

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • nº 191
Julho/setembro – 2011

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Sociabilidade autoritária

Direito penal e imaginário social no Brasil

Tiago Ivo Odon

Sumário

1. Introdução. 2. Direito penal no Brasil independente: papel privilegiado. 3. Os medos do Brasil imperial: o nascimento de um país sob uma guerra social. 4. A monopolização do exercício legítimo da força pelo Estado. 5. A montagem do aparato de dominação. 6. Escravidão e direito penal: sincronização. 7. Cidadania tutelada. 8. Sociabilidade autoritária. 9. Conclusão.

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é propor um conceito, o de *sociabilidade autoritária*, para compreender a forma como a sociedade brasileira, por meio dos tribunais, olha hoje para uma pessoa acusada de ter praticado um crime comum, de massa, como furto, roubo ou homicídio. Para propor o conceito, este trabalho buscará subsídios num período histórico definido: o Brasil imperial.

Estudos feitos – como os de Roberto Kant de Lima (1993, 2002), Luiz Figueira (2005), entre outros – já apontaram para o fato de que vige uma presunção oficiosa de culpabilidade nas práticas judiciais criminais brasileiras, em oposição à presunção oficial de inocência, prevista na Constituição. O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), no editorial de seu boletim de dezembro último, aponta para uma crise do Poder Judiciário no campo criminal:

Tiago Ivo Odon é Consultor Legislativo do Senado Federal, especialista em Direito Penal e Processual Penal, mestre em Direito e Políticas Públicas e doutorando em Sociologia.

alerta para o “uso abusivo da prisão” nas sentenças, para a necessidade mal colocada de “julgamentos sumários e superficiais”, em nome da “produtividade e da gestão eficiente”, e para a “falta de cuidado” e de “urbanidade” em relação à pessoa que se encontra no banco dos réus. Enfim, concluiu o editorial: “A Justiça que aí se apresenta é, por igual, uma não justiça. Máquina de moer gente” (CRISE..., 2010, p. 1).

O ator social que se encontra no banco dos réus não é visto como uma pessoa única e singular. Ele é uma ideia social. A pessoa que ali está é recusada em sua individualidade e em sua existência concreta. Ela ocupa um espaço simbólico, imaginado, ideado. A tendência de condenação e de encarcerização daquele que comete um crime de massa tem uma *significação cultural*, para usar expressão de Weber (2006).

Cultura, em Weber, é a arena significativa da realidade social, em que os homens atribuem valor ao que fazem. O processo criminal está inserido nesse mundo da cultura. O mundo da cultura é um campo de luta pela imposição do sentido, em que estão em jogo *ideias de valor*, que se referem ao modo como os homens percebem e pensam os valores nas ações a que se entregam no dia a dia (COHN, 2006). Ideias de valor rotinizadas criam uma ideação social, um quadro de referências normativas, modelos de agir, visões de mundo, que fazem da sociedade o que ela é. O que Weber chama de ideação social outros autores chamam de “imaginário social”. A sociedade é produzida a partir da referência a modelos, os quais dependem do imaginário social. A história pode nos fornecer algumas respostas sobre esse imaginário criado em torno daquele que ocupa o espaço simbólico e imaginado de acusado num tribunal.

2. Direito penal no Brasil independente: papel privilegiado

Inexistia no Brasil uma base normativa e consensual prévia à vinda da Coroa portu-

guesa em 1808. A situação brasileira nesse momento apontava para uma improvável força normativa de qualquer costume ou tradição, o que implicava que todo o direito e os deveres teriam de ser regulados por uma força coativa, garantida pelo aparelho estatal. Isso muito provavelmente deu, desde o início, uma importância decisiva à justiça, sua demanda específica e funcionamento. Os costumes em comum estavam para ser edificados, um *nomos* para ser enraizado, ou seja, uma sociedade esperava para ser construída.

O direito penal foi o primeiro ramo jurídico a ser organizado e sistematizado após a Independência do Brasil. Ele foi a linguagem por meio da qual o restante da ordem jurídica foi sendo gradativamente formada e por meio da qual o Poder Judiciário foi montado e estruturado.

O Brasil teve como primeiro código o Código Criminal, já em 1830, seis anos após a outorga da primeira Constituição. O segundo, o Código de Processo Criminal, é de 1832. O terceiro, o Código Comercial, só apareceria em 1850, e isso após uma reforma já ter sido feita no Código de Processo Criminal, em 1841. Na República, o primeiro código a ser elaborado também foi o criminal, já em 1890, menos de um ano após o fim do Império. O Brasil só conheceria um Código Civil em 1916, quase um século após a sua independência, quando o País já havia promulgado dois códigos criminais, um código de processo criminal e duas reformas a este último (1841 e 1871).

A Constituição de 1824 previa a elaboração de um Código Civil e de um Código Criminal em seu art. 179, inciso XVIII. Poucos anos depois, como colocado, o Brasil já tinha o Código Criminal, inclusive anterior ao Código Criminal português (que é de 1852), e o Código Civil só viria quase um século depois. A Assembleia Constituinte e Legislativa promulgara uma lei, em 20 de outubro de 1823, que mandou continuar, no Império, as leis portuguesas vigentes a 25 de abril de 1821. Assim, continuaram a ser

aplicadas para o campo cível as Ordenações Filipinas, de 1603! Vários anteprojetos de Código Civil foram elaborados no decorrer do século XIX (os textos de Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Visconde de Seabra, Felício dos Santos, Coelho Rodrigues), mas sem sucesso – ora por falta de consenso nas duas Casas do Legislativo, ora por falta de receptividade por parte do Imperador (NADER, 2010).

A chamada “Lei da Boa Razão”, de 1769, permitia o uso do direito estrangeiro como subsidiário do direito lusitano quando houvesse lacunas. Assim, no campo comercial, o Código Comercial francês, de 1807, e, mais tarde, os Códigos Comerciais da Espanha (1829) e de Portugal (1833) passaram a constituir a verdadeira legislação mercantil brasileira (REQUIÃO, 2010). Só em 1850 o Brasil promulga seu próprio Código Comercial.

No campo trabalhista, poucas leis esparsas e pontuais da época do Império são citadas pela doutrina: em 1830, a lei que regulou o contrato sobre prestação de serviços dirigida a brasileiros e estrangeiros; em 1837, sobre contratos entre colonos dispondo sobre justas causas de ambas as partes; e, em 1850, alguns poucos dispositivos do Código Comercial sobre o aviso prévio. As leis sobre sindicalização e outros temas trabalhistas de maior relevância só começariam a despontar no século XX (BARROS, 2010).

O fato é que, exposto o quadro, nas primeiras décadas de existência do Brasil como Estado independente, o direito penal operou como verdadeiro regulador e intermediador das relações sociais. O Código Criminal tinha um alcance normativo muito maior do que as leis promulgadas após a Independência. A Constituição de 1824, carta política que deveria servir como a matriz das orientações gerais para o comportamento de todos os cidadãos, não contemplava em seus artigos o escravo ou o homem livre e pobre, mas apenas aqueles que, a partir de rendas estipuladas, teriam

acesso aos diferentes níveis de participação política. O Código Comercial de 1850 regulamentava, basicamente, as relações entre os proprietários de bens, e o escravo enquanto mercadoria. O Código Criminal era a única norma a abranger todos os segmentos da sociedade, dos mais ricos aos mais pobres, livres e escravos (NADER, 2000, p. 185).

O direito penal, na verdade, se tornou uma linguagem por meio da qual o Estado optou por lidar com os conflitos sociais. Tal direito foi escolhido como o regulador da vida social na transição gradativa de uma ordem de mão de obra escrava para uma ordem de mão de obra livre. Mais particularmente o direito processual penal. No Brasil, o Estado historicamente impôs o seu poder penal por meio do uso do processo penal, ramo jurídico em que as manipulações do poder político foram mais frequentes e notáveis. De 1831, quando o tráfico de escravos foi primeiramente proibido, até 1888, quando se dá a abolição final da escravidão, o direito processual penal foi usado para regular e sincronizar a ordem social em relação às sucessivas alterações jurídicas (tráfico, ventre livre, sexagenários etc.).

3. Os medos do Brasil imperial: o nascimento de um país sob uma guerra social

O Brasil se tornou independente sob um medo constante: a insurgência do contingente africano. E tal medo deu o tom da política imperial até o fim do século XIX. Perguntas como “o que fazer com o negro quando a escravidão terminar?” ou “como impedir um final brusco da escravidão, deixando à solta e sem nenhuma regra uma imensa população de negros e mestiços pobres em um País regido por uma minoria de ricos proprietários brancos?” ecoaram durante as sete décadas imperiais do Brasil independente, e traduziam o sentimento do que ficou conhecido sob o nome de “medo branco” (AZEVEDO, 2004).

