta mais grave do Estado, ao ponto de a embriaguez voluntária não lhe retirar a imputação em caso profanação (MIRABETE, 2003, p. 405). De igual modo, não é um sentimento de piedade por aquele que já foi vivo. É o respeito à democracia, ao livre exercício da crença e do luto, bem como da verdadeira informação a respeito de quem morre e como morreu que podem tornar os mortos de interesse penal, por decisão do legislador. Afinal, o que é possível inferir ser ínsito à política criminal refere-se aos poucos diálogos críticos com a utilização do cadáver como um recurso de aquisição ou manutenção de poder, desde sua exibição até o seu desaparecimento, abusando dos interesses e direitos dos vivos (e não dos mortos, *per se*).

5 DIREITO COMPARADO: MERAS REMISSÕES TÍPICO-LEGAIS SOBRE TRÁFICO DE CADÁVERES

5.1 Espanha

A definição do crime de tráfico de órgãos e suas características estão regulamentadas no artigo 156 do Código Penal Espanhol, recentemente modificado pela Lei Orgânica 1/2019, de 20 de fevereiro de 2019, em decorrência da Convenção Europeia (Convenção de Santiago da Compostela), a qual exigiu a tipificação para os estados europeus. Nesse tipo não há vinculação à finalidade do tráfico cadavérico. Vejamos:

Art. 156, Tráfico de Órgãos 1. Los que de cualquier modo promovieren, favorecieren, facilitaren, publicitaren o ejecutaren el tráfico de órganos humanos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años tratándose del órgano de una persona viva y de prisión de tres a seis años tratándose del órgano de una persona fallecida.

A estos efectos, se entenderá por tráfico de órganos humanos: a) La extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos. Dicha extracción u obtención será ilícita si se produce concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1^a que se haya realizado sin el consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo en la forma y con los requisitos previstos legalmente; 2^a que se haya realizado sin la necesaria autorización exigida por la ley en el caso del donante fallecido,

3^a que, a cambio de la extracción u obtención, en provecho propio o ajeno, se solicite o reciba por el donante o un tercero, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase o se acepte ofrecimiento o promesa. No se entenderá por dádiva o retribución el resarcimiento de los gastos o pérdida de ingresos derivados de la donación.

b) La preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos.

c) El uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines.

2. Del mismo modo se castigará a los que, en provecho propio o ajeno:

a) soliciten o reciban, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase, o acepten ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos; b) ofrezcan o entreguen, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase a personal facultativo, funcionario público o particular con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos.

3. Si el receptor del órgano consintiere la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas previstas en el apartado 1, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en el apartado 1 cuando:

a) se hubiera puesto en grave peligro la vida o la integridad física o psíquica de la víctima del delito.

b) la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación.

Si concurrieren ambas circunstancias, se impondrá la pena en su mitad superior. 5. El facultativo, funcionario público o particular que, con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo, realizare en centros públicos o privados las conductas descritas en los apartados 1 y 2, o solicite o recibiére la dádiva o retribución a que se refiere la letra b) de este último apartado, o aceptare el ofrecimiento o promesa de recibirla, incurrirá en la pena en ellos señalada superior en grado y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, por el tiempo de la condena. Si concurriere, además, alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4, se impondrán las penas en su mitad superior.

A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal dedicado a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4, se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5, se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior. Cuando se tratare de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o grupos, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este artículo se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde, respectivamente, a los hechos previstos en los apartados anteriores. 9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 177 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

5.2 Portugal

A mencionada Convenção Europeia de Santiago da Compostela fez recomendações de natureza incriminadora, provocando seus Estados Membros às modificações penais para fins de homogeneidade e cooperação penais. Nesse sentido, as alterações do Código Penal Português, introduzindo o tipo “tráfico de órgãos” (art. 144-B), por meio da Lei nº 102/2019, de 06 de setembro de 2019. Nesse tipo não há vinculação à finalidade do tráfico cadavérico.

Vejamos:

Artigo 144.º-B, Tráfico de órgãos humanos. 1 - Quem extrair órgão humano:

a) De dador vivo, sem o seu consentimento livre, informado e específico, ou de dador falecido, quando tiver sido validamente manifestada a indisponibilidade para a dádiva; ou

b) Quando, em troca da extração, se prometer ou der ao dador vivo, ou a terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou estes as tenham recebido, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

2 - A mesma pena é aplicada a quem, tendo conhecimento das condutas previstas no número anterior:

a) Por qualquer meio, preparar, preservar, armazenar, transportar, transferir, receber, importar ou exportar órgão humano extraído nas condições nele previstas; ou

b) Utilizar órgão humano, ou parte, tecido ou células deste para fim de transplantação, investigação científica ou outros fins não terapêuticos.

3 - Quem, com a intenção de obter, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, solicitar, aliciar ou recrutar dador ou recetor para fins de extração ou transplantação de órgão humano, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

4 - As pessoas indicadas no n.º 1 do artigo 150.º que extraírem, transplantarem ou atribuírem órgão humano a recetor diferente do que seria elegível, violando as leges artis ou contrariando os critérios gerais para transplantação relativamente à urgência clínica, à compatibilidade imunogenética ou à preferência e prioridade, são punidas com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.

5 - As penas previstas nos números anteriores são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a conduta tiver sido praticada de forma organizada ou se a vítima for especialmente vulnerável.

6 - A pena é especialmente atenuada sempre que o agente, até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação de outros responsáveis

CONCLUSÃO

Procurar pela genealogia dos saberes pode constituir uma importante ferramenta racional para fins de medição e, assim, limitação do estrito alcance do direito penal. No processo legislativo criativo espera-se, por isso, que sejam apresentados os elementos de referência e os critérios de decisão eleitos, enquanto ônus democrático do direito penal.

Sendo mínima e excepcional, a intervenção penal pressupõe uma investigação empírica, transparente e interdisciplinar, como método de demarcação da carga de juridicidade dos fatos, bem como da divisão material que será conferida à temática pelo ordenamento; cabendo ao direito penal os fragmentos de maior gravidade, que justifiquem o uso de um poder punitivo oficial. Em vista disso, dissertou-se sobre o uso de cadáveres no intuito de compreender os valores envolvidos e em qual medida a tutela do luto refletiria uma escolha jurídica ou meramente moral-religiosa, por meio do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Por ser uma teoria positivista-crítica, que parte da separação entre o Direito e a Moral, a escolha garantista permitiu maior organização das investigações produzidas por uma reconstrução histórica das justificações externas do tema.

A busca por narrativas racionais iniciou-se no tema do luto, em razão dessa experiência, individual e coletiva, retratar as mais diversas e complexas relações sociais, como a religião, a política e a ciência. Ainda que fosse intuitiva à influência religiosa pelos notórios discursos de sacralidade do corpo, o exame das principais matrizes psicológicas demonstrou que o tema está longe de produzir consequências estritamente religiosas.

A experiência do luto é matéria de saúde mental, relacionada à identidade existencial de cada enlutado, e, nesse aspecto, ganha importância jurídica, em termos de tutela individual da personalidade jurídica. De igual forma, a retrospectiva das principais narrativas sobre o cadáver evidenciou lógicas políticas, relacionadas àquele que determina o destino do corpo. A esse respeito, a percepção genealógica foucaultiana e necropolítica trouxeram reflexões quanto à existência de diálogos políticos, verticalizados e seletivos, entre o detentor de poder político e a sociedade, em sede de tutela coletiva.

Foi possível estabelecer a ocorrência de um laime psicológico, individual ou coletivo, fraco ou forte, a partir da representatividade social do morto quando vivo. A exibição ou ocultação de um cadáver mostrou-se como a mais antiga ferramenta de comunicação de poder aos vivos, afinal, quem detém o poder sob a morte, detém o poder da vida. Revela-se, assim,

uma decisão de controle da vida pela gerência da morte, presente nos sistemas oficiais e não oficiais do Estado.

Por meio dessa avaliação crítica, externa ao Direito, refletiu-se acerca do tamanho do poder contido no cadáver, cujas narrativas não se esgotam nas políticas expostas pelo Estado, considerando a sobreposição do interesse político e científico sob o próprio ordenamento jurídico em determinadas situações. O primeiro distribui-se de cima para baixo, fazendo ou permitindo que se faça a exibição ou ocultação seletiva de mortos, como um poderoso recurso comunicador da autoridade do Estado, de forma oficial ou subterrânea, através da tolerância dos desvios de seus agentes de segurança.

O segundo (interesse científico) conduz sua narrativa política pela seletividade dos corpos que despertam interesse e pode se comportar de forma paralela, em termos de utilização científica ou terapêutica. Malgrado à imprescindibilidade de aproveitamento *post mortem*, a história traz importantes paradigmas de abusos na forma de obtenção e consentimento de uso cadavérico, por meio de uma seleção utilitária de corpos descartáveis e corpos respeitáveis socialmente. Esses discursos utilitários coisificam a integridade psicológica dos enlutados, selecionados a suportar um alegado “ônus social”, em detrimento de seu luto digno. Tornam-se descartáveis não só os cadáveres, mas as experiências singulares de seus familiares e afins, indicando uma gestão da morte nada democrática.

O aprofundamento de ambas as narrativas demonstrou que o abuso e a exploração do corpo humano alheio são comportamentos herdados de uma cultura de desigualdade social ainda enraizada na sociedade brasileira, pois pautada na vulnerabilidade do morto quando vivo, repercutindo na esfera de direitos de seus familiares. Assim, o mesmo ordenamento jurídico é capaz de apresentar tutelas distintas para a elaboração do luto e a gestão de corpos ao realizar, permitir ou assumir o risco de distribuir lógicas autoritárias na elaboração do luto.

Nesse sentido, o descompromisso com a memória, a história e a verdade de parcela dos mortos e o que se fez com eles, em um diálogo intergeracional. Pior, essa indiferença ou leniência quanto à seletividade dos corpos utilizados, por exibição ou ocultação ilegais, atinge os sistemas não oficiais, paralelos ou subterrâneos; contribuindo com um espaço de abuso e não submissão à lei.

Essa dinâmica torna-se irracional e, assim, incontrolável em termos de política pública destinada à gestão de mortes, suspeitas ou violentas, e do aproveitamento terapêutico ou científico do corpo – o que não trata de uma questão de “respeito aos mortos”, mas da tutela

de direitos fundamentais, individuais e coletivos, dos vivos. Em vista disso, o uso que se faz do cadáver pode ser qualificado como uma prática de poder.

1. É recurso de poder por ser um *locus* de disputa, em meio a diversas manifestações sociais que utilizam da apropriação dos processos biológicos como fonte de verticalização e supremacia de seu poder;

2. É, igualmente, recurso de poder quando o Estado realiza ou não impede a manutenção do cadáver em estruturas de seletividade social, que atingem pessoas em contextos vulneráveis, perpetuando dinâmicas desiguais de políticas sociais, científicas e punitivas, dissimuladas pelos discursos utilitaristas do corpo do morto;

3. Nesse sentido, o cadáver é um poderoso recurso de comunicação da discricionariedade dos sistemas oficiais, paralelos ou subterrâneos, que invisibilizam seus vestígios pela negação dos aspectos de fundamentalidade do corpo do morto;

De todo o modo, abordar o corpo humano morto é tarefa complexa, notadamente quando se quer afetar sua manipulação às esferas penais, que reclamam uma percepção racional e taxativa para fins de aferição de sua intervenção legítima ou ilegítima. Compreender que o cadáver não é um direito, mas um objeto fundamental que é detentor efeitos jurídicos é essencial para avaliar criticamente o bem jurídico tutelado pelo legislador brasileiro.

Revelar, assim, as perspectivas normativas do luto, da história e da memória sociais, por meio da redução do tema aos espectros dos direitos fundamentais, afastou do Direito argumentos ligados ao sentimentalismo ou religiosidade, pois são dogmas exclusivamente morais. Essa busca por compatibilidade constitucional entre as narrativas fenomênicas do “uso de cadáveres” e os possíveis direitos fundamentais envolvidos permitiu racionalizar a opção legislativa de afetar ao direito penal o respeito devido aos mortos, nos termos do Capítulo II, do Título V, da Parte Especial do CP/40.

Ainda que pareça ser possível interpretar o “respeito aos mortos” à extensão do “respeito aos sentimentos dos vivos”, na negativa de uma teoria do bem jurídico puramente formal, esse comportamento axiológico não corresponde aos fragmentos fenomênicos mais graves, que condizem à interferência no processo do luto e nas relações de poder. Se, por um lado, as narrativas político-sociais expostas ao longo dessa dissertação demonstraram a incompatibilidade do sentimento de respeito aos mortos como bem jurídico afetado, por outro, destrinhou-se aspectos nucleares e reduzidos, que afastados da noção de moralidade podem

contribuir nas discussões filosóficas, acadêmicas ou legislativas, a respeito da necessidade ou descabimento da norma penal, com maior rendimento teórico.

Afinal, são temas jurídicos e com destacada gravidade extrajurídica os casos de considerável interferência na experiência, individual e coletiva, do luto quando da ocultação, subtração ou destruição do cadáver; os casos de comprometimento da verdade quanto à morte e à localização do morto, a exemplo dos mortos políticos de regimes autoritários; os casos de tráfico e comércio humano *post mortem*; os casos de desaparecimento de pessoas, enfim, todos os casos de abuso de corpos vulneráveis, especialmente no contexto funcional ou terapêutico-científico.

A temática é extremamente complexa e não foi esgotada por essa dissertação, a qual atribuiu-se o ônus de identificar as narrativas de poder envolvidas, a fim de buscar referências que pudessem contribuir na racionalização jurídico-penal destinada aos cadáveres. Nesse sentido, a falta de uma política criminal crítica, capaz de alcançar preceitos oficiais e não-oficiais sob o corpo do morto, contribui para a reprodução de uma estrutura irracional de dominação do corpo do outro, independente do respeito dos direitos fundamentais envolvidos. Estão na forma de exibição, ocultação ou apropriação ilícita do cadáver discursos políticos de discriminação social – motivo suficiente para provocar uma revisão legislativa, capaz de justificar, democraticamente, nova programação jurídica e, em último caso, o eventual uso penal aos fragmentos fenomênicos mais gravosos.

Vale concluir, por fim, que a definição pela necessidade de intervenção penal ao tema não foi objeto dessa dissertação dado ao interesse de fornecer a qualquer modelo ideológico, legitimador ou abolicionista, referências que pudessem justificar a juridicidade do tema e destacar seus aspectos mais sensíveis. O conhecimento da permanência de interesses arbitrários ou pessoais, partícipes de uma distribuição desigual de direitos fundamentais, reclama do Estado Democrático de Direito à adoção de medidas efetivas à situação de arbítrio; até para que seja possível controlar as decisões públicas.