Em 1814, oito anos antes da Independência, o Corpo do Comércio de Salvador, entidade representante dos homens mais ricos da capital baiana, encaminhou ao príncipe regente D. João um documento informando que “há três ou quatro anos os negros tentam rebelar-se e matar todos os brancos” e que os ensaios feitos prognosticavam, a não ser que medidas mais sérias fossem tomadas, que um dia eles poderiam acertar e realizar inteiramente seu projeto, “sendo nós as vítimas da sua rebelião, e tirania” (GOMES, L., 2010, p. 249).

Em 1820, um coronel francês morador do Rio de Janeiro, Francisco Caillé de Geines, apresentou ao intendente-geral de polícia da corte um memorando de teor semelhante: “Toda revolução que se efetuará no Brasil será a sublevação dos escravos que, quebrando os seus ferros, incendiarão as cidades e as plantações, trucidarão os brancos” (GOMES, L., p. 250). Em 1821, começou a circular na cidade um panfleto com alerta para o risco de que se repetisse no Brasil o banho de sangue que ocorrera na ilha de São Domingos, em 1794, onde hoje se situam o Haiti e a República Dominicana, durante uma rebelião dos negros cativos. Os escravos, que eram a maioria da população, influenciados pela Revolução Francesa, rebelaram-se em 1791. Em 1794, os rebeldes conseguiram a abolição da escravidão.

No Brasil, de uma população estimada em 4 milhões de habitantes, em 1823, um milhão e duzentos mil eram escravos (SODRÉ, 1962). A sede da Coroa, a cidade do Rio de Janeiro, agregava em 1849 a maior concentração urbana de escravos existente no mundo desde o final do Império Romano: 110 mil escravos para 266 mil habitantes. Segundo Alencastro (1997, p. 25), tamanho volume de escravos dava à Corte características de uma “cidade meio africana”.

A ameaça de uma rebelião perambulou pelo imaginário brasileiro até a abolição final da escravidão em 1888. Joaquim Nabuco (2002, p. 35), em *O Abolicionismo*, mostrava preocupação com o tema e escreveu que

a “escravidão não há de ser suprimida no Brasil por uma guerra servil, muito menos por insurreições ou atentados locais”, mas “por uma lei”. Em 1870, o senador Nabuco fez uma advertência profética no discurso de 12 de julho, no Senado:

“Senhores, este negócio é muito grave; é a questão mais importante da sociedade brasileira, e é imprudência abandoná-la ao azar. Quereis saber as conseqüências? Hei de dizê-lo com toda a sinceridade, com toda a força das minhas convicções: o pouco serve hoje, e o mundo amanhã não basta. As coisas políticas têm por principal condição a oportunidade. As reformas por poucas que sejam valem muito na ocasião, não satisfazem depois, ainda que sejam amplas. Não quereis os meios graduais; pois bem, haveis de ter os meios simultâneos; não quereis as conseqüências de uma medida regulada por vós, pausadamente, haveis de ter a incerteza da imprevidência; não quereis ter os inconvenientes econômicos por que passaram as Antilhas inglesas e francesas, correis o risco de ter os horrores de São Domingos” (NABUCO, 2002, p. 58).

Osório Duque Estrada (2005, p. 237) registra que, durante o Segundo Reinado, as “ameaças da lavoura” infundiam de “pavor” o Imperador. Foi justamente esse pavor da insurreição que levou, derradeiramente, à abolição da escravidão em 1888.

Os mais variados grupos sociais – monarquistas e republicanos, liberais e conservadores, comerciantes e senhores de engenho, civis e militares – tinham consciência de que o grande fosso de desigualdade aberto nos três séculos anteriores de exploração da mão de obra escrava poderia se revelar um perigo para o País recém-independente se as novas ideias libertárias que chegavam da Europa e dos Estados Unidos inspirassem os cativos a se rebelarem contra seus senhores, como

acontecera na ilha de São Domingos. O Brasil já contava em seu histórico com a longa resistência de Palmares, no século XVII. Diante de uma ameaça maior, a sublevação escrava, conservadores e liberais convergiram em torno do Imperador para preservar seus interesses, e o Parlamento aprovou em poucos anos um Código Criminal e um Código de Processo Criminal, os primeiros códigos do Brasil independente.

Velasco, na sua análise dos processos criminais em municípios mineiros no século XIX, percebe um aumento da criminalidade coletiva escrava nas décadas de 1820 e 1830. Os dados colhidos por Velasco (2004, p. 296) apontam que “grande parte dos esforços do aparato de controle estariam mobilizados pela tentativa de contenção da população escrava e da ameaça constante de insurreições e levantes que punham em alerta os efetivos de repressão do Estado”. Os escravos ganharam um crime só para eles no Código Criminal de 1830 - o crime de insurreição (art. 113). Joaquim Nabuco, escrevendo já no final do século, mostra-nos que não teria ocorrido mudança significativa nesse padrão. Tratava-se de um Estado que empregava “os seus juízes, a sua polícia, se preciso for o seu exército e a sua armada, para forçar homens, mulheres e crianças a trabalhar noite e dia sem salário” (NABUCO, 2002, p. 87-88).

Em 1835 era instituída a pena de morte para punir escravos que matassem, ferissem ou cometessem qualquer ofensa física contra seus senhores, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morassem, ou a administrador, feitor e às suas mulheres, que com eles vivessem.

Os escravos não são citados na Constituição de 1824. Em 1855 o Governo encarregou o jurista Teixeira de Freitas para consolidar a legislação civil pátria, que recebeu três edições até o fim do Império, e nela não existe qualquer artigo referente a escravos (NABUCO, 2002, p. 88). Mas os escravos estavam nominalmente citados na lei penal.

O direito penal foi o instrumento privilegiado de garantia de permanência de práticas sociais estabelecidas e de seleção e invenção dos inimigos internos, a serem combatidos em defesa da sociedade. Os escravos eram, conforme observou José Bonifácio de Andrada e Silva em representação à Assembleia Constituinte, em novembro de 1823, os “objetos da legislação penal”, os “inimigos domésticos”, quando também deveriam se tornar objetos da “proteção civil” (A ABOLIÇÃO..., 1988, p. 24). Mas um Código Civil iria esperar ainda muito tempo, quase um século.

Não apenas os escravos foram o objeto da legislação penal, como também a massa livre revoltosa. Outro medo logo despontou para o jovem País: o do desmembramento de seu território. Já em 1824, irrompeu a Confederação do Equador (Pernambuco, Ceará, Rio Grande do Norte e Paraíba) e, no ano seguinte, o mesmo ocorreu nas Províncias Cisplatina e do Rio Grande do Sul. Era preciso “ocupar” essa massa livre, e a lei penal forneceria o caminho para isso.

Um forte aparato burocrático racional-legal centralizador foi construído nas décadas seguintes para conter esses movimentos populares. Na medida em que os levantes foram se tornando menos frequentes, toda a atenção do aparato burocrático-legal se voltaria para o que, nas palavras de Nabuco, era “a questão mais importante da sociedade brasileira”: a escravidão.

No estudo sobre o bacharelismo jurídico brasileiro, Adorno (1998) mostra que, na sociedade brasileira, desde as lutas pela libertação do colonialismo e durante o curso dos principais movimentos populares que atravessaram toda a vida monárquica, o imaginário social que as elites fomentaram acerca das reivindicações populares era produto de sua associação ao radicalismo, à destruição da ordem pública e à liquidação da propriedade privada. Segundo ele, foi formado no Brasil um tipo de jurista que repudiava a revolução, que cultivava o

amor à liberdade acima de qualquer outro princípio e que encontrava no contrato os fundamentos da obediência política. Ao privilegiar a autonomia da ação individual em relação à ação coletiva, a primazia do princípio da liberdade em relação ao da igualdade, e, no centro de gravitação do agir e do pensar a coisa pública, posicionar o indivíduo no lugar do grupo social, projetou-se um tipo de político profissional “forjado para privatizar conflitos sociais, jamais para admitir a representação coletiva” (ADORNO, 1998, p. 239-240). O medo de revoltas populares e de convulsões sociais caminhou par a par com as estratégias políticas desses políticos profissionais, o que culminaria com a reforma do Código de Processo Criminal em 1841, “instauradora do mais absoluto policialismo judiciário”. Washington Luís, o último presidente brasileiro da República Velha, diria anos à frente que os movimentos sociais seriam mais de interesse da ordem pública do que da ordem social, dando a entender que seriam caso de polícia.