Por isso, muito além de uma revisão legislativa diante da alta carga de moralidade da objetividade jurídica de respeito aos mortos, mostra-se urgente a revisão da própria forma de atuação e fiscalização institucionais, que não devem tolerar comportamentos de abuso de poder. Reivindica-se, assim, um maior engajamento público com a verdade e a história das circunstâncias das mortes do passado e do presente, a fim de direcionar as políticas públicas das atuais e futuras gerações na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Jean Luiz Neves. Os estudos anatômicos e cirúrgicos na medicina portuguesa do século XVIII. *Revista da Sociedade Brasileira de História da Ciência*, Rio de Janeiro, v.5, n. 2, p.149-152, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. *O uso dos corpos (1942)*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2017. (Estado de Sítio, Homo Sacer, IV, 2).
- AGUILAR, Javier. Documentário narra assassinato de judeus na França para experimentos nazistas. *GI*, 08 abr. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/04/documentario-narra-assassinato-de-judeus-na-franca-para-experimentos-nazistas.html>>. Acesso em 19 jan. 2019.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais (1986 – 5ºedição alemã)*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Vivian Vicente; CARDOSO, Simone de Souza; MARINHO, Alexandre. *Desigualdade de Transplante de órgãos no Brasil: análise do perfil dos receptores por sexo, raça ou cor*. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República e IPEA, 2011 (ISSN 1415-4765). Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1491/1/td_1629.pdf>. Acesso em 22 jul. 2021.
- ANCILLOTTI, Roger; PRESTES JR., Luiz Carlos. *Manual de técnicas em necropsia médico-legal*. Rio de Janeiro: Rubio, 2009.
- APRYGIO, Juliana Bertoncelo; BERLINCK, Marcela Pereira. *Direito ao cadáver*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2009, São Paulo Anais do XVIII Encontro, p. 5457-5490.
- ARAÚJO, Fábio Alves. *Do luto à luta: a experiência das mães de Acari*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=86052>. Acesso em 12 jun. 2021.
- ARAÚJO, Fábio Alves. Não tem corpo, não tem crime: notas socioantropológicas sobre o ato de fazer desaparecer corpos. *Revista Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, v. 22, n. 46, p. 37-64, jul./dez., 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ha/v22n46/0104-7183-ha-22-46-0037.pdf>>. Acesso em 29 dez. 2020.
- ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração, 2013.
- ARENKT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente, Ata da 1ª Reunião (Instalação)*, de 07 de abril de 1987, p. 156. Disponível em:

<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/consituinte/7b/Subcomissao_De_Saude,_Seguridade_E_Meio_Ambiente.pdf>. Acesso em 12 de set.de 2020.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Suplemento Especial ao nº 185: “Anteprojeto Afonsos Arinos”*, 26 de set. de 1986. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf>> Acesso em 12 set. 2020.

ASÚA, Jiménes de. *Principios de derecho penal – la ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

AXT, Barbara. Ladrões de cadáveres: a bizarra história de gente que violava tumbas para alimentar as escolas de medicina com corpos para o estudo de anatomia. *Abril*, São Paulo, 02 mar. 2012. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/aventurashistoria/ladroescadaveres678330.Shtml>>. Acesso em 17 nov. 2020.

AZEVEDO, Desirée de Lemos. Desaparecimentos como gestão de corpos suspeitos. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo: Direitos Humanos. Desaparecimento de Pessoas*, São Paulo, v. 6, n. 28, p.113-131, 12 mai., 2021. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume29.aspx>. Acesso em 22 jul. 2021.

AZEVEDO, Desirée de Lemos. Memórias do esquecimento: a construção de um olhar humanitário sobre a ditadura no Brasil. In: TELES, Edson; QUINALHA, Renan (org.). *Espectros da Ditadura: da comissão da verdade ao bolsonarismo*. São Paulo: Autonomia Literária, 2020, p. 59-105.

AZEVEDO, Desirée de Lemos. *Ausências incorporadas: etnografia entre familiares de mortos e desaparecidos políticos no Brasil*. São Paulo: Unifesp, 2018.

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos* (1886). Brasília: Senado Federal-Conselho Editorial, 2003. v.5. (Coleção História do Direito Brasileiro: Direito Penal). Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496216>>. Acesso em 22 jul. 2021.

BARROS FILHO, Antônio de Azevedo. Burke e Hare, ladrões de corpos do século XIX. *Boletim da Faculdade de Ciências Médicas: os sentidos da vida e morte*, Universidade Estadual de Campinas-UNICAMP, Campinas, v. 11, n. 3, p.16-17, 2016.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Renavam, 2011.

BECCARIA, Cesare¹⁴⁰. *Dos delitos e das penas* (1764). Tradução de, José Cretella Júnior; Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

¹⁴⁰ Cesare Bonesana, conhecido também por “Marquês de Beccaria”, foi referenciado Cesare Beccaria na referida edição.

BECKER, Ernest. *A negação da morte: uma abordagem psicológica sobre a finitude humana*. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento da Silva. 12 ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.

BELLINO, Francesco. *Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. Bauru: Edusc, 1997.

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. Tradução de Isabel Regina Augusto. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

BERNARDINO GONZAGA, João. *A inquisição em seu mundo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

BERNARDINO GONZAGA, João. O direito penal dos povos primitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Universidade de São Paulo-USP, São Paulo, nº 68 (2), p. 167-97, 1973.

BERTOLLI FILHO, Claudio; TALAMONI, Ana Carolina Biscalquini. A anatomia e o ensino de anatomia no Brasil: a escola boveriana. *Revista História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 4, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 27 ed. Saraiva: São Paulo, 2021. v.1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: arts. 155 a 212 do CP*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.v.3

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Ràzon: teoria del garantismo penale*. Madrid: Trotta, 1995.

BOLLER, Luiz Fernando. A Máfia dos Corpos negocia cadáveres com atestado de óbito. *Conjur*, 28 set. 2006. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-jul-28/mafia_negocia_cadaveres_atestado_obito#:~:text=A%20%E2%80%9CM%C3%A1fia%20dos%20Corpos%E2%80%9D%20negocia,do%20que%20se%20possa%20imaginar>. Acesso em 12 dez. 2020.

BOTAZZO, Carlos. Verdade, memória e justiça na saúde em São Paulo: uma questão em aberto. In: OCARIZ, Maria Cristina (org.). *Violência de Estado na Ditadura Civil-Militar Brasileira (1964-1985): efeitos psíquicos e testemunhos clínicos*. São Paulo: Escuta, 2015, p.289-298. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/central-de-conteudo_legado1/anistia/violencia-de-estado-sedes-1.pdf/view>. Acesso em 23 jul. 2021.

BOUSSO, Regina Szylit. A complexidade e a simplicidade da experiência do luto. *Revista Acta Paulista de Enfermagem*, São Paulo, v.24, n.3, p.vii-viii, 2011. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ape/a/QSrvR7YWvLKVGjj5XJ3j8dL/?lang=pt>>. Acesso em 22 jul.2021.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica de crime*. 6 ed. São Paulo: D' Plácido, 2021.

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2020 (reimpressão). (O tempo e a norma penal).

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal - parte geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Ministério dos Negócios da Justiça, Sala das sessões do Governo Provisório, 13 dez. 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em 22 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal de 1940. Rio de Janeiro/RJ: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 31 dez. 1940, retificado em 03 jan. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 22 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 30.822, 06 de maio de 1952. Convenção para a prevenção e repressão ao genocídio. Rio de Janeiro/RJ: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 9 mai. 1952. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html>. Acesso em 22 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção interamericana de direitos humanos/ Pacto de San José da Costa Rica]. Brasília, DF: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 22 jul. 2021.