O direito penal assumiu, no Brasil, a missão de controlar e vigiar, num primeiro momento, a massa populacional escrava e os movimentos populares rebeldes, e, depois, a massa dos escravos libertos. Foi o instrumento normativo escolhido para preservar a ordem recém-instituída. No País que nascia, o direito começou a ser construído para conter a sociedade.

O contexto de guerra social no qual o Brasil se tornou independente e começou a montar sua estrutura institucional é um ponto importante e lança luzes sobre o tipo de sociabilidade que seria alimentado pelo aparato racional-legal. Consideramos aqui guerra social o conjunto de ações de repressão, vigilância e controle rotineiros dirigido contra um grupo social indicável, os pobres ociosos, fundado no medo de levantes, revoltas ou ondas de crimes coletivos que poderiam pôr em risco a integridade e segurança do Estado e da ordem social estabelecida.

4. *A monopolização do exercício legítimo da força pelo Estado*

Após a Independência, a administração da justiça deixa progressivamente de ser realizada diretamente pela sociedade, na medida em que o monopólio da repressão vai sendo deslocado para o âmbito do Estado. A montagem da burocracia judiciária no Império, no qual se incluía as funções de polícia, foi fator extremamente importante nesse sentido, pois aí localizou-se o ponto nodal da construção e consolidação do poder estatal.

Antes da Independência, a forma de organização e controle da ilegalidade estava próxima de uma sociedade de justiça privada. Os escravos fugidos eram perseguidos por uma “polícia privada” – os capitães do mato –, paga para essa missão específica, e os senhores tinham direito de castigar seus escravos privativamente, em nome do rei. Preocupado com os levantes de escravos na época, e, portanto, com o ressurgimento de uma resistência palmarina, uma das primeiras medidas do governo após a Independência foi tentar controlar tais punições, determinando que os senhores só poderiam castigar seus escravos no pelourinho público da cidade, vila ou arraial, mediante licença do juiz de paz, que passaria a determinar o castigo considerando a natureza do delito (SOLAZZI, 2007).

A monopolização do uso legítimo da força física pelo Estado foi condição importante de pacificação social no Brasil, inclusive para tirar dos indivíduos (senhores e escravos) legitimidade para buscarem exercer privativamente suas próprias razões.

A máquina da justiça, em comparação com as demais instituições do poder público, expandia-se e se capilarizava pelo território nacional mais rapidamente, e se fazia funcionar. Uma das razões para isso consistia no fato de que todos os que trabalhavam na máquina, juizes, escrivães e meirinhos, obtinham boa parte de suas rendas dos processos instaurados e em an-

damento (por exemplo, os juizes ordinários recebiam 100 réis por sentença e, em Minas Gerais, segundo Vellasco (2004, p. 96,107), os escrivães recebiam 6 réis por cada linha de trinta letras. Assim, de um lado, a justiça precisava operar em limites de produtividade satisfatórios, do ponto de vista dos interesses de ganhos pecuniários daqueles que a moviam (esticando o andamento dos processos), e, por outro, atraindo clientela com serviços efetivos, para garantir o ingresso de novas demandas.

A justiça ao mesmo tempo em que representou um espaço de efetivação de certos aspectos da cidadania e apresentou-se como a face visível e tangível do Estado para as camadas mais baixas da sociedade, desempenhou papel importante na ampliação e consolidação da base social de sustentação do Estado Imperial. Ela foi uma das engrenagens na montagem do campo de legitimação do poder imperial.

5. A montagem do aparato de dominação

O sistema judiciário foi montado no Brasil a partir da legislação penal. Foi o Código de Processo Criminal de 1832 que estruturou a administração da justiça no Brasil recém-independente. O direito penal não foi apenas a linguagem escolhida pelo Estado para intermediar as relações com a sociedade, mas foi também a linguagem por meio da qual o Poder Judiciário foi montado.

Antes dos dois Códigos (Criminal, de 16 de dezembro de 1830, e de Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832), a lei de 15 de outubro de 1827 já criava o juiz de paz eletivo em todas as freguesias e capelas filiais. A criação do juiz de paz marcava uma mudança importante na configuração do poder judiciário e criava um personagem que marcaria as décadas seguintes, alterando profundamente o cotidiano da justiça. Com atribuições administrativas, policiais e judiciais, o juiz de paz, eleito, acumulava

amplios poderes, até então distribuídos por diferentes autoridades (juizes ordinários, almocatés, juizes de vintena) ou reservados aos juizes letrados e profissionais, os juizes de fora (tais como julgamento de pequenas demandas, feitura do corpo de delito, formação de culpa, prisão etc.). O exercício do juiz de paz envolvia a justiça conciliatória e o julgamento de causas cujo valor e/ou pena não ultrapassasse certo limite, a lavratura do corpo de delito, a formação da culpa para os crimes de competência do júri, a manutenção da ordem pública e emprego da força pública, a imposição de termos de bem viver e termos de segurança, vigiar o cumprimento de posturas municipais, a condução das eleições, enfim, funções administrativas, judiciais e policiais as mais amplas. Não por outro motivo essa figura histórica é chamada de “juiz policial” por vários autores.

A promulgação do Código de Processo Criminal de 1832 trouxe profunda mudança na estrutura da administração judiciária no Império. O Código Criminal aposentara o Livro V das Ordenações Filipinas. O Código de Processo Criminal aposenta os Livros I e III – que regulavam todo o processo judicial no período colonial –, e é desenhado no Brasil um novo modelo de justiça. Os cargos que ainda sobreviviam do período colonial (ouvidores, juizes de fora e ordinários) são extintos e, em seu lugar, surge o juiz de direito, em número máximo de três por comarca e nomeados pelo Imperador entre bacharéis formados em lei, o juiz municipal e o promotor público, um por termo, nomeados pela Corte e presidentes de província, por indicação de lista tríplice das câmaras municipais, preferencialmente graduados em direito. Criava-se o cargo decorativo de chefe de polícia, sem quaisquer especificações de função ou poderes. As atribuições equivalentes, na verdade, estavam nas mãos dos juizes de paz. As atribuições dos chefes de polícia se limitavam, na prática, a transmitir notícias aos juizes de paz (VELLASCO, 2004).

A primeira Constituição do Brasil, de 1824, já informava o norte valorativo do novo aparato racional-legal: “Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública” (art. 179, II). A lei não deveria se ocupar com o que é justo, mas com o que é útil. Assim, as propostas legislativas da época separariam dois tipos de súditos: os “cidadãos úteis e morigerados”, de um lado, e os “cidadãos mesclados”, “homens de cor” e demais grupos de “brutos e imorais”, de outro (SOLAZZI, 2007, p. 107). Ao mesmo tempo em que o castigo do corpo passaria a ser realizado pela justiça pública, observada a “justa medida do castigo”, a atividade de “combate” a atores sociais marcados e nomeados pela lei (o vadio, o mendigo, o turbulento, a prostituta, o escravo e o liberto sem trabalho certo), ou seja, a inadequação do comportamento individual às necessidades da sociedade, seria gradativamente convertida em atividade estatal de policiamento coercitivo e preventivo.

As instaurações criminais iriam determinar, sobre a matriz escravista, um sistema de imposição de trabalho para a população livre. As penas de prisão com trabalho foram eleitas o norte ideal pelo Código Criminal de 1830. Enquanto não se estabelecessem as prisões com as “commodidades e arranjos necessários para o trabalho dos réus”, as penas de prisão com trabalho seriam substituídas pela prisão simples, sem trabalho. Contudo, nesse caso, acrescentando-se 1/6 de tempo de pena (art. 49). Tal era o rigor que, conforme entendimento jurisprudencial da época, o juiz não tinha competência para fazer a conversão da pena de prisão com trabalho em prisão simples (TINÓCO, 2003, p. 79).

Na letra da lei, havia discrepâncias visíveis na aplicação diferenciada segundo a qualidade do delinquente. As penas de prisão simples, degredo e multa praticamente só atingiriam os funcionários públicos pelo mau cumprimento de seus deveres e eram, geralmente, leves. Já os escravos receberiam as punições mais rigorosas: morte, galés e

çoites. Se ao escravo fosse cominada judicialmente uma pena diferente dessas, esta deveria ser comutada para a de açoites (art. 60). As mutilações e castigos corporais das Ordenações Filipinas foram todos suprimidos, com apenas uma exceção: o açoite, destinado exclusivamente aos escravos (NEDER, 2000, p. 193).