BRASIL. Decreto Federal nº 849, de 25 de junho de 1993. Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949. Brasília/DF: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1993/decreto-849-25-junho-1993-449220-norma-pe.html>>. Acesso em 22 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Estatuto de Roma. Brasília, DF: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em 22 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças. Brasília, DF: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em 22 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016. Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado. Brasília/DF: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm>. Acesso em 22 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017. Decreto-Regulamentar da Lei de Transplantes. Brasília/DF: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm>. Acesso em 21 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império. Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça em 8 de janeiro de 1831. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 22 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos. Brasília/DF: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em 20 de jul. 2021.

BRASIL. Lei 8.501, de 30 de novembro de 1992. [Lei sobre a utilização de cadáveres não reclamados para fins de pesquisa]. Brasília/DF: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8501.htm>. Acesso em 20 jul. 2021.

BRASIL. Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Lei dos transplantes e outras terapêuticas. Brasília/DF: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em 20 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. Brasília/DF: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 23 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.812, de 16 de março de 2019. Lei Nacional de Pessoas Desaparecidas. Brasília/DF: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13812.htm>. Acesso em 23 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (5ª Turma) Embargos de Declaração em Recurso de Habeas Corpus nº 57.799, Min. Rel. Joel Paciornik, julgado em 15 de setembro de 2020, publicado no Diário Oficial de Justiça de 30 de setembro de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500686831&dt_publicacao=30/09/2020>. Acesso em 22 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso em Habeas Corpus nº 54.486/RJ, Rel. Min. Leitão de Abreu, julgado em 18 de junho de 1976. Diário Judicial de 08 de setembro de 1976. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=95902>>. Acesso em 22 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2^a Turma) Reclamação nº 18.686, Rel. Min. Teori Zavascki, redistribuído ao Min. Alexandre de Moraes, julgado em 23 de novembro de 2018, publicado em 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho935591/false>>. Acesso em 20 jul. 2021.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal- parte geral*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2020. v.1

BUSATO, Paulo César. *Direito penal- parte especial: arts. 121 a 234-C do CP*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017. v.2.

BUSCHINELLI, Lia Kanae Okita *et al.* A história do individualismo: Homem racional ou insensível? *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Cruzeiro do Sul*, São Paulo, v. 1, n. 2, jan./jun., p. 153-169, 2012. Disponível em: <[file:///C:/Users/Patricia%20Gennari/Downloads/82-Texto%20do%20artigo-264-1-10-20120622%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Patricia%20Gennari/Downloads/82-Texto%20do%20artigo-264-1-10-20120622%20(1).pdf)>. Acesso em 22 jul. 2021.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2 ed. Campinas: Millennium, 2007.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo penal integral*. 3 ed. Atlas, 2015.

CALNE, R.Y. Introduction and history. renal transplantation. Londres: Edward Arnold, 1963, p. 3-6. In: VITOLA, Santo Pascual. *Transplante Renal em Crianças com Peso Inferior a 1,5 kg: acesso cirúrgico extraperitoneal- experiência em 62 transplantes*. Tese (Doutorado em Medicina), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011, p. 3-6. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/32881/000787284.pdf?sequence=1>>. Acesso em 23 jul. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Atuação de Organizações Atuantes no Tráfico de Órgãos Humanos [CPI-Tráfico de Órgãos]*, 2003-2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=139700>>. Acesso em 28 mar. 2020.

CARBONELL, Miguel. *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli*. In: Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005, p. 182. In: FISCHER, Douglas. O que é Garantismo Penal (Integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas (coord). *Garantismo Penal Integral*. Salvador: Ius Podivm, 2010.

CARRARA, Francesco. *Programa del curso del derecho criminal* (1889). Tomo I. Tradução de Octavio Bééche; Alberto Gallegos. San José da Costa Rica: Jurídica Continental, Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, 2000. Disponível em: <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/francesco_carrara-tomo_1.pdf>. Acesso em 22 jul. 2021.

CARVALHIDO, Hamilton. *Prefácio*. In: TINÓCO, Antônio Luiz. Código criminal do Império do Brasil anotado. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. (Coleção História do Direito Brasileiro: Direito Penal). Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496203>>. Acesso em 22 jul. 2021.

CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo* (1955). Tradução de Cláudio Willier. São Paulo: Veneta, 2020.

COMBINATO, Denise Stefanoni; QUEIROZ, Marcos de Souza. Morte: uma visão psicossocial. *Revista Estudos de Psicologia*, v. 11, n. 2, p. 209-216, 2006.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS, *Caso Malawi African Association e outros Vs. Mauritânia*, Comunicações nº 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 e 210/98, decisão de 11 de maio de 2000, parágrafos 132-135. Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/africa/comcases/Comm54-91.pdf>. Acesso em 17 jul. 2020.

COMISSÃO DE ANISTIA. *Vala Clandestina De Perus, desaparecidos políticos um capítulo não encerrado na história brasileira*. Instituto Macuco, São Paulo: Macuco, 2012. Disponível em: <http://www.dedihc.pr.gov.br/arquivos/File/Livro_Vala_Clandestina_de_Perus.pdf>. Acesso em 22 jul. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Respeto al duelo de las familias de las personas fallecidas en la Pandemia del COVID19*, Comunicado à Imprensa, de 01 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/097.asp>. Acesso em 22 jul. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Resolução nº 1, de 10 de abril de 2020 (“Pandemia e Direitos Humanos nas Américas”). Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>>. Acesso em 22 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos*. LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana (coord.). Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>>. Acesso em 22 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria Conjunta nº 1, de 30 de março de 2020, [Sepultamento de corpos durante a pandemia do COVID-19]. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3264>>. Acesso em 20 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria Conjunta nº 2, de 28 de abril de 2020, [Alterações no sepultamento de corpos durante a pandemia do COVID-19]. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3309>>. Acesso em 20 jul. 2021.

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). *Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do Araguaia”)* Vs. Brasil, Sentença de 24 de Novembro de 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 22 jul. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). *Caso trabalhadores Fazenda Verde VS Brasil*, julgado em 20 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf>. Acesso em 15 jul. 2020.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Evolução histórico-dogmática da teoria do injusto. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro-EMERJ*, v. 9, nº 35, p. 77-111, 2006. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista35/revista35_77.pdf>. Acesso em 22 jul. 2021.

COSTA, Gilliene Batista Ferreira de; LINS, Carla Cabral dos Santos Accioly. O cadáver e o ensino da anatomia humana. *Revista Brasileira de Educação Médica*, Pernambuco, p. 369-373, 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbem/a/QNkM9sNRKDQJcMgTHDCf96r/abstract/?lang=pt&format=html>>. Acesso em 22 jul. 2021.

COSTA, Maria Cristina Castilho. Partidas: luto, ritos e memória. *Revista Novos Olhares da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 7, nº 2, p. 7-14, 2018. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/novosolhares/article/view/149075>>. Acesso em 22 jul. 2021.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código penal comentado*. 9 ed. São Paulo: DPJ, 2007.

CUÉLLAR, Pavón; DÍAZ, Albarrán. Narcomensajes y cadáveres: el discurso del narcotráfico y su violentada literalidad corporal. *Estremecimientos de lo real: ensayos psicoanalíticos sobre cuerpo y violencia*, México, p. 191-204, 2012. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/320755716_Narcomensajes_y_cadaveres_el_discurso_del_narcotrafico_y_su_violentada_literalidad_corporal>. Acesso em 21 jul. 2021.