Na ausência de um Código Civil, o Código Criminal de 1830 tratava da satisfação do dano, matéria civil por natureza. O art. 21 previa que o “delinqüente” satisfaria o dano que causasse com o delito, e o art. 32 previa que, não tendo o delinquente meios para a satisfação do dano em oito dias após a condenação, seria condenado à prisão com trabalho “pelo tempo necessário para ganhar a quantia da satisfação”. Outro claro dispositivo disciplinar de obrigatoriedade ao trabalho.

No mesmo Código, temos todo um capítulo (o Capítulo IV da Parte Quarta) dedicado aos “vadios e mendigos”: “Não tomar qualquer pessoa uma ocupação honesta e útil de que possa subsistir, depois de advertida pelo juiz de paz, não tendo renda suficiente. Penas: Maximo – 24 dias de prisão com trabalho. [...]” (art. 295). O art. 296 era dedicado aos que mendigassem e aos que sustentassem mendigos.

Tais crimes eram chamados no Código de “crimes policiaes”. Também eram de preocupação prioritária da polícia as sociedades secretas (Capítulo II) e os ajuntamentos ilícitos (Capítulo III). No caso de ajuntamento de mais de vinte pessoas, o juiz policial se deslocaria até o local pessoalmente para admoestar os reunidos a se retirarem (art. 289). No caso de resistência violenta, a pena poderia variar de 2 a 6 anos de prisão com trabalho (art. 294).

Na ordem estabelecida, qualquer indivíduo desocupado ou amontoado com outros era suspeito. O Código Criminal de 1830 atendia às táticas de controle da população. Numa sociedade claramente segmentada, a persecução policial exercia-se sobre os “desenraizados do sistema político, social,

econômico e de valores”, colocou Solazzi (2007).

O Código de Processo Criminal, de 1832, fechava o cerco prevendo o seguinte em seu art. 12:

“Art. 12. Aos Juizes de Paz compete: §1º Tomar conhecimento das pessoas, que de novo vierem habitar no seu Districto, sendo desconhecidas, ou suspeitas; e conceder passaporte ás pessoas que lh’o requererem.

§2º Obrigar a assignar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bêbados por habito, prostitutas, que perturbam o socego publico, aos turbulentos, que por palavras, ou acções offendem os bons costumes, tranqüillidade publica, e a paz das famílias.

§3º Obrigar a assignar termo de segurança aos legalmente suspeitos da pretensão de commetter algum crime, podendo cominar neste caso, assim como aos comprehendidos no paragrapho antecedente, multa até trinta mil réis, prisão até trinta dias, e três mezes de Casa de Correcção, ou Officinas Publicas. [...]”

Os “passaportes”, os “termos de bem viver” (que prescindiam de acusação formal) e os “termos de segurança” foram os instrumentos processuais de controle da população suspeita durante as primeiras décadas de vida do Brasil. O §3º do art. 12, como se pode observar, disponibilizava meios coercitivos que determinavam o trabalho obrigatório (casas de correção) de libertos, vadios e mendigos, prostitutas, turbulentos e ébrios ou os “legalmente suspeitos”.

A acumulação de funções e a influência política nas indicações dos juizes de paz passou, com o tempo, a se traduzir em debilidade dessa função, com sérias dificuldades em implementar ações corriqueiras das autoridades e cumprir ordens superiores simples. No seu estudo sobre Minas Gerais, Vellasco (2004) noticia a incapacidade do aparato de justiça em conter e inibir a prá-

tica da violência em municípios mineiros, além das frequentes absolvições e excessiva leniência das penas, estas resultantes de falhas processuais provocadas pelo despreparo dos juizes de paz. No município de São José, por exemplo, cita que escravos perambulavam armados, libertavam presos e enfrentavam os pedestres com o apoio de seus proprietários. Com a possibilidade de intervir e influenciar nas escolhas dos ocupantes dos postos de juiz de direito e juizes municipais, e elegendo seus melhores representantes para o juizado de paz, os grupos dominantes locais perpetuavam o controle e garantiam sua reprodução, uma vez que era esse sistema que controlava o processo eleitoral e seus resultados. O modelo judiciário, na forma como modelado em 1832, era bastante sensível às variações e conjunturas locais (VELLASCO, 2004, p. 126-130).

Buscando a centralização, a lei de 3 de dezembro de 1841 reformaria radicalmente a estrutura judiciária, redefinindo poderes e atribuições, alterando aspectos processuais importantes e centralizando seu controle nas mãos do Ministério da Justiça. Os poderes do juiz de paz passaram a pertencer, em sua quase totalidade, às figuras do delegado e subdelegado de polícia, ambos submetidos ao chefe de polícia provincial, recrutado entre os juizes de direito e diretamente ligado ao Ministério. Os juizes passaram a ser nomeados pelo Imperador e, na prática, todos os cargos e indicações ficaram nas mãos do ministro da Justiça.

Aos amplos poderes outrora dos juizes de paz somavam-se, nas mãos dos delegados e subdelegados de polícia, a competência para conceder fiança aos réus que pronunciassem ou prendessem, o poder de expedir mandado de busca sem a necessidade de testemunhas, bastando “veementes indícios ou fundada probabilidade”, e expedir e fazer cumprir mandado de busca e apreensão em outra jurisdição sem comunicação prévia às autoridades competentes do lugar.

Com a reforma judicial de 1841, todo o sistema policial e judicial foi conjugado para uma aplicação sumária. Os funcionários da polícia, herdando dos juízes de paz a autoridade para julgar e sentenciar as pequenas infrações nos distritos e conduzindo os infratores das ruas para a prisão sem a intervenção direta da justiça criminal, esvaziaram em grande medida a ação de advogados, promotores e autoridades judiciais superiores. A alteração teve resultados práticos. Vellasco (2004), analisando processos criminais de municípios mineiros, constatou que o tempo decorrido do início ao fim de um processo, em média, cai de 954 dias, aproximadamente três anos, no período de 1808-1841, para 345 dias, menos de um ano, no período de 1842-1889.

Segundo o levantamento feito por Vellasco (2004, p. 214) em Minas Gerais, a ação condenatória era ampliada progressivamente à medida que descia em direção aos grupos de menos posses, recaindo de forma mais intensa sobre os estratos sociais mais baixos. Era entre os escravos que se verificava o maior índice de condenações.

Com a reforma de 1841, os chefes de polícia passaram a processar os “termos de bem viver” e os “termos de segurança”, antes produzidos e controlados pelos juízes de paz. Todas as atribuições legais antes reservadas aos juízes de paz em relação às sociedades secretas e aos ajuntamentos ilícitos passaram para a competência policial. Destacavam-se nesse novo aparato policial não só a incumbência de “vigiar e providenciar, na fôrma da lei, sobre tudo o que pertencer á prevenção dos delictos e a manutenção da segurança e tranqüilidade publica”, como também a de requisitar providências das câmaras municipais acerca dos “objectos de Policia”, conceder mandados de busca e inspecionar teatros e espetáculos públicos e as prisões provinciais (art. 4º da Lei nº 261, de 1841).

O Regulamento nº 120, de 1842, criou a distinção entre a polícia administrativa -

responsável pelos passaportes, termos de bem-viver e termos de segurança e pela fiscalização das reuniões das sociedades secretas e dos ajuntamentos ilícitos, entre outras atribuições - e a polícia judiciária - responsável pelos autos de corpo de delito, pela prisão dos culpados, concessão de mandados de busca e de julgamento de certos crimes (arts. 2º e 3º).

O Brasil contava já em 1842, portanto, com uma estrutura burocrático-legal que concedia à polícia um papel jurisdicional, ainda que limitado, um controle livresco da emissão de passaportes e dos termos assinados, o que permitia o controle dos pobres ociosos, dos estrangeiros, dos novos habitantes de distritos e cidades. Essas funções permitiam um rígido controle da população escravizada, do contingente estrangeiro e dos viajantes, que, mesmo sem portar passaporte, estavam sujeitos às indagações policiais. O regime de policiamento intensivo do quarteirão à vila, do distrito à comarca, do município à província, estabeleceu uma verificação compulsória e rotineira da população transeunte.

Com a reforma, a polícia passou a estar presente nos municípios e em cada província, com seus delegados e subdelegados, nomeados pelo Imperador ou pelos Presidentes das Províncias, e passou a concorrer com os juízes nas cortes municipais. O fortalecimento do aparato policial repressivo foi uma resposta à época de crise na sociedade, agravada por rebeliões provinciais com ampla base popular que agitaram o País com a abdicação do primeiro Imperador em 1831 (Cabanagem, Sabinada, Balaiada, Guerra dos Farrapos). Nascia a polícia judiciária brasileira, com o objetivo de possibilitar ao governo imperial impor a sua autoridade em todos os quadrantes do território nacional.

O Brasil construiu suas instituições jurídicas, nos seus primeiros anos de vida, num contexto de guerra social, e tais instituições foram moldadas para conter e normalizar a população.

Na medida em que os levantes foram se tornando menos frequentes, toda a atenção do aparato racional-legal voltar-se-ia para o que, nas palavras de Nabuco, era “a questão mais importante da sociedade brasileira”: a escravidão. A lei penal passou a responder às mudanças que ocorriam nesse campo.

6. *Escravidão e direito penal: sincronização*

A concentração do monopólio do exercício legítimo da força e da administração da justiça no Estado (dominação racional-legal) sofria a resistência da ordem privada vigente até então (dominação tradicional). A classe senhorial resistiu a deixar a lei positiva invadir o terreno do favor. Os senhores se opunham a conceder ao escravo o direito de redimir-se do cativeiro mediante a apresentação de seu valor de mercado. Na ótica escravista, qualquer direito desse tipo minaria a base do sistema de domínio, ao restringir a vontade senhorial. Era necessário que a alforria pudesse ser representada pelo senhor sempre como concessão ou dádiva, mesmo quando a “graça” cruzava com dinheiro na outra mão. Pelas mesmas razões, recusava-se o direito à liberdade à escrava amancebada com o senhor ou ao parente cativo do mesmo (SLENES, 1997).

Na ausência de uma fronteira racial absoluta entre escravidão e liberdade, os fatos jurídicos, que conformavam a condição livre ou cativa, decorriam de relações costumeiras, as quais eram sempre tributárias das relações de poder pessoal e de seu equilíbrio. Para que um descendente de africano fosse escravo ou livre, era preciso que ele assim se reconhecesse e fosse reconhecido como tal (CASTRO, 1997, p. 343).

A força política dos senhores ainda era, e continuaria a ser por bastante tempo, uma barreira forte contra uma reforma na área. Nas vésperas da abolição, Joaquim Nabuco já noticiava que os senhores ainda mantinham seu poder de punição aos escravos, apesar das limitações impostas pela lei,

pois dificilmente a justiça adentrava seus feudos. O *locus* da polícia era o espaço público da rua, onde circulavam os inimigos internos da ordem pública.

A abolição formal da escravatura no Brasil ocorreu de forma lenta e gradual. O receio em relação a uma abolição rápida e pontual é bem ilustrado no discurso do Senador Christiano Ottoni, de 1883. No discurso, o Senador se preocupava com “a invasão repentina de 1 milhão de bárbaros” se os escravos fossem libertos. Segundo ele, a “onda negra” colocaria em risco “a paz e a segurança públicas”, pois tais “bárbaros” “julgam o trabalho uma ignominia”, e ao serem libertados se julgariam no “direito de não trabalhar”, pois não compreendiam a “dignidade da posição do homem que vive do suor de seu rosto”. Assim, o fim da escravidão, segundo o Senador, significaria “ociosidade”, “vadiação” e “vagabundagem” (A ABOLIÇÃO..., 1988, p. 619-620).

A abolição oficial só se daria, portanto, após a edição de diversas leis. São elas: *Lei Diogo de Feijó*, de 7 de novembro de 1831, que abolia o tráfico de escravos em território e portos do Brasil; *Lei Eusébio de Queiroz*, de 4 de setembro de 1850, que previa a apreensão de embarcações com escravos traficados ilegalmente; Decreto 1303, de 28 de dezembro de 1853, que emancipou os africanos livres com 14 anos de serviço; Decreto 3310, de 24 de setembro de 1864, que libertou os africanos que trabalhavam em estabelecimentos públicos após findo o prazo de trabalho, num sistema de liberdade vigiada; *Lei Nabuco de Araujo*, de 5 de junho de 1854, que intensificou a repressão ao tráfico negreiro ilegal; *Lei do Ventre Livre*, de 28 de setembro de 1871, que concedeu liberdade para os filhos de mulher escrava que nascessem a partir da promulgação da lei; *Lei dos Sexagenários*, de 28 de setembro de 1885, que concedeu liberdade aos escravos a partir de 60 anos de idade; e, por fim, a *Lei Áurea*, de 13 de maio de 1888, que declarou oficialmente extinta a escravidão no Brasil.

O fim do tráfico africano para o Brasil foi de difícil materialização. Em 1826, o Brasil assinou com a Inglaterra uma convenção em que ficou estipulada entre as duas nações a abolição do tráfico africano, consagrando-se, ao mesmo tempo, o direito recíproco de visita aos navios ingleses e brasileiros. Sob pressão internacional, inclusive a ameaça do Primeiro-Ministro britânico, W. Gladstone, de uma guerra, o Brasil decretou a lei de 7 de novembro de 1831, ratificando o compromisso assumido cinco anos antes e pondo fim ao tráfico africano.

A lei e seu respectivo regulamento declararam expressamente que “são livres todos os africanos importados daquela data em diante”, o que exigia do governo a obrigação de verificar os títulos dos senhores e proceder ao respectivo processo criminal em caso de escravatura introduzida pelo contrabando. O que aconteceu foi o movimento inverso: foi aprovado um ano depois um Código de Processo Criminal em que, como já visto, os “vadios”, “mendigos”, “bêbados”, “prostitutas”, “turbulentos” e os rotineiramente “suspeitos” seriam o objeto do controle diuturno do juiz policial.

A lei de 1831 ficou apenas no papel. Até o final do século, o tráfico prosseguiu ilegalmente. Osório Duque Estrada contabilizou cerca de um milhão o número de africanos introduzidos em desafio à lei de 7 de novembro de 1831. A norma não conseguiu interromper uma prática de três séculos, a ponto de se apresentar no Senado, em 1837, um projeto cujo artigo 13, denominado na época de “o artigo monstro”, pretendia conceder completo indulto aos piratas (ESTRADA, 2005, p. 33).

Uma redução significativa no tráfico só seria obtida a partir de 1850, com a lei de Eusébio de Queiróz. Seu art. 1º dispunha que as embarcações brasileiras, encontradas em qualquer parte, tendo a bordo escravos, seriam apreendidas, e o art. 4º considerava crime de pirataria a importação de escravos. Em resposta à lei, os traficantes deixaram de desembarcar os africanos nas

costas do litoral e passaram a adentrar atalhos desconhecidos pelo interior do País.

O Decreto nº 1303, de 1853, ao mesmo tempo em que emancipou os africanos livres com 14 anos de serviço, obrigou-os a manter seus domicílios e a exercer uma ocupação laboral mediante contrato, que seria registrado na polícia. O Decreto nº 3310, de 1864, que libertou os africanos que trabalhavam em estabelecimentos públicos findo o prazo de trabalho, obrigou o registro das cartas de emancipação pelos chefes de polícia em livros específicos.

Uma mudança importante no regime escravista viria em 1871. A Lei do Ventre Livre não apenas libertava os “ingênuos” (filhos de escravos), mas também previa que seriam anualmente libertados em cada província do Império tantos escravos quantos correspondessem à quota anualmente disponível do fundo destinado para a emancipação, que pagava as indenizações do valor dos escravos aos senhores que, por qualquer razão, não se interessavam mais em manter certa quantidade de escravos em determinados negócios (art. 3º). Determinava que os escravos da nação (os “crioulos”, nascidos no Brasil), os escravos em usufruto da Coroa, os abandonados ou provenientes de heranças vagas seriam colocados, após a libertação, sob inspeção governamental por 5 anos, para que se evitasse a vadiagem, obrigando-os ao trabalho em estabelecimentos públicos.

O art. 8º da Lei do Ventre Livre, por sua vez, previa um rigoroso controle dessa população liberta: “O Governô mandará proceder à matrícula especial de todos os escravos existentes do Império, com declaração do nome, sexo, estado, aptidão para o trabalho e filiação de cada um, se fôr conhecida.”

No mesmo mês em que foi promulgada a Lei do Ventre Livre, foi também promulgada uma nova reforma na lei processual penal do Brasil (Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871). A organização judiciária foi profundamente alterada e dividida em 2 instâncias. Mas o mais importante foi o fim dado à confusão entre as responsabilidades

policiais e judiciais. A reforma distinguiu as funções do juiz municipal das funções da autoridade policial local – aqueles passaram a responder pelo julgamento das infrações dos termos de bem-viver e dos termos de segurança. Ao acabar com a jurisdição múltipla, a reforma de 1871 retirou dos chefes de polícia, delegados e subdelegados o poder de julgar infrações, processar e pronunciar quem quer que fosse em crimes comuns. Ou seja, o fim da jurisdição múltipla permitiu que a polícia se concentrasse na tarefa administrativa de controle da população. Foi criado formalmente o inquérito policial. É essa configuração que perdura até nossos dias.