CULLETON, Alfredo. Onde estão os teus mortos? o morto como patrimônio cultural e um eventual direito humano ao morto. In: SOARES, Inês Virginia Prado; CUREAU, Sandra (org.). *Bens Culturais e Direitos Humanos*. São Paulo: Sesc São Paulo, 2015, p.241-242.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS PEREIRA, André Gonçalo. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. v.22.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIO DIO, Liberato John Alphonse. Anatomia: presente e futuro. *Boletim Informativo da Sociedade Brasileira de Anatomia*, out. 2004. Disponível em:

<http://www.sbanatomia.org.br/publicacoes/boletins/outubro_2004/editorial.htm>. Acesso em 20 out. 2019.

DIO DIO, Liberato John Alphonse. *A biografia do professor Renato Locchi: um gigante das ciências anatômicas*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1986.

DIOTTO, Nariel *et al.* A utilização de corpos na evolução médica e científica: o uso de cadáveres nas universidades e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *XVII Seminário Internacional de Educação no Mercosul- Unicruz*, 2015. Disponível em: <<https://home.unicruz.edu.br/mercosul/pagina/anais/2015/1%20%20ARTIGOS/A%20UTILIZACAO%20DE%20CORPOS%20NA%20EVOLUCAO%20MEDICA%20E%20CIENTIFICA%20O%20USO%20DE%20CADAVERES%20NAS%20UNIVERSIDADES%20E%20PRINCIPIO%20CONSTITUCIONAL%20DA%20DIGNIDADE%20DA%20PESSOA%20HUMANA.PDF>>. Acesso em 22 jul. 2021.

EDITORS, Charles. *Os vikings na escandinávia e no mundo: a história dos nórdicos durante a era viking*. Edição Kindle.

EIZIRIK, Cláudio. Pensando a intolerância do ponto de vista psicanalítico. *Revista Diversitas - Núcleo de Estudos das Diversidades, Intolerâncias e Conflitos da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo*, São Paulo, [20?]. Disponível em: <<http://diversitas.fflch.usp.br/node/2197>>. Acesso em 30 mai. 2019.

ENTRALGO, Laín. *Historia de la medicina*. Barcelona: Salvat, 1978.

ESPÍRITO SANTO, Ary Monteiro *et. al.* Uso de cadáveres estudo de anatomia humana nas escolas da área da saúde. *Revista Goiana de Medicina*, Goiânia, v. 27, p.107-116, 1981.

FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas* (1952). Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

FAZAN, Valéria Paula Sassoli. Métodos de ensino em anatomia: dissecação versus prossecção. *O Anatomista*, Sociedade Brasileira de Anatomia, v.2, n. 1, p.7-11, jan./mar., 2011. Disponível em: <https://sbanatomia.org.br/wp-content/uploads/2020/02/O_ANATOMISTA_V1_2020-2.pdf>. Acesso em 22 jul. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: CADEMARTORI, Sérgio *et. al.* *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Edição Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoria del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibàñez *et. al.* Revisada por Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 1995 [1989].

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zaomer Sica; Fauzi Hassan Chouker; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Tradução de Gerardo Pisarello *et. al.* Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Tradução de Perfecto Andrés Ibàñez. Madrid: Trotta, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Tradução de Perfecto Andrés Ibàñez et. al. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Edição Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Tradução de Perfecto Andrés Ibàñez et. al. Madrid: Trotta, 2007.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Tratado de derecho penal*. 14 ed alemã. Tradução de Eugênio Raúl Zaffaroni; Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FOUCAULT, Michel. *A microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. 18 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque et. al. 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.v.I.

FOUCAULT, Michel. *O nascimento da biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a [1978-1979].

FOUCAULT, Michel. *O nascimento da clínica*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território e população*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008b [1977-1978].

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte especial: arts. 168 a 226*. São Paulo: José Bushatcky Editor, 1958. v. II.

FRANCO, Maria Helena Pereira. Por que estudar o luto na atualidade? In: FRANCO, Maria Helena Pereira (org.). *Formação e Rompimento de Vínculos: o dilema das perdas na atualidade*. São Paulo: Summus, 2010, p. 17-42.

FREUD, Sigmund *Totem e tabu e outros Trabalhos (1913~1914)*. Tradução de Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v.XIII. (Edição Standard Brasileira de Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud).

FREUD, Sigmund. Luto e Melancolia (1915). In: CAVALCANTI, Andressa Katherine Santos; SAMCZUK, Milena Lieto; BONFIM, Tania Elena. *O conceito psicanalítico do luto: uma perspectiva a partir de Freud e Klein*. Revista Psicólogo informação, v. 17, n. 17, p. 87-105, 2013. Disponível em:

<<https://www.metodista.br/revistas/revistasims/index.php/PINFOR/article/view/4552>>. Acesso em 10 fev. 2019.

GADAMER, Hans Georg. *O caráter oculto da saúde*. Tradução de Antônio Luiz Costa. Petrópolis: Vozes, 2006.

GALINDO, Dolores Cristina Gomes. *Ilustrar, modificar, manipular: arte como questão de segurança da vida*. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

GARRAFA, Volnei. O mercado de estruturas humanas. *Revista Bioética*, Brasília, v.1, n.2, p.115-123, 1993. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/490>. Acesso em 02 dez. 2019.

GENNARI, Patrícia Visnardi; VENDRAMINI CARNEIRO, Eliana Faleiros; DUARTE, Mariana Borghesi. A continuidade dos desaparecimentos forçados de pessoas no Brasil: uma política de seletividade de vidas humanas. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo: Direitos humanos. Defesa de vítimas de desaparecimento de pessoas*, São Paulo, v.6, n.º 29, p. 132-148, 12 de mai. de 2021. (ISSN 2526-5199) Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume29.aspx>. Acesso em 22 de jul. de 2021.

GENNARI, Patrícia Visnardi; VENDRAMINI CARNEIRO, Eliana Faleiros. Desaparecimentos de pessoas forçados por omissão do estado: uma grave violação de direitos humanos no Brasil. Apresentação de Simpósio. *Anais de Artigos Completos do IV CIDH Coimbra 2019*. Vol. 5. In: NUNES, César Augusto Nunes et. al. (orgs). Jundiaí: Fibra; Brasília, 2020b, p. 249-259. (ISBN 978-65-86051-08-7). Disponível em: <https://a3ec55aa-1c0f-448d-a555-bf0db2483a45.filesusr.com/ugd/8f3de9_f18f6d54790b4e95a4c8e77e39a263b4.pdf>. Acesso em 22 de jul. 2021.

GENNARI, Patrícia Visnardi; VENDRAMINI CARNEIRO, Eliana Faleiros. O Ministério Público em busca de desaparecidos: a função social dos ossários perpétuos em cemitérios públicos. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico (RBDU)*, Belo Horizonte, nº 2, p. 223-246, jan./jun., 2016a. (ISSN: 2447-2026).

GENNARI, Patrícia Visnardi; VENDRAMINI CARNEIRO, Eliana Faleiros. O Ministério Público em busca de pessoas desaparecidas: a necessidade da identificação criminal de vítimas de homicídio via CODIS - Combined DNA Idex System. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (ESMP/MPSP)*, São Paulo, v. nº16, nº 2, p. 89-107, 23 de out. de 2019. Disponível em: <https://es.mppsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/368>. Acesso em 23 jul. 2021.