Enquanto o Parlamento discutia, sem chegar a um consenso, por anos e anos, vários anteprojetos de Código Civil, havia uma ação constante de atualização do ordenamento jurídico penal. Em 1871, sincronizaram-se as mudanças na estrutura de regulação penal – particularmente processual penal – com o regime de libertação dos filhos de “ventre livre”, redimensionando o controle policial sobre a população livre, liberta, escrava ou estrangeira, passível de oferecer perigos e sedições por meio do questionamento da ordem pública.

Em 1885 veio a Lei dos Sexagenários (Lei nº 3270, de 28 de setembro de 1885). Para se evitar a dispersão e facilitar o controle, a Lei nº 3270 determinou que o domicílio do escravo liberto seria, obrigatoriamente, por 5 anos, o local de sua alforria, excetuando-se as capitais. Ao liberto sem ocupação seria imposto um prazo pela polícia para arranjar trabalho, que, caso não obedecido, poderia levá-lo a cumprir pena de prisão com trabalho (art. 3º). Isso seria controlado por um novo regime de matrícula dos escravos, previsto já no art. 1º da Lei, “com declaração do nome, nacionalidade, sexo, filiação, se for conhecida, ocupação ou serviço em que for empregado, idade e valor calculado” do escravo liberto.

Conforme Solazzi (2007), a partir das discussões acerca da libertação dos filhos de

escravos entre 1870 e 1871 se pôde perceber uma avalanche de memoriais, debates e pareceres que tiveram na análise demográfica seus principais argumentos. Toda e qualquer proposta de cerceamento do escravismo estava confrontada a estatísticas, previsões e cálculos acerca do contingente escravizado. Avaliações demográficas constantes acompanharam as demais discussões acerca da viabilidade de libertação de grupos específicos de escravizados. Os últimos anos do escravismo foram marcados por um conhecimento preciso da população escravizada cujas atividades tornaram-se alvo de uma regulação policial, pois até os registros de contratos de prestação de serviços eram função dos chefes de polícia. Assim, o processo de abolição configurou-se numa estratégia política de coação para o trabalho através de um regime de registro policial de libertos e dos escravizados, estabelecendo tanto um regime de caderneta, registro e fiscalização policial da população empregada, quanto outro, de punições corretivas e disciplinares realizadas mediante internação com trabalho obrigatório.

Logo em seguida surgiu a chamada “matrícula dos escravos brancos”. Pretendia-se o controle policial urbano da população que, oculta no ambiente familiar, não se submetia ao controle de registros profissionais determinados pelas legislações sobre os escravos libertos. Assim, escondidos na ambiência doméstica, escapavam ao controle policial. Conforme discurso do Senador José Bonifácio, “o Moço”, de 11 de agosto de 1886, essa matrícula apareceu na província de São Paulo:

“Sr. Presidente, eu compreendo o alcance quase infinito da instituição maldita; agora mesmo, sob a influência disfarçada do seu mágico poderio, criou-se uma espécie de nova matrícula servil na minha província, digna de melhor sorte – a matrícula dos brancos negros.

É a matrícula dos pobres; é o recenseamento do trabalho sob as penas de

prisão e multa; é o privilégio dos que têm sobre os que não têm, e acima de tudo isso é a violação dos princípios constitucionais, das leis civis, das leis criminais e das leis do processo. [...] Mas, definir como criado de servir toda pessoa de condição livre que, mediante salário convencionado, tiver ou quiser ter ocupação de moço de hotel ou casa de pasto, cozinheiro, copeiro, hortelão, de ama-de-leite, ama-seca, engomadeira ou costureira, e em geral qualquer serviço doméstico...e sujeitar toda essa massa do trabalho ao imposto de matrícula pela prisão e multas, com infração das leis gerais, é o que não se concebe. Porém, ir mais longe ainda, decretando, por meio de postura municipal, aprovada por lei provincial, que ninguém poderá tomar a seu serviço criado não inscrito no registro de polícia é monstruosidade tanto maior quanto o criado infrator da prescrição regulamentar ficar sujeito à prisão e multa [...]” (A ABOLIÇÃO..., 1988, p. 963-964).

A obrigatoriedade do registro policial para a contratação de empregados domésticos permitia à polícia um controle efetivo da população empregada e, conseqüentemente, a identificação precisa do contingente ocioso que deveria ser exportado para regiões fronteiriças imperiais, onde seriam novamente utilizados em trabalhos compulsórios, públicos e privados, estabelecidos com disciplina militar, ou então inscritos na Marinha e Exército imperiais (SOLAZZI, 2007, p. 166).

Depois de quase quatro séculos de exploração escravista, libertos ou livres de ascendência africana, indígena e/ou viajantes e estrangeiros não portugueses eram policiados como população preguiçosa, indolente, concupiscente, devendo ser compelida ao trabalho por meio de registros policiais de suas atividades.

Em 1888, o aparato burocrático-legal já deixava o Brasil pronto para a abolição da

escravatura. Nesse ano, a Fala do Trono já anunciava a abolição como uma “aspiração nacional”. Na abertura da Terceira Sessão da 20ª Legislatura da Assembleia Geral, em 3 de maio de 1888, nas vésperas da lei da abolição total, a Princesa Isabel expõe a necessidade de se reformar novamente a legislação penal e dar mais força à polícia em razão das novas mudanças na ordem pública:

“A ordem e tranqüilidade publica não soffreram alteração. Alguns tumultos locais, de origem restricta e fortuita, foram immediatamente apaziguados. Espero de vossa sabedoria providencias que melhorem a condição dos juizes e tornem mais efectiva a sua responsabilidade. A organização do ministério publico é de indeclinável urgência, como também a reforma do processo e julgamento dos delictos sujeitos a penas leves [...] A força policial da capital do Império carece de augmento e de organização mais adaptada ás funções que lhe são proprias. Muito importa á segurança publica aperfeçoar a nossa legislação repressiva da ociosidade, no intuito de promover pelo trabalho a educação moral” (A ABOLIÇÃO..., 1988, p. 1041).

Só então a Coroa fala da necessidade de um Código Civil, considerando que grande contingente de pessoas passaria a ter personalidade jurídica, cidadania, deixando de ser “coisas”: “O governo renovará esforços para dotar a nossa Pátria com o Código Civil fundado nas solidas bases da justiça e equidade”. Mesmo assim, um Código Civil ainda levaria quase 30 anos para aparecer no ordenamento jurídico brasileiro.

7. Cidadania tutelada

Para Sérgio Buarque de Holanda, foi a falta do princípio racionalizador da vida que vinculou o mérito e a responsabilidade individual que se tornou o maior óbice para

a organização espontânea da sociedade colonial brasileira. “Nas nações ibéricas, à falta dessa racionalização da vida, que tão cedo experimentaram algumas terras protestantes, o princípio unificador foi sempre representado pelos governos”. Como consequência, nelas predominou “o tipo de organização política artificialmente mantida por uma força exterior”. Uma “digna ociosidade sempre pareceu mais excelente, e até mais nobilitante, a um bom português, ou a um espanhol, do que a luta insana pelo pão de cada dia” (HOLANDA, 1995, p. 37-38).

Ângela de Castro Gomes (1994, p. 25) cita matéria veiculada no jornal *O Artista*, em 4 de dezembro de 1870, que dizia que a escravidão tornou o trabalho manual um “símbolo de degradação” e fixou a ideia de que só o estrangeiro podia “exercer as artes e auferir as vantagens da indústria”. O brasileiro, segundo o jornal, “fecha a porta da rua para que não o vejam, se as circunstâncias o forçam a um serviço manual”.

Após o fim da escravidão, o tema do trabalho e dos trabalhadores livres se impôs ao País. Conforme Gomes, entendia-se claramente que era preciso criar novos valores e medidas que obrigassem os indivíduos ao trabalho, quer fossem ex-escravos ou imigrantes. A “preocupação com o ócio e a desordem era muito grande, e ‘educar’ um indivíduo pobre era principalmente criar nele o ‘hábito’ do trabalho” (GOMES, A., 1994, p. 9). Isso estava claro na já citada Fala do Trono de 3 de maio de 1888. “Ou seja”, prossegue a autora, “era obrigá-lo ao trabalho via repressão e também via valorização do próprio trabalho como atividade moralizadora e saneadora socialmente. O ‘pobre’ ocioso era indubitavelmente um perigo para a ordem política e social segundo esta perspectiva” (GOMES, A., 1994, p. 9). Mas não era uma preocupação que despontou apenas depois do fim da escravidão. Como visto, essa perspectiva já era alimentada pelo poder público desde a formulação das primeiras leis penais. Após a escravidão,

com uma “onda negra” de “indolentes e preguiçosos” ou de “bárbaros” jogados nas ruas, para usar expressões de parlamentares da época, o tema se tornou ainda mais urgente.