GENNARI, Patrícia Visnardi; VENDRAMINI CARNEIRO, Eliana Faleiros. O Ministério Público em busca de pessoas desaparecidas: desaparecimentos forçados por omissão do Estado. *Revista Liberdades, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)*, São Paulo, nº 22, p. 39-55, mai./ago., 2016b. (ISSN: 2175-5280).

GENNARI, Patrícia Visnardi; VENDRAMINI CARNEIRO, Eliana Faleiros. O Ministério Público em busca de pessoas desaparecidas: um olhar ao meio ambiente destinado às inumações de pessoas não identificadas no Município São Paulo. *Revista Brasileira de Meio Ambiente*, v.8, n.3. 114-136, 2020a. (ISSN: 2595-4431) Disponível em: <[file:///C:/Users/Patricia%20Gennari/Downloads/406-2868-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Patricia%20Gennari/Downloads/406-2868-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em 22 jul. 2021.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?* São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. *Direito penal. parte especial: arts. 121 a 212.* 17 ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2020. v.2.

HARBELE, Peter. *El Estado constitucional.* México: UNAM, 2003. Disponível em: <<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/8990>>. Acesso em 23 jul. 2021.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal (arts. 197 a 249).* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. VIII.

JAKOBS, Günter. *Direito penal do inimigo.* Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JAKOBS, Günter. *La pena estatal: significado y finalidad.* Tradução de Manuel Cancio Melia; Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Navarra Civitas, 2006.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; Vanzolini, Patrícia. *Manual de Direito Penal: Parte Geral.* 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

KELLEHEAR, Allan. *Uma história social do morrer.* Tradução de Luiz Antônio Oliveira Araújo. São Paulo: Unesp, 2016.

KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum: o martelo das feiticeiras (1486-1487).* Tradução de Paulo Fróes. 17 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer.* Tradução de Paulo Menezes. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KUHN, Lucas Bortolini. *Da Separação à autonomia recíproca entre direito e moral: o constitucionalismo garantista e a jurisdição constitucional democrática.* Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade La Salle-UNILASALLE, Canoas, 2019.

LIMA, Madalena. *Transplantes: Relevância jurídico-penal.* Coimbra: Almedina, 1996

LIMA, Silvio de Souza. *O Corpo Escravo como Objeto das Práticas Médicas no Rio de Janeiro (1830-1850).* Tese (Doutorado em História das Ciências e da Saúde) – Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/16349/2/129.pdf>>. Acesso em 03 dez. 2019.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente.* Tradução de José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LOMBROSO, Cesare. *A mulher delinquente: a prostituta e a mulher normal*. Tradução de Antônio Fontoura Jr. Edição Kindle. Curitiba: Antônio Fontoura, 2017.

LUCIONI, Marco. *Practical guide to neck dissection. Sine locus*: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2007. ISBN 978-3-540-71638-9.

LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Dissertação de Livre Docência de Direito Penal. Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Nação S.A, 1975.

OLIVEIRA, Dijaci David de. *O desaparecimento de pessoas no Brasil*. Goiânia: Cânone Editorial, 2012.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Tradução de Maria Clara Correa Dias. Brasília: UnB, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1965a. v. I.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1965b.v. II.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1965c.v.III.

MARQUES, Marília Bernades. *Saúde pública, ética e mercado no entrato de dois séculos*. São Paulo: Brasiliense, 2005.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

MARTINS, António Carvalho. *A colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres: responsabilidade criminal nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*. Coimbra: Coimbra, 1986.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica* (2003). Tradução de Renata Santini. São Paulo: n-1, 2018.

MEMMI, Albert. *Retrato do colonizado: precedido do retrato do colonizador* (1956). Tradução de Marcelo de Moraes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

MÉXICO. Documento de Aguascalientes, 2 a 4 de setembro de 2010, p.9. Disponível em: <<file:///D:/Users/x478579.REDE/Downloads/documento%20traduzido%20aguascalientes.pdf>>. Acesso em 15 ago. 2019.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal. libro de estudio. parte general*. Tradução da 6. ed. Alemã (1955). Tradução de Conrado Finzi. Buenos Aires: Librería El Foro, 1958. Disponível: <http://www.derechopenalenlared.com/libros/mezger_derecho_penal_parte_general.pdf#toolbar=0>. Acesso em 22 jul. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Sentença de médicos envolvidos no Caso Pavesi será anunciada em 2014: Juiz informa que falta oitiva com pai do garoto que vive fora do Brasil. Audiências de instrução e julgamento aconteceram em Poços de Caldas, *Superintendência de Comunicação Integrada CLIPPING*, 27 dez. 2013. Disponível

em:<<https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp%3FfileId%3D8A91CFA942E2C05F0143347557815F70+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 09 fev. 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 a 234 do CP)*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTEIRO, Marko. Corpos, Representações, Política. *Revista Grupo de Estudos Interdisciplinares em Ciência e Tecnologia*. Disponível em: <<https://geict.wordpress.com/2020/04/27/corpos-representacao-politicas/>>. Acesso em 11 fev. 2021.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de Moraes. *Direito penal do inimigo*. In: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:<<https://encyclopediajuridica.pucsp.br/verbete/419/edicao-1/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em 23 jul. 2021.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de Moraes. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008.

MOTA, Thiago Eustáquio Araújo. Ritos de morte e celebração heróica na Roma de Virgílio: os funerais de palante e a memória de anquises. *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História*, São Paulo, jul., 2011. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300548999_ARQUIVO_TextoANPUH_ACIONAL-ThiagoEustaquioAraujo.pdf>. Acesso em 23 jul. 2021.

MOTOKANE, Marcelo Tadeu; SILVÉRIO, Florença Freitas. O corpo humano e o negro em livros didáticos de biologia. *Revista Contexto & Educação*, ano 34, nº108, p 26-41, mai./ago., 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/Patricia%20Gennari/Downloads/8773-Texto%20do%20artigo-39641-1-10-20190628.pdf>. Acesso em 13 abr. 2021.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1965a.v.I.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1965b. v.II.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1965c.v. III.

NUCCI, Guilherme Souza. *Curso de direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019a.v.1.

NUCCI, Guilherme Souza. *Curso de direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b. v.2.

OCARIZ, Maria Cristina et al. O trauma, a palavra e a memória na clínica do testemunho. In: OCARIZ, Maria Cristina (org.). *Violência de Estado na ditadura civil-militar brasileira (1964-1985) Efeitos Psíquicos e Testemunhos Clínicos*. São Paulo: Escuta, 2015, p.149-174. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/central-de-conteudo_legado1/anistia/violencia-de-estado-sedes-1.pdf/view>. Acesso em 23 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Catálogo Atualizado de Doenças Internacionais (CID 11)*. Disponível em: <<https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/283820579>>. Acesso em 10 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)*, 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em 17 jan. 2020.

PARLAMENTO EUROPEU. Directorate-General for External policies Policy Department. Trafficking in human organs, *Trafficking in Organs, Tissues and Cells (OTC) Trafficking in OTC may be defined as*, 2015. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/549055/EXPO_STU\(2015\)549055_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/549055/EXPO_STU(2015)549055_EN.pdf)>. Acesso em 30 jan. 2020.

PEDROSA, Mino. Cadáveres tirados do IML de Curitiba eram recortados no laboratório de uma faculdade e vendidos para universidades do Sul e Sudeste do País. *IstoÉ*, 05 set. 2000. Disponível em: <https://istoe.com.br/29361_LICAO+DE+ANATOMIA>. Acesso em 12 dez. 2019.