A visão imperial foi a de conceber o trabalho como instrumento de saneamento moral. O trabalhador manual ocioso no espaço público da rua era suspeito. A ociosidade fazia parte do mundo dos ricos, da nobreza. O pobre ocioso, ao contrário, no imaginário hierárquico ibérico, era inimigo interno, objeto de polícia (conforme positivou a Parte Quarta do Código Criminal imperial). Era ele o escravo fora da lavoura, fora do domínio de seu senhor, o escravo liberto, o imigrante, o viajante desconhecido, o mendigo, o bêbado, o turbulento, o vadio. Contra esses sujeitos se voltou o aparato burocrático-legal. A ideia de ocupação laboral foi o que deu identidade social e política ao homem brasileiro, fato materializado pela criação dos termos de bem viver e de ocupação, pelo controle policial dos contratos de trabalho, pela definição da vadiagem como crime e, no século XX, pela criação da carteira de trabalho. O perigo para a ordem pública sempre foi um só: o pobre ocioso, historicamente tratado na legislação como caso de polícia.

Tanto nas leis de 1871, 1885 como na de 1888, os libertos ficavam sujeitos a uma legislação de exceção, principalmente processual penal, especialmente no que se referia à obrigatoriedade de fazer contrato de trabalho, que continuava a distingui-los dos nascidos livres, os “cidadãos brasileiros”.

A polícia, portanto, marcava o diferente. Vivia-se um ambiente de guerra social, em que o Estado buscava manter escravos ocupados nas lavouras e libertos ocupados em ofícios regulares. O fundamento jurídico da pena estava vinculado no Brasil aos fundamentos de uma guerra social, e a pena era uma arma de guerra defensiva.

Por toda política emancipacionista imperial, à exceção da lei de maio de 1888, manteve-se a tutela estatal ou privada sobre

os libertos, desde os africanos livres pela extinção do tráfico em 1831 até os ingênuos (1871), sexagenários (1885) e libertos, por alforria ou pelo fundo de emancipação, privando-os da “cidadania brasileira”, conforme era reconhecida aos nascidos livres.

A incorporação do inimigo interno – o trabalhador manual visto como ocioso no espaço público da rua – à ordem política só se daria sob tutela do Estado, o eterno “princípio unificador” entre Apolo e Dioniso, a “força exterior”, e de forma lenta, a partir da República – o que Wanderley Guilherme dos Santos (1979) chama de “cidadania regulada” e Murilo de Carvalho (2001) de “estadania”. Passo inicial deu a Constituição republicana, de 1891. Pelo texto, teriam direitos políticos – ou seja, seriam plenos cidadãos – todos aqueles maiores de 21 anos que fossem alfabetizados. Eliminava-se o requisito da renda, mas mantinha-se a distinção social com o saber ler e escrever, o que eliminava grande parte dos trabalhadores mecânicos.

Com o Código Criminal da República, vieram os “termos de ocupação”, previstos no Livro III, Capítulo XIII. Em complemento aos instrumentos de vigilância de ex-escravos, suspeitos e estrangeiros que deveriam assinar termos de bem-viver e/ou termos de segurança imperiais, ou portar “passaportes” emitidos pelas autoridades policiais, estabeleceram-se os “termos de tomar ocupação” republicanos para vadios, vagabundos e capoeiras.

Outro ponto importante é perceber que, a partir da República, inicia-se um processo de crescente desproporcionalidade penal entre os crimes contra a vida e os crimes contra o patrimônio. Após o Estado inventar um inimigo interno, e isso se estabelecer e se rotinizar como ideação social, as leis penais começaram a punir com mais rigor os crimes contra o patrimônio em relação aos crimes contra a vida. Isso aponta para uma mudança de valores sociais, para a implementação de um novo quadro de referências normativas de regulação das trocas sociais, de um

novo *nomos*, construído durante o Império, o que resultou na conseqüente necessidade de adaptação da lei à nova realidade social.

A desproporção sistêmica entre as penas é gritante no Código republicano em relação ao Código imperial. O Código Penal de 1940, até hoje em vigor, traria o mesmo vício, o que levou Silva Franco a concluir, dado o que chamou de “hipervalorização” dos crimes patrimoniais, que a legislação penal de 1940 expressava uma identificação quase perfeita entre o delinquente e o marginalizado.

Há razões históricas para a valorização do patrimônio como bem jurídico penal no Código Penal da República. A partir de meados do século XIX, houve um *boom* da economia cafeeira, a terra passou a ser uma mercadoria e símbolo do poder econômico (Lei das Terras) – solidificando a separação entre grandes e pequenos produtores, entre proprietários e força de trabalho (imigrantes) –, a formação de uma classe média urbana, com uma ideologia de valorização socioeconômica do trabalho não manual, como forma de diferenciação do trabalho escravo, e a abolição da escravatura, que jogou muitos ex-escravos desempregados no mercado. Todos esses fatores criaram um clima propício para o incremento da proteção à propriedade.

8. Sociabilidade autoritária

A sociedade escravista brasileira é retratada de forma bastante esquemática em sua estrutura econômica e social em várias obras. A polaridade senhores/escravos é tomada como sendo o único aspecto significativo de uma organização social constituída sobre a base econômica da monocultura atrelada aos interesses comerciais da metrópole. No topo, a classe formada pelos proprietários de terra e senhores de escravos; na base, uma imensa massa formada pelos escravos; entre esses dois extremos, uma camada social indefinida, desclassificada e sem maiores ressonâncias

na vida social – “desclassificados [...] inúteis e inadaptados; indivíduos de ocupações mais ou menos incertas e aleatórias ou sem ocupação alguma”, escreveu Caio Prado Júnior, em *Formação do Brasil Contemporâneo* (2002, p. 1373).

Não obstante, apesar da simplicidade do esquema, criticado em outras obras, ele aparece reproduzido em vários discursos parlamentares da época imperial. O que nos interessa aqui é justamente a “visão da elite”, grupo que configurava e ideava – e, portanto, criava – o universo social por meio do sistema judiciário e da legislação penal. É a visão da elite sobre o mundo da desordem, dos cidadãos não ativos, dos “desclassificados” ou da “ralé” – essa “massa enorme de homens ferozes, sem moral, sem religião e sem instrução alguma”, nas palavras de Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai, ministro da Justiça em 1840 e senador em 1849 (VELLASCO, 2004, p. 163) – que aparece teorizada num modelo que explicava a sociedade tal como vista a partir de cima. É um discurso ordenador e configurador, garantido pela lei penal no século XIX.

A justiça desempenha funções sociais claras: a) punição e contenção de condutas indesejáveis, desafiadoras da ordem, com base em expectativas normativas de comportamentos recíprocos; b) normalização da população, com a pedagogia da exemplaridade da punição, reconduzindo o ritmo da vida aos trilhos desejáveis; e c) afirmação do poder público. Ao fazer isso, a justiça, na sua ação rotinizada, reproduz ideias, molda a ação social, reafirma a ordem vigente, faz emergir o valor e o não valor, demarca as fronteiras entre o “bom” e o “mau”, o “proibido” e o “permitido”, o “verdadeiro” e o “falso”, instituindo padrões de sociabilidade e tornando evidentes as relações de poder e as condições de possibilidade de existência da própria sociedade. Enfim, a justiça cria e reproduz um mundo social, e, com ele, um mundo moral. Conforme Garland (1990, p. 58,

tradução nossa), as “rotinas da punição impõem uma educação prática no sentimento moral das pessoas”.

A questão central da ordem era a contenção dos elementos disruptivos – notadamente os escravos e a ralé “desraçada” – e a implementação de um quadro de referências normativas que regulasse as trocas sociais e permitisse ao poder obter aquilo sem o qual ele inexistia: probabilidade de obediência e aquiescência necessária, conforme Weber (2009).

O aparato racional-legal converteu desigualdade em diferença. A lei institucionalizou uma ordem estruturando o social em termos de diferenciação e hierarquização, e os diferentes precisavam ser contidos e normalizados. Conforme Misse (2008, p. 22), é a *distância social* o princípio operador da passagem da mera acusação social à incriminação do sujeito pelo aparato burocrático-legal e à sujeição criminal, como a composição do tipo social cujo caráter é socialmente considerado “propenso a cometer um crime”.