PEREIRA, Eliane Cristina Rezende; SOUZA, Tiago Clemente. Bioética e Biodireito: Um estudo de caso de experiências médicas em campos de concentração nazistas durante a Segunda Guerra Mundial. *V Encontro Científico e Simpósio de Educação Unisalesiano*, Lins, 2015. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/simposio2015/publicado/artigo0223.pdf>>. Acesso em 14 fev. 2021.

PESSINI, Léo; RUIZ, Cristiane Regina. Lições de Anatomia: vida, morte e dignidade. *Revista O Mundo da Saúde*, São Paulo, v.30, n.3, p. 425-431, 2006. Disponível em: <<https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-438589>>. Acesso em 22 jul. 2021.

PESSOA JÚNIOR, Osvaldo. Medicina e método em galeno. *Revista Teoria do Conhecimento e Filosofia da Ciência*, v.I, 2010. Disponível em <<http://www.fflch.usp.br/df/opessoa/TCFC1-10-Cap08.pdf>>. Acesso em 20 out. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2018.

PORTAL 40 GRAUS. *Conselho de Direitos Humanos quer que estado investigue e puna “carreata com cadáveres”*. Disponível em: <<https://www.portal40graus.com/noticias/policia/na-paraiba-a-10871.html>>. Acesso em 20 de nov. 2021.

POLÍCIA JUDICIÁRIA-UNIDADE DE INFORMAÇÃO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. *Manual de procedimentos de investigação de pessoas desaparecidas*. Lisboa: 2019. [disponibilizado em mãos].

PORUTGAL. ORDENAÇÕES FILIPINAS, *Livro V, Título XIII* (1603). Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihci/proj/filipinas/l5ind.htm>>. Acesso em 12 jun. 2021.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*. 11 ed. São Paulo: RT, 2017.

PRITCHARD, Evans. *Os Nuer – uma descrição do modo de subsistência e das instituições políticas do povo nilota*. 2 ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

VANZOLINI, Patrícia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2020a.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte especial*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2020b.

RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na perspectiva do direito comparado. Traduzido por Lourenço Floriani Orlandini. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIO DE JANEIRO (Estado). Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro-MEPCT/RJ. *Relatório Anual de 2020*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://mecanismorj.com.br/wp-content/uploads/Relat%C3%B3rio-Anual-2020-MEPCT-RJ.pdf>>. Acesso em 14 mai. 2021.

ROSA, Johnny Roberto. Trauma, história e luto: a perlaboração da violência. *Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 10, n. 25, p. 289 -327, jul./set., 2018. Disponível em: <[file:///C:/Users/Patricia%20Gennari/Downloads/12423-Texto%20do%20artigo-48211-1-10-20181123%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Patricia%20Gennari/Downloads/12423-Texto%20do%20artigo-48211-1-10-20181123%20(1).pdf)> Acesso em 21 jul. 2021.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução de André Callegari; Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte geral*. Madrid: Civitas, 1997. Disponível em: <https://www.academia.edu/5955280/Derecho_Penal_Parte_General_TOMO_I_Claus_Roxin>. Acesso em 22 jul. 2021.

RUPP, Jan. Michael Foucault, a política do corpo e a expansão da anatomia moderna. Tradução de PEREIRA, Vera. *Revista PHYSIS – Revista da Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 3, n.2, p. 8-41, 1993. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/pdf/physis/1993.v3n2/07-42>>. Acesso em 22 jul. 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.211/01*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de Preconceito e de Discriminação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Mafoane Odara Poli. *Médicos e pacientes têm sexo e cor? A perspectiva de médicos sobre a relação médico-paciente na prática ambulatorial*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SANTOS FILHO, Lycurgo. *História da medicina no Brasil (do século XVI ao século XIX)*. São Paulo: Brasiliense Ltda., 1947a.v. I.

SANTOS FILHO, Lycurgo. *História da medicina no Brasil (do século XVI ao século XIX)*. São Paulo: Brasiliense Ltda., 1947b.v. II.

SCHEPER-HUGHES, Nancy. *Death without weeping: the violence of everyday life in brazil*. Edição Kindle. Berkeley: University of California Press, 1992.

SCHMIDT, Andrei. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernad. *¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*. Tradução espanhola de Ángela de la Torre Benítez. Edição Kindle. Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 2007. (Cuadernos de Conferencias y Artículos nº 38)

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na américa latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho a la Identidade Personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A Expansão do direito penal*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Ciência e comportamento humano*. Tradução de Rodolfo Azzi; João Carlos Todorov. 11 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SOARES, Inês Vírgina Prado. *Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. LXXX, p. 303-345, 2004. Disponível em: <<http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/arquivos/penal/bemjurídicoconstituiçãoolniolusstreck.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2021.

TEIXEIRA, Ana. Luto e COVID-19. *Jornal Saúde e Bem-Estar Social*, 17/12/2020. Disponível em:< <https://www.saudebemestar.pt/pt/blog/psicologia/luto-e-covid-19/>>. Acesso em 22 mai. 2021.

TELES, Janaína de Almeida. Eliminar “sem deixar vestígios”: a distensão política e o desaparecimento forçado no Brasil. *Revista M. – Estudo sobre a Morte, os Mortos e o Morrer*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 265-297, jul./dez., 2020. Disponível em: <<http://seer.unirio.br/revistam/article/view/10026>>. Acesso em 22 jul. 2021.

THOMPSON, Augusto Frederico Gaffrée. *Escoço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. (Série Cadernos do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes

TOLEDO, Franciso de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1982.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL FORMADO PARA JULGAMENTO DA IOGUSLÁVIA. *Prosecutor VS Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac e Zoran Vukovic -Case nº IT-96-23-T & IT-96-23/1-T*, julgado em 22/02/2001, p. 306 – tradução nossa. Disponível em: <<https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>>. Acesso em 16 jul. 2020.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG. *Código de Nuremberg*, 19 de agosto de 1947. IN: Harvard Law School Library Nuremberg Trials Project. *Nuremberg trial Transcript for NMT 1: Medical Case*, p.11528. Disponível em: <<http://nuremberg.law.harvard.edu/transcripts/1-transcript-for-nmt-1-medical-case/search?q=nazi+transplantation+experience>>. Acesso em 20 set. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. *Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem e sobre a Biomedicina*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>>. Acesso em 09 dez. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. *Convenção Europeia sobre Tráfico de Órgãos (Convenção de Santiago da Compostela)*. Disponível em: <<https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-do-conselho-da-europa-contra-o-trafico-de-orgaos-humanos>>. Acesso em 25 jun. 2021.

VALLEJO, Manuel Jaèn. *El concepto de acción em la dogmática penal*. Colex: Madrid, 1994.

VAN DE GRAAFF, Kent Marshall. *Anatomia humana* (1942). 6 ed. Tradução de Nader Wafae. Barueri: Manoel, 2003.

VANZOLINI, Patrícia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant to Blanch, 2021.

VENDRAMINI CARNEIRO, Eliana Faleiros. Os mortos da covid-19 que a omissão do estado pode vir a fazer desaparecerem. *Boletim Extraordinário CAAF/UNIFESP: mortos e Mortes da Covid-19: saberes, instituições e regulação*, nº 1, p. 4-6, 07 de mai., 2020. Disponível em: <https://www.unifesp.br/reitoria/caaf/images/novo_site/boletim%20caaf/Boletim%20caaf%20N4.pdf>. Acesso em 22 jul. 2021.

VENDRAMINI CARNEIRO, Eliana Faleiros. O Ministério público e os serviços de verificação de óbito: a urgente necessidade de fiscalização desse serviço público em prol das pessoas desaparecidas ou da materialidade de delitos. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: O Ministério Público e o Controle Externo da Atividade Policial*, Brasília, v.2, p. 30-44, 2019. Disponível em: <<https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revistacsp/article/view/173>>. Acesso em 22 jul. 2021.

VEZNEYAN, Sergio. *Genocídios do século XX: uma leitura sistêmica de causas e consequências*. v. 1. 2009. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-16122009-082827/pt-br.php>. Acesso em 26 mai. 2019.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação final*. Tradução de Luiz Regis Prado. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WELZEL, Hans. *Das Deutches Strafrechts*. Berlim: De Gruyter, 1958, p. 4. In: BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 6 ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2021.

WISSENBACH, Mari Cristina Cortez. Médicos ou monstros? Escravidão impulsionou o desenvolvimento da medicina tropical. *Revista Pesquisa FAPESP*, nº 110, p. 90-93, abr. de 2005. Disponibilizado em mãos pela autora.

WISSENBACH, Mari Cristina Cortez. Cirurgiões e mercadores nas dinâmicas do comércio atlântico de escravos. In: BICALHO, Maria Fernanda; FURTADO Junia Ferreira; SOUZA, Laura de Mello (org.). *O governo dos povos*. Vol. I. São Paulo: Alameda, 2009, p. 281-300. Disponibilizado em mãos pela autora.

WISSENBACH, Mari Cristina Cortez. Narrativas de viagem, comércio de escravos e saberes médicos-terapêuticos entre os cirurgiões embarcadiços (séculos XVII-XIX). In: VIII Congresso Internacional de Estudos Africanos, 2012, Madrid. *Anais do 8º Congresso Internacional de Estudos Africanos*, 2012. Disponibilizado em mãos pela autora.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et. al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 2003. v.I.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et. al. 2 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2010. v.II. I.

REFERÊNCIAS METODOLÓGICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NOTAS TÉCNICAS. Norma NBR 10520:2002, NBR 6023:2018, NBR 6028:2003, NBR 6024:2012, NBR 6027:2012 e NBR 14724:2011.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA, *Guia para Elaboração de Referências, de acordo com a norma da ABNT*, 2019. Disponível em: <<https://www.pucsp.br/sites/default/files/Guia%20para%20elabora%C3%A7%C3%A7o%20d>

e%20refer%C3%A3ncias%20de%20acordo%20com%20a%20norma%20da%20ABNT%20dez%202018.pdf. Acesso em 14 mai. 2021.

APÊNDICE

Nosso acompanhamento junto a uma busca policial por corpos, localizados em um cemitério clandestino, em São Paulo/SP, que resultou na exumação de 4 (quatro) dos mais de 30 cadáveres, inteiros e em partes, em 22 de fevereiro de 2021:



Figura 2 - Vista dianteira do "cemitério clandestino", cercada pela comunidade ao entorno (22/02/2021).



Figura 3 - Cadáver identificado por portar seu documento de identificação civil (22/02/2021).

ANEXO

Anexo 1

São Paulo, EPML Centro
22/10/2017 15:03:20

Laudo necroscópico N° 295384/2017-GDL

Abertura das cavidades / Exame interno:

Procedi o exame interno do cadáver, com a abertura das cavidades através do emprego dos seguintes métodos. No segmento cefálico incisão bimastóide vertical, rebatendo os retalhos de couro cabeludo e expondo a cavidade crâniana pelo método de Griesinger, notamos: CRANIO - Ausencia de fraturas de ossos do cráneo. Presença de edema cerebral. No tórax e abdome através de incisão esterno-pública afastando os retalhos de pele e retirando o plastrão condro-esternal, notamos: Pulmões sem lesões de interesse médico legal (dentro da cavidade toracica).. Presença de conteúdo sanguinolento bilateralmente na cavidade toracica(internamente). Demais visceras e órgãos encontram-se dentro de saco plástico (encaminhados do SVO), o que dificulta a Perícia Médico Legal.

Discussão e conclusão:

Foi necropsiado cadáver conforme informações policiais. Cadáver encaminhado do SVO da capital.

Baseando nos fenômenos cadavéricos consecutivos e/ou transformativos descritos anteriormente, estima-se que o tempo de morte é de entre 8 e 12 horas ao momento em que se iniciou a necropsia.

Assim sendo, examinamos um cadáver que nos foi apresentado como sendo [REDACTED] cuja causa mortis, baseando-se nos achados necroscópicos, sugere morte indeterminada. O encaminhamento de cadáver do SVO, quando já iniciada a necropsia, dificulta a Perícia Médica do Instituto Médico Legal e não obedece a cadeia de custodia deste Instituto.

Resposta aos quesitos:

1º SIM , morte indeterminada

2º Morte Indeterminada.

FA DE 07/02/2018, PARA MAIORES INFORMAÇÕES SOBRE A AUTENTICIDADE DESTE LAUDO
SITIAL
A POLÍCIA TÉCNICO-CIENTÍFICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, EM 14/03/2018, 12:02:11 PELO ID 403.

Fonte: VENDRAMINI CARNEIRO, 2019, p. 35-37.

Anexo 2

São Paulo, EPML Centro

07/11/2017 19:07:15

Laudo necroscópico N° 407768/2017-GDL

Numero do protocolo (ICD): 2908

Abertura das cavidades / Exame interno:

Procedi o exame interno do cadáver, com a abertura das cavidades através do emprego dos seguintes métodos. No segmento cefálico incisão bimastóide vertical, rebatendo os retalhos de couro cabeludo e expondo a cavidade crâniana pelo método de Griesinger, notamos: CRANIO - Ausencia de fracturas de ossos do cráneo. Presença de material (po-de-serra) para preenchimento da cavidade crâniana. TORAX E ABDOME - Orgâos e visceras dentro de saco plastico encaminhados com o cadáver.

Discussão e conclusão:

Foi (re)necropsiado cadáver conforme informações policiais. Há, com a manipulação previa do cadáver, interrompimento da cadeia de custódia, prejudicando, assim, a Perícia Médico Legal e a determinação da causa mortis. Observação: Este Perito Médico Legista conversou pessoalmente com familiares, explicando os fatos, já que não se evidenciou, à necropsia, fratura de crânio, motivo do encaminhamento do cadáver ao IML pela médica citada no histórico. Para maiores detalhes, fotos oficiais da necropsia estão disponíveis.

Baseado nos fenômenos cadavéricos consecutivos e/ou transformativos descritos anteriormente, estima-se que o tempo de morte é de entre 6 e 12 horas ao momento em que se iniciou a necropsia. Assim sendo, examinamos um cadáver que nos foi apresentado como sendo CESAR ARAUJO GONÇALVES cuja causa mortis, baseando-se nos achados necroscópicos, sugere morte devida à morte indeterminada.

Resposta aos quesitos:

1º SIM, morte indeterminada

2º Indeterminada.

/2017. PARA MAIORES INFORMAÇÕES SOBRE A AUTENTICIDADE DESTE LAUDO

TÉCNICO-CIENTÍFICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, EM 08/03/2018 14:22:36 PELO ID: 403.

Fonte: VENDRAMINI CARNEIRO, 2019, p. 35-37.