“[...] a distância social é um indicador de como se pratica, se opera e se representam as relações de poder numa determinada sociedade. [...] A distância social mínima, a identificação excessiva com o outro, tensiona o autocontrole das paixões e a distância social máxima, a indiferença excessiva pelo outro, mobiliza a desnormalização pelo interesse egoísta” (MISSE, 2008, p. 22).

A regulação moderna da distância social constituiu-se, completa Misse, como o principal eixo do processo de normalização e de generalização das formas de autocontrole nas relações sociais, de universalização das demandas de respeito, que passam a conotar demandas de distância social regulada, de respeito aos direitos civis, de desierarquização. Por outro lado, distância social desregulada e práticas criminais recorrentes constituirão o principal núcleo da mobilização para a incriminação dos

indivíduos acusados e para a sujeição criminal na modernidade (MISSE, 2008, p. 22-23). Era o caso do Brasil imperial.

Propomos aqui o conceito de *sociabilidade autoritária*, inspirado nos trabalhos de Luiz Antonio Machado da Silva (2004, 2008) sobre a ideia por ele proposta de “sociabilidade violenta”, mas que, importante ressaltar, não falam da mesma coisa. Enquanto na maioria dos países europeus a organização do Estado foi posterior à existência de uma sociedade mais ou menos organizada, no Brasil sucedeu o contrário. A construção do Estado se deu à frente da construção da nação. A ideia de sociabilidade autoritária que propomos define um código moral ou padrão de sociabilidade imposto e rotinizado *pela autoridade*, de cima para baixo, por meio do uso do direito penal como veículo privilegiado de regulação das relações sociais. Nesse tipo de sociabilidade, portanto, o princípio que estrutura as relações sociais é a *autoridade*.

Conforme Montesquieu (1995, p. 186, grifo nosso): “Num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar”. Por meio do direito penal, o Estado impôs um código moral de utilidade pública, um código do que “se deve querer” e do que “não se deve desejar”. Impôs uma ideia de sociedade. Conforme Weber, as ideias são fundamentais para os processos de conservação e mudança da sociedade, pois formam o agente e definem quais fins, ao serem perseguidos, expressarão seus interesses. Introjetam-se ideias morais que geram o “tônus existencial” necessário para o convívio social satisfatório, cria-se um padrão de sociabilidade (SANTOS, 2008). A sociedade é produzida a partir da referência a modelos, os quais dependem da ideação social, do imaginário social. E tais modelos foram fornecidos pelas instituições públicas – o aparato burocrático-legal – montadas a partir da Independência.

9. Conclusão

A sociedade brasileira, por meio dos tribunais, marginaliza a diferença. É o que a ideia de sociabilidade autoritária ajuda a compreender após a análise da relação entre imaginário social e direito penal no Brasil imperial. O princípio que estrutura as relações sociais é historicamente a autoridade, e a forma de estruturação dessas relações pela autoridade (dominação racional-legal) é historicamente a diferença e a hierarquia. A lei e as instituições marcaram e nomearam os eleitos como diferentes e inferiores. Na lei, o ator violento é sempre aquele que não foi corretamente normalizado/socializado, e o direito penal brasileiro sempre o tratou como inimigo. Assim, conforme já colocou Coelho (2005, p. 285, grifo do autor), “determinados papéis sociais são roteiros típicos que se fazem acompanhar da atribuição, a certas classes de comportamento, da probabilidade de que sejam desempenhadas por tipos particulares de atores sociais”.

No Brasil, o Código Penal operou como o ponto *inicial* de referência de uma sociedade que se organizou após a instauração do poder imperial. A sociedade era incapaz de organizar-se por si mesma; nessa falta, a tarefa competia ao Estado, e o direito foi construído contra a sociedade no Brasil, como instrumento de contenção e coesão social – enfim, como instrumento de restituição de ordem, de preservação do *status quo*, de resolução do conflito.

Guillebaud já escreveu que a “penalização da sociedade”, definida por ele como a “prevalência da sanção penal como instrumento último de regulamentação social”, é um dos efeitos perversos do individualismo contemporâneo. “O direito penal, por força das coisas, substitui o vínculo social ou político faltante” (GUILLEBAUD, 2003, p. 259). No Brasil, o direito penal, desde o início, atuou como o garantidor do vínculo social – não como instrumento último de regulamentação social, mas como instrumento primeiro.

A justiça criminal é uma instância legítima de produção de culpados. Há uma demanda social pelo preenchimento desses espaços ideados, simbólicos, imaginados. O Judiciário e a polícia são pressionados pela sociedade para darem resposta à demanda social por punição, à sua sede de vingança, à sua necessidade de ver os inimigos internos da ordem separados e isolados.

Referências

- A ABOLIÇÃO no parlamento: 65 anos de luta : 1823-1888. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Arquivo. 1988. 2 v.
- ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- ALENCASTRO, Luiz Felipe. Vida privada e ordem privada no Império. In: _____; NOVAIS, Fernando A. (Coord.). *História da vida privada no Brasil, 2: Império : a Corte e a modernidade nacional*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 11-94.
- AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo; LIMA, Roberto Kant de. Os juizados especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 40, out./dez. 2002.
- AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites, século XIX*. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2004.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- CARVALHO, José Murilo de. Cidadania, estadania e apatia. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 8, 24 jun. 2001.
- CASTRO, Hebe M. Mattos de. Laços de família e direitos no final da escravidão. In: ALENCASTRO, Luiz Felipe; NOVAIS, Fernando A. (Coord.). *História da vida privada no Brasil: Império*. São Paulo: Cia das Letras, 1997. p. 337-384.
- COELHO, Edmundo Campos. *A oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- COHN, Gabriel. O sentido da ciência. In: WEBER, Max. *A "objetividade" do conhecimento nas ciências sociais*. São Paulo: Ática, 2006. p. 7-12.
- CRISE do Poder Judiciário: editorial. *Boletim IBICRIM*, São Paulo, v. 18, n. 217, p. 1, dez. 2010.
- ESTRADA, Osório Duque. *A abolição*. Brasília: Senado Federal, 2005.
- FIGUEIRA, Luiz. *Produção da verdade nas práticas judiciárias criminais brasileiras: uma perspectiva antropológica de um processo criminal*. Niterói: EdUFF; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GARLAND, David. *Punishment and modern society*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.
- GOMES, Angêla de Castro. *A invenção do trabalhismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.
- GOMES, Laurentino. *1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.
- GUILLEBAUD, Jean-Claude. *A reinvenção do mundo: um adeus ao século XX*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.
- LIMA, Roberto Kant de. Verdade ou mentira? Uma perspectiva comparada do processo (Brasil/EUA). *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 60-73, 1993.
- MISSE, Michel. Sobre a construção social do crime no Brasil: esboços de uma interpretação. In: _____ (Org.). *Acusados e Acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 13-32.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1995.
- NABUCO, Joaquim. O Abolicionismo. In: SANTIAGO, Silvano (Coord.). *Intérpretes do Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. v. 1. p. 1-167.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.
- NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2000.
- PRADO JÚNIOR, Caio. Formação do Brasil Contemporâneo. In: SANTIAGO, Silvano (Coord.). *Intérpretes do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. v. 3. p. 1123-1488.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, Eurico A. Gonzalez Cursino dos. As idéias e a dinâmica social na sociologia das religiões de Max Weber. In: RIBEIRO, Adelia Maria Miglievich et al (Org.). *A modernidade como desafio teórico*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008. p. 167-186.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SILVA, Luiz Antonio Machado da. Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano. *Sociedade e Estado*, Brasília, v.19, n.1, jan./jun. 2004.

_____. Violência urbana, sociabilidade violenta e agenda pública. In: _____ (Org.). *Vida sob cerco: violência e rotina nas favelas do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. p. 35-45.

SLENES, Robert W. Senhores e subalternos no Oeste paulista. In: ALENCASTRO, Luiz Felipe; NOVAIS, Fernando A. (Coord.). *História da vida privada no Brasil, 2: a Corte e a modernidade nacional*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 233-290.

SODRÉ, Nelson Werneck. *Quem é o povo no Brasil?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1962.

SOLAZZI, José Luís. *A ordem do castigo no Brasil*. São Paulo: Imaginário; Manaus: Universidade Federal do Amazonas, 2007.

TINÓCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Império do Brasil anotado*. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

VELLASCO, Ivan de Andrade. *As seduções da ordem: violência, criminalidade e administração da justiça: Minas Gerais, século 19*. Bauru: Edusc; São Paulo: Anpocs, 2004.

WEBER, Max. A "objetividade" do conhecimento nas ciências sociais. São Paulo: Ática, 2006.

_____. *Economia e sociedade*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. v. 1